

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 3

Janeiro / Junho 2008

A gestão iniciada em 27 de agosto de 2007, que se encerrará em agosto deste ano, empreendeu esforços notáveis. Nesse período, além do sucesso do volume II da Revista do Ministério Público, desenvolvemos diversas atividades, como cursos de aperfeiçoamento e a realização de congressos e seminários que versaram sobre relevantes temáticas do âmbito jurídico, tudo com o escopo de qualificar o desenvolvimento das funções ministeriais dos participantes. Nenhuma região paraibana foi olvidada. O CEAf tem buscado integrar tanto os membros quanto os servidores, seja eles veteranos ou recém-empossados, em todos os cursos que tem promovido, seja com a realização dos cursos de formação para os novos integrantes do *parquet* paraibano, seja com iniciativas, como o curso de tiro promovido por este órgão, cujo acesso foi possibilitado aos mais gabaritados profissionais da área, rendendo-lhes importantes noções de defesa pessoal.

E é com este objetivo que nasce o volume 3 da nossa revista: trazer o melhor acervo possível de informações para aqueles que o tiverem em mãos, embora algumas ausências que se deram durante este biênio tenham desfalcado de maneira significativa a condução do CEAf. É nesse sentido que gostaríamos de registrar a falta que nos fez a colega Fabiano Lobo que, por motivos absolutamente justificáveis, teve que se afastar das atividades desenvolvidas por este centro.

Registre-se, também a notável colaboração do promotor Alexandre Jorge Amaral da Nóbrega, que vem atuando brilhantemente na direção deste órgão. Consignem-se, aqui, nossos agradecimentos à atual



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

JOSÉ ROSENO NETO

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PAULO BARBOSA DE ALMEIDA

CORREGEDOR-GERAL

CLÁUDIO ANTÔNIO CAVALCANTI

SECRETÁRIO-GERAL

JOSÉ RAIMUNDO DE LIMA

COORDENADOR DO CEAF

ALEXANDRE JORGE DO AMARAL NÓBREGA

DIRETOR DO CEAF

IMPRESSÃO:

JRC GRÁFICA E EDITORA

CAPA:

RICARDO ARAÚJO

REVISÃO:

CONCEIÇÃO COLAÇO

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.

Catálogo 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 2, n.3. (jan./jul.2008-).
Semestral

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

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

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

José Raimundo de Lima
PRESIDENTE

Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega
SECRETÁRIO

Alcides Orlando de Moura Jansen
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Doriel Veloso Gouveia
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Sônia Maria Guedes Alcoforado
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Lúcio Mendes Cavalcante
PROMOTOR DE JUSTIÇA

APOIO EDITORIAL

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

Maria José Ismael Uchôa Batista Vieira
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Irenylza Carla Alves de Paiva
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Maria Perpétua Brasileiro
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Sérgio Túlio Bezerra Rodrigues de Lima
OFICIAL DE PROMOTORIA

Maria Cristina Furtado de Almeida
OFICIAL DE PROMOTORIA

Franciraldo Miguel
OFICIAL DE PROMOTORIA

APOIO

APMP – Associação Paraibana do Ministério Público

João Arlindo Corrêa Neto
PRESIDENTE

FESMIP – Fundação Escola Superior do Ministério Público

Lúcio Mendes Cavalcante
DIRETOR - GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Janete Maria Ismael da Costa Macedo - Presidente

José Marcos Navarro Serrano

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo

Sônia Maria Guedes Alcoforado

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Josélia Alves de Freitas

Alcides Orlando de Moura Jansen

Antônio de Pádua Torres

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

Marilene de Lima Campos de Carvalho

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Janete Maria Ismael da Costa Macedo

Presidente

Paulo Barbosa de Almeida

Corregedor-geral

Francisco Sagres Macedo Vieira

José Raimundo de Lima

Lúcia de Fátima de Farias

Nelson Cavalcanti Lemos

Otanilza Nunes de Lucena

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, 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, Marilene de Lima Campos de Carvalho.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Maria Regina Cavalcanti da Silveira, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Lúcia Pereira Marsicano, Valberto Cosme de Lira, Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Lincoln da Costa Eloy, Joaci Juvino da Costa Silva, Wandilson Lopes de Lima, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulámpio Duarte, Herbert Douglas Targino, Sônia Maria de Paula Maia, Afra Jerônimo Leite Barbosa de Almeida, Francisco Antônio de Sarmento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Suamy Braga da Gama, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Luciano de Almeida Maracajá, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Laércio Joaquim de Macedo, Valdete Costa Silva Ebner, Wildes Saraiva Gomes Filho, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júllia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Osvaldo Trigueiro do Valle Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Gustavo Rodrigues Amorim, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio

Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz Williams Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Moraes 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, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Ricardo Alex Almeida Lins, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Márcio Gondim do Nascimento, Alexandre Varandas Paiva, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Gláucia da Silva Campos Porpino, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Patrícia Maria de Sousa Ismael da Costa, Marcus Antonius da Silva Leite, Adriana Amorim de Lacerda, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Lúcio Mendes Cavalcante, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa da Nóbrega, Ana Cândida Espínola, Alyrio Batista de Sousa Segundo, Francisco Bérqson Gomes Formiga Barros, Anne Emanuelle Malheiros Costa y Plá Trevas, Edmilson de Campos Leite Filho.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Otoni Lima de Oliveira, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Pedro Alves da Nóbrega, Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Carolina Lucas, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Francisco Lianza Neto, Marinho Mendes Machado, Manoel Pereira de Alencar, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Aldenor de Medeiros Batista, Hermógenes Braz dos Santos, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Anita Bethânia Rocha Cavalcanti Mello, Jovana Maria Pordeus e Silva, Ricardo José de Medeiros e Silva, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Márcia Betânia Casado e Silva, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Artemise Leal Silva, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana de França Campos, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Rhomeika Maria de França Porto, Herbert Vitória Serafim de Carvalho, Ana Guarabira de Lima Cabral, Ana Caroline Almeida Moreira, Raniere da Silva Dantas, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, 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, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Lean Matheus de Xerez, Ilcléia Cruz de Sousa Neves, Ismael Vidal Lacerda, Túlio César Fernandes Neves, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Leonardo Fernandes Furtado, Lívia Vilanova Cabral, Alessandro

de Lacerda Siqueira, Cláudia Cabral Cavalcanti, Eduardo de Freitas Torres, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Alcides Leite de Amorim, Miriam Pereira Vasconcelos, Edivane Saraiva de Souza, João Benjamim Delgado Neto, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Caroline Freire Monteiro da Franca, Luciara Lima Simeão Moura, Geovanna Patrícia de Queiroz Rêgo, Diego D’Arolla Pedrosa Galvão, Márcio Teixeira de Albuquerque, Fábria Cristina Dantas Pereira, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Paula da Silva Camillo Amorim, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

João Anísio Chaves Neto, Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Airles Kátia Borges Rameh Souza, Daniele Lucena da Costa, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Carolina Soares Honorato de Macedo, Carlos Guilherme Santos Machado.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	15
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O DIREITO AO ARREPENDIMENTO: UMA RUPTURA COM OS POSTULADOS LIBERAIS DOS CONTRATOS.....	17
Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles	
A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS EM CASO DE GENOCÍDIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.....	39
Lucila Vilhena	
A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A REFORMA PROCESSUAL PENAL.....	59
Leonardo Cunha Lima de Oliveira	
AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO COLÉGIO DE PROCURADORES FACE À REFORMA DO JUDICIÁRIO.....	69
Arlan Costa Barbosa e Mariana Neves Pedrosa Bezerra	
ASSÉDIO SEXUAL: DA INSUFICIÊNCIA DA TIPIFICAÇÃO PENAL À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE.....	77
Paula Ângela M. Lins	
CRIME LICITATÓRIO PRATICADO POR PREFEITO: CONFLITO APARENTE DE NORMAS?.....	93
Ana Caroline Almeida Moreira	
CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO: CARTEL E DUMPING.....	103
Rodrigo Ismael da Costa Macedo	
DIVERSÕES ELETRÔNICAS: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	129
Dinalba Araruna Gonçalves	
DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO PÓS-SOCIAL: EM BUSCA DA CONFIGURAÇÃO ATUAL DO ESTADO DE DIREITO EM CONTEXTO DE NOVA TRANSIÇÃO.....	145
Carlos Romero Lauria Paulo Neto	
ENSAIO SOBRE O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS: À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	165
Arthur César de Moura Pereira	
GRANDES MOVIMENTOS CRIMINAIS E REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE.....	175
Márcia Betânia Casado e Silva	
INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA: PRÓS E CONTRAS DO SISTEMA.....	189
Juliana Couto Ramos	

LEI MARIA DA PENHA.....	211
Andréa Bezerra Pequeno de Alustau	
O USO DE ALGEMAS E A SÚMULA VINCULANTE: RETROCESSO OU AVANÇO NO ORDENAMENTO JURÍDICO?.....	227
Graciano Danillo Borba Orengo e Rúbia Christianni Freitas Vieira	
TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO.....	237
Alcides Leite Amorim e Shara Pereira de Pontes	
TRIBUNAL DO JÚRI : RECENTES MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 11.689/2008.....	255
Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega	

Dinamismo. Esse é o mandamento mais importante daqueles que peram o Direito, senão, o mais necessário. Acompanhar as constantes modificações do cenário jurídico tornou-se um imperativo para todos aqueles que buscam oferecer uma prestação jurisdicional efetivamente vinculada ao mundo fatural.

O número 3 da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado da Paraíba não se divorciou dessas tendências, trazendo em seu bojo a discussão das matérias mais controversas do ordenamento vigente. Outro ponto observado nesta edição foi o rigor técnico do conteúdo apresentado.

Se os outros números foram submetidos ao crivo dos mais renomados profissionais da área, este obedeceu a critérios ainda mais rígidos no tocante à escolha dos artigos.

Ressalte-se, por oportuno, que este periódico também adotou uma postura inovadora em relação às publicações anteriores: priorizou o debate de temas ligados à seara penal, favorecendo o aprofundamento, nomeadamente neste ramo do Direito, daqueles que dele fizeram uso.

Essa opção não foi uma escolha inusitada. Ciente da grande quantidade de modificações no contexto criminal do acervo normativo pátrio, o Conselho Editorial buscou trazer à baila elucidações que conectassem, de maneira sistemática, as alterações introduzidas nas ciências jurídicas que abordam os ilícitos penais.

Mas, os outros ramos do Direito também não foram negligenciados. O Direito Constitucional, o Tributário e assuntos ligados ao âmbito cibernético também são contemplados nesta edição, enriquecendo, ainda mais, o universo de informações desposados neste volume.

É por tudo isso que o convidamos, militante das Ciências Jurídicas, principalmente os que integram o *parquet* paraibano, a se deleitar com a leitura destas páginas, possibilitando a ampliação dos horizontes intelectuais dos que buscam, no saber, a resposta para a construção de mecanismos judiciais efetivos, céleres e transparentes.

Conselho Editorial

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O DIREITO AO ARREPENDIMENTO: UMA RUPTURA COM OS POSTULADOS LIBERAIS DOS CONTRATOS

Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
Professora da Universidade Federal da Paraíba

Introdução

A defesa dos interesses dos consumidores é um tema que tem merecido atenção especial no cenário jurídico, em decorrência da intensa normatividade operada nas últimas décadas, a qual visa, sobretudo, melhor disciplinar as relações entre os fornecedores de bens e serviços e os consumidores, adaptando-os às recentes técnicas de contratação de massa, que dão origem a uma realidade contratual diferenciada e questionadora dos postulados do Direito Privado.

Frente ao que se coloca, o Direito do Consumidor desponta, com um cariz tipicamente centrado nas questões que envolvem a tutela dos consumidores, frente ao novo comportamento do mercado, embora, ainda atrelado a uma justificação metodológica de base civilista.

Nessa linha de raciocínio, são adotadas medidas que visam proporcionar segurança às relações contratuais, sobretudo arrançadas no âmbito internacional e, concretizadas por meio de instrumentos eficazes e aptos a tutelar, especialmente, os direitos dos consumidores, a exemplo, citem-se: a proteção contra cláusulas abusivas, o direito à informação e o direito à revogação do contrato e à restituição do produto por parte do consumidor.

Ditos mecanismos visam a atender a uma realidade, cujos fenômenos econômicos e sociológicos da distribuição em cadeia, produção e consumo em massa, dão margem ao aparecimento de conflitos humanos que exigem da seara jurídica tratamento diverso, posto que o direito outrora aplicado a tais relações não mais se adequa à resolução eficiente desses conflitos.

Diante do panorama exposto, pode-se depreender que o contexto sócio-político em que foi erigida a clássica teoria dos negócios jurídicos, amarrada a uma lógica em que as relações privadas alinhavam-se simplesmente aos princípios da autonomia da vontade (ou melhor, a autonomia que desconhecia elementos importantes à sua material concretização) e da propriedade privada, já não é mais o mesmo. Assim, ante à necessidade premente de melhor adequar referida realidade ao direito, é que o moderno Estado passou a direcionar uma atenção especial à função social¹ que os institutos privados devem cumprir.

¹Acerca da função social global atribuída aos contratos, conferir em WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. [s.l.] : Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 7 20.

O contrato, dessa forma, não fugiu à regra, hoje, ultrapassada a fase liberalista individualista e ante um modelo de relações econômicas, constituidoras de uma nova ordem de valores, adquiriu também uma função social comprometida com a realidade.

Essa realidade é baseada no conceito de liberdade contratual voltada à ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, sem influências externas imperativas², pela qual a autonomia da vontade está estreitamente ligada. Nessa senda, mister é destacar a vulnerabilidade especial do consumidor quando se utiliza de determinados contratos, como os celebrados a distância, em domicílio ou de *time-sharing*. Nos referidos contratos, busca-se preservar a vontade negocial livre e consciente, melhor adequando-a a um paradigma de justiça material³.

Mediante essa nova realidade contratual, tipificada por uma soma de métodos massificados de contratação, decorrem o instituto do direito ao arrependimento, acompanhado de um outro direito-garantia que lhe é conexo, o direito à informação.

1 Direito ao Arrependimento e Direito à Informação

O instituto do Direito ao arrependimento é uma criação própria do moderno direito de consumo e mantém similitudes com outros institutos civis tradicionais que manifestam na gênese idêntica finalidade, qual seja, isentar a liberdade de decisão de qualquer interferência que impeça a normal relação de concordância entre a vontade e a declaração.

É certo que o conceito de negócio encontra-se estreitamente ligado à noção de vontade, por tal motivo, o dogma da autonomia da vontade constitui elemento criador das relações contratuais.

Com o fim de proteger o postulado da vontade livre e consciente, a Teoria dos vícios do consentimento e da vontade, vem-se afirmando como mecanismo usualmente empregado pela lei civil para invalidar o negócio jurídico, face à ocorrência de determinadas situações.

Tal teoria parte do pressuposto de que a constatação do consentimento viciado não obriga o indivíduo. Porém, o consentimento livre de vício obriga o

²MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60/61: “A liberdade de contratar significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito”.

³ALMEIDA, Carlos Ferreira. Negócio jurídico de consumo. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 347, Jun., 1985, p. 11-38.

contraente de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá, na aceção tradicional do contrato, recorrer ao direito, a não ser nos casos de lesão.

Dessa forma, percebe-se claramente que a clássica teoria dos vícios não é suficientemente capaz de proteger o consumidor, máxime quando este se obriga perante um contrato, irrefletidamente e, em seguida, verifica, por exemplo, a real impossibilidade de alocar os custos no orçamento mensal. Mencionada teoria não considera os motivos e as reais expectativas que levaram o indivíduo a contratar.

Assim é que, modernamente, a legislação⁴ vem demonstrando preocupação e intensificando a tutela ao consumidor, por força do surgimento de uma sociedade de consumo que produz e distribui em grande quantidade e busca o lucro incessantemente, resultando de tal atuação um desconhecimento do consumidor como ente personalizado e sujeito de direitos.

É frente a essa realidade que o direito ao arrependimento se revela como meio eficiente e apto a proteger a declaração de vontade do consumidor, para que ele possa refletir e decidir com calma, especialmente em determinados contratos que utilizam técnicas agressivas de vendas, resultando no equilíbrio na relação contratual.

O direito ao arrependimento pode ser definido, consoante entendimento de Carlos Ferreira de Almeida⁵ como “todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada”.

Note-se, pela sua definição, que o direito ao arrependimento se constitui em um direito especial, por outorgar exclusivamente ao consumidor, e sem a indicação de qualquer motivo, a prerrogativa de resolver o negócio, pondo fim ao vínculo contratual, dentro de um prazo estabelecido pela lei.

O arrependimento, embora não aplicado a todas as espécies de contratos, é um dos institutos mais autênticos do direito do consumo e o que melhor representa a ruptura com os postulados liberais dos contratos, redeseenhando o princípio da autonomia da vontade, para melhor ajustá-lo aos métodos massivos e pós-modernos de contratação.

Convém esclarecer que o direito ao arrependimento, em matéria de consumo, mostra-se como verdadeiro corolário do direito à informação, tendo

⁴CORDEIRO, A Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: [s.n.], 99, p. 397: “A tutela do consumidor será tão antiga quanto o direito. Todavia, apenas no período industrial e pós-industrial ela ganhou autonomia sistemática e dogmática”.

⁵ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 105.

em vista: a) que o acesso à informação é pressuposto inafastável para que o consumidor possa exercer o direito de escolha com autodeterminação, principalmente quando os produtos e serviços a serem consumidos não se constituem propriamente em necessidades do indivíduo e passam a ser ditados pelo mercado publicitário, como pseudo necessidades; b) o consumidor é sujeito e titular de direitos constitucionalmente protegidos e, nessa lógica, o direito à informação reveste-se de natureza fundamental.

Quanto à informação⁶, como obrigação imposta ao produtor ou fornecedor, nas relações de consumo, se constitui em um dever finalista, que tem por intento cientificar o consumidor de todas as qualidades e características do produto ou serviço, para que este possa integrar a relação contratual em igualdade material com a contraparte.

Dito isso, convém mencionar que o dever de informação deve revestir-se dos seguintes requisitos: a) adequação: diz respeito aos meios de informação utilizados, devendo estes serem compatíveis com os produtos ou serviços e com o consumidor destinatário final, importando que a linguagem utilizada seja clara; b) suficiência: relaciona-se com a completude da informação, não se pode omitir ao consumidor as características dos produtos; c) veracidade: as informações devem corresponder às características reais do bem contratado, como: preço, conteúdo, prazo e garantia.

Pode-se relacionar como exigências do direito à informação: a) essencialidade: decorre do dever pré-contratual a cumprir diante do consumidor, como: identidade do fornecedor, características essenciais, despesas de entrega, direito de rescisão etc.; b) compreensibilidade: a informação deve ser inteligível, ou seja, os meios linguísticos devem ser claros e o elemento necessário para satisfazer tal exigência, prende-se com a língua, que deve ser a nacional do consumidor; c) acessibilidade: tem a ver com a transmissão da informação, o produto ou serviço deve ser apresentado com todas as características, de forma acessível, assim, o conteúdo do contrato deve ser disponibilizado ao consumidor, de preferência por escrito ou por outro suporte durável; d) tempestividade: diz respeito ao momento da transmissão da informação, ou seja, deve ser realizada em tempo útil.

Nesse contexto, importa examinar as repercussões que o dever de informação projeta no âmbito do direito ao arrependimento, podendo-se inicialmente vislumbrar uma correlação, quando a própria lei condiciona o direito ao arrependimento à falta ou deficiência de informação.

⁶ A propósito do tema, MÚGICA, Santiago Cavanillas. Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat: le regard d'un juriste de droit civil. In : *Commerce Électronique: le temps des certitudes*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n. 17, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 104.

Em um segundo momento, o direito à informação conexas-se com o direito ao arrependimento quando este é analisado sob o ponto de vista teleológico, visto que o direito ao arrependimento sem causa e imotivado só deve ser conferido ao consumidor, em determinados tipos de contratos. Tal sucede com os contratos a distância, em relação aos quais o consumidor não tem acesso direto ao produto antes de efetuar a compra, presumindo-se que, diante de referido contrato, o consumidor pode agir irrefletidamente.

Nesses termos é que o direito ao arrependimento, aliado ao direito à informação⁷, vem se mostrar instrumento hábil na defesa da sociedade de consumo crescentemente envolvida por uma publicidade de massa que visa estimular a aquisição de bens e serviços.

As legislações instituidoras do direito ao arrependimento nasceram frente a tal realidade, para permitir que o princípio da autonomia da vontade materialmente prevalecesse, sendo justo presumir a fraqueza jurídica do consumidor e realinhá-la, restaurando o equilíbrio negocial.

Não se trata de defender o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor⁸, posto que tal enunciado é destituído de fundamentação, mas sim, proceder a uma interpretação que se adapte efetivamente às peculiaridades que o caso reclama.

Assim, nos contratos em domicílio, de *time-sharing* e os celebrados a distância há uma evidente situação de superposição do fornecedor, em relação ao consumidor, visto que este último sofre grande influência, especialmente em decorrência das técnicas comerciais utilizadas, ficando em uma situação de vulnerabilidade, de forma tal que a vontade manifestada, muitas vezes não corresponde à vontade real.

Saliente-se, outrossim, a existência de um elemento que merece ser levado em consideração, qual seja – a boa fé. É esta que gera o dever précontra-

⁷CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., 1999, p. 399: “O direito à informação particular abrange, desde logo, um pormenorizado dever de informar, na fase de negociação e da conclusão do contrato – artigo 8º/ 1 a 3; a violação desse dever dá azo a um dever de retraction, por parte do consumidor e, a um direito de indenizar, a favor dele – 8º/ 4 e 5”.

⁸Em crítica ao preceito do art. 5º do Anteprojecto, expõe CORDEIRO, António Menezes. O anteprojecto do código do consumo. In: TELLES, Inocêncio Galvão. *O direito*. Ano 138º, IV, 2006, p. 696: “II. Com meros fitos exemplificativos, vamos assinalar alguns pontos que – no nosso entender – deveriam ser repensados: - art. 5º interpretação favorável ao consumidor; a doutrina mais recente, no campo laboral, rejeita *favores*; há sim, que proceder a uma correcta interpretação dos textos”. No mesmo sentido MARTINEZ, Pedro Romano. Anteprojecto do código do consumidor: contratos em especial. In: LEITÃO, Luís Menezes. *Estudos do instituto do direito de consumo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59/60: “Assim, no art. 5º, relativo à interpretação mais favorável ao consumidor, ao estabelecer-se ‘que a lei consagra as soluções mais favoráveis ao consumidor’, alteram-se as regras gerais de interpretação da lei, que constituem insegurança na aplicação do direito”.

tual⁹ de informar. Mencionado elemento apóia-se no fundamento material já exposto de que a desigualdade ou assimetria de informação cria um patente desequilíbrio entre as partes contratantes.

Dessa maneira, partindo-se do pressuposto de que a informação funciona como elemento útil e relevante na decisão de contratar, justo é que haja uma necessidade de proteção ao contraente menos informado. Assim, o dever de informação pré-contratual deve ser reconhecido quando as circunstâncias em causa forem de importância essencial para a parte não informada, permanecendo esta na ignorância, em detrimento da outra parte encontrar-se ciente das informações e de que essas informações deveriam ter alcançado a outra parte. Assim, o fornecedor deve assumir o ônus da informação, de forma que, não a prestando em tempo, descumpra obrigação pré-contratual, sujeitando-se às penalidades.

Por fim, cumpre observar que a informação, além de ter raiz no princípio da boa fé¹⁰, apresenta-se no direito do consumo com uma específica finalidade: tornar realizável a escolha, livre de embaraço imposto pelo mercado publicitário, na comercialização de produtos e serviços, potencializando, o Princípio da autonomia da vontade.

2 Do Direito ao arrependimento

2.1 Âmbito de aplicação

O direito ao arrependimento não é aplicável a todos os contratos de consumo, restringe-se apenas a alguns contratos que se apresentam como potencialmente capazes de interferir na vontade do consumidor, influenciando-a mediante técnicas de persuasão, de maneira a impedir que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha.

Dentre os contratos que estabelecem o direito de reflexão ou arrependimento, podem ser citados: a) aqueles derivados de contratação a distância, por meio de instrumentos eletrônicos novos, como o *teleshopping*, compras pela internet ou e-mail, bem como através de catálogos postais e correspondên-

⁹SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 139: “A desigualdade de informação que as partes possuem desequilibra o contrato. Este deixa de ser um instrumento de justiça comutativa, pois uma das partes possui informações que a outra desconhece, sendo-lhe tal fato desvantajoso.”

¹⁰LÔBO, P. Luiz Neto. Op. cit., p. 33: “O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta materializada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança. O princípio da boa fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor”.

cia; b) contratos que se incluem nas chamadas vendas emocionais, como os contratos de *time-sharing* ou de multipropriedade.

Grande parte desses contratos insere-se no rol das denominadas vendas agressivas¹¹, cuja maior representação se faz nos dias atuais através da internet e da venda porta-em-porta. Mediante as citadas técnicas de vendas, o consumidor é cooptado, procurado e muitas das vezes manipulado psiquicamente ou sutilmente convencido a adquirir produtos e serviços, em um autêntico cerco duramente empreendido no meio comercial¹².

No Brasil, o CDC prevê, no art. 49, o direito de desistir do contrato sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio. Nesses casos, o consumidor não tem oportunidade de examinar o produto/serviço e constatar possíveis defeitos.

Note-se que o referido dispositivo possui caráter *numerus apertus*, com a citação apenas de exemplos. Assim, o direito ao arrependimento abrange contratações por fax, telefone, videotexto, reembolso postal, catálogo, revistas, vendas em domicílio, e-mail etc.

2.2 Fundamentos

Apesar do empenho do legislador de diversos países ao afirmar o direito ao arrependimento, tal fator, por si só, não foi suficiente para outorgar-lhe unidade e disciplina de maneira homogênea¹³, não obstante se perspectivar quase exclusivamente ao âmbito do consumo. Por tal motivo, o arrependimento, como direito próprio e específico, apresenta justificações direcionadas a múltiplos sentidos¹⁴.

A doutrina ainda não encontrou posicionamento unânime acerca de seu fundamento, manifestando variadas justificativas, quer isoladamente, quer em bloco.

¹¹No âmbito da comunidade europeia, a regulamentação do mencionado direito ocorreu com as Diretivas Comunitárias; 1985/577 (venda fora do estabelecimento); 994/47 (*time-sharing*); 1997/7 (vendas a distância) e 2002/65 (venda a distância).

¹²Cfr. em SERRANO, Luis Maria Miranda. *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*. Su caracterización en el Derecho español. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 13-14.

¹³A propósito da discussão ver ACHILLE, Monica. Diritto di ricesso. In STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni (a cura di). *Commentario al codice del consumo*. [s.l]:IPSOA, 2006, p. 530.

¹⁴Cfr. ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Bari, 2003, p. 59.

O mais comum dos fundamentos centra-se no fato de constituir o direito ao arrependimento em um período de *cooling off*¹⁵, destinado à reflexão, para que o consentimento outorgado pelo consumidor possa refletir sua real vontade em contratar, evitando compras por impulso, resultantes de uma decisão precipitada e, na maioria das vezes, determinada por técnicas agressivas de marketing largamente utilizada na comercialização dos produtos e serviços.

Como outro fundamento do direito em análise, cite-se a correlação existente entre ausência ou deficiência do direito à informação¹⁶ e o consequente direito ao arrependimento¹⁷. Nesses casos, para o reconhecimento do período de reflexão impõe-se como pressuposto lógico a insuficiência ou inexistência de informação, vindo o arrependimento a desempenhar uma verdadeira função sancionatória apta a recair sobre o fornecedor ou produtor, em face da violação, por parte deste, do dever de informar. Referida sanção possui a finalidade de neutralizar o *deficit* de informação¹⁸.

Nessa mesma linha de raciocínio, convém apresentar, ante o quadro fático acima delineado, mas com base no viés subjetivo oposto, ou seja, sob a ótica do consumidor, um outro fundamento para o direito ao arrependimento, qual seja, uma compensação ao consumidor, por ter figurado, na relação como potencialmente mais frágil, suportando os riscos de uma contratação mal sucedida. Assim, o período de reflexão funciona em realidade como um remédio¹⁹, um sanatório à situação de patente desequilíbrio entre as partes, ao mesmo tempo que desestimula práticas consideradas abusivas.

O direito ao arrependimento surge, outrossim, como forma de evitar o consumo inútil, realizado sob impulso, em que é subtraída do consumidor a capacidade de auto determinar-se e dirigir sua vontade livremente. Nesses

¹⁵ LANZARA, Olindo. Informação sul diritto di recesso. In: STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni (a cura di). *Commentario al codice del consumo*. [s.l.] : IPSOA, 2006, p. 392: [...] è di chiara evidenza riconoscere un diritto di ripensamento da esercitare nel periodo di *cooling off*".

¹⁶ ALMEIDA, Teresa. *Lei de defesa do consumidor anotada*. [s.l.] Edição Instituto do Consumidor, 2001, p.65: "Constituindo a informação completa, inteligível e adequada ao bem ou serviço em causa um elemento essencial para a decisão de contratar, compreende-se que seja atribuído ao consumidor o direito a retractarse".

¹⁷ ACHILLE, Monica. *Diritto di recesso*. Op. cit., 2005, p.530: "Da una prima prospettiva, la figura è stata esaminata delineando una netta distinzione tra ipotesi in cui il recesso si presenta come semplice ripensamento, restando, dunque, il termine ordinario di esercizio del diritto una sorta di periodo di riflessione, ed ipotesi in cui, al contrario, allo scioglimento unilaterale del vincolo è riconosciuta una portata sanzionatoria dell'altrui violazione di obblighi collegati alla trattativa, in particolare di obblighi di informazione".

¹⁸ Cfr. TORRANO, Rubio. *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario*: en particular, el desistimiento negocial del consumidor. [s.l.] : EDC, n° 4, 2002, p. 59-70.

¹⁹ Neste sentido cfr. ACHILLE, Monica. Op. cit., p. 522: "Da questa angolazione il meccanismo del recesso appare orientato a costituire una sorta di 'filtro' necessario a risarcire la parte che subisce l'applicazione di tale rimedio al fine di scoraggiare il recedente".

casos, tal fundamento relaciona-se diretamente com os contratos a distância ou fora do estabelecimento comercial, nos quais o consumidor é tomado sob forte influência da publicidade, sem que o produto lhe seja apresentado de perto²⁰.

Pode-se verificar, quanto ao direito ao arrependimento, consoante ensinamento de Carlos Ferreira de Almeida “uma função de colmatar as insuficiências do sistema tradicional de vícios da vontade, culminando o processo da sua gradual objectivação”²¹. Nesses termos, o arrependimento vem substituir, de forma eficaz e mais simples, os vícios do consentimento, operando consequências inovadoras nas relações de consumo.

O arrependimento, como sucedâneo dos vícios, é mais eficaz porque sua concretização, via de regra, ocorre sem intervenção do Judiciário, de tal forma que o reconhecimento resulta da própria lei, proporcionando ao consumidor a faculdade de desistir livremente do negócio, sem indicação ou comprovação do motivo.

Por fim, um outro fundamento pode ser apontado em relação ao arrependimento²², que se prende com uma tradição de mercado, consistente nas denominadas “trocas”, as quais visam, simultaneamente, à livre circulação de mercadoria, confiabilidade no mercado e à proteção e satisfação proporcionada ao consumidor, mediante sua realização no âmbito do negócio.

Ressalte-se inexistir disposição legal que obrigue o fornecedor a efetuar a troca das mercadorias que comercializa, mas tal prática se instalou em meio às relações de consumo, antecedendo o atual direito de consumo, em claro prenúncio ao direito de arrependimento.

Observada de perto, pode-se concluir que o uso das “trocas”²³, no meio comercial, revela-se com a idêntica finalidade do direito ao arrependimento,

²⁰NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 612.

²¹ALMEIDA, Carlos Ferreira. Op. cit., 2005, p. 108.

²²Importante é vislumbrar, ainda, como fundamento do direito ao arrependimento, a proteção dos concorrentes e do mercado, veja-se, a propósito ALMEIDA, Carlos Ferreira. Op. cit., 2005, p. 108-109 que suscita a questão, ressaltando que o direito ao arrependimento, com a faculdade de desistir livremente do contrato, se constitui em um reforço no sentido da sua realização, além de elevar a confiança dos consumidores.

²³Neste sentido, entendemos que a “troca” de bens de consumo, largamente utilizada no meio comercial, não se constitui propriamente em costume, mas redundo no que a doutrina denomina de “uso”, por derivar de uma prática social reiterada, cuja constatação pode resultar da mera observação fática, porém sem implicar, necessariamente em uma regra jurídica, inexistindo, outrossim, a convicção de sua obrigatoriedade.

Nestes termos, compete ao comerciante efetuar a troca espontaneamente, a título de boa política de mercado. A propósito do tema, cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 264/266, apresenta como requisitos essenciais para a configuração do costume: o uso e a convicção de sua obrigatoriedade. Igualmente cfr., em ALLIX, Jean. *La protection du consommateur en matière de contrats à distance*. *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. n. 2, 1993, p. 95-108.

quanto à faculdade que assiste ao cliente de rever sua decisão acerca do contrato, possibilitando, se não a rescisão, a permuta do bem, objeto do negócio.

Reconheça-se, entretanto, que o direito ao arrependimento é exercido de uma forma mais ampla, possibilitando a própria resolução do contrato, fato que não sucede igualmente com as trocas. Porém, mesmo em face de operarem resultados distintos, possuem ambas a mesma função, ou seja, imprimir confiança no mercado e produzir satisfação aos consumidores quanto aos bens adquiridos.

2.3 Circunstâncias de Exercício

Quanto às circunstâncias em que o direito ao arrependimento é exercido, ressalte-se inicialmente a potestatividade²⁴, por ela, o direito é exercido independentemente de qualquer causa, unilateralmente pelo consumidor. Os dispositivos legais que estabelecem tal direito não exigem qualquer justificativa que tenha a finalidade de condicionar o uso e, embora seja certo que o consumidor tenha suas razões para desistir, sejam elas plausíveis ou não, nenhuma relevância tem para o exercício desse direito.

Cite-se, ainda, a temporalidade como uma das circunstâncias exigidas para a prática do direito ao arrependimento, ou seja, os dispositivos legais que estabelecem mencionado direito, o fazem com a instituição de prazo certo e determinado, variável, é certo, conforme as especificidades de cada contrato, bem como com a existência de determinadas situações fáticas, exigidas pela lei, como é o caso da verificação do cumprimento do dever de informação por parte do produtor ou fornecedor.

O direito ao arrependimento se exerce ainda, de maneira gratuita, não dependendo do pagamento de qualquer custo ou encargo adicional, nem mesmo com taxas equivalentes à devolução do produto. A imposição de taxa importaria em uma penalização, constituiria obstáculo à sua sustentação, limitando, sobremaneira, seu exercício e dificultando que o consumidor possa dele fazer uso.

Por fim, saliente-se que o direito ao arrependimento é irrenunciável, visto ser previsto em norma de ordem pública, não admitindo que as partes possam afastá-lo, mediante disposição contratual, sob pena de nulidade da cláusula. O direito de consumo, apesar de encontrar-se atrelado, por força dos contratos, à autonomia da vontade, possui uma forte carga de interesse público, motivo pelo qual não será admissível sua renúncia.

²⁴CORREIA, Miguel Pupo. *Contratos a distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?* In: MONTEIRO, António Pinto (Director). *Estudos de direito do consumidor*, n. 4, Coimbra: Almedina, 2002, p. 176: “O aspecto porventura mais saliente desse direito é a sua potestatividade ‘ad nutum’: o direito de resolução não depende da ocorrência de nenhuma *justa causa* de exigibilidade da vinculação do consumidor (ao invés do que ocorre em geral com esta causa de cessação dos contratos), sendo antes de configurar como um direito de retractação ou arrependimento imotivado que cabe discricionariamente ao consumidor”.

Nomeadamente quanto ao prazo estabelecido para o exercício do direito ao arrependimento, necessário analisar algumas questões pertinentes. Conforme já mencionado, o exercício de tal direito deve circunscrever-se ao lapso temporal previamente estabelecido, que, por sua vez, apresenta variações, conforme a previsão encontre-se em diretivas²⁵ ou leis²⁶, e neste último caso, conforme o ordenamento jurídico de cada país²⁷.

²⁵Na Comunidade Européia ver: Diretiva 85/577 que trata das vendas fora do estabelecimento comercial, no art. 5º estabelece o prazo mínimo de 7 dias para que o consumidor possa renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu. A Diretiva 94/47 sobre *time-sharing* prevê, no art. 5º, nº 1, o prazo de 10 dias para que o adquirente possa rescindir o contrato sem indicação dos motivos e, de 3 meses, caso o contrato não contenha as informações necessárias. A Diretiva 97/7 sobre venda a distância estipula o prazo de pelo menos 7 dias para que o consumidor possa rescindir o contrato, segundo dispõe o art. 6º, nº 1 e, de 3 meses ante o incumprimento do dever de informação por parte do fornecedor, neste caso, a partir do cumprimento das informações, o consumidor terá reaberto o prazo de 7 dias para o exercício do referido direito. A Diretiva 2002/65, que trata das vendas a distância, no art. 6º, nº 1, determina o prazo de 14 dias para que o consumidor possa rescindir o contrato sem indicação do motivo e, 30 dias no caso de contratos a distância, abrangidos pela Directiva 90/619/CEE, relativos a seguros de vida e no caso de operações referentes a pensões individuais.

²⁶Em Portugal, o Decreto-lei nº 143/2001, que trata dos contratos celebrados a distância, ao domicílio e outros, estabelece em seu art. 6º, nº 1, o direito de livre resolução, a ser exercido no prazo de 14 dias, estendendo-o para 3 meses, conforme previsão do art. 6º, nº 2, c, quando o fornecedor não tiver cumprido as obrigações referentes às informações necessárias. A Lei nº. 275/93, que trata do direito real de habitação periódica estipula, no art. 16º, o prazo de 10 dias para que o adquirente possa resolver o contrato, sem indicar os motivos ou qualquer encargo, igual prazo estabelece o art. 49º para os contratos de habitação turística. A Lei nº. 24/96, Lei de Defesa dos Consumidores prevê, no art. 9º, nº 7, o prazo de 7 dias. O Decreto-lei nº. 359/91, que disciplina os contratos de crédito ao consumo, no art. 8º estabelece o prazo de 7 dias ao contraente para revogar sua declaração. O Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor estabelece, no art. 183º, nº 2 e 187º, o prazo de 7 dias para que o consumidor possa resolver o contrato, ante a deficiência ou ausência de informação, aplicando-se tal prazo à generalidade dos contratos que envolvem relações de consumo. Em se tratando de contratos a distância, o art. 233º, nº 1, estabeleceu o prazo de 14 dias exercício do direito de livre resolução, alargando-o para 30 dias, quando se tratar de serviços financeiros, art. 233º, nº 5

²⁷O Código de Defesa do Consumidor do Brasil, para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio, estabelece no art. 49, o prazo de 7 dias para que o consumidor possa desistir do contrato sem a indicação dos motivos. Na França, o Code de la Consommation estabelece em seu art. 121-25, o prazo de 7 dias para que o consumidor possa exercer o direito de arrependimento, tal direito é aplicável apenas aos contratos concluídos fora do estabelecimento comercial. Na Itália, o *Codice del consumo* estabelece o direito ao arrependimento, no art. 64º, nº 1, com a previsão do prazo de 10 dias para que o consumidor, nos casos de contrato a distância ou celebrados fora do local comercial possa exercer o direito de arrependimento, referido prazo é alargado para 90 dias se constatada a deficiência de informação. Na Alemanha, com a reforma do BGB – 2001/2002, o § 355 previu um direito especial de devolução das coisas e serviços, introduziu as normas de proteção do consumidor no Código Geral e criou o direito ao arrependimento sem causa *Widerrufsrecht bei Verbraucherträgen*, de 2 semanas, a contar da informação do direito de arrepender-se, até 6 meses em caso de falha da informação, mas estabeleceu prazos particulares, conforme as várias espécies de contratos, conferir: § 312 (contratos porta em porta e a distância); § 651i (contratos de viagem); § 485 (contratos de multipropriedade); § 495 (crédito ao consumo).

É de notar-se, entretanto, que referido prazo varia, nos diversos países que o adota, em geral entre 7 a 10 dias, e é alargado para 30 ou 90 dias quando se trata de falha no cumprimento do dever de informação²⁸.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, no art. 49, o prazo de 7 dias para que o consumidor possa desistir do contrato, sem a indicação dos motivos, nos casos em que o contrato for celebrado fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio.

2.4 Natureza

No que diz respeito aos contratos de consumo, importante analisar qual a natureza jurídica do direito ao arrependimento, levando em consideração os resultados que produz. Dentro da mesma lógica, outra questão se impõe: como tratar o vínculo contratual²⁹ durante o período destinado à reflexão?

Apresentamos, inicialmente, o modelo de eficácia suspensa, pelo qual o prazo destinado ao exercício do direito ao arrependimento opera efeito impeditivo negativo, tendo, assim, por função, barrar a eficácia do contrato, ou seja, na pendência do prazo, o contrato é ineficaz.

Nessa primeira hipótese, o contrato só terá efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento não for exercido. O negócio, de início não gera qualquer eficácia, podendo vir a tê-la, uma vez ultimado o prazo legal, *in albis*.

²⁸ A lei portuguesa de Defesa do Consumidor n.º 24/96 estabelece para as vendas que se processam fora do estabelecimento comercial, por correspondência e equiparadas, o prazo geral de 7 dias. A concessão deste período se relaciona com a falta ou insuficiência de informação. Referido prazo de 7 dias vem sendo mantido pelo Anteprojecto do Código do Consumidor, que, no entanto, alarga sua aplicação à generalidade dos contratos de consumo, sempre que houver ausência ou insuficiência de informação. No entanto, estabelece o anteprojecto, o prazo de 14 dias quando se tratar de contratos a distância. Sublinhe-se, entretanto, que, uma vez findo referido prazo, sem que o consumidor tenha o exercido, não ficam precludidos os direitos estabelecidos na lei, no caso de o contrato não vir a ser cumprido conforme estipulado pelas partes. Nessas hipóteses, especialmente quando o produtor ou fornecedor efetua a prestação nos moldes temporais acordados, e mais adiante o produto se revela com vícios ou irregularidades, é possível reclamar solução com base no cumprimento defeituoso dos contratos. O problema se desdobra em duas vertentes distintas: uma é o direito que assiste ao consumidor de fazer extinguir o contrato de forma imotivada, desde que no prazo legal e, outra é resolver o contrato por incumprimento de cláusulas contratuais ou práticas fraudulentas, uma vez ultimado o prazo para exercício do direito ao arrependimento. Assim, uma solução não interfere, necessariamente, no âmbito da outra, constituem apenas vias diferentes para resolver o contrato. O art. 8 da Lei Portuguesa de Consumo preceitua Art. 8º, n.º. 4: Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retraction do contrato, relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis, a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

²⁹ Acerca da natureza do direito ao arrependimento, em função dos efeitos que produz, ALMEIDA, Carlos Ferreira. Op. cit., 2005, p. 110 e 111, apresenta, consoante o direito francês, duas modalidades conhecidas na legislação: a) reflexão anterior à formação do contrato e b) reflexão posterior à celebração do contrato. Pelo primeiro modelo, o direito ao arrependimento destina-se a retardar o consentimento, através da imposição de um tempo, antes do qual não há que se falar em contrato. No segundo modelo, o direito ao arrependimento funciona como a faculdade que o consumidor possui de, durante um certo tempo, declarar sem efeito um contrato já firmado.

No presente caso, o direito ao arrependimento possui efeito impeditivo, evita que o acordo contratual se torne eficaz. O não exercício do direito ao arrependimento funciona como uma condição suspensiva.

Didaticamente, o mencionado modelo apresenta-se de forma simplificada e com uma lógica elementar de compreensão. Assim, depreende-se que, uma vez revogada a declaração contratual pelo consumidor, mediante concessão *ex lege* e meramente potestativa, o contrato, cuja eficácia encontra-se suspensa, não chega a produzir efeitos³⁰, nem para o futuro, nem para o passado, simplesmente porque, na pendência da revogação, o contrato é ineficaz³¹.

Quanto ao modo de eficácia resolúvel³², importa esclarecer que o contrato ficará sem efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento for exercido. Nesses termos, o negócio jurídico tem inicialmente eficácia, podendo convolar-se em ineficaz, com a verificação do fato positivo.

No modelo de eficácia resolúvel, pressupõe-se que o contrato foi formado validamente. O direito ao arrependimento tem sempre efeitos negativos, opõe-se ao direito de opção que, por sua vez, possui efeito contratual criativo, embora ambos os direitos apresentem natureza potestativa e temporária.

Aduz Carlos Ferreira de Almeida³³ que o mecanismo desse modelo é menos claro, consistindo a principal dúvida teórica na identificação do fato, em relação ao qual se produzem os efeitos extintivos da notificação do arrependimento: a declaração negocial seria revogada ou o contrato é que seria resolvido?

A legislação alemã³⁴ oferece a solução no sentido de que a notificação tem natureza de revogação da declaração contratual, mas os efeitos que dela decorrem são semelhantes aos da resolução do contrato.

³⁰Atente-se ao fato de que o consumidor, neste caso, fica na condição de mero depositário do bem.

³¹MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 2006, p. 838, informa que antes da reforma do BGB de 2001, a Alemanha adotava o modelo de eficácia suspensa, nos seguintes termos: “A lei alemã de 1986, hoje consolidada nos §§ 312 e 312 a do Código Civil alemão, considera que a *aceitação* do consumidor, a sua manifestação de vontade, ficaria *suspensa* e só seria eficaz, segundo o § 1º, ‘se o cliente, no prazo de uma semana, não revogar por escrito’. Logo, para o direito alemão (§§ 3212 e 355 do BGB-Reformado), nas vendas em domicílio, a oferta e a aceitação inicial do consumidor não formam um contrato, o que caracterizaria a eficácia normal da aceitação. A aceitação fica como que submetida por lei a uma condição suspensiva, não é eficaz até a passagem do prazo sem nova manifestação. Se o cliente revoga (*Widerruft*) sua aceitação, no prazo e nas condições legais, a aceitação nunca terá tido eficácia, o contrato nunca terá sido formado, pois o evento futuro e incerto (a passagem do prazo sem revogação), a que estava submetida a manifestação de vontade do consumidor, não ocorreu”.

³²Modelo adotado pela legislação brasileira, art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

³³ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., 2005, p. 112-113.

³⁴Consoante notícia ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., 2005, p. 111: “No direito alemão verificou-se a evolução do modelo da eficácia suspensa, que correspondia ao regime de vários contratos de consumo anterior às reformas do BGB de 2000 e 2001, para o modelo da eficácia resolúvel (*schwebende Wirksamkeit*), que está actualmente consagrado com clareza no § 355 do BGB”.

Nesses termos, saliente-se que a eficácia resolúvel³⁵ implica destruição dos efeitos já produzidos, por se compreender que, sendo o contrato imediatamente eficaz, reúne todos os efeitos ligados à prestação e contraprestação, de forma que a desistência durante o prazo de reflexão, se ocorrer, resolve o contrato, devendo cada parte devolver a respectiva prestação porventura efetuada, ficando liberadas do vínculo contratual.

Outra questão pertinente e que resulta da adoção do modelo de eficácia resolúvel é que, ao contrário do que sucede no modelo de eficácia suspensa (consumidor atua como mero depositário do bem), o consumidor é o novo proprietário do produto e não mero possuidor, visto que o contrato foi concluído instantaneamente e que o recebimento do produto pelo consumidor operou a tradição do bem, transferindo o domínio.

Dessa forma, se o consumidor tenciona exercer o direito de arrependimento, deve cuidar para que o produto não pereça, caso o faça, pode até desistir do vínculo obrigacional, mas terá que arcar com os valores da depreciação, junto ao fornecedor.

Tal resposta encontra amparo no princípio do enriquecimento ilícito, visto que, se assiste ao consumidor o direito de desfazer o vínculo contratual, no prazo legal, justo é que às custas do fornecedor não venha locupletar-se, enriquecendo ilicitamente.

Na Europa, as recentes leis³⁶ que transpuseram as diretivas sobre o direito ao arrependimento optaram pelo modelo de eficácia resolúvel, posto que geralmente utilizam a expressão – direito de resolução – que sugere a destruição de efeitos já produzidos.

A adoção de referido modelo impõe ao produtor ou fornecedor pesadas consequências jurídicas consistentes na sujeição da quebra do vínculo contratual, de forma unilateral por parte do consumidor, bem como na obrigação de receber o produto comercializado e restituir o pagamento, na maioria das vezes, já ultimado por completo.

2.5 Regime Consequente

O principal resultado advindo do exercício do direito ao arrependimento é a produção de eficácia liberatória às partes contratantes, com o conse-

³⁵MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 2006, p. 841: “Seria algo análogo a uma condição resolutiva tácita ou legal, em virtude da natureza especial da venda. O contrato estaria perfeito e terminado, não necessitando nova declaração de vontade”.

³⁶Em Portugal, um caso especial, previsto no art. 8º do Decreto-lei nº 359/91, aponta para um modelo de eficácia suspensa, veja-se: a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato só se torna eficaz se o consumidor não a revogar no prazo de 7 dias úteis a contar da assinatura do contrato.

quente desfazimento do vínculo contratual. Em virtude de tal decorrência, surgem para as partes obrigações³⁷ que importam em reconstituir *o status quo ante*. Assim, ao consumidor compete a obrigação de restituir o produto nas condições em que o recebeu e, para o fornecedor, o dever de efetuar a devolução das quantias que lhe foram eventualmente pagas.

Conforme já discutido, o direito ao arrependimento visa liberar o consumidor do vínculo contratual, sem que este venha a arcar com qualquer ônus. Nesse sentido, tratando-se de contratos de serviços, é bem possível que o consumidor queira arrepender-se, mas terá que ressarcir o fornecedor pelo serviço já ultimado, porém quando se tratar de prestação única, cuja execução é imediata, não faz sentido que o consumidor exerça o direito de arrependimento, tendo em vista que, se o fizer, resolve o vínculo contratual e, via de consequência, não pode reclamar do serviço prestado porventura defeituoso.

Ressalte-se que a legislação alemã, como aduz Cláudia Marques, “propõe a solução de afastamento do direito de arrependimento, se foi o consumidor quem solicitou ao fornecedor vir até sua residência para, por exemplo, consertar o fogão [...]”³⁸.

Só é possível o exercício do direito ao arrependimento, acompanhado de todas as consequências que lhe são normativamente atribuídas, quando se tratar de prestação de serviço de execução continuada, sendo impossível restituir um serviço que já foi prestado³⁹.

Acresça-se, por fim, que, na legislação portuguesa, o exercício válido do direito ao arrependimento⁴⁰ consubstancia-se mediante expedição, por parte do consumidor de carta registrada⁴¹, com aviso de recepção comunicando a vontade de resolver o contrato.

³⁷LURILLI, Cristiano. *Manuale di diritto dei consumatori*. Giappichelli Editore: Torino, 2005, p. 140: “Nel momento in cui il consumatore esercita validamente il diritto di recesso attribuitogli dal decreto, il rapporto contrattuale si scioglie. Nascono così in capo alle parti contrattuali reciproci obblighi restitutori: il consumatore dovrà restituire al fornitore il bene ricevuto oggetto di vendita a distanza.”

³⁸MARQUES, Lima. Op. cit., p. 847, aduz ainda: “solução semelhante não ofende os princípios do CDC – bem ao contrário, se adapta perfeitamente à ideia de boa-fé obrigatória de ambas as partes, tanto na fase pré-contratual como contratual”.

³⁹O Código de Consumo italiano prevê que, em se tratando de contratos de prestação de serviços, o direito ao arrependimento não pode ser exercido quanto às prestações já ultimadas. O fundamento é a irrepetibilidade da prestação do serviço executado, pois, uma vez concretizado, substancialmente em uma atividade não produtiva de bens, encontrando-se já finalizado, impossível será a restituição. *Codice del consumo*, art. 48, 1: “Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano già state eseguite”.

⁴⁰Art. 18°, nº 5 do Decreto-lei 143/2001.

⁴¹Igualmente, a lei francesa estabelece que o direito ao arrependimento seja procedido mediante a expedição de carta registrada com aviso de recebimento, art. 121-25: “Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l’engagement d’achat, le client a la faculté d’y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu’au premier jour ouvrable suivant». *Code de la Consommation*. Editions Dalloz, Annotations de Jurisprudence et Bibliographie par AULOY, Jean Calais, 1999.

Com a declaração de arrependimento, conforme sublinhado, o vínculo contratual se desfaz entre consumidor e vendedor, subsistindo, contudo, em caso de contratos coligados⁴², como nas hipóteses de cartões de crédito ou financiamento, o problema referente ao crédito celebrado com a sociedade financeira. Nesses termos, o exercício do direito ao arrependimento acarreta a resolução automática do contrato de crédito.

Quando o consumidor recorre a sistema de crédito, mesmo que parcialmente, através do fornecedor ou de um terceiro com quem tenha um acordo, para comprar os produtos ou contratar os serviços, ao pôr fim ao contrato de compra e venda dos produtos ou de prestação do serviço, está, automaticamente, a pôr fim ao contrato de crédito, sem que tenha que pagar qualquer indenização por esse motivo⁴³.

Assim, o contrato secundário, geralmente por cartão de crédito, conexo com o contrato principal, dissolve-se, sem qualquer custo para o consumidor, em virtude do exercício do direito ao arrependimento⁴⁴ ter extinguido o contrato principal.

3 Considerações finais

Por força do desenvolvimento das técnicas de contratação, empreendidas pelo atual mercado, o consumidor passou a ocupar uma posição de notória inferioridade na relação contratual. Assim, a deficiência de informação, o exíguo prazo concedido para manifestação da vontade acerca do contrato, a forte pressão psicológica empreendida pelos fornecedores, geralmente com o uso de um *marketing* agressivo, vêm colocando o consumidor em patente situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, o direito ao arrependimento, segundo entendemos, imprime à relação contratual o necessário equilíbrio, de maneira a resguardar

⁴²No direito alemão existe disposição semelhante acerca do tema, veja-se em MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 2006, p.839: “Este direito geral de arrependimento sem causa dos consumidores vem aliado ao direito de devolução do produto ou serviço” (*Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen*). No novo § 356 do BGB-Reformado, e ao direito de ‘parar’ os contratos de pagamento conexos, tais como os dos cartões de crédito (*Einwendungen bei verbundenen Verträgen*), § 359 do BGB.

⁴³Igual efeito se processa no direito do consumo italiano, segundo observa ACHILLE, Monica. Op. cit., 2006, p. 551: “importante effetto collegato all’ esercizio del recesso nel rapporto contrattuale principale è, in conclusione, l’effetto solutorio dell’ eventuale contratto di credito al consumo al primo collegato”.

⁴⁴MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p.861: “Certo que o CDC brasileiro também foi tímido neste aspecto, poderia existir uma norma explícita sobre o tema, vinculando os contratos, mas aqui o recurso à tradicional visão causal de nossos negócios e à regra de que o acessório segue o principal poderia evitar que dívidas (monstruosas como no *time-sharing*) fossem cobradas, apesar de rescindido o contrato principal de consumo ou de qualquer maneira frustrado o vínculo. A pluralidade aqui é de contratos, mas também de sujeitos”.

os interesses dos consumidores, face às novas técnicas de vendas, possibilitando uma manifestação de vontade que realmente reflita a vontade racional, isenta de determinismo imposto pelos fornecedores.

Nesses termos, entendemos que a autonomia da vontade continua a constituir o grande pilar do sistema contratual, porém defendemos que essa liberdade deva ser compreendida em seu aspecto material, como liberdade efetiva e foi este o sentido que levou o legislador a tutelar a vontade do consumidor, evitando que circunstâncias do meio comercial pudessem abatê-lo psicologicamente, impedindo-o de refletir sobre a necessidade e conveniência do ajuste.

O direito ao arrependimento, como se apresenta nos recentes ordenamentos jurídicos, atende aos fins a que se propõe: colmatar as insuficiências da teoria clássica dos vícios da vontade e do consentimento. Por outro lado, reconhecemos as deficiências estruturais desse novo instituto, visto apresentar uma natureza jurídica confusa, ora revestindo-se a consequência do ato de arrependimento em resolução contratual, ora sendo denominada de rescisão ou retratação.

O que parece consensual é o fato do arrependimento não se constituir em mera reflexão, tendo em vista que o período de reflexão sugere a imposição de um tempo para que o consumidor pense em uma proposta e decida-se ou não por contratar. Nesse caso, a reflexão é anterior à formação do contrato e visa retardar o consentimento.

Porém, nos moldes como foi delineado, não há dúvida de que o prazo para reflexão e o exercício do direito de arrependimento desfazem um vínculo contratual perfeito, visto que o acordo inicial é eficaz com a entrega do produto por parte do fornecedor e o correspondente pagamento pelo consumidor.

De outra parte, apresentamos reservas ao alargamento do instituto para os contratos em geral ou para todos os contratos de consumo. Entendemos que o princípio da autonomia da vontade deve imperar, produzindo força obrigatória entre as partes, mesmo porque o sistema legal oferece alternativas à solução dos problemas surgidos em condições que não sejam excepcionais, como as aventadas, por exemplo, para os contratos a distância.

Nesse caso, o sistema tradicional de anulação ou de modificação dos contratos, incluindo a teoria dos vícios e o princípio da boa-fé, constitui mecanismo capaz de salvaguardar a liberdade de decisão, mantendo o equilíbrio das prestações contratuais.

Ressaltamos que o direito à informação deve ser visto como um pressuposto necessário do direito ao arrependimento, com as características que lhe são decorrentes de veracidade, adequação e suficiência, constituindo-se, dessa forma, em elemento essencial para a decisão de contratar.

Por fim, entendemos que o direito ao arrependimento, se aplicado criteriosamente apenas aos casos restritos pela lei, não compromete a segurança e a estabilidade do comércio, muito menos atinge ou nega o princípio da autonomia da vontade. Ao revés, vem atribuir à referida teoria uma dimensão compatível com as particularidades que envolvem os contratos de massa, celebrados sob impulso pelos consumidores.

Referências

- ACHILLE, Monica. *Diritto di ricesso*. In: STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni (a cura di). *Commentario al codice del consumo*. [s.l.] : IPSOA, 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Estudos de direito do consumidor*. [s.l.] : Centro de Direito do Consumidor, n. 3, 2001.
- LURILLI, Cristiano. *Manuale di diritto dei consumatori*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Anteprojeto do código do consumidor: contratos em especial. In: LEITÃO, Luís Menezes (coord.). *Estudos do instituto do direito de consumo*. Coimbra: Almedina, 2006. ALLIX, Jean. La protection du consommateur en matière de contrats à distance. *Revue Européenne de Droit de la Consommation*. n. 2, 1993.
- MONTEIRO, António Pinto (Director). *Estudos de direito do consumidor*, n. 4, Coimbra: Almedina, 2002.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Negócio jurídico de consumo. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 347, Junho, 1985.
- _____. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALMEIDA, Teresa. *Lei de defesa do consumidor anotada*. [s.l.] : Edição Instituto do Consumidor, 2001.
- ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Bari, 2003.
- AULOY, Jean Calais. *Code de la Consommation*. Editions Dalloz, Annotations de Jurisprudence et Bibliographie par Jean Calais Auloy. Paris: 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito* : introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CABRAL, Rita Amaral. A responsabilidade por prospecto e responsabilidade pré-contratual. In: CORDEIRO, António Menezes e CABRAL, Rita Amaral. *Vícios na empresa privatizada* : responsabilidade pelo prospecto - culpa 'in contrahendo' – indenização. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1993.

CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil I* : aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. O anteprojecto do código do consumo. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Director). *O direito*. Coimbra, ano 138, v.4. 2006.

_____. *Tratado de direito civil português*: parte geral. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREIA, Miguel Pupo, Contratos a distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação? In: MONTEIRO, António Pinto (Director). *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra, n. 4, 2002.

FARJADO, Pedro. Colchão. Concessão de crédito e exercício do direito de arrependimento. In: CARVALHO, Jorge M. e GOUVEIA, Mariana França. *Conflitos de consumo*. Coimbra: Almedina, 2006.

LANZARA, Olindo. Informazione sul diritto di recesso. In: STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni (a cura di). *Commentario al codice del consumo*. [s.l] : IPSOA, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MONTEIRO, António Pinto. Do direito do consumo ao código do consumidor. In: *Estudos de direito do consumidor*. [s.l]: Centro de Direito do Consumo, n°1, 1999.

MÚGICA, Santiago Cavanillas. Les contrats em ligne dans la théorie générale du contrat: le regard d'un juriste de droit civil. In : Commerce Electronique – le temps des certitudes – Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n. 17, Bruylant, Bruxelles, 2000.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. In MONTEIRO, António Pinto (Director). *Estudos de direito do consumidor*. n. 5 . Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SERRANO, Luis M M. *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: su caracterización en el Derecho español*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

TORRANO, Rubio. *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario: en particular, el desistimiento negocial del consumidor*. [s.l]: EDC, n. 4, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. [s.l] : Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS EM CASO DE GENOCÍDIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Lucila Vilhena
Advogada

1 Introdução

Neste trabalho iremos analisar a decisão do Tribunal Internacional de Justiça que proferiu sentença em desacordo com o pedido da Bósnia Herzegovina que acusava a Sérvia e Montenegro de violação à Convenção para a prevenção e repressão do crime de Genocídio, sobre alguns atos considerados pelo primeiro Estado como criminosos, durante a Guerra da Bósnia. Explicaremos brevemente alguns fatos históricos dessa época e a sucessão de Estados por que passou a República Socialista Federal da Iugoslávia desde 1992 até tornar-se Sérvia, em 2006.

Falaremos sobre a doutrina da Responsabilidade Internacional dos Estados na matéria que nos interessa e foi importante ao estudar este caso.

Faremos uma análise crítica de alguns pontos dessa decisão do Tribunal Internacional de Justiça com relação à sentença, como, por exemplo, o meio de reparação considerado adequado por esse Tribunal para suprir os danos sofridos pela Bósnia; a não colaboração da Sérvia com os Tribunais, o Penal Internacional da Antiga Jugoslávia e o próprio TIJ, quando aquele Estado se negou a apresentar alguns documentos como prova; a questão da presença do elemento subjetivo que deve haver na conduta para que esta seja considerada como genocídio, entre outros aspectos.

2 Fatores históricos

2.1 Guerra da Bósnia

Foi uma guerra civil pela posse de territórios na região da Bósnia Herzegovina entre três grupos étnicos e religiosos: os sérvios, cristãos ortodoxos; os croatas, católicos romanos; e os bósnios, muçulmanos. Mais tarde, atinge também a Croácia. Tem início em abril de 1992 e se estende até dezembro de 1995, com a assinatura do Acordo de Dayton. É o conflito mais prolongado e violento vivido pela Europa depois da II Guerra Mundial, com duração de 1.606 dias e 200 mil mortos.

Com o fim dos regimes socialistas, a partir da desintegração da URSS, emergem as diferenças étnicas, culturais e religiosas entre as seis repúblicas que formam a Iugoslávia, impulsionando movimentos pela independência. Na Bósnia Herzegovina cresce o nacionalismo sérvio que quer restaurar a

chamada Grande Sérvia, formada por Sérvia e Montenegro, parte da Croácia e quase toda a Bósnia. Quando os bósnios decidem pela independência do país e os sérvios não aceitam, os combates entre os dois grupos intensificam-se. A situação de guerra civil é caracterizada em abril de 1992.

Nas áreas ocupadas, os sérvios da Bósnia fazem a chamada limpeza étnica: expulsão dos não sérvios, massacre de civis, prisão da população de outras etnias e reutilização dos campos de concentração da II Guerra Mundial.

2.2 O massacre de Srebrenica

Caracterizou-se como Matança, aconteceu em julho de 1995, com a morte de mais de 8 mil bósnios do sexo masculino, variando a faixa etária entre adolescentes e idosos, na região de Srebrenica, na Bósnia Herzegovina. Foi realizada pelo Exército Sérvio da Bósnia, sob o comando do General Ratko Mladić e teve a participação das forças especiais da Sérvia, conhecidas como “Escorpiões”. O massacre foi o primeiro caso legalmente reconhecido de genocídio na Europa depois do Holocausto

3 Bósnia Herzegovina X Sérvia e Montenegro

Em 20 de março de 1993 a República da Bósnia Herzegovina intentou uma ação junto ao Tribunal Internacional de Justiça contra a antiga Iugoslávia (Sérvia), acusando-a de violar a “Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio” durante a guerra da Bósnia.

Na referida ação, a Bósnia, *inter alia*, pede que o Tribunal Internacional de Justiça declare que a Sérvia não cumpriu com sua obrigação de prevenir e punir o genocídio; que matou, sequestrou, roubou e torturou cidadãos da Bósnia; que fez uso da força; que interveio em assuntos internos seus; que treinou, armou, financiou e incentivou ações militares e paramilitares. Pede, também, que o TIJ apóie o seu direito de defesa e de pedir apoio militar a outros Estados. Que exija que a Sérvia desista imediatamente da chamada “limpeza étnica” e de bombardeamentos, de assassinatos, torturas, uso da força e apoio à qualquer grupo contra a Bósnia e Herzegovina. E que, finalmente, responsabilize-a pela reparação dos danos pessoais e patrimoniais relativos aos cidadãos e dos danos econômicos e do meio ambiente no que toca ao Estado.

Em sua petição, a Bósnia se justifica dizendo que o grande objetivo desta é prevenir mais perdas de vidas humanas, e que o bem-estar, saúde, segurança, integridades física e mental, lares, e posses de milhares de pessoas

na Bósnia e Herzegovina estavam, naquele momento, à espera de uma posição do Tribunal¹.

Em contestação, *inter alia*, a Sérvia alega a falta de jurisdição do TIJ neste caso, já que na época dos acontecimentos descritos pela Bósnia, não fazia parte das Nações Unidas, não sendo, assim, Estado parte do Estatuto do referido Tribunal e não aceitando a sua jurisdição obrigatória².

4 Problemas com que o TIJ se deparou ao analisar o caso

4.1 A sucessão de Estados

Até 1991, a então República Socialista Federal da Iugoslávia era formada por Eslovênia, Croácia, Macedônia, Bósnia Herzegovina Montenegro e Sérvia. Em 1992, as quatro primeiras tornam-se independentes. As Repúblicas remanescentes da Sérvia e de Montenegro formam a República Federal da Iugoslávia. Em 2003, o nome Iugoslávia foi abolido e adotou-se “Sérvia e Montenegro”. Em 2006, após um plebiscito, Montenegro declara-se independente, seguido da Sérvia, que se reconheceu como sendo o Estado continuador do que seria antes um único Estado, Sérvia e Montenegro, inclusive em tratados firmados por este Estado, como é o caso da Convenção sobre o Genocídio. Por sua vez, Montenegro passa a ser um novo Estado, não dando continuidade à personalidade da Sérvia e Montenegro. Dito isto, a Sérvia passa a ser, o único respondente do caso, e acusado de genocídio.

¹Tribunal Internacional de Justiça. Press Release 1993/4. “The overriding objective of this Request is to prevent further loss of human life in Bosnia and Herzegovina”, e que: “The very lives, well-being, health, safety, physical, mental and bodily integrity, homes, property and personal possessions of hundreds of thousands of people in Bosnia and Herzegovina are (...) hanging in the balance, awaiting the order of this Court.”

²...a jurisdição do TIJ encontra-se limitada pelo seu Estatuto e pelo consentimento dos Estados. O TIJ não pode decidir uma disputa entre Estados sem o seu consentimento à jurisdição...” MACHADO, Jónatas. Direito internacional público. p. 549. Do Estatuto do TIJ: art. 35º n.º.1. “O Tribunal será aberto aos Estados partes do presente Estatuto”.

N.2. “As condições pelas quais o Tribunal será aberto a outros Estados serão determinadas pelo Conselho de Segurança, ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes...”

Art. 36º n.1: “A competência do Tribunal abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

N.2: “ Os Estados Partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que conhecem como obrigatória ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição do Tribunal em todas as controvérsias jurídicas que tenham por objecto...”

Art. 93º n.1 da Carta das Nações Unidas: “Todos os membros das Nações Unidas são ipso facto partes no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça”

4.2 A jurisdição do TIJ

A Sérvia argumentou não ser parte das Nações Unidas, tão pouco da Convenção sobre o Genocídio, no tempo em que ocorreram os fatos reclamados pela Bósnia.

Nessa época, a República Federal da Iugoslávia, que depois passou a ser Sérvia e Montenegro, não era membro das Nações Unidas, já que não se reconheciam como sucessores da República Socialista Federal da Iugoslávia, e sim parte da Convenção, bem como membro da ONU, negando, portanto, a jurisdição do TIJ nesse caso.

Porém, o Tribunal entende que, desde a ruptura da República Socialista Federal da Iugoslávia, o Estado, que depois vem a ser chamado de Sérvia e Montenegro, era sim, o sucessor do primeiro, e como tal, mantinha o seu status de membro nas Nações Unidas e de parte na Convenção sobre o Genocídio.

4.3 O elemento subjetivo do genocídio

Segundo a Convenção sobre o Genocídio³, apesar de gerar alguma controvérsia entre a doutrina, para ser classificado como genocídio, o ato deve conter um elemento subjetivo, um *dolus specialis*, uma intenção clara de aniquilar um grupo de pessoas, no seu todo ou em parte.⁴

Com relação aos Estados, torna-se difícil encontrar e determinar esse elemento subjetivo, ou seja, a intenção de um Estado em destruir no seu todo ou em parte um determinado grupo, mesmo agindo por um órgão seu ou uma pessoa sob o seu poder. A existência dessa vontade ou intenção é, quase sempre, difícil de ser provada, quando falamos em Estados, e essa é a principal dificuldade com que se depara o Tribunal, quando tem que qualificar a conduta de um Estado como genocida⁵.

³Art. II da Convenção: “para ser considerado genocídio, é necessário haver a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.” Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio. Adotado por Definição 260 (III) A da Assembléia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948.

Entrada na força: 12 janeiro 1951. Disponível em: <<http://www.preventgenocide.org/pt/convencao.htm>>. Acesso: em 16 abr. 2008.

⁴Genocídio é o “assassinato deliberado de pessoas motivado por diferenças étnicas, nacionais, raciais, religiosas e por vezes políticas. Pode referir-se igualmente a acções deliberadas cujo objectivo seja a eliminação física de um grupo humano segundo as categorias já mencionadas”. “O termo genocídio foi criado por Raphael Lemkin, um judeu polonês, em 1944, juntando a raiz grega génos (família, tribo ou raça) e -caedere (latim - matar)”. Disponível em: <<http://www.wikipedia.org>> Acesso em: 11 abr. 2008.

⁵ANDREW B. LOEWENSTEIN. *Divergent approaches to determining responsibility for genocide*.

4.4 Questões de prova

Devido à recusa da Sérvia em apresentar alguns documentos, alegando por vezes serem matéria de segurança nacional, e outros, segredo militar, o TIJ determinou vários tipos de provas advindas de diversas fontes para esse caso, porém afirmou que, para casos de excepcional gravidade, como a acusação de um Estado em ter violado sua obrigação de prevenir o genocídio, devem ser apresentadas provas altamente conclusivas e com um alto grau de certeza, tal qual a gravidade da acusação. Portanto, um dos grandes problemas com que o Tribunal se deparou nesse caso foi chegar a algumas conclusões devido à falta de provas. E a Bósnia também teve dificuldades em exercer o ônus da prova, já que foi difícil colher algumas evidências em um território sob o controle da Sérvia.

5 Os fatos

A Bósnia alega a existência de uma estreita relação, de natureza financeira e política, entre a antiga Iugoslávia e a “República do povo sérvio da Bósnia Herzegovina”, depois chamada de Republica Srpska. Essa entidade, no entanto, nunca teve um reconhecimento como um Estado soberano, apesar de controlar um espaço territorial e contar com a lealdade de muitos dos sérvios-bósnios.

O Tribunal Internacional de Justiça, primeiramente, levou em consideração esclarecer se os atos relatados pela Bósnia ocorreram; e, em seguida, no caso de terem ocorrido, se podem ser atribuídos à Sérvia, isto com base no art. II da Convenção sobre o Genocídio, que exige a existência de um elemento subjetivo, designado como a intenção de aniquilar um determinado grupo, nesse caso, os muçulmanos da Bósnia.

Assim sendo, o Tribunal analisou evidências de mortes de membros desse “grupo protegido”, em Sarajevo, Drina River Valley, Prijedor, Banja Luka e Brcko, e vários campos de detenção. E chegou à conclusão de que, em tais casos, não havia evidências irrefutáveis da presença do tal elemento subjetivo necessário para configurá-los como genocídio, e qualificou-os, por fim, como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, assim sendo, não tinha jurisdição para julgá-los.

Apoiado na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia, o TIJ reconheceu como genocídio o massacre de Srebrenica, em julho de 1995, embora não o tenha atribuído ao Estado sérvio. Esse Tribunal entendeu que havia, ali, o *dolus specialis* do genocídio, porém, que os atos que o caracterizaram

não foram cometidos pela Sérvia, e sim pela milícia da “Republika Srpska”⁶.

Para chegar a essa conclusão, o Tribunal ocupa-se em três questões: primeiramente, saber se aqueles atos foram cometidos pelo Estado por meio de seus órgãos, de acordo com as regras sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, das quais falaremos mais adiante; segundo, se os atos descritos no art. III, alíneas (b) à (e), da Convenção sobre o Genocídio, que são outros atos além do genocídio em si, foram cometidos pelos órgãos do Estado; e, finalmente, se o Estado de fato falhou com sua dupla obrigação de punir e prevenir o genocídio, determinada pelo art. I da mesma convenção⁷. Dito isto, a questão é saber se os fatos ocorridos em Srebrenica foram cometidos por pessoas ou entidades com status de órgão da República Federal da Iugoslávia naquele tempo, e o TIJ conclui que não, reconhecendo que não há evidências suficientes para afirmar que as forças armadas ou líderes políticos da antiga Iugoslávia participaram, seja preparando, planejando ou de qualquer maneira, apoiando o massacre. Esse foi, portanto, atribuído à República Srpska, milícia comandada pelo general Ratko Mladic, e o Tribunal entendeu que essa milícia não é um órgão do Estado sérvio, à luz do Direito Internacional. E, quanto ao General Mladic, nenhuma evidência foi apresentada para confirmar a acusação de que fazia parte das forças armadas da então Iugoslávia, sendo membro de um órgão do Estado respondente⁸.

⁶“The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II(a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS (Republika Srpska) in around Srebrenica from about 13 July 1995”. ICJ. Summary of the judgment of 26 February 2007.

⁷Artigo III: Serão punidos os seguintes actos:
(a) o genocídio;
(b) a associação de pessoas para cometer o genocídio;
(c) a incitação directa e pública a cometer o genocídio;
(d) a tentativa de genocídio;
(e) a co-autoria no genocídio.

Artigo I: As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.
Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio. Adotado por Definição 260 (III)
A da Assembléia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948. Entrada na força: 12 janeiro 1951. Disponível em: <<http://www.preventgenocide.org/pt/convencao.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

⁸“There is no doubt that the FRY was providing substantial support, inter alia, financial support, to the Republika Srpska, and that one of the forms that support took was payment of salaries and other benefits to some officers of the VRS, but the Court considers that this did not automatically make them organs of the FRY”. Summary of the judgment of 26 February 2007.

Em suma, o TIJ não se convence de que as milícias que agiam naquela época, no território da Bósnia Herzegovina, faziam parte do Estado da Sérvia, assim sendo, inadequado se torna atribuir tais atos ao Estado, responsabilizando-o internacionalmente⁹.

5.1 A responsabilidade da Sérvia

Uma vez que o TIJ não atribuiu o genocídio de Srebrenica a Servia, tratamos, agora, da sua responsabilidade em face a Bósnia, por violar a obrigação de prevenir e, posteriormente, punir o genocídio, determinada pela Convenção sobre este tema. Consideram-se, para tanto, as obrigações do art. I da Convenção de prevenir o genocídio e de punir as pessoas que o cometeram, como sendo duas obrigações distintas, embora, intimamente ligadas.

Um Estado falha com seu dever de prevenir o genocídio quando não toma todas as medidas possíveis e que estavam ao seu alcance para que este não ocorra. E, no caso em questão, considerou-se o fato de a Sérvia naquele tempo estar numa posição de influência sobre os “sérvios da Bósnia”, verdadeiros responsáveis pelo massacre, podendo, portanto, aquele Estado ter tomado precauções mínimas sobre esse caso, evitando o genocídio. No entanto não o fez, alegando que não tinha poder para fazer ou que desconhecia a gravidade da conduta; e que, mesmo se tivesse tomado alguma medida preventiva, nada mudaria o resultado¹⁰.

5.2 Dever de cooperar com o Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia

Da sua obrigação de punir o genocídio, constava ainda a obrigação acessória de cooperar com o Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia, baseada no art. VI da Convenção sobre o Genocídio¹¹, pois, uma vez que um

⁹“The Court therefore finds that the acts of genocide at Srebrenica cannot be attributed to the Respondent as having been committed by its organs or by persons or entities wholly dependent upon it, and thus do not on this basis entail the Respondent’s international responsibility. (...) The Court then determines whether the massacres at Srebrenica were committed by persons who, though not having the status of organs of the Respondent, nevertheless acted on its instructions or under its direction or control”. Summary of the judgment of 26 February 2007.

¹⁰“Yugoslav federal authorities should, in the view of the Court, have made the best efforts within their power to try and prevent the tragic events then taking shape (...) The Respondent has not shown that it took any initiative to prevent what happened (...) the organs of the Respondent did nothing to prevent the Srebrenica massacres, claiming that they were powerless to do so (...)” Summary of the judgment of 26 February 2007.

¹¹Artigo VI: As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros actos enumerados no Artigo III serão julgadas tentadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela Corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição. Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio. Adotado por Definição 260 (III) A da Assembléa Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948. Entrada na força: 12 janeiro 1951. Disponível em: <<http://www.preventgenocide.org/pt/convencao.htm>>. Acesso em: 16 abr 2008.

Tribunal dessa categoria é estabelecido, as partes devem cooperar com ele, no que implica, expressamente, prender pessoas acusadas de genocídio, as quais estão em seu território, mesmo que o crime do qual essas pessoas foram acusadas, tenha sido cometido fora dele.

No caso em questão, o TIJ reconhece o TPI da Iugoslávia como um Tribunal internacional competente para se pronunciar, e cuja jurisdição foi aceita pelo Respondente, uma vez que o Acordo de Dayton¹², que pôs fim à Guerra da Bósnia, firmado entre Bósnia Herzegovina, Croácia e a República Federal da Iugoslávia, determina que esses Estados devem cooperar totalmente com o TPI da Iugoslávia.

Uma mostra evidente da falta de cooperação da Sérvia com esse Tribunal diz respeito à participação do General Mladic. Apesar da determinação do TPI da Iugoslávia que o acusou de genocídio, apontado como um dos principais responsáveis pelo massacre de Srebrenica, e que se encontrava em seu território em diversas ocasiões, as autoridades sérvias nada fizeram para prendê-lo ou mesmo entregá-lo ao Tribunal. Esses procedimentos de cooperar com o TPI da Iugoslávia significam a violação de suas obrigações internacionais, enquanto parte do Acordo de Dayton e como membro das Nações Unidas, além de violar sua obrigação mediante o art. VI da Convenção sobre o Genocídio.

5.3 A reparação

Uma vez que não foram atribuídos ao Estado os atos de genocídio cometidos, não lhe cabe, portanto, uma obrigação de *restitutio in integrum* com o objetivo de reparar os danos sofridos pela Bósnia. Cabe analisar se, e em que medida, os danos sofridos por esse Estado são resultado de atos cometidos pelo Respondente.

Por falta de evidências para chegar a uma conclusão de se haveria genocídio mesmo a Sérvia tomado todas as precauções cabíveis, o Tribunal diz que uma compensação financeira não faz sentido e não é a forma apropriada de reparação pela violação da obrigação de prevenir o genocídio.

¹²O Quadro Geral para a Paz na Bósnia e Herzegovina, também conhecido como Acordo de Dayton ou Protocolo de Paris, é o acordo a que se chegou na Base Aérea Wright-Patterson, perto de Dayton, no estado norte-americano do Ohio, em 1995, e formalmente assinado, depois de três semanas de negociações entre os líderes da Bósnia, da Croácia e da Sérvia, com intermediação do governo americano, na época sob o presidente Bill Clinton, em Paris, a 14 de dezembro desse mesmo ano. Esse acordo pôs fim ao conflito de três anos e meio na Bósnia e Herzegovina. Ele prevê a manutenção do Estado da Bósnia e Herzegovina com suas fronteiras actuais, dividido em uma federação muçulmano-croata, que abrange 51% do território, e em uma república bósnia-sérvia, que ocupa os 49% restantes. É previsto um governo único entregue a uma representação de sérvios, croatas e bósnios. Disponível em: <<http://www.wikipedia.org>>, <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 11 abr. 2008.

Dessa forma, a melhor maneira de reparar seria uma declaração por parte da Sérvia admitindo a sua falha na obrigação imposta pela Convenção sobre o Genocídio, de prevenir o massacre. Quanto a sua obrigação de puni-lo, como vimos anteriormente, trata-se de duas obrigações distintas, a Sérvia ficou responsável por determinação do TIJ em transferir para o TPI da Antiga Iugoslávia todas as pessoas acusadas de genocídio, principalmente o General Ratko Mladic, sob o amparo dos Arts. I e VI da Convenção sobre o Genocídio.

6 A responsabilidade internacional

A responsabilidade internacional tem uma fundamentação moral e ética. O Dr. Jorge Miranda remete o princípio da responsabilidade internacional ao *jus cogen*¹³.

Pode incorrer em responsabilidade internacional qualquer sujeito de direito internacional, por danos causados a qualquer sujeito de direito internacional ou à comunidade internacional globalmente considerada; portanto, a responsabilidade dos Estados é apenas um subtema da responsabilidade internacional como um todo. No direito interno, distingue-se entre responsabilidade civil e penal; enquanto, no âmbito internacional, pode ser uma responsabilidade compensatória e sancionatória; portanto, uma única conduta da parte de um sujeito de direito internacional pode dar lugar às duas responsabilidades, e uma não exclui a outra.

Como sinal da evolução da responsabilidade internacional, podemos perceber algumas mudanças, como o fato de, anteriormente, esta ser a responsabilidade dos Estados, nas relações entre eles: tratava-se, até então, de uma responsabilidade coletiva próxima à civil, baseada em atos ilícitos e violações de deveres. Entretanto, hoje, se reconhece também a responsabilidade de OI's, ONG's e em outros atores não governamentais, a responsabilidade individual e criminal que o TPI trouxe como responsabilidade internacional penal do indivíduo, a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, fala-se cada vez mais em “bem comum da humanidade”, de tal maneira que se dá maior atenção à comunidade internacional no seu todo, como, por exemplo, na questão da responsabilidade por danos ambientais.

6.1 A Responsabilidade Internacional do Estado e os “*draft articles*”

Tal qual a responsabilidade no direito interno, a Responsabilidade Internacional dos Estados está alicerçada no comportamento destes, a sua

¹³MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Principia, 2004. p. 318.

imputabilidade, o dano causado e o nexo de causalidade entre eles e a conduta.

A Responsabilidade Internacional dos Estados tanto pode ser recorrente de uma ação como de uma omissão, como é o caso da Responsabilidade que incorre na situação em questão deste trabalho, desde que possa ser atribuída a certo sujeito e que cause em prejuízo moral ou patrimonial a outro, isto no entendimento de Jorge Miranda¹⁴, porém a doutrina reconhece, hoje, a responsabilidade de um Estado, mesmo sem a presença do dano, na qual se possa verificar uma relação entre o dano e o comportamento do Estado.

A preocupação em responsabilizar os Estados, civil ou penalmente, por crimes ou delitos internacionais, partiu da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que aprovou um projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais. A sua obediência é facultada aos Estados, os *draft articles*, como é chamado esse articulado, não é direito convencional, e por isso não prejudica a aplicação de outras normas de Direito Internacional, mas, por ser resultado de discussões entre vários Estados e a CDI, eles são importantes no que diz respeito à matéria da responsabilidade. “Cabe-lhe o mérito de clarificar, organizar e unificar o pensamento jurídico nesta matéria e de adequar a responsabilidade dos Estados ao atual estado de desenvolvimento do direito internacional”¹⁵. E também, por não ser uma Convenção, os *draft articles* acabam por ter um peso moral maior e atingir a totalidade dos Estados, além dos Estados partes de uma Convenção.

Os *draft articles* deixam de fora a questão da responsabilidade internacional dos Estados por atos lícitos, seja ela objetiva ou subjetiva. Essa responsabilidade acaba por ser encontrada em regimes convencionais específicos.

6.2 A atribuição de um ato ilícito ao Estado

De acordo com a CDI¹⁶, essa atribuição dá-se quando o ato ilícito internacional foi praticado por um órgão do Estado, dos poderes constituintes, legislativo, judiciário e executivo, forças armadas ou qualquer entidade a que tenha sido legalmente atribuída uma prerrogativa de direito público, quando do exercício dela, e assim seria uma responsabilidade indireta; também pode ser

¹⁴MIRANDA, op. cit., p. 321.

¹⁵MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. p. 502.

¹⁶Arts. 4 a 11 dos *draft articles*

imputada a um Estado uma conduta praticada por outro Estado, desde que posto ao seu serviço.

A responsabilidade do Estado existe, ainda que os atos ilícitos sejam cometidos pelos seus funcionários ou subordinados, mesmo em desrespeito as suas orientações. E também é imputado ao Estado o ato ilícito cometido por grupos ou mesmo indivíduos por ele treinados, armados, financiados, apoiados etc., visando a atividades militares ou paramilitares.

No que diz respeito aos insurrectos¹⁷, a conduta é imputável ao Estado, seja a um novo ou ao mesmo Estado, mas com novo governo, respeitando-se a necessidade de se dar continuidade à interação estadual. Além destas, são imputáveis ao Estado, quaisquer condutas que ele reconheça como sendo suas.

Quando não seja possível, ou seja difícil analisar os elementos subjetivos da conduta do agente, nomeadamente a culpa, acompanhada ou não de dolo, recorreremos à existência ou não de um ato intencional imputável a um órgão do Estado, mas isso se torna difícil quando falamos em responsabilizar um Estado por uma conduta intencional. Porém, uma vez reconhecidos, a culpa ou o dolo dos titulares dos órgãos e dos agentes, poderão, em certas circunstâncias, graduar a responsabilidade do Estado. Segundo a opinião do Dr. Azevedo Soares, a responsabilidade internacional do Estado advém, em primeiro lugar, dos atos de seus órgãos, porém, quando ele age num domínio em que é incompetente, e essa incompetência seja manifesta, a responsabilidade não se dá. Mas há casos em que se fala em responsabilidade objetiva do Estado quando seus órgãos, ou as pessoas responsáveis por ele, agem fora de sua competência, e assim, há a ausência de um vínculo entre o funcionário e o respectivo Estado que, por sua vez, apenas pode ser responsabilizado objetivamente. A título de exemplo, temos a Convenção de 29 de Março de 1972, sobre os danos causados por objetos espaciais, que determina a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados na superfície ou numa aeronave em voo¹⁸.

De qualquer maneira, cabe ao Estado prevenir tais acontecimentos, de todas as maneiras possíveis, e se, apesar disso não obteve resultado e a violação da obrigação ocorreu, este deve punir os autores de tais atos e a sua inércia nesse sentido pode gerar a responsabilidade desse Estado para com outros que foram prejudicados.

As obrigações internacionalmente estabelecidas entre dois ou mais Estados são baseadas normalmente em princípios como a reciprocidade ou interdependência. Essas obrigações podem ser *inter partes*, quando resultem

¹⁷Movimento, grupo de pessoas, que dá origem a um novo governo de um Estado ou mesmo a um novo Estado.

¹⁸SOARES, Albino de Azevedo. *Lições de direito internacional público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 307.

de um tratado bilateral ou multilateral restrito; ou *erga omnes*, quando dizem respeito à proteção de um interesse coletivo definido por Estados partes em um tratado multilateral aberto. As obrigações estabelecidas para com a comunidade internacional no seu todo são obrigações integrais *erga omnes*, porque estamos perante um interesse público comunitário internacional.

Um fator digno de nota é a questão da impossibilidade de invocar o direito interno para justificar a violação de uma obrigação internacional e, assim, afastar a responsabilidade. Também se deve ressaltar que as obrigações internacionais podem surgir de qualquer fonte de direito internacional, não apenas dos tratados, e a responsabilidade subsiste mesmo quando não haja dano.

6.3 Momento da violação

É importante, para efeito de saber se o ato é ou não violador de uma obrigação internacional pré-existente, determinar o momento em que foi praticado e, para isso, determiná-lo como instantâneo ou contínuo¹⁹. No primeiro caso, mesmo que os seus efeitos se prolonguem, o que importa é o momento de sua prática; no segundo caso, o ato é ilícito se, em qualquer momento de sua prática, entrar em contradição com uma obrigação internacional. Havendo o dever de prevenir uma situação, a violação acontece se a mesma se der; e isto acontecendo, é dessa forma considerada enquanto durar e for desconforme com a obrigação. Nos atos compostos e complexos²⁰, a violação se dá quando a ação ou omissão, considerada juntamente com as outras, constituir o ilícito, e enquanto as outras existirem.

7 Legitimidade ativa

Primeiramente, quem tem legitimidade ativa para intentar uma ação sobre responsabilidade internacional é o Estado lesado, este é titular dos direitos de reparação, indenização e satisfação, e ainda lhe são salvaguardados os direitos de contra medidas, garantia de cessação e não repetição.

Num segundo momento, os Estados não lesados se fizerem parte de um tratado multilateral, quando a obrigação violada for expressamente estabe-

¹⁹ Instantâneo é o acto em si, que de imediato causa efeitos. Contínuo é o acto cujas condutas se prolongam no tempo.

²⁰ Actos compostos são actos constituídos como um agregado de acções e omissões globalmente consideradas como ilícitas. Actos complexos são acções e omissões de um ou vários órgãos relativos a um mesmo caso. Porém, esta distinção é questionável. MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 490.

lecida para proteger interesses *erga omnes partes*. Deste modo, embora não sendo lesado diretamente, ou seja, Estado lesado *strictu sensu*, o Estado é lesado indiretamente, sendo assim lesado *latu sensu*. Ou ainda, *erga omnes* e, desta vez, quando estamos perante um interesse geral, uma violação de uma obrigação que diz respeito e afeta a comunidade internacional globalmente considerada. Porém, nesses casos, ao Estado violado *latu sensu*, apenas lhe são salvaguardados os direitos de cessação e não repetição.

Desta maneira, a evolução do Direito Internacional, e principalmente da responsabilidade, deu espaço à legitimidade ativa dos atores não governamentais.

8 Conteúdo da responsabilidade internacional: A reparação

Quando um Estado viola uma obrigação internacional primária, incorre em uma nova obrigação de natureza secundária que advém da responsabilidade, porém isso não quer dizer que a obrigação primária não exista mais. O grande objetivo do Direito Internacional Público, no que diz respeito à responsabilidade internacional dos Estados, é que estes não precisem conhecer os encargos dessa responsabilidade, cumprindo as suas obrigações primárias.

8.1 Dever de cumprimento

Desde que ainda seja possível, o Estado tem o dever de cumprir aquela obrigação primária que foi violada num primeiro momento e, simultaneamente, tem uma obrigação secundária decorrente da responsabilidade internacional. Caso contrário, o Estado estaria “comprando” o direito de violar uma obrigação²¹.

8.2 Cessação e não repetição

Para além desse dever de manter a obrigação primária e cumpri-la, mesmo depois de a ter violado, desde que possível, o Estado tem o dever de cessar imediatamente sua conduta ilícita, para assim evitar mais danos. E ainda, deve garantir que tais acontecimentos não voltarão a repetir-se.

No caso em questão, a Bósnia visou a algumas medidas cautelares perante o TIJ para que esses deveres fossem cumpridos pela Sérvia.

²¹MACHADO, op. cit., p. 518.

8.3 Dever de reparação

Procura-se remediar a situação do dano causado pela violação de uma obrigação internacional por um Estado. A responsabilidade a que incorre tem um carácter reparatório e compensatório, uma vez que o Estado tem o dever de reparar completamente os danos, sejam eles materiais ou morais, causados pela sua conduta. E neste aspecto, o Dr. Azevedo Soares volta a falar sobre a responsabilidade objetiva, quando diz que cabe o dever de reparação mesmo nesses casos²².

As formas de reparação da responsabilidade internacional são:

- *Restitutio in integrum*. Consiste em retornar hipoteticamente à situação anterior ao dano. O Estado violador deve repor tudo ao seu estado normal, tal como se encontrava antes, sempre que isso seja possível.

- Satisfação. Este foi o meio de reparação escolhido pelo TIJ no caso deste estudo. Ele se dá quando os danos são de natureza moral ou política. Consiste, por exemplo, num pedido de desculpas formal, no qual o Estado reconhece que falhou em cumprir sua obrigação.

- Indenização. Consiste no pagamento (entrega de uma quantia pecuniária) à vítima do dano causado por uma conduta do Estado. Esse meio de reparação é utilizado principalmente quando a *restitutio in integrum* não é possível.

9 Fundamento jurídico para a decisão

Aplicando a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, o TIJ baseou-se principalmente nestes dispositivos:

- Artigo IX:

As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Como uma forma de pôr fim às questões trazidas pela Sérvia de não jurisdição do TIJ, justificada pela sucessão de Estados que já discorremos anteriormente, alegando não ser parte das Nações Unidas naquela ocasião. Recorrendo a esse artigo, o TIJ pôs fim a essa discussão.

²²SOARES, op. cit., p. 323.

● Artigo I:

“As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo da guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.” Para o entendimento do TIJ, as obrigações violadas pela Sérvia, foram amparadas por este artigo: a de prevenir e a de punir o genocídio.

● Artigo II:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- (a) matar membros do grupo;
- (b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- (c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- (d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

O TIJ encontra amparo neste dispositivo, mais especificamente em “*intenção de destruir*”, para a não caracterização de diversos atos como sendo genocídio.

● Artigo III:

Serão punidos os seguintes atos:

- (a) o genocídio;
- (b) a associação de pessoas para cometer o genocídio;
- (c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- (d) a tentativa de genocídio;
- (e) a co-autoria no genocídio.

10 Críticas: os votos vencidos

As críticas a essa decisão do TIJ partem, antes de mais, do próprio Tribunal. Em anexo ao Sumário 2007/2, o Vice-Presidente Al-Khasawneh critica algumas decisões do TIJ nesse caso, como, por exemplo, o meio de reparação escolhido como sendo adequado, uma mera satisfação moral. Primeiramente, ele acha que a responsabilidade da Sérvia advém de mais do que a mera falha em prevenir o genocídio. Depois, em matéria de prova, o juiz opina que o acesso do Tribunal a alguns documentos da Sérvia facilitaria consideravelmente o trabalho daquele órgão em reconhecer alguns elementos subjetivos necessários para atribuir tal comportamento a esse Estado. Desse modo, a recusa da Sérvia em entregar tais documentos deveria sofrer algumas consequências, assim sendo, deveria haver a liberdade de provar ou de evidenciar esse elemento subjetivo de outra maneira, já que, assim, a Bósnia se

encontraria em grande desvantagem, impossibilitada de exercer o ônus da prova. E mais, o juiz ainda afirma que o Tribunal deve considerar o genocídio como um crime complexo e não como um assassinato²³. Ele critica a decisão do Tribunal, afirmando que se o TIJ não exigisse um alto grau de certeza para condenar um Estado de genocídio, teria, por seus próprios meios, chegado à conclusão de que a Sérvia foi o autor, ou mesmo cúmplice, do genocídio na Bósnia.

Essas críticas, entre outras, foram seguidas por outros juízes do próprio Tribunal Internacional de Justiça, que se mostraram descontentes com a resolução dada a esse caso.

A não transferência de Ratko Mladic para ser julgado pelo ICTY (Tribunal Penal Internacional da Antiga Jugoslávia) foi alvo constante de críticas, tanto pelo TIJ quanto pela doutrina, que afirma que a Sérvia violou o princípio da boa fé ao não cooperar com aquele Tribunal, violando a sua obrigação de o fazer.

10.1 Dolus Specialis no genocídio

A dificuldade de caracterizar a intenção do Estado é igualmente alvo de críticas. Quando se trata de um Estado, é difícil encontrar e provar a existência de um elemento subjetivo como tal. A intenção em provocar algum acontecimento é tarefa mais fácil de determinar, quando se trata de um indivíduo.

A dificuldade na obtenção de provas, tanto pelo TIJ quanto pela Bósnia, foi uma das questões mais polêmicas. Assim, a não colaboração da Sérvia com o Tribunal, recusando-se a entregar alguns documentos, sempre alegando serem matéria de segurança nacional ou segredo militar; o controle exercido por esse Estado nas áreas onde ocorreram os eventos; o rigor do Tribunal, exigindo um alto grau de certeza em provar um caso tão difícil e delicado como seja, atribuir a alguém um genocídio, tudo isto deixou a Bósnia em uma situação desvantajosa e dificultou o exercício do ônus da prova. A doutrina diz que a tarefa do Tribunal seria mais fácil se tivesse tomado mais a sério algumas outras evidências, documentos de ONG's, relatos de pessoas, testemunhas, dentre outros que poderiam esclarecer o caso.

A doutrina acha que a promessa de não repetição e um pedido de desculpas, ou seja, a satisfação moral como forma de reparação, não foram suficientes diante de tantos danos materiais e morais sofridos pela Bósnia.

²³ Annex to Summary 2007/2.

11 Considerações finais

Tendo em vista a grande complexidade do caso e a polêmica de sua decisão, foi difícil encontrarmos, primeiramente, uma coerência entre a sentença do TIJ com sua própria jurisprudência e, em segundo lugar, agrupar as opiniões dentro do próprio Tribunal e da doutrina em uníssono.

Não há dúvida de que se o TIJ não exigisse provas irrefutáveis e aceitasse outros relatos de pessoas e documentos menos oficiais, mas não menos verídicos, facilitaria o trabalho do Tribunal e faria a sentença mais justa. A satisfação moral, tida como forma de reparação adequada nesse caso, chega a ser uma afronta àquelas pessoas que perderam tudo, bens materiais, entes queridos, trabalho etc. Não punir um Estado que pouco ou nada fez para prevenir um dos atos mais bárbaros que a comunidade internacional contemporânea já assistiu, sob uma visão mais severa, deixa um sentimento de impunidade. Pois, além de não prevenir, a Sérvia também não puniu os responsáveis por tais atos.

Concordamos, porém, com a opinião da doutrina, quando diz que a falta de um tratado sobre a Responsabilidade Civil dos Estados dificulta a efetivação da mesma. Resta-nos confiar na boa fé e na consciência de cada um.

Referências

- ABASS, Ademola. *Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia V. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur*. Fordham International Law Journal. Fordham University School of Law. 2008.
- ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. *International State Responsibility for Acts of Non-State Actors: The Recent Standarts Set by The International Court of Justice in Genocide and Why The Wto Appellate Body Should Not Embrace Them*. Syracuse Journal of International Law and Commerce. 2007.
- AZEVEDO SOARES, Albino de. *Lições de direito internacional público*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 11 abr. 2008.
- CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO. Adotado por Definição 260 (III) A da Assembléia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948. Entrada na força: 12 janeiro 1951. Disponível em: <<http://www.preventgenocide.org/pt/convencao.htm>>. Acesso em 16 abr. 2008.
- GRAVING, Richard. *The International Court of Justice Muddles Jurisdiction in Yugoslav Genocide Case*. Tulsa Journal of Comparative & International Law. 2007.
- LOEWENSTEIN, Andrew B. *Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide*: Journal of International Criminal Justice. Oxford University Press. 2007.
- MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Principia, 2004.
- SCHABAS, William A. *International Criminal Tribunals: A Review of 2007*. Northwestern University Journal of International Human Rights. Northwestern University, School of Law. 2008.

SOARES, Albino de Azevedo. *Lições de direito internacional público*.
Coimbra : Coimbra Editora, 1996. p. 307.

SPINEDI, Marina. *On The Non- Attribution of The Bosnian Serbs' Conduct to Serbia*. Journal of International Criminal Justice. 2007.

STUTTS, Kenneth. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, International Court of Justice February 26, 2007. Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law. Chicago-Kent College of Law. 2007.

TOMUSCHAT, Christian. *Reparation in Cases of Genocide*. Journal of International Criminal Justice. ICJ 5 4 (905). 2007.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <<http://www.wikipedia.org>>. Acesso em: 11 abr. 2008.

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A REFORMA PROCESSUAL PENAL

Leonardo Cunha Lima de Oliveira
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

Os Juizados Especiais Criminais foram instituídos por autorização expressa do artigo 98 da Constituição Federal de 1988, sendo regulamentados e instalados por força da Lei nº 9.099/95, com a finalidade precípua de implementar uma prestação jurisdicional desprovida da burocracia inerente à máquina estatal, evitando que ilícitos considerados de pequeno potencial ofensivo fiquem impunes em face da inevitável ocorrência do instituto da prescrição e consequente extinção da punibilidade.

Como forma de dirimir os conflitos gerados pelos crimes de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/95 trouxe em seu bojo um conjunto de medidas denominadas Institutos Despenalizadores, que têm como objetivo, embora não impliquem em punição direta do agressor, dar ao caso solução jurídica.

Além da composição de danos e da transação penal, a suspensão condicional do processo representou um grande avanço instituído no ordenamento jurídico brasileiro pela lei dos juizados.

Entretanto, em face da dinamicidade da sociedade e, conseqüentemente, das leis vigentes no país, algumas modificações foram implantadas no sistema jurídico brasileiro, que repercutiram diretamente na Lei nº 9.099/95, nesses treze anos de existência. A título de ilustração, merecem ser citadas a Lei nº 11.313/06, que ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo; a Lei Maria da Penha, que estabelece a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nos casos de violência doméstica (de constitucionalidade questionada); e, recentemente, a Lei nº 11.719/2008, que alterou o Código de Processo Penal e traz implicação direta na aplicação do instituto da Suspensão Condicional do Processo nos delitos que não se processam no âmbito dos juizados criminais, notadamente no que concerne ao momento oportuno de oferecimento da proposta ao denunciado, tema que merece especial atenção por parte dos operadores do direito.

2 Da suspensão condicional do processo

A Suspensão Condicional do Processo é um instituto de política criminal (benefício ao acusado) que proporciona a suspensão, temporária, do curso do processo, mediante o compromisso de serem observadas determinadas condições.

Não se deve confundir Suspensão Condicional do Processo (art. 89 da

Lei nº. 9.099/95) com Suspensão Condicional da Pena (art. 77 do CP), uma vez que, neste, o sujeito já foi condenado e o que fica suspensa é, apenas, a pena imposta; enquanto que, naquele, o próprio processo fica suspenso, não havendo que se falar em condenação. Ademais, no caso de descumprimento das condições impostas, no primeiro, implicará continuidade do processo; já no caso de descumprimento do segundo, a revogação implicará conversão em pena privativa de liberdade.

O que mais importa é saber que o artigo 89 da Lei 9.099/95 restou por instaurar uma nova causa extintiva da punibilidade, resultante do cumprimento das condições do novo instituto da suspensão condicional do processo vinculada à ação penal que se refira aos crimes com pena mínima cominada não superior a um ano.

Desse inovador procedimento extrai-se que, propondo o MP a suspensão condicional do processo, e sendo ela aceita pelo acusado e seu defensor; o Juiz, ao receber a denúncia, poderá submeter o acusado a período de prova, suspendendo o processo por 02 a 04 anos, com as condições a que se reportam os itens I a IV do § 1º do art. 89, além de outras que entender adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, conforme § 2º do mesmo artigo. Decorrido aquele período sem revogação da suspensão do processo, caberá ao Juiz declarar extinta a punibilidade.

O oferecimento da proposta pelo MP não resulta facultatividade, pois poderia originar a possibilidade de tratamento diferenciado aos acusados que se encontram em idêntica situação, com o grave risco de se constatar flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia, inserto no artigo 5º, *caput* da CF. Além disso, por ser o procedimento medida amplamente mais favorável ao réu em relação à ação penal submetida ao seu regular processamento. Sem a suspensão condicional, é evidente que se estaria, pela faculdade dessa suspensão, possibilitando o total afastamento da lei penal mais benéfica, cuja aplicação impõe-se observar como imperativo de ordem constitucional, consoante previsto pelo artigo 5º, XL, da Carta Magna. Sobre este aspecto, é oportuno se ressaltar que a alteração legislativa abordada, embora se apresente como instrumento de ordem processual, exprime, em realidade, nítido conteúdo de caráter penal, por objetivar o alcance da extinção da punibilidade. Por isso, sendo incontestavelmente mais benéfica ao réu, deve prevalecer indistintamente, inclusive com a preservação dos princípios que regem a lei penal mais benigna (CPB, art. 2º). Conforme ensina Tourinho Filho¹, citando Asúa, se a norma processual penal contiver predominante caráter de Direito Penal, se

¹ ASÚA *apud* TOURINHO FILHO, F. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

mais benigna, retroagirá; e, se mais severa, aplicarse-á a lei mais velha. Assim, certamente se revelará mais acertada a suspensão do processo sempre que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, desde que se façam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do CP). Ou seja, não se enquadrando o acusado em quaisquer daquelas ocorrências apuráveis objetivamente, deverá ser-lhe assegurada a possibilidade de se beneficiar da suspensão condicional do processo, autêntico direito subjetivo do réu, com a oportuna manifestação do Ministério Público, mas sem que se reserve a esse órgão a exclusividade da iniciativa, devendo o seu acolhimento pelo Juiz observar-se de modo cogente, assim como se verifica ao final do prazo da suspensão do processo, cujo cumprimento das condições impõe o reconhecimento da extinção da punibilidade, sem qualquer margem de valoração pelo Juiz.

A eventual omissão em se oportunizar a suspensão condicional do processo estaria sujeita a ser combatida, até mesmo, pela via do habeas corpus, dada a configuração de constrangimento ilegal que estaria suportando o acusado por não lhe ser permitido o aproveitamento de situação extremamente favorável à extinção da punibilidade.

De notar que, dentre os requisitos a viabilizarem a suspensão condicional do processo, contidos no artigo 77 do CP, apenas a hipótese do inciso II é aproveitável à espécie, por se encontrar superada a condição do inciso I, pois está estabelecida no próprio *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/ 95, que prevê, também, como óbice à sua concessão, o fato de o réu já ter sido condenado, inclusive, por crime culposos.

Importantes, ainda, são as causas de revogação da suspensão. Nesse contexto, dispôs a lei enfocada, nos §§ 3º e 4º do artigo 89, que, vindo o beneficiário a ser processado por outro crime ou não reparando o dano, salvo motivo justificado, o benefício seria revogado. Se, porventura, o beneficiário vier a ser processado por contravenção, ou descumprir qualquer condição imposta, a revogação do benefício será facultada ao Juiz, e não mais exigida.

Questão ainda de relevante enfoque no que diz respeito à suspensão condicional do processo é a identificação da pena mínima cominada, neste caso, atento o Juiz a regular tramitação da ação no que se refere ao crime, não é passível de se conceder aquela suspensão condicional quando, nos casos de concurso formal ou material, a pena mínima em abstrato ultrapassar um ano. Cuida de novo entendimento jurisprudencial, inclusive com chancelamento de súmula do STJ, uma vez que antigamente prevalecia a idéia de análise isolada de cada delito.

São requisitos objetivos para concessão da suspensão condicional do processo: pena em abstrato cominada para o crime igual ou inferior a um ano e

não estar o acusado sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime (se ele estiver sendo processado ou condenado por contravenção, incidirão a afronta a pressuposto subjetivo mau antecedentes ou conduta social desfavorável). O requisito do acusado não estar sendo processado não viola o princípio da presunção de inocência, segundo entendimento do STF, uma vez que se trata da concessão de benefício e a condição imposta é exatamente para beneficiar pessoas que nunca se envolveram em infrações penais. Com relação aos condenados, embora a lei não preveja prazo, é razoável que sejam decorridos 5 (cinco) anos do cumprimento da pena ou, apagados os efeitos da reincidência, possa ser o sujeito contemplado com a concessão do benefício. Já os requisitos subjetivos são: antecedentes, personalidade, conduta social e culpabilidade do acusado, circunstâncias e motivos do crime.

As condições impostas ao acusado são: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para justificar suas atividades normais.

O juiz poderá fixar outras condições a que ficará subordinado o acusado. O STF vem entendendo que pode ser incluída como condição a prestação de serviço à comunidade. Júlio Fabrini Mirabette² entende não ser possível tal condição, uma vez que, suspendendo o processo, não poderia ser imposta qualquer pena ao acusado.

Não se pode estabelecer condições aviltantes, constrangedoras, imorais ou desnecessárias, exemplo: não cometer crimes, não beber, assistir a missas etc.

Havendo recusa injustificada de oferecimento de suspensão condicional do processo por parte do Ministério Público, só restará ao magistrado aplicar, subsidiariamente, o disposto no artigo 28 do CPP, não podendo aplicar suspensão de ofício, sob pena de afronta à titularidade da ação penal e, por conseguinte, ao exercício de jurisdição sem ação.

Perfeitamente possível é a suspensão condicional do processo em ação privada. O único inconveniente é que, não desejando o querelante fazer a proposta, inexistente solução jurídica para contornar o problema, uma vez que a hipótese não é expressamente prevista em lei.

Ultrapassado o período de prova sem que haja qualquer revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Descumprida qualquer das condições impostas, mesmo que decorrido o período de prova, o juiz poderá revogar o benefício, posto que se trata, apenas, de sentença declaratória de um fato

²MIRABETE, J. F. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 4. ed. São Paulo, 2000.

preexistente em que a revogação se dá de forma automática. Este é o entendimento do STJ. Durante o período de prova não correrá a prescrição. Cuida-se de causa suspensiva do instituto.

3 A suspensão condicional do processo e a Lei nº 11.719/2008

Como dito alhures, o art. 89 da Lei nº 9.099/95 estabelece que, nos crimes cuja pena mínima em abstrato for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, presentes os demais requisitos subjetivos e objetivos necessários, deverá apresentar proposta de suspensão condicional do processo, constituindo o aludido instituto norma discricionária regrada ou, como preferem alguns, verdadeiro direito público subjetivo do acusado.

Criou-se com a aludida norma mais um instituto de despenalização, através do qual é possível, com o consenso do acusado que exerce uma faculdade dispositiva a respeito de determinadas garantias, evitar a instrução, o debate do mérito da causa e a aplicação da sanção penal com a aceitação das condições obrigatórias e facultativas impostas com a suspensão do processo.

A decisão que decreta a suspensão condicional do processo não julga o mérito nem discute a culpa, não absolve, não condena, não julga extinta a punibilidade e, em consequência, não gera nenhum efeito penal secundário próprio da sentença penal condenatória.

O referido instituto é fundado no denominado “espaço de consenso” em área processual penal, atenuando-se os princípios da obrigatoriedade da ação penal, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ao estabelecer, através do mencionado benefício, que, se o acusado aceita as condições e restrições impostas, o Estado, por outro lado, renuncia, condicionalmente, ao direito de processar o réu, ao se abster de colher as provas e julgar o feito.

Na suspensão condicional do processo, o que se suspende é o próprio processo, *ab initio*. O momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado, em princípio, para concretização da proposta de suspensão. Sendo aceita, o Juiz pode suspender o processo. O que temos, em síntese, em termos conceituais, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas durante determinado período de prova.

No antigo procedimento processual penal, a questão era posta de maneira prática e singela, uma vez que o magistrado, ao receber a denúncia ou queixa, designava, desde logo, dia e hora para a realização do interrogatório do acusado, momento em que o cientificava da proposta de suspensão condicional do processo ofertada pelo Ministério Público em seu favor, homologando-a,

caso fosse aceita pelo denunciado, sob orientação técnica de seu defensor, conforme redação antiga do art. 394 do CPP.

Na referida sistemática, inúmeras vantagens existiam com a aplicação do aludido instituto despenalizador: inexistência de instrução (interrogatório, oitiva de testemunhas etc.) e de sentença, logo, não existiam risco de inscrição do nome do denunciado no rol de culpados, pressuposto da reincidência, antecedentes criminais etc. Não haveria a reprodução dos fatos e isso significava uma economia incalculável para a justiça e um benefício extraordinário para o acusado (que não se submeteria à cerimônia degradante e exaustiva de um julgamento), vítima, testemunhas (que tampouco deveriam ir ao Fórum, perdendo dia de trabalho, proceder reconhecimentos) etc.

As varas criminais das grandes cidades andam afogadas de processos, entre os quais cresce, de maneira assustadora, o número de feitos por crimes violentos. Aí estão as quadrilhas de assaltantes, traficantes de drogas, estupradores, latrocidias, um sem número de criminosos violentos da mais alta periculosidade, a exigir dos juízes mais atenção, maior severidade de tratamento, mais tempo do que têm. Assim, diminuir o número de processos e audiências por fatos de pequena ou nenhuma gravidade, fazendo-o sem prejuízo para a justiça das decisões, significa ganhar mais tempo para a solução dos casos infinitamente mais graves.

O instituto em epígrafe oferece vantagens consideráveis, pois com ele se antecipa, praticamente, o resultado do processo, com tudo de bom que este acarreta, ante a resposta proporcional, simples e imediata da justiça, com a reprovação adequada do ato praticado pelo sujeito.

Em uma época em que os estudiosos do direito procuram criar formas cada vez mais sumárias de procedimento, que possibilitem a justa solução dos casos com o menor sacrifício possível para as partes, a proposta da suspensão condicional chega a ultrapassar esse objetivo, pois, mais que um processo “mais rápido”, consagra a idéia de um verdadeiro “não processo”.

Essa desburocratização vinha, inexoravelmente, descongestionando e agilizando a justiça criminal, possibilitando que se alcançassem melhores níveis de otimização na sua capacidade operacional. Restou mais tempo aos operadores do direito e à máquina judiciária para cuidar das infrações mais graves, aplicando-se uma forma célere e incontestavelmente necessária de solução para censura dos delitos de menor expressividade penal.

Atualmente, com a reforma processual penal vigente, oferecida a denúncia, o magistrado, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 do CPP).

Não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397 do CPP), o juiz

designará data e horário para audiência de instrução e julgamento, ordenando as intimações necessárias (art. 399 do CPP).

Na audiência de instrução de julgamento a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta dias), proceder-se-á a tomada de declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, interrogando-se o acusado por último (art. 400 do CPP).

Com efeito, não há mais audiência prévia para interrogatório do acusado, inexistindo possibilidade de oferta de suspensão condicional do processo nesse momento processual.

Destarte, se o réu tiver direito à suspensão condicional do processo, de acordo com os critérios do artigo 89 da Lei nº. 9.099/95, e a nova sistemática processual vigente, surgem as seguintes hipóteses:

1ª) na audiência, após a oitiva de ofendido, testemunhas e peritos, e antes de se realizar o interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condicional do processo. Caso ele aceite a proposta, não haverá necessidade de realização de interrogatório. Por outro lado, caso não aceite o interrogatório, os demais atos do processo se realizarão normalmente. Esse entendimento é passível de críticas no sentido em que toda a máquina judiciária será movimentada com a colheita de provas só para que, ao final, o acusado possa exercer o direito à suspensão condicional do feito, sendo pouco produtiva e eficiente a adoção de tal medida. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ao final da instrução, apenas antes do interrogatório, facultará ao réu a possibilidade de analisar as provas produzidas contra sua pessoa, garantindo-lhe melhor valoração das vantagens e riscos na aceitação ou não da proposta ofertada.

2ª) Na audiência, antes da oitiva de ofendidos, testemunhas e peritos, e antes ainda do interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condicional do processo. Caso ele aceite, não haverá a colheita oral de provas.

Esse posicionamento, na prática, é quase impossível de ocorrer, uma vez que, se o acusado só se manifesta ao final da audiência e pode perfeitamente aguardar essa fase processual para deliberar sobre a aceitação da proposta, analisando primeiramente as provas produzidas contra si, para, apenas posteriormente, após uma análise de possível decreto condenatório ou absolutório, escolher se aceita ou não o benefício que lhe é outorgado, não se vislumbra razão para se antecipar de forma precipitada a sua manifestação sobre o assunto. Ademais, a intimação do ofendido, testemunhas de acusação e defesa, perito e acusado para uma audiência com esse propósito, representaria desperdício de tempo e de recursos públicos.

3ª) Antes da audiência prevista na lei para colheita da prova oral, designa-se audiência extraordinária, especificamente para a proposta de

suspensão condicional do processo. Caso o réu aceite a proposta, não será designada a audiência para colheita de provas. Esse posicionamento encontra resistência no sentido de que inexistente no procedimento penal vigente previsão legal para designação dessa denominada audiência preliminar para fins exclusivos de oferecimento de suspensão condicional do processo, sem olvidar que tal prática pode implicar retardamento e morosidade na tramitação do feito, ante a evidente possibilidade de restar infrutífera a tentativa de aceitação da proposta.

Diante dessa lacuna da lei, incumbe aos operadores do direito encontrar uma solução prática, célere, econômica e eficiente para o problema apresentado. Ao nosso sentir, a melhor forma de resolução do dilema seria se o magistrado, quando da determinação de notificação do acusado para apresentar defesa preliminar escrita, solicitasse que este se manifestasse, expressamente, sobre a possibilidade de aceitação da proposta de suspensão condicional do processo constante na denúncia. Havendo aceitação da proposta, tudo estaria resolvido com a simples designação de uma audiência, com o fim exclusivo de homologar e esclarecer a proposta aceita. Restando silente a defesa do acusado sobre o assunto, ou existindo recusa expressa, só restará ao magistrado, salvo outro e melhor entendimento, designar audiência de instrução e julgamento e, após a colheita das provas orais, antes do interrogatório, indagar ao réu se o mesmo aceita ou não a proposta ministerial, tudo em respeito ao devido processo legal e à ampla defesa.

Com o novo advento da sistemática processual penal, tenho comigo que o legislador desejou privilegiar o acusado, assegurando-lhe o direito de conhecer verdadeiramente todas as provas produzidas contra si, para, só após, facultar-lhe a prerrogativa de se manifestar sobre a aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo, tudo com a devida possibilidade da análise subjetiva da probabilidade de condenação ou absolvição para, posteriormente, decidir qual alternativa lhe é mais vantajosa: a suspensão condicional do processo ou o normal prosseguimento da demanda judicial com a prolação de sentença meritória sobre o assunto. Entretanto, tal sistemática viola inexoravelmente a ideia de celeridade na tramitação dos feitos e de efetividade na tutela da prestação jurisdicional do Estado, tendo em vista que, na maioria das vezes, o magistrado colherá provas desnecessárias, ante a intenção precoce de o acusado aceitar a suspensão do processo pelo próprio reconhecimento voluntário de culpabilidade dos fatos imputados a sua pessoa.

Destarte, mais uma vez, o ordenamento se depara com o conflito da segurança jurídica e da celeridade na tramitação dos feitos ou na falta de efetividade da prestação da tutela jurisdicional, cabendo ao aplicador da norma

utilizar do bom senso e da razoabilidade para buscar sempre uma resposta rápida e segura às provocações de manifestação do Estado-Juiz.

No caso em espécie, acredito que a construção consuetudinária preencherá as lacunas da lei, fazendo com que o sistema opere de maneira rápida e eficiente, sem ocasionar prejuízos ou transtornos às partes, à sociedade, ao acusado, às testemunhas ou a qualquer outra pessoa que, de forma direta ou indireta, participe do processo. Afinal, o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para prestação da tutela jurisdicional do Estado.

Na atual conjuntura, ao designar audiências para colheita das provas e só posteriormente, antes do interrogatório, explicitar ao acusado a existência da proposta de suspensão condicional do processo constante nos autos, o Poder Judiciário, ao nosso entender, estará prestando um desserviço à sociedade, com a elevação da burocratização estatal; a produção de provas desnecessárias, perda de tempo para os operadores do direito, partes e testemunhas, sem olvidar o evidente e considerável aumento dos gastos para a realização dos atos processuais e, ainda, o retardamento na resposta da justiça para as infrações penais mais graves, que será procrastinada com a designação dessas audiências improdutivas e desnecessárias.

Este singelo ensaio não possui a pretensão de esgotar o palpitante tema exposto, mas, ao contrário, visa estimular, de alguma forma, a discussão da matéria apresentada, sugerindo aos operadores do direito soluções, aparentemente incompletas e imperfeitas, para que se possa, um dia, encontrar uma resposta economicamente viável, juridicamente correta e segura, processualmente célere e eficiente, para atender aos anseios da sociedade a que a norma se destina, preenchendo a lacuna em epígrafe, deixada pela nova lei que rege o novo procedimento processual penal vigente.

Referências

- BATISTA, Weber Martins; FUX Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de processo penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, L. F. *Juizados criminais federais: seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Direito processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRINOVER, A.D. et. al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/95 de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LAGRATA NETO, et. al. *A lei dos juizados especiais criminais na jurisprudência*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- MIRABETE, J. F. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PARENTONI, Roberto Bartolomei. *As alterações no processo penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2008.
- TOURINHO FILHO, F. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO COLÉGIO DE PROCURADORES FACE À REFORMA DO JUDICIÁRIO

Arlan Costa Barbosa

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Mariana Neves Pedrosa Bezerra

Advogada

1 Introdução

Com o advento da Emenda Constitucional n.º. 45/2004, faz-se necessário reexaminar determinados institutos legais, objetivando saber se os mesmos foram ou não revogados pela reforma do Judiciário.

De acordo com a Teoria da hierarquia das normas, elaborada por Hans Kelsen¹, as normas legais ou infraconstitucionais devem se adequar às regras e princípios constitucionais, sendo com estes compatíveis, pois, do contrário, faltar-lhes-ão validade e legitimidade jurídica. É o chamado Princípio da supremacia constitucional.

Neste diapasão, o escopo do presente estudo será o de demonstrar que o Art. 235 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba foi revogado pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004.

2 A Lei Orgânica do Ministério Público Estadual e a aplicação de sanção Disciplinar

Conforme o art. 235 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba, a decisão dos processos disciplinares cabe ora ao Procurador-Geral de Justiça, ora ao Conselho Superior do Ministério Público.

A Lei Federal n.º. 8.625/93, nos arts. 10, XI e 17, V e VI, outorga essa atribuição ora ao Procurador-Geral de Justiça, ora ao Corregedor-Geral do Ministério Público.

O Prof. Hugo Nigro Mazzilli² elabora feroz crítica ao sistema implantado pela Lei Federal n.º. 8.625/93, o qual foi seguido pela Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo:

A Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo cometeu ora ao Procurador-Geral de Justiça, ora ao Corregedor-Geral do Ministério Público a decisão dos processos disciplinares,

¹KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: [s.n.], 1984.

²MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 447.

admitindo a interposição de recurso ao Colégio de Procuradores de Justiça. Infelizmente foi mantido o írrito procedimento de ofício para apuração das infrações disciplinares no Ministério Público, contra o qual já vimos nos insurgindo há tempo.

Neste mesmo diapasão é a lição do Prof. Emerson Garcia³:

Assim, comungando a conclusão de Hugo Nigro Mazzilli nos parece ser de duvidosa constitucionalidade uma norma que atribua a um mesmo órgão o poder de iniciar e de decidir o processo disciplinar. Por comprometer a comezinha exigência de imparcialidade do órgão julgador, é incompatível com esse princípio a regra do art 17, V, da Lei nº. 8.625/93 (“A Corregedoria Geral do Ministério Público é órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: (...) V- instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções cabíveis na forma da Lei Orgânica”), nos casos em que concentre no Corregedor-Geral as atribuições de instauração e de decisão do processo disciplinar. Ainda que não esteja ele obrigado a concluir pela aplicação de uma sanção e que suas decisões possam ser revistas pelo Colégio de Procuradores.

3 Penalidades administrativas

Os arts. 202 e ss. da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba sujeitam os membros do *Parquet* da Paraíba às seguintes penalidades disciplinares: a) admoestação verbal; b) advertência; c) censura; d) suspensão até 120 (cento e vinte) dias; e) demissão; e) disponibilidade.

A pena de admoestação verbal será aplicada, reservadamente, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo, previstos no art. 140 da Lei Complementar nº. 19/94, e não constará da ficha funcional do Promotor.

A pena de advertência será aplicada, reservadamente, por escrito, em caso de reincidência em falta já punida com admoestação verbal, devendo constar da ficha do Promotor infrator.

³GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 462.

A pena de censura será aplicada, reservadamente, por escrito, em caso de reincidência em falta já punida com a advertência ou de descumprimento de dever legal, se a infração não exigir a aplicação de pena mais grave, devendo ser anotada na ficha funcional do Promotor.

As penas de suspensão e demissão estão previstas nos artigos 206 e 207 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba.

4 A Reforma do Judiciário e o Art. 235 da Lei Complementar nº. 19/93

O § 4º do art. 129 da Constituição Federal, com a redação da Emenda 45/2004, manda aplicar ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93 da Constituição Federal. A redação anterior só mandava observar o disposto nos incisos II e VI daquele artigo, que continham as regras sobre promoções na carreira e a aposentadoria. A disposição aplica-se no que couber. Face ao dispositivo constitucional, entendemos que as decisões disciplinares no âmbito do Ministério Público devem ser tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou seja, cabe, agora, ao Colégio de Procuradores aplicar as decisões disciplinares. Sobre o tema, leciona o Prof. José Afonso da Silva⁴:

Desde logo, já se pode dizer que, dos incisos do art. 93 não se aplicam ao Ministério Público: (a) o inciso I, sobre o ingresso na carreira, porque dessa matéria cuidou expressamente o § 3º do artigo em comentário; (b) o inciso VII, porque a obrigação de residir na comarca tem disciplina própria no § 2º do artigo em comentário, com a possibilidade de exceção devidamente autorizada pelo chefe da Instituição; (c) os incisos VIII e VIII-A, sobre exceções a inamovibilidade, que tem tratamento próprio na alínea “b” do inciso I, do § 5º do art 128; (d) o inciso IX, sobre a publicidade do julgamento, porque o Ministério Público não tem essa função; (e) os incisos XI, XIII e XIV também não se aplicam porque são específicos de tribunais e atividades jurisdicionais; (f) o inciso XV, sobre a distribuição imediata de processos, porque a mesma matéria está especificadamente prevista para o Ministério Público no § 5º do artigo ora comentado (Emenda 45/2004).

O Prof. Carlos Roberto de Castro Jatahy⁵ defende a aplicabilidade do Estatuto da Magistratura ao Ministério Público:

⁴SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 603.

⁵JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 442.

A EC 45/2004 solenizou o que a doutrina já asseverava no que concerne às estruturas similares do Ministério Público e da Magistratura. Agora, expressamente aplicáveis ao Ministério Público os dispositivos constitucionais do Estatuto da Magistratura, no que forem compatíveis. Assim, não havendo cominação em sentido contrário na própria Carta Magna ou nas Leis de regência da Instituição (LONMP, LC 75/93 e Leis Orgânicas Estaduais), aplicáveis às disposições do art. 93 da CF ao Ministério Público. Nesse sentido, é absolutamente compatível, como já vimos, o escalonamento remuneratório vertical na carreira, na forma preconizada no art. 93, V, obedecida de qualquer modo, a norma do artigo 37, XI, da CF.

Ousamos discordar do preclaro mestre, por entender que a compatibilidade preconizada pelo art. 129, § 4º da Constituição é relativa apenas à Constituição. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e as Leis Orgânicas Estaduais têm que se adequar às normas estabelecidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Entendemos que o art. 235 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Paraíba encontra-se revogado face o que dispõe o art. 129, § 4º e o art. 93, X todos da Constituição Federal.

5 O Princípio da publicidade e a Reforma do judiciário

O novo sistema implantado pela reforma do Judiciário é profundamente inovador e vantajoso, porque dará mais transparência às decisões administrativas do Ministério Público e democratizará as decisões disciplinares que outrora estavam a cargo do Procurador Geral e do Corregedor-Geral, conforme reza a Lei Federal nº 8625/93.

A reforma do Judiciário tratou de deixar clara a aplicação das regras do processo administrativo nos casos em que os tribunais ou o Ministério Público desenvolvem função administrativa, afastando, desse modo, quaisquer dúvidas que, porventura, ainda existissem acerca do assunto.

Em se tratando de decisões tipicamente administrativas, necessariamente devem estas observar os princípios que norteiam a disciplina do ato administrativo, dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Logo, o princípio da publicidade deve ser observado no que tange às decisões administrativas do Ministério Público.

Ensina a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ que “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Neste mesmo diapasão é a lição do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles⁷:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Em princípio, todo o ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração. O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar superior da Administração. O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral. A publicidade como princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Neste mesmo sentir, a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna.

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75.

⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 86.

⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.

Sobre o tema, leciona o Prof. Alexandre de Moraes⁹:

A publicidade faz-se pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral, e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias. A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar.

Hoje, grande parte das decisões judiciais é favorável à manutenção do sigilo do processo disciplinar com o escopo de manter incólume a dignidade da Justiça. Neste sentir:

Magistrado. Processo Administrativo Disciplinar. Representação contra ele apresentada. Vista dos autos ao Reclamante. Indeferimento, por não ser parte no processo. Atividade deste que se exaure na comunicação do fato a ser apurado. Relação jurídica entre o servidor e o Estado. Sigilo que visa manter incólume a dignidade da Justiça. Inteligência do artigo 316 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Segurança denegada. “A apuração administrativa contra Magistrado, em nome do interesse público, faz-se em sigilo, visando manter incólume a dignidade da Justiça¹⁰.”

E mais:

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Atividade Censória. Sigilo. Expedição de Certidão. Art. 5º, XXXIV, A e B, da Constituição Federal. Recurso Provido. 1- Trata-se de recurso ordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a segurança por entender não haver direito líquido e certo do impetrante à expedição de certidão relativa a resultado de processo

⁹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 87.

¹⁰TJSP. MS 98352-0/8, Órgão Especial; São Paulo. Relator Des Theodoro Guimarães; Jul 12/03/2003. Publicado no DVD Magister nº 17 – Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007.

administrativo disciplinar de magistrado. 2 - Assim, como as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, o sigilo deve ser observado nos processos administrativos decorrentes da atividade censória dos Tribunais e constitui prerrogativa de grande importância para a proteção da imparcialidade do magistrado, beneficiando, na verdade, toda a instituição e a sociedade (...)¹¹.

6 Considerações finais

Portanto, as decisões administrativas disciplinares no âmbito do Ministério Público devem ser tomadas pelo voto da maioria absoluta dos membros do Colégio de Procuradores.

Não há norma constitucional alguma que torne inaplicável ao Ministério Público o dispositivo do art. 93, X, da Constituição Federal.

¹¹STJ. RMS 17237/SP, 1ª Turma. Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 13.09.2007. p 153.

Referências

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

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: [S.N.], 1984.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STJ. RMS 17237/SP, 1ª Turma. Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 13.09.2007.

TJSP. MS 98352-0/8, *Órgão Especial*; São Paulo. Relator Des Theodoro Guimarães; Jul12/03/2003. Publicado no DVD Magister nº 17 – Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007.

ASSÉDIO SEXUAL: DA INSUFICIÊNCIA DA TIPIFICAÇÃO PENAL À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE

Paula Ângela M. Lins
Advogada

1 Introdução

O presente artigo tem como foco a apresentação das principais incorreções à tipificação penal dadas ao crime de assédio sexual, as quais resultaram em inúmeras restrições à sua aplicação penal, principalmente em decorrência do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 216-A, que englobava como conduta delituosa o prevaletimento de autoridade nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, bem como de ministério religioso.

Ademais, aponta a divergência doutrinária acerca da necessidade ou não da criminalização do assédio sexual. Segundo a corrente contrária, existiriam meios extrapenais (sejam medidas civis, administrativas ou trabalhistas) capazes de restabelecer a ordem violada pelo cometimento do delito, sendo afastada a exigência de tutela penal e respeitado o princípio da intervenção mínima. Todavia, optou-se pela corrente favorável à tipificação específica do crime em análise, por entender que somente a sanção penal ditada pelo ordenamento jurídico repressivo seria capaz de proteger a sociedade dos graves resultados advindos do assédio sexual.

A discussão trata também da dificuldade na colheita de provas, dado o caráter de clandestinidade com que se reveste o crime; trazendo, por fim, a notícia do projeto que pretende dar uma nova redação ao assédio sexual, a qual afastaria algumas incertezas interpretativas hoje pendentes, bem como contemplaria a tutela da sociedade em geral, uma vez que englobaria as condutas vetadas na lei ora em vigor.

2 Críticas à tipificação penal no crime de assédio sexual

Para expurgar o assédio sexual das relações sociais, indispensável se faz a intervenção estatal na esfera penal, pois, em consonância com as lições de Ferri¹, a proibição do Estado tem força imperativa e, por conseguinte, “[...] imporá ao transgressor da proibição as coerções concretas, para que os cidadãos vejam e experimentem que a proibição não se transgride impunemente.”

Todavia, a criminalização do assédio sexual não atende plenamente esse anseio, vez que, segundo Teles², o legislador descreveu mal o tipo penal,

¹FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Booksleer, 1998, p. 140.

²TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial*: arts 213 a 359-H. São Paulo: Atlas, 2004. vol 3. p. 84.

“[...] buscando conferir proteção à liberdade sexual das pessoas contra comportamentos indignos realizados no dia-a-dia, no trabalho e em outras relações interpessoais, a norma não satisfaz aos interesses da sociedade, dada sua imprecisão técnica”.

Quando preferiu usar o verbo “constranger”, que é mais amplo do que o vocábulo “assediar”, o artigo 216-A continuou deixando margem para dúvidas e incorreções sobre a aplicação da lei ao crime de assédio sexual, em decorrência das dificuldades na conceituação do tipo penal.

A imprecisão deixa lacunas para interpretações subjetivas, podendo levar o julgador a beneficiar o acusado devido à dificuldade em se provar o cometimento do assédio, que, via de regra, é praticado na clandestinidade. Segundo pesquisas apontadas por Teles (2004), a dificuldade de colheita de provas leva menos de 1% das pessoas a seguir com o caso até a delegacia de polícia e à justiça, como ressalta Prado³:

O delito de assédio sexual reveste-se de especiais dificuldades de prova (v.g., o temor, por parte da vítima, de que venha a ser demitida e/ou de que não logre encontrar outro emprego; o receio de reprovação social etc.), pois normalmente não existem documentos, testemunhas ou perícias que possam atestar a sua ocorrência, restando tão somente a palavra do assediador contra a da vítima.

Quanto à adequação típica, também falhou o legislador, posto não estarem presentes na redação do crime de assédio sexual todos os elementos constitutivos do tipo penal, vez que não há previsão expressa do dolo, ou seja, de qual o comportamento da vítima desejado pelo autor da conduta ilícita (constranger alguém a fazer o quê?). Destarte, o elemento subjetivo geral, isso é, o dolo, somente pode ser identificado através do elemento subjetivo especial, que consta do intuito de obter vantagens ou favorecimentos sexuais.

A escolha da própria palavra “vantagem” também não representa rigor técnico, pois seu emprego denota, na maioria das vezes, sentido de cunho patrimonial, de lucro e não de natureza sexual.

Outrossim, segundo as lições de Pamplona Filho⁴, a expressão “favores sexuais”, advinda do modelo espanhol, é imprecisa e configura tipo

³PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial, arts. 184 a 288, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 294.

⁴PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *O assédio sexual na relação de emprego*. 2000. 342 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

aberto, que é combatido pela doutrina criminal, posto que viola o princípio da taxatividade da norma penal incriminadora, segundo o qual *nulla crimen nulla poena sine lege stricta*. Desta feita, coube mais uma vez ao intérprete a tarefa de preencher os elementos não integrantes expressamente no tipo, através da doutrina e jurisprudência.

Segundo o supracitado autor, o redator também não cuidou da indicação do meio de execução do crime de assédio sexual, por conseguinte, qualquer meio, ainda que sejam palavras, pode ser utilizado para o constrangimento, desde que comprovada a gravidade do resultado e da conduta. Com isso, mais uma vez a lacuna da lei deixa margem para incorreções, como, por exemplo, a facilitação do conluio entre a alegada vítima e o suposto assediador, que, juntos, podem forjar a existência do assédio sexual com o intuito de lesionar terceiros, visando alcançar indenizações por dano moral.

3 O princípio da intervenção mínima e a necessidade de criminalização do assédio sexual

Com o movimento social de ascensão da burguesia, ocorrido no século XVIII, houve a necessidade premente de adotar critérios constitucionais para a determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, os quais passaram a se submeter a uma intervenção mínima estatal como forma de reação ao sistema penal do Absolutismo de bases medievais, notadamente marcado pela edição de leis injustas e arbitrárias.

Muito embora o princípio em apreço não esteja expressamente disciplinado em nosso ordenamento jurídico, a intervenção mínima se deduz de normas insertas na Constituição, como se pode depreender das lições de Cabrera⁵:

O art. 5º, *caput*, diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana; decorrendo, sem dúvidas, desses princípios constitucionais que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitimam se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais e instrumentais indispensáveis à sua realização social.

⁵CABRERA, Marcus Antônio Ferreira. Reflexões sobre os princípios da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 281-282.

Destarte, tem-se que o princípio em comento orienta e delimita o poder incriminador do Estado, preconizando que o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, ou seja, ser utilizado como último guardião, atuando somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de tutelar os bens jurídicos (princípio da ofensividade), e desde que o dano seja considerável (princípio da insignificância)⁶.

O Direito Penal deve, pois, prevenir o ataque aos bens jurídicos mais fundamentais, protegendo os valores da sociedade através de sanção penal ditada pelo ordenamento jurídico, aplicada quando a conduta ofensiva for considerada de maior reprobabilidade social, atingindo o mínimo possível a liberdade individual da qual é garantidor⁷.

Nesse diapasão, depreende-se que quando os meios extrapenais (sejam medidas civis, administrativas, trabalhistas, etc.) de controle social forem suficientes para restabelecer a ordem jurídica violada, o Direito Penal deve ser resguardado.

Segundo Roxin⁸, “A razão deste princípio radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade, e, com isso, produz também um dano social.”

Em que pese tal necessidade de limitar o *jus puniendi* estatal, não tem o legislador obedecido ao princípio em exame, de forma que, a partir da segunda metade do século XIX, ocorreu uma tendência à criação excessiva de delitos criminais, a pretexto de remediar todas as mazelas, levando ao descrédito o Direito Penal e a sanção criminal, cuja eficácia preventiva restou mitigada.

Embasado nesse parâmetro, muitos são os autores, como Cezar Roberto Bitencourt (2004), Luiz Flávio Gomes (2002), Rodolfo Pamplona Filho (2000) e Damásio de Jesus (2002), que acreditam ser desnecessária a criminalização do assédio sexual. Utilizam o argumento de que o princípio da intervenção mínima estaria sendo violado, alegando que o assédio sexual pode ser resolvido na seara extrapenal, sob a égide do Direito do Trabalho, do Direito Civil e do Direito Administrativo. Entende-se forçoso o raciocínio por eles defendido de que os bens jurídicos feridos pelo crime em estudo já estão protegidos por outras figuras penais, tais como o constrangimento ilegal, a ameaça, a importunação ofensiva ao pudor, a perturbação à tranquilidade, o

⁶BIANCHINI, Alice. A legitimação do processo de incriminação do assédio sexual. In: JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷AZEVEDO, André Boiani e. *Assédio sexual*: aspectos penais. Curitiba: Juruá, 2007.

⁸ROXIN apud SYLLA, Antônio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição Brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.117.

crime de injúria e o ato obsceno, não havendo necessidade de incriminação específica. E ainda, sugerem que o delito deveria ser resolvido mediante transação penal e somente em uma segunda ocorrência de assédio sexual entre as mesmas partes envolvidas é que deveria ser acionada a sanção penal, propriamente dita.

No entanto, mister destacar que há contradição dentro da própria corrente que entende desnecessária a criminalização do assédio. Assim é que, Luiz Flávio Gomes (2002), embora filiado à vertente da descriminalização, em flagrante contra-senso, aponta inúmeras virtudes advindas da norma de conduta do crime, seja pela imposição de tutela específica dos bens jurídicos ofendidos pelo delito, ou por motivar as pessoas rumo à obediência da norma, e ainda por desencadear a adoção de medidas preventivas por parte das empresas.

Neste trabalho entendeu-se que o assédio sexual está inserido no rol dos crimes que precisam de tutela penal devido à gravidade dos fatos que podem dele advir, tais como a perda da subsistência própria e da família, decorrentes da demissão em caso de recusa à chantagem; além de violação intolerável à liberdade sexual, à honra e à não-discriminação do trabalho, que são os bens jurídicos atacados pela conduta delitiva.

Neste sentido, assim se manifestou Eluf⁹ quanto à necessidade de se incriminar o assédio sexual em razão do dano que o crime pode causar à vítima:

Se um chefe faz insistentes convites à secretária e esta, ao se negar a atendê-lo, perde o emprego, evidencia-se que ele se utilizou de meios ameaçadores para conseguir os contatos sexuais e, ao final, inescrupulosamente, cumpriu sua ameaça, demonstrando vilania. A vítima, por sua vez, sofreu gravíssimas ofensas, de ordem psicológica e econômica. Perdeu suas condições de subsistência e, eventualmente, de sua família. Não se tratou, portanto, de uma investida mal-sucedida. Ocorreu um delito, tamanha a gravidade das consequências.

Portanto, o presente estudo segue pela corrente favorável à previsão normativa da conduta como tipo penal específico, possibilitando que o Estado alcance pelo menos um dos fundamentos da pena, qual seja o da prevenção geral. A esse entendimento filiam-se doutrinadores como Alice Bianchini (2002), Luiza Nagib Eluf (1999a; 1999b) e Rubia Mara O. C. Girão (2004).

Bianchini¹⁰ acrescenta ainda que “[...] o Direito Penal também serve para a desaprovação massiva das condutas que gravemente atentem

⁹ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 8.

¹⁰BIANCHINI, op. cit., p. 9.

contra a existência dos bens jurídico-penais e, por decorrência, dos que as cometem.”.

Diante do exposto, resta comprovada a necessidade de tipificar penalmente o crime de assédio sexual devido à gravidade dos seus resultados.

4 O veto ao parágrafo único do art. 216-a e a insuficiência do tipo penal para proteção da sociedade

Imperioso destacar a limitação ao tipo penal do assédio sexual, que somente se vê configurado quando o agente se prevalece de sua condição de superior hierárquico da vítima ou quando, pelo menos, tem ascendência sobre ela, em termos de posição de mando decorrente de relação administrativa ou própria de vínculo trabalhista, ou seja, quando houver uma interação desequilibrada entre as pessoas, fortemente marcada pela assimetria de poder, demonstrando uma relação de sujeição da vítima perante o assediador.

Desta maneira, a sociedade deixou de ver-se resguardada especificamente pelo crime de assédio sexual em diversos casos cotidianos, uma vez que não preenchem o requisito básico do tipo, qual seja a ascendência do agente em relação à vítima oriunda de vínculo de trabalho. Assim, serão consideradas atípicas, vez que não estão previstas pelo art. 216-A, as relações entre:

- diarista e proprietários do imóvel, pois, apesar de haver relação doméstica, o Direito do Trabalho não a classifica como relação empregatícia, pois lhe faltam os elementos essenciais da habitualidade e da remuneração mediante salário, conforme determinação do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Todavia, conforme salienta Bitencourt (2002), é preciso atentar para o fato de que, havendo o assédio sexual na *relação empregatícia* (aquela dotada de todos os requisitos legais) entre patrões e empregados domésticos, estará o crime conformado com a norma penal incriminadora, ensejando, portanto, a aplicação da sanção penal;

- pais e filhos, ou entre padrasto/madrasta e seus enteados e quaisquer outras relações familiares de pessoas que vivem ou não sob o mesmo teto, mas cujo vínculo não faz parte do rol previsto no tipo penal;

- hóspede e empregado do hotel ou entre aquele e o proprietário;

- padres, freiras, pastores e demais clérigos, bem como líderes de seitas religiosas que orientam espiritualmente seus fiéis, aproveitando-se da sua boa-fé para molestá-los, deixando em choque toda a comunidade;

- docente e discente, deixando de amparar gravíssima forma de assédio cometida por professor que exige vantagens ou favores sexuais de seus alunos, os quais ficam mais vulneráveis nas relações de poder existentes no meio acadêmico, seja em razão do desempenho escolar que o professor irá lhes

atribuir, ou porque dependa daqueles como guia para suas próprias carreiras docentes, e ainda em outros casos.

São ainda desprotegidos os empregados que são assediados por colegas de trabalho, pois, apesar de presentes a maioria dos requisitos, não há superioridade hierárquica, desta feita caracterizando apenas o assédio ambiental, que é modalidade do crime em estudo não prevista pelo ordenamento jurídico penal. Assim, nem mesmo as relações laborais foram suficientemente abarcadas pela criminalização do assédio sexual, já que o legislador não atentou para as diversas facetas e consequências do problema¹¹.

Diante do exposto, frise-se que o assédio previsto nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade supramencionadas, necessita sobremaneira da tutela estatal, dada o caráter de subjetividade de que se revestem tais vínculos, como bem assinala o mestre Aníbal Bruno¹²:

[...] o agente transforma em agressão o que cumpria ser apoio e assistência. E, como aquela atitude de solidariedade e auxílio era o que devia haver nessas situações, o agente viola a confiança natural em que se encontra a vítima, o que lhe diminui a defesa, facilitando a execução da ação criminoso e favorecendo a segurança do seu autor.

Ocorre que todos os citados casos teriam sido absorvidos pela norma penal não fosse o grande equívoco de interpretação que resultou no veto ao parágrafo único do artigo 216-A, acolhido pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, *in verbis*:

Art. 216-A

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem cometer o crime:

I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

II – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério¹³.

¹¹PENA, Tânia Mara Guimarães. *Assédio sexual na relação de emprego: da insuficiência do tipo penal para proteção dos empregados*. 2003. 208 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

¹²BRUNO *apud* MOREIRA, 2002, p. 154-155.

¹³BRASIL. Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001. Acrescenta o artigo 216-A. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes.) 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

As razões do veto parcial ao Projeto de Lei nº. 14, de 2001 (nº. 61/99 na Câmara dos Deputados), explicitadas através da Mensagem nº. 424, de 15 de maio de 2001, proveniente da subchefia para assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, confusamente, dizem tratar da defesa do interesse público, vez que o crime de assédio sexual entende-se mais gravoso quando praticado naquelas circunstâncias previstas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A.

A justificativa do veto, pois, segundo o entendimento do Ministério da Justiça, era de que o art. 226 do CP já institui causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas no texto vetado, de maneira que, caso fosse recepcionado pelo ordenamento jurídico, o parágrafo único impediria a incidência do referido art. 226 do CP, sob alegação de violar o princípio do *non bis in idem*¹⁴.

Destarte, os motivos acolhidos pelo Presidente defendem que a manutenção do parágrafo único seria um dissenso, haja vista que implicaria em indevido benefício instituído em favor do assediador. Entrementes, foi justamente isso o que aconteceu, pois o agente do assédio sexual acabou sendo favorecido pelos estreitos contornos da figura típica delineada no diploma penal.

Em consequência, o que se depreende do “desastrado e paradoxal veto presidencial”¹⁵ é que, visando aumentar a eficácia da norma repressiva, aplicando pena mais rigorosa aos agentes ora suprimidos, o veto limitou o texto legal, reduzindo a punição do assédio sexual única e exclusivamente ao assédio sexual laboral (*caput* do dispositivo). O mesmo autor acrescenta:

Embora não tenha sido essa a intenção do veto, pelo menos, minimizou a abrangência do assédio sexual: todas as condutas que se amoldarem às descritas no veto (...) serão atípicas. Digamos que o veto presidencial produziu aquilo que, popularmente, se diz: *o tiro saiu pela culatra!* Ou seja, pretendendo ampliar a abrangência da norma criminalizadora, o veto a restringiu¹⁶.

Assim, a conduta de assédio sexual praticada por agente que se prevalece de relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade e com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério serão atípicas, não havendo como puni-las pelo crime previsto no art. 216-A.

¹⁴AZEVEDO, op. cit.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

¹⁶Ibid, p. 42-43.

Forçosa, pois, uma reforma no tipo penal para aperfeiçoar sua operatividade. Nesse liame, a autora Rúbia Mara O. C. Girão¹⁷ apresenta o Anteprojeto do Código Penal fornecido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente da Comissão de Reforma, que pretende dar nova redação ao crime de assédio sexual, nos seguintes termos: “Assediar alguém, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favor de natureza sexual, como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima, prevalecendo-se do cargo, ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade”.

A adoção do novel texto implicaria em profundas e positivas mudanças no cenário atual de incriminação ao assédio sexual, abrangendo como agentes ativos aquelas pessoas que praticam a conduta delitiva no exercício de ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade, promovendo efetiva realização de justiça frente ao crime em tela, que não mais se restringiria às relações laborais.

Outrossim, a escolha do verbo assediar como núcleo do tipo penal, e o emprego da sua devida complementação (objeto direto e indireto), com expressões precisas, possibilitará uma regulamentação jurídica mais ampla, coerente e sistemática, “elevando o nível de segurança e rendendo homenagem ao princípio da taxatividade, consectário da reserva legal”¹⁸.

5 Da dificuldade na colheita de provas

Apesar de os obstáculos para colheita de elementos probatórios não serem específicos do assédio sexual, mas, antes, estenderem-se aos demais crimes contra os costumes, devido à sua natureza de clandestinidade e ainda a outras infrações cujas provas são ocultadas pelo autor da ação delitiva, não se pode olvidar que este configura mais um empecilho à proteção da sociedade de que se reveste a norma penal em apreço, merecendo, portanto, que sejam suscitadas questões pertinentes ao tema.

Ademais, conforme assinala Felker¹⁹, “[...] o ofensor dissimula sua conduta, normalmente não age ostensivamente, nem fará declarações ou ameaças na presença de testemunhas”, o que resultará na redução dos elementos de prova de autoria quase que exclusivamente às declarações feitas pela

¹⁷GIRÃO, Rúbia Mara Oliveira Castro. *Crime de assédio sexual: estudos da Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 2001*. São Paulo, Atlas, 2004, p. 32.

¹⁸SILVA, Wellington César Lima e. Aspectos controvertidos do assédio sexual. In: JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

¹⁹FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 264.

pessoa ofendida. Até porque, conforme preceitua o art. 156 do CPP, “a prova da alegação cabe a quem a fizer” no tocante às ações penais de iniciativa privada.

Essas limitações podem implicar risco premente de que a ilicitude continue ocorrendo em relação à mesma vítima, como também se estenda a outros subordinados do chefe-assediador.

Diante do exposto, necessário que a palavra da pessoa assediada tenha relevo, pois, em uníssono com Tourinho Filho²⁰ “[...] se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem”.

Assim se posicionaram julgados do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Em tema de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação.

São crimes que exigem, isoladamente, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade²¹.

E ainda:

Os delitos de natureza sexual são, rotineiramente, praticados na clandestinidade, cercando o sujeito ativo de todas as cautelas e cuidado, presentes, tão somente, os personagens participantes da cena chocante. Bem por isso que, na palavra da ofendida, de fundamental importância para a elucidação da ocorrência é que se haverá de encontrar socorro para a evidenciação de verdade, ou não, da imputação. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende ponha-se a vítima a, inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto²².

Todavia, o grande problema resulta no fato de que, apesar da relevância que assume a palavra da vítima, é também essa prova revestida de notória

²⁰TOURINHO FILHO *apud* MOREIRA, 2002, p. 151.

²¹(TJSP – AP – Rel. Acácio Rebouças – RT 442/380).

²²(TJSP – AP – 2ª Câ. – Rel. Canguçu de Almeida – RT 718/389).

fragilidade. Primeiro porque o julgador pode entender que a declaração do assediado está corrompida por algum motivo espúrio de ressentimento, ódio ou vingança, levando-o a não dar o devido crédito ao testemunho oferecido. Segundo porque, em obediência ao princípio de presunção de inocência encravado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o que acaba favorecendo o acusado.

Por conseguinte, de acordo com as lições de Moreira (2002), para ser aceita, a palavra do assediado deverá ser corroborada por outros elementos probatórios, ainda que sejam apenas indícios ou presunções.

Neste diapasão, é possível recorrer aos expedientes dispostos no art. 212, inciso IV, do CC/02, segundo o qual os fatos jurídicos a que não se dispuser forma especial, poderão ser provados mediante presunção, e no art. 335, do Código de Processo Civil – CPC, por meio do qual o juiz formará seu convencimento por meio das chamadas “máximas de experiência”, utilizadas quando faltarem normas jurídicas particulares²³.

Destarte, as evidentes dificuldades probatórias seriam amenizadas também pela prova suprida em atos similares praticados pelo assediador em relação a outras vítimas, reforçando a possibilidade de imputar àquele a autoria do fato delitivo.

Em contramão a esse entendimento, Bitencourt (2002) discorda da aceitação de meros indícios como prova do crime. Segundo o autor, para que seja comprovado o assédio sexual praticado no ambiente de trabalho, deverá ainda haver demonstração do preavalecimento da condição de superior e a inafastável prova de que a conduta se movia em torno de obtenção de favores sexuais. Tal compreensão mitiga sobremaneira a tutela dos bens jurídicos afetados, uma vez que possibilita até mesmo a alegação por parte do agente de que estava apaixonado pelo subordinado, e não se aproveitando de sua superioridade hierárquica.

Poderão ser utilizadas como meio de prova as medidas de retaliação tomadas pelo assediador frente à vítima que recusou prestar os favores sexuais solicitados. Assim, de acordo com Lippmann²⁴, seriam indícios da conduta delitiva atitudes como a “ameaça ou a efetiva transferência para área de menor destaque, avaliação efetuada de forma negativa quanto ao profissional, advertências em público, de forma humilhante; piadas de mau gosto enfatizando erros do assediado”.

A publicidade de tais atos poderia propiciar a fundamentação da prova

²³PAMPLONA FILHO, op.cit.

²⁴LIPPMANN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. 2. ed. atual. pelo novo Código Civil, com mais de 200 acórdãos. São Paulo: LTR, 2004. p. 31.

testemunhal de outros empregados que os tenham presenciado, todavia, aqui também se apresenta dificuldade probatória posto que, se essa testemunhas ainda trabalharem na empresa, dificilmente irão depor contra o chefe a quem são subordinadas, devido ao justificável receio de perderem seus empregos.

Portanto, o ideal é que a vítima consiga comprovar a prática dos atos reiterados e ofensivos através de elementos probatórios mais seguros, quais sejam, cartas, bilhetes e e-mails com insinuações ou convites, além de filmes ou fitas gravadas.

Houve muita celeuma em determinar se a gravação clandestina poderia ser considerada elemento probatório, uma vez que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, veda expressamente a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, salvaguardando a garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X).

Ora, ensina Lippmann (2004) que a lei veda a interceptação telefônica realizada sem anuência de qualquer das partes, sendo tal conduta caracterizada como crime nos moldes do art. 10 da Lei nº. 9.296/96, segundo a qual a licitude de gravação telefônica para fins de prova no processo penal depende de autorização judicial. Todavia, inexistente tipo penal que incrimine a gravação clandestina de conversa pessoal, face a face, também denominada gravação ambiental, feita pela vítima do assédio sexual com o objetivo de constituir prova contra o assediador.

A clandestinidade, nesse caso, não se confunde com a ilicitude, pois existe uma justa causa para a gravação, não havendo, portanto, justificativa para arguição de imprestabilidade de tal prova. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Captação por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos autores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa por quem a produziu²⁵.

E ainda, no mesmo teor, a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

PROVA – Gravação em fita magnética feita por um dos locutores sem o conhecimento do outro – Admissibilidade – Hipótese que não caracteriza violação ao sigilo das comunicações – Interpreta-

²⁵(Recr. 212.081. Rel. Min. Otávio Galloti, DJ 27.3.1998, p. 23).

ção da Lei n.º. 9.296/96. É admissível como prova a gravação em fita magnética feita unilateralmente por um dos interlocutores, ainda que com o desconhecimento do outro, pois somente ocorre a violação ao sigilo das comunicações quando a interceptação é feita por terceiro, sem autorização de qualquer dos interlocutores, conforme disposto na Lei n.º. 9.296/96²⁶.

Diante da exposição de tamanhos obstáculos, não é de se admirar o insignificante número de denúncias de assédio sexual registradas no Brasil, que, segundo pesquisas referidas por Telles (2004), chega a menos de 1% dos casos.

Assim, as especiais dificuldades na colheita de elementos probatórios que obstaculizam a comprovação do cometimento do crime, aliadas ao temor da vítima de perder seu emprego e não encontrar outro, bem como ainda o receio da reprovação social, aumentam a incidência da impunidade no tocante ao assédio sexual.

6 Considerações finais

Perquiriu-se, por meio deste estudo, os efeitos advindos da Lei n.º. 10.224/2001, através da qual a conduta de assédio sexual foi reconhecida como ilícita, porém, que não pôs fim a toda a celeuma pertinente ao tema, vez que ainda existe uma grande lacuna da qual resultam inúmeras relações não resguardadas pela lei.

Consciente da divergência entre os doutrinadores acerca da necessidade de tipificação do assédio sexual, buscou-se comprovar o caráter indispensável da tutela estatal, haja vista tratar-se de conduta grave, que atenta contra os bens jurídicos da liberdade sexual, da honra e da não discriminação no trabalho de forma intolerável.

Desta feita, aferiu-se que a penalização da conduta delitiva não fere o princípio da intervenção mínima, compreendido como último elemento a ser utilizado pelos instrumentos criminais e somente quando os mecanismos extrapenais forem insuficientes para restabelecer a ordem social violada, como ocorre nos casos do assédio sexual.

Entretanto, a despeito da necessária criminalização do crime em comento, constatou-se que a sociedade ainda não se vê plenamente protegida contra esse delito, devido à restrição do texto legal. Portanto, considerou-se que a inserção do assédio sexual no Diploma Repressivo nacional, embora tenha sido medida de extrema relevância, dada a gravidade da ofensa aos bens jurídicos atingidos, restou ainda insuficiente, sendo necessária uma reforma na legislação sobre o tema para sanar as lacunas e imperfeições do texto ora vigente.

²⁶(TACrimSP, RHC 1.077.833/1 – 16ª Câm. – J. 6.11.1997 – Rel. Juiz Mesquita de Paula), In: RT 750/655.

Referências

AZEVEDO, André Boiani e. *Assédio sexual : aspectos penais*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANGHER, Anne Joyce (org.). *Consolidação das leis do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição Federal* (1988). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001*. Acrescenta o artigo 216-A. (3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. ed. cond. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

_____. *Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999b.

FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Booksleer, 1998.

GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. *Crime de assédio sexual: estudos da Lei nº. 10.224, de 15 de maio de 2001*. São Paulo, Atlas, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIPPMANN, Ernesto. *Assédio sexual nas relações de trabalho*. 2. ed. atual. pelo novo Código Civil, com mais de 200 acórdãos. São Paulo: LTr, 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *O assédio sexual na relação de emprego*. 2000. 342 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

PENA, Tânia Mara Guimarães. *Assédio sexual na relação de emprego: da insuficiência do tipo penal para proteção dos empregados*. 2003. 208 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 184 a 288*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial: arts 213 a 359-H*. São Paulo: Atlas, 2004.

CRIME LICITATÓRIO PRATICADO POR PREFEITO: CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

O enfoque do debate ora posto repousa sobre a suposta existência de classificações jurídicas dissonantes em relação à mesma conduta típica prevista como crime licitatório, o que tem desaguado em decisões jurisprudenciais também díspares.

Com efeito, em que pese o nítido fim procrastinatório e com vistas a se lograr a prescrição penal, tem sido recorrente a investida dos réus detentores de foro privilegiado, especialmente dos prefeitos, em suscitar decisão pretérita do STJ proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11.290-MG, no que tange à aplicabilidade do art. 1º, inciso XI, do Decreto lei nº 201/67¹, ao invés do art. 89 da Lei 8.666/93².

Em suma, a referida decisão traz no seu âmago o entendimento equivocado de que o cargo faz prevalecer a especialidade normativa, em relação ao diploma que regulamenta a matéria específica e que revoga aquela tacitamente, a ponto de alcançar todos os que, indistintamente, venham a transgredir seus novos conceitos e dogmas.

Prima *facie*, convém registrar que a definição típica do fato delituoso merece ser descortinada por se tratar de incursão meritória com relevantes implicações penais, tais como *quantum* da pena e prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Em decisão recente exarada nos autos do Processo nº 999.2005.000176-0/001, datada de 01 de abril de 2008, que teve como relator o Desembargador Nilo Luís Ramalho Vieira, com nitidez e acerto sem precedentes nos anais da jurisprudência paraibana, o Tribunal de Justiça julgou parcialmente procedente, por unanimidade, a ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra gestor municipal, para fins de condená-lo nas penas do art. 89 da Lei 8.666/93, precisamente, a 3 (três) anos de detenção e 15 (quinze) dias-multa, devidamente substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana).

¹ Art. 1º, Decreto-lei 201/67. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XI- adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.

² GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Art. 89, Lei 8.666/93. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Muito embora, nesse caso concreto, se dispensara licitação em razão do valor, quando demandaria licitação na modalidade carta-convite, igual entendimento poderia ser aplicado quando o administrador público se esquivasse de realizar licitação nas demais modalidades licitatórias, como se verá adiante.

Por oportuno, vejamos parte da ementa do v. Acórdão³:

ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CAPITULAÇÃO JURÍDICA. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. ARTIGO 1º, XI, DO DECRETO-LEI 201/67. REVOGAÇÃO TÁCITA. REJEIÇÃO. Deve-se aplicar a Lei nº 8.666/93 e não o Decreto-lei nº 201/67, pois, embora o segundo trate dos crimes praticados por Prefeito, a primeira, além de ser mais recente, é mais específica ainda por se referir tão-somente aos crimes de licitação.

Não só merece ser ovacionado o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba pela valorosa decisão, mais ainda, pela clareza e altivez que impingiu à tão instigante questão, já sinalizada por outras cortes superiores, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbatim*:

PROCESSO-CRIME ORIGINÁRIO – Prefeito municipal que autoriza a realização de despesas sem a observância de procedimento licitatório. Configuração, em tese, do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Situação que necessita ser melhor esclarecida no transcurso da respectiva ação penal. Denúncia recebida⁴.

2 Ponderações esclarecedoras do contexto normativo incidente

O Decreto-lei nº 201/67 é um diploma legal especial, voltado que é para o Prefeito, enquanto sujeito ativo do crime, muito embora possa se estender à terceira pessoa em consectário de concurso de agentes, quando incidente o preceptivo inculcado no artigo 30 do Código Penal. Já a Lei 8.666/93 é especial em relação ao objeto, ou seja, ao bem jurídico tutelado, que é o interesse público da Administração, no seu aspecto patrimonial e moral.

Dessa forma, *sequer seria caso de se cogitar a existência de conflito aparente de normas*, que se dá quando, para um determinado fato, existem duas normas que poderão sobre ele existir. Ao revés do que dispõe o recorrente, não

³PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Acórdão. Proc. nº. 999.2005.000176-0/001*. Des. Nilo Luís Ramalho Vieira. João Pessoa: TJPB, 01 de abril 2008.

⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Processo-crime 000.284.493-4/00*. 2ª. C. Criminal. - Rel. Des. Sérgio Resende – J. 10 outubro de 2002.

se trata de uma norma específica em confronto com norma geral, *são duas normas especiais* que estão em evidência.

Então, a dúvida a ser esgrimida é: em se tratando de duas leis especiais, qual delas deverá prevalecer?

São três os argumentos que convergem para a conclusão de que deverá incidir o art. 89 da Lei 8.666/93.

1º) Numa interpretação literal, não se teria como tipificar a conduta consistente em burlar a carta-convite através de procedimento de dispensa licitatória, no art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei nº 201/67.

Assim dispõe o art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei telado:

Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XI- adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) anos.

Já o art. 89 da Lei 8.666/93 reza, *in litteris*:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa⁵.

Ora, a redação normativa do Decreto-lei nº 201/67, em seu inciso XI, é clara como a luz solar ao preconizar como ilícito *tão-somente a inobservância das licitações tomada de preços e concorrência*, nos casos em que seriam exigidos por lei. E como no caso vertente a licitação frustrada foi carta-convite, a única possibilidade de tipificação da conduta seria no art. 89 da Lei 8.666/93, que é genérico e se amolda à inobservância de qualquer modalidade licitatória.

Por outro flanco, a aplicação da lei penal obedece ao princípio da anterioridade previsto no art. 1º do Estatuto Repressivo, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

E não se pode tentar justificar a não inclusão da carta-convite no tipo constante no art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67, sob o pálio de, na época (em 1967), tal modalidade licitatória inexistir. Ao contrário, quando da promulgação do Decreto-lei 201/67, o ordenamento jurídico já contemplava, no Decreto-lei 200/67, as hipóteses de dispensas licitatórias, assim como três

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

tipos de licitação (a concorrência, a tomada de preços e o convite), de modo que, se o legislador quisesse punir às dispensas indevidas de convites, assim teria feito expressamente no aludido tipo penal.

Segue, por oportuno, transcrição do reportado Decreto-lei 200/67, por sua vez, posteriormente revogado pelo Decreto-lei nº 2.300, de 1986.

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

§ 2º. É dispensável a licitação:

a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;

b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;

c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas;

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;

e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos;

f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;

g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público;

h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;

i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 3º A utilização da faculdade contida na alínea h do parágrafo anterior deverá ser imediatamente objeto de justificação perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida e, se for o caso, promoverá a responsabilidade do funcionário.

Art. 127. São modalidades de licitação:

I - A concorrência.

II - A tomada de preços.

III - O convite.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação a que deve recorrer a Administração nos casos de compras, obras ou serviços de vulto, em que se admite a participação de qualquer licitante através de convocação da maior amplitude.

§ 2º Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualifica-

ção dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados.

§ 3º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação.

§ 4º Convite é a modalidade de licitação entre interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de três, escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não, e convocados por escrito com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 5º Quando se tratar de compras ou serviços, cabe realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a dez mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; e convite, se inferior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo, observado o disposto na alínea i do § 2º do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 6º Quando se tratar de obras, caberá realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a quinze mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a quinhentas vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; convite, se inferior a quinhentas vezes o valor do salário mínimo mensal, observado o disposto na alínea i do § 2º. do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 7º Nos casos em que couber tomada de preços, a autoridade administrativa poderá preferir a concorrência, sempre que julgar conveniente⁶.

O Decreto-lei 200/67 é datado de 25 de fevereiro de 1967, enquanto o Decreto-lei 201/67 é de 27 de fevereiro de 1967, a inferir que já existia regulamentação e previsão normativa da modalidade convite anteriormente à definição do tipo penal pretendido pelo insurgente (art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67).

A propósito, é oportuno fazer parênteses para esboçar a evolução normativa em torno da matéria em liça.

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro pelo Decreto nº. 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Outras legislações vieram e até trataram das licitações de forma singela, como é o caso do Código de Contabilidade Pública da União, pelo Decreto nº. 4.536, de 28 de Janeiro de 1922, que tratou do procedimento concorrential.

O atual entendimento do termo “licitação”, como procedimento administrativo prévio necessário à viabilização dos contratos da Administração, foi sistematizado através do reportado Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização administrativa, consolidando o instituto da licitação com regulamentações mais amplas.

⁶BRASIL. *Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex>. Acesso em: 01 abr. 2008.

Por seu turno, o Decreto-lei nº 200/67 concebia o caráter do instituto de licitações como de Direito Financeiro. É de se notar, inclusive, que o Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, o qual aprovou normas financeiras de Estados e Municípios, tratava da concorrência, ora como pública e administrativa, ora de cunho financeiro.

Posteriormente, com a promulgação do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, a matéria sobre licitação foi melhor delineada, ainda assim, com diversas lacunas, sendo o primeiro estatuto a regulamentar o procedimento licitatório para toda a Administração Pública, com a finalidade de impedir os desvios de conduta e reprimir as corrupções observadas nas concorrências públicas da época.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe notável progresso na democratização da Administração pública, a licitação recebeu o status de princípio constitucional de observância obrigatória para todos os entes federados e para a Administração indireta, reservando três referências diretas (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175) e uma indireta (art. 195, § 3º).

Por fim, completando o ciclo histórico, surge a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição, de modo a exigir sua prática na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*).

Ao nosso ver, regulamentando o art. 37, XXI da Constituição Federal, a Lei 8.666/93, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), *que também prevê infrações penais, revogou todos os diplomas legislativos anteriores ou dispositivos normativos que versavam sobre licitações, inclusive o famigerado inciso XI do Decreto-lei 201/67.*

Tal conclusão decorre da compreensão de que a sociedade evolui em seus conceitos e necessidades, impondo, por via de consequência, à própria a adequação do seu ordenamento.

Nesta senda é que não se pode admitir a preponderância do regramento arcaico vigente na época do Decreto-lei 201/67, quando, inclusive, as brechas da lei eram muitas. Com a mudança do contexto jurídico, mormente com a novel conotação dada pela Constituição Cidadã de 1988, as normas regentes da licitação também se modificaram, trazendo os seus novos conceitos em consonância com os novos princípios sociais, culturais e econômicos vigentes.

Aliás, atrelado aos princípios da anterioridade, da legalidade e da segurança jurídica, rege o Direito Penal o da taxatividade. Significa dizer que as condutas típicas não podem deixar margem para elasticidade, ambigüidade ou contrastantes entendimentos, devendo se dirigir aos seus destinatários nos estritos lindes descritos.

2º) Pelo princípio da irretroatividade da lei penal, esta lei não poderá retroagir para abarcar situação já consolidada. *A contrario sensu* e à guisa de exceção, a lei penal benéfica poderá retroagir para beneficiar o réu.

A Lei 8.666/93 comina sanção mais gravosa, razão pela qual deverá reger as situações ocorridas a partir da sua vigência.

Assim, nos casos em que a prática censurada, nociva ao interesse público, ocorrer na vigência da nova lei especial 8.666/93, sequer há de se colocar em xeque a incidência da tipificação penal aí constante.

Como já dito, a Lei 8.666/93, decerto, há de prevalecer em virtude do novo regramento substantivo em torno da matéria licitação, diverso, portanto da disciplina existente na época em que fora tipificado o inciso XI, do Decreto-lei 201/67.

Nesse diapasão, temos que o Decreto-lei 201/67 fora recepcionado e permanecerá vigente tão-somente em relação às demais condutas típicas nele perfilhadas, irrogáveis a prefeitos municipais, mas alheias ao tema licitação.

Em outras palavras, *é patente a revogação tácita do art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67*, ante o advento de lei extravagante especial mais abrangente, com a possibilidade de encampar todas as modalidades licitatórias, inclusive as com ela introduzidas, bem como um espectro maior de agentes públicos capazes de afrontar o bem jurídico resguardado, ao desrespeitar as regras estabelecidas para quem atue em nome e no interesse da Administração Pública.

O exegeta deve interpretar o dispositivo legal no sistema no qual ele está contido, e não de forma isolada. É o que se denomina de interpretação sistêmica, que, no prisma ora delimitado, também se presta para roborar a prevalência da Lei 8.666/93 em relação ao Decreto-lei 201/67, no que tange aos crimes licitatórios, independentemente de quem seja o seu autor.

A própria Lei 8.666/93 esmaece qualquer dúvida, discorrendo, em seu artigo 85, sobre a abrangência das infrações penais nela elencadas. *In verbis*:

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto⁷.

⁷GRECO FILHO, op.cit.

Saliente-se que, de igual forma, data vênia aos que comungam de posicionamento divergente, tanto os tipos penais insculpidos no Decreto-lei 201/67, como os insculpidos na Lei 8.666/93, descrevem crimes próprios e não de mão própria.

3º) Não se justifica a sanção ao art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei 201/67, com pena de detenção de 3 meses a 3 anos para as concorrências e tomadas de preços, enquanto a sanção atinente à não realização de cartas-convide seja punível com pena de 3 a 5 anos.

Com efeito, tal situação refletiria tamanha incongruência legislativa, posto se impôr pena mais grave para carta-convide e penas bem menores para licitações de maior vulto, de maior complexidade, o que demanda uma maior competição, cuja transgressão causa uma repercussão negativa muito maior para o erário público.

A presente ilação decorre, inclusive, do princípio da proporcionalidade. O magistério de André Copetti⁸ mostra:

Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos excluir que a primeira deve 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 de proporção, pressupõe necessariamente o accertamento 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.

O *quantum* da pena deve, pois, ser proporcional ao nível de proteção do bem jurídico.

3 Considerações finais

Diante do esposado, com a devida vênia dos doutrinadores que se filiam em sentido contrário, a exemplo de Waldo Fazzio Júnior, não há como se admitir a tese de que o Decreto-lei n° 201/67 possua nuances mais específicas do que a Lei Federal n° 8.666/93, a merecer primazia sobre esta.

A bem da verdade, em se tratando de crimes de responsabilidade, é chegada a hora de se curvar ao real desiderato do legislador, de fazer valerem os

⁸COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 133.

preceitos constitucionais e princípios jurídicos materializados pela legislação que reza a matéria de forma específica, sob pena de se institucionalizar, de uma vez por todas, a decantada impunidade dos agentes políticos.

Afinal de contas, em homenagem ao supracitado princípio do Direito Penal, a sanção deve ser suficiente não só para reprimir o ilícito penal, mas, acima de tudo, para prevenir desvios de conduta que, no mais das vezes, são responsáveis por verdadeiros desfalques dos cofres públicos e que fogem à persecução estatal; e o que é pior, em detrimento dos mais mezinhos direitos dos cidadãos.

Referências

BRASIL. *Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex>. Acesso em: 01 abr. 2008.

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

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

FAZZIO JR., Waldo. *Responsabilidade penal e político-administrativa de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*: Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Processocrime 000.284.493-4/00*. 2^a. C. Criminal - Rel. Des. Sérgio Resende – J. 10.10.2002.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Acórdão. Proc. n.º 999.2005.000176-0/001*. Des. Nilo Luís Ramalho Vieira. João Pessoa: TJPB, 01 de abril 2008.

CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO: CARTEL E DUMPING

Rodrigo Ismael da Costa Macêdo
Advogado

1 Breve Intróito

O primeiro estudioso a falar em *dumping* foi Adam Smith. Todavia, referia-se a *dumping* como uma “(...) situação econômica de ajuda pelo Estado, o que mais se aproxima da definição de subsídios”, os quais se referem às várias modalidades de auxílio financeiro, fiscal ou comercial que o governo se compromete a oferecer aos produtos ou exportadores nacionais. Ainda em 1884, o termo foi discutido no Congresso dos Estados Unidos, relacionando-se a bens de terceiros países vendidos em seu território¹.

O primeiro país a implantar normas contra a prática de *dumping* foi o Canadá, no ano de 1904; as normas versavam sobre a imposição de direitos *antidumping* equivalentes à diferença entre o preço praticado no Canadá e o preço do produto similar em seu país exportador. Medida esta de relevado teor protecionista, posto que objetivava apenas a proteção do mercado interno, mesmo sem a devida representação do dano em concreto ocorrido com a indústria local.

Somente no ano de 1987 houve a regulamentação interna sobre o *antidumping*, após a ratificação do Brasil à Rodada de Tóquio. Foi através do Decreto nº. 93.941, de 16 de janeiro de 1987, que foi dada vigência nacional ao código aprovado, como também se delegou atribuição para administrá-lo à CPA – Comissão de Política Aduaneira. E, finalmente, em maio de 1987, essa Comissão estabeleceu as normas e os procedimentos de aplicação de medidas *antidumping* pelo Brasil, que continuaram desconhecidas e com restrita utilização prática. Mas, em 1990, com a intensificação do processo de abertura econômica, essas normas conheceram sua aplicação.

Em 1995 surgiu a Lei nº. 9.099, um grande passo dado em favor do consumidor para se estabelecer a igualdade entre este e o fornecedor, bem como, tempos atrás, fora criado o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/90. Enquanto o Código de Defesa do Consumidor ditou o direito objetivo, a lei dos juizados especiais forneceu os meios processuais adequados à exigência daqueles direitos, principalmente com a informalidade, gratuidade e agilidade em benefício da parte inferior nas relações de consumo.

Com isso, nasceu um novo ordenamento jurídico, o qual abordava, de maneira integral, esses problemas em face dos crimes ou, como

¹BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10.

alguns preferem chamar, infrações contra a Ordem Econômica, inclusive no tocante à territorialidade das normas, ordenamento este que passaremos a estudar a seguir.

2 Conceitos

Delineando algumas das diversas práticas ilícitas contra a concorrência e ordem econômica, elencadas no art. 21 da Lei Antitruste (Lei nº. 8.884/94), versaremos, apenas, sobre as que, em maior grau de intensidade e habitualidade, encontramos em nosso dia-a-dia. Importante frisar que somente configuram infrações contra a ordem econômica práticas empresarias, as quais visam exercer abusivamente o poder econômico, através de condutas que visem limitar ou prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou aumentar arbitrariamente os lucros; ou melhor, as condutas elencadas no art. 21 da Lei nº. 8.884/94, só caracterizarão infração contra a ordem econômica se estiverem presentes os objetivos previstos em seu art. 20.

Passaremos a expor algumas considerações a respeito delas, inclusive delimitando sua forma conceitual.

2.1 Cartel

A formação de cartel é o principal motivo de denúncias relacionadas à concorrência desleal, por conseguinte é a mais grave e danosa conduta anticompetitiva por prejudicar diretamente os consumidores. Em outras palavras, como os concorrentes simplesmente acordam em não competir entre si, não sobra brecha ao consumidor para se aproveitar dos benefícios concedidos pela livre concorrência. Sobre o cartel, podemos declinar vários conceitos, todos eles com o mesmo sentido, apenas com dizeres diferenciados. Isso é o que veremos a seguir, começando pelo conceito dado por Carlos Jacques Vieira Gomes, que diz:

O cartel pode ser entendido como o acordo celebrado entre concorrentes efetivos, visando reproduzir em um regime concorrencial os mesmos efeitos perniciosos verificados no monopólio, representados pelo aumento do preço bem acima do nível competitivo, mediante a redução da quantidade total produzida².

Essa prática restritiva à livre concorrência e à livre iniciativa, que atenta contra os princípios da Ordem Econômica e Financeira, inseridos em

²GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Safe, 2004. p. 147.

nossa Constituição, tem sido usada de forma impetuosa em nossa sociedade, causando um verdadeiro desalinhamento.

Podemos dizer que essa prática anticompetitiva é a mais conhecida dentre todas as outras, sendo considerada infração à ordem econômica, pois ao se cartelizarem, as empresas transferem ilicitamente a renda dos consumidores para os membros do conluio, caso haja poder de mercado.

Calixto Salomão³ afirma que o valor jurídico a ser preservado contra a prática de cartel é a concorrência. “É, portanto, o objetivo realizável de dominar o mercado através de ajuste entre empresas, fator-chave para caracterização da antijuridicidade.”

Nesse sentido, podemos reafirmar ser o cartel, em termos gerais, um acordo comercial entre empresas produtoras, as quais, embora conservem a autonomia interna, se organizam em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência, ou seja, em termos ainda mais amplos, é toda forma de coordenação de decisões entre empresas concorrentes, que elimine a rivalidade entre elas e busque a obtenção de lucros mais elevados do que seriam auferidos na ausência do cartel. (grifo nosso)

Em se tratando de “coordenação de decisões”, podemos dizer que todas essas decisões coordenadas têm o intuito de eliminar a concorrência, ou ainda, objetiva a busca da obtenção de lucros mais amplos daquela realidade da ausência delas.

Outra característica que pode ser apontada é a existência de barreiras à entrada de novos competidores, necessárias para manter a estabilidade do cartel, a alta concentração econômica e o elevado poder de mercado dos participantes. Na ausência de tais barreiras, se as empresas envolvidas no cartel aumentarem rapidamente seus lucros, novas empresas serão encorajadas a entrar nesse mesmo mercado como potenciais competidores, e essa concorrência não é bem-vinda em ambientes cartelizados.

Outra definição possível e, mais breve, é uma *associação entre empresas do mesmo ramo de produção com objetivo de dominar o mercado e disciplinar a concorrência*. As partes entram em acordo sobre o preço, que é uniformizado geralmente em nível alto, e quotas de produção são fixadas para as empresas membros. No seu sentido pleno, os cartéis começaram na Alemanha, no século XIX, e tiveram seu apogeu no período entre as guerras mundiais. Os cartéis prejudicam a economia por impedir o acesso do consumidor à livre concorrência e beneficiar empresas não rentáveis. Mas, tendem a durar pouco devido ao conflito de interesses. (grifo nosso)

³SALOMÃO FILHO, Calixto. Industrial, econômico e financeiro. *Revista de direito mercantil*, São Paulo, v. 121, p.1-239, 2001, p. 126.

É uma forma de oligopólio em que empresas legalmente independentes, geralmente atuantes do mesmo setor, promovem acordos entre si para promover o domínio de determinada oferta de produtos e/ou serviços. Uma forma muito conhecida de cartel é a combinação de preços feita entre as empresas praticantes, em que estes são manipulados sem chances de concorrência; geralmente, também não duram muito por conflitos de interesses.

Os cartéis são mais comuns em mercados com elevada homogeneidade de produtos ou serviços, ou seja, em que bens ou serviços são perfeitamente substituíveis. Também não é rara a participação de sindicatos ou associações de classe na coordenação do cartel, promovendo reuniões para o acerto de preços ou de comportamento entre concorrentes, como, a título de exemplo, o comércio de combustíveis líquidos, em cujas reuniões aumentam o preço do produto em todos os postos com diferenças mínimas de preço e, assim, o consumidor não tem chances de ir a um posto com preço mais baixo, como aconteceu durante 10 anos em João Pessoa, capital do Estado da Paraíba.

O objetivo principal dessa prática desleal de comércio é elevar o preço ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado, em termos de lucratividade, ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma da elevação de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral.

Os EUA, através de seu Departamento de Justiça e da Comissão Federal do Comércio, no *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (2000), trazem detalhada análise desse tipo de prática comercial, razão pela qual basta mencionar que, na raiz da distinção entre o “bom” e o “mau” cartel, encontra-se a presença ou a ausência de objetivos virtuosos, que versem, *latu sensu*, sobre o uso mais eficiente dos recursos disponíveis entre os concorrentes. Na presença de efeitos compensatórios, a autoridade julgadora deve aplicar a regra da razão, procedendo ao balanço dos prós (eficiências almejadas e obteníveis) e contras (riscos de aumento de preços, redução da produção etc.) da colaboração entre concorrentes. Em outros termos, quando se está diante de acordos que não tenham outros objetivos que não sejam a supressão da concorrência e a criação de condições para o exercício de posição dominante, nos termos dos *Guidelines*, tais acordos são considerados ilegais *per se*.

Esse tipo de prática é ilegal e é previsto no inciso I do art. 21 da Lei 8.884/94, *in verbis*:

Art. 21. As seguintes condutas são, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços⁴.

É de suma importância salientar que esse tipo de infração contra a ordem econômica é punível em todos os países que aplicam as leis de defesa da concorrência, também conhecidas como leis antitruste.

2.2 Dumping

O *dumping* é utilizado com o fito de prejudicar a produção de bens de consumo das indústrias locais, pois, quando novos produtos entram no mercado nacional, com certos subsídios dados pelo Estado, vêm com preço de *dumping*, ou seja, o *dumping* consiste na venda de produtos com valores inferiores aos praticados no mercado de origem.

Os direitos *antidumping* visam regular o comércio, impondo condições ao exportador, no caso de relações internacionais, e ao produtor ou mesmo intermediário, quanto ao mercado nacional, para que se eliminem subsídios ou falta de margem de lucro, de modo a adequar essas relações ao interesse global da economia.

Vale salientar que o conceito de *dumping* sofre compreensão diversa não apenas na linguagem jurídica e na linguagem econômica, mas também é empregado corriqueiramente para designar práticas ou situações que tecnicamente não constituem *dumping*.

Podemos dizer, pelo menos no que se refere à ideia genérica do conceito, que a mesma foi possível em razão da própria evolução da legislação aplicável, que se fundamentou marcadamente no direito anglosaxão.

Segundo Barral⁵, temos:

Normalmente, contudo, a utilização leiga do termo é relacionada, como se observou, à ideia de prática desleal ou de concorrência estrangeira. É comum, inclusive no meio jurídico, o emprego inadequado do termo, confundindo-o com a ajuda estatal aos exportadores domésticos (subsídios), ou com a prática anticoncorrencial de discriminação de preços no mercado interno (preço predatório),(...)

⁴BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Cade em autarquia. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Congresso, 1994.

⁵BARRAL, op. cit. p. 8.

Portanto, podemos defini-lo como sendo *uma prática comercial que consiste em vender um produto ou serviço por um preço irreal para eliminar a concorrência e conquistar a clientela.* (grifo nosso)

Proibido por lei, o *dumping* pode ser aplicado tanto no mercado interno quanto no externo. No tocante ao mercado interno, o *dumping* concretiza-se quando um produto ou serviço é vendido abaixo do seu preço de custo, contrariando, em tese, um dos princípios fundamentais do capitalismo, que é a busca do lucro. A única forma de obter lucro é cobrar preço acima do custo de produção. Já no mercado externo, se pratica o *dumping* ao se vender um produto por preço inferior ao cobrado para os consumidores do país de origem. A título de exemplo dessa prática desleal de comércio, podemos citar a crítica que os EUA fazem ao Japão, imputando a este a prática de *dumping* no setor automobilístico. (grifo nosso)

Em uma visão mais voltada ao mercado internacional, podemos conceituá-lo, ainda, como sendo o *sistema de economia protecionista que, para incentivar artificialmente a exportação, lança no mercado internacional produtos pelo preço do custo, ou abaixo do custo, elevandoos excessivamente no mercado interno, de forma a compensar o prejuízo e favorecer aos trustes e cartéis na colocação dos excedentes.* (grifo nosso)

Vários são os conceitos ou lições a respeito dessa prática comercial, geralmente desleal, abrangendo ainda o que tange a uma ou mais empresas de um determinado país venderem seus produtos por preços extraordinariamente baixos (muitas vezes com preços de venda inferiores ao preço de produção) em outro país, durante determinado tempo, visando prejudicar e/ou eliminar a concorrência local, passando, então, a dominar o mercado e impor preços altos. É um termo usado em comércio internacional e é reprimido pelos governos nacionais, quando comprovado.

Sabe-se, ainda, que diversos países concedem aos exportadores determinadas vantagens para lhes permitir vender seus produtos a preços mais baixos no mercado externo.

Cabe ao GATT estabelecer regras disciplinando quais sejam essas vantagens e seus respectivos limites. *A posteriori*, só será configurado o *dumping* como prática desleal de comércio se os Estados excederem os limites previstos pelo acordo firmado no GATT.

Para que surja a possibilidade de reparar danos sofridos pela indústria doméstica em decorrência dessa prática nas importações, tidas como desleais, é necessária a concorrência de requisitos estabelecidos nos quadros da OMC. Tais requisitos são *dumping*, dano enexo de causalidade entre um e outro. Na falta de um deles, a imposição de direitos antidumping se constitui medida ilegítima.

A aplicação de direitos *antidumping* ocorre quando verificada a situação descrita no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – 1994, *in verbis*:

1. As partes contratantes reconhecem que o “*dumping*” que introduz produtos de um país no comércio de outro país, por valor abaixo do normal, é condenado se causa ameaça ou causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante, ou se retarda, sensivelmente, o estabelecimento de uma indústria nacional⁶.

Tipificando o *dumping*, *interno e externo*, a Lei Antitruste brasileira nº. 8.884/94 prevê, nos incisos XVIII e XIX do art. 21, respectivamente, *in verbis*:

Art. 21. As seguintes condutas são, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)-*omissis*;

XVIII – vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX – importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não sejam signatário dos códigos *Antidumping* e de subsídios do GATT;⁷

Embora, para a população em geral, tal prática pareça favorável, é certo que, a longo prazo, a autoria do *dumping* é reaver e aumentar os lucros que inicialmente deixou de ter, causando prejuízos ao consumidor.

O *dumping* gera sempre uma deteriorização das relações de troca no mercado internacional, criando discriminações e podendo gerar a destruição do mercado interno de um país importador de determinados produtos. Nos Estados Unidos, o *Dumping Act* impõe ao Secretário do Tesouro a obrigação de notificar a U.S. International Trade Commission toda vez que verificar que um produto está sendo vendido a preço menor do que o seu real valor⁸.

2.3 Cartel X Dumping

A grande diferença entre essas duas práticas lesivas à economia popular é que, no *dumping* a empresa pode atuar sozinha, bastando, para isso, ter capital para bancar a guerra, ou coragem de infringir as regras do comércio,

⁶ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO – 1994. Disponível em: <<http://w.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt47port.pdf>>. Acesso em. 12 jan. 2008.

⁷BRASIL. Op. cit.

⁸FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*: comentários à Lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 194.

entre elas, sonegar impostos, não cumprir normas, vender um produto como se fosse outro etc.

Em uma outra visão, para a prática do cartel, precisa-se da adesão de todos ou pelo menos de uma parte do grupo que detém a maior fatia do mercado.

3 O Direito do Consumidor e a CF/88

A preocupação com a defesa dos consumidores é bem recente entre nós, como tema específico. Segundo Almeida (2000), em alerta para a gravidade desse problema profundo, que é a defesa do consumidor, de natureza social, é para a necessidade de uma atuação mais rigorosa no setor, como o Deputado Nina Ribeiro que prolatou diversos discursos, abordando esse tema, entre os anos de 1971 e 1973.

Contudo, ainda que não fosse a defesa do consumidor tratada como tema específico como hoje é, verificou-se a existência de referida defesa como tema inespecífico em legislações esparsas que, indiretamente, protegem o consumidor, embora essa não fosse a intenção principal do legislador. Foi o Decreto nº. 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da usura) a primeira norma nesta seara que visava reprimir a usura. E, assim, o evoluir não parou. A matéria ganhou status constitucional com a proteção à economia popular, *verbis*:

Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art. 117 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que atualmente operam no país.

Parágrafo único: É proibida a usura, que será punida na forma da lei⁹.

Para se ter uma ideia da recente abordagem e estudo desse tema, que é a defesa consumerista, só por volta do ano de 1978, é que, em nível estadual, nasceu o primeiro órgão de defesa do consumidor na cidade de São Paulo, criado pela Lei nº. 1.903, de 1978.

Já, em se tratando da esfera federal, só em 1985 é que surgiu o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado pelo Decreto nº. 91.469 que, posteri-

⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

ormente, foi extinto e substituído pela atual Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE.

Para um melhor entendimento do que abordaremos neste capítulo, necessário se faz apresentar um breve estudo sobre a Constituição.

Então, nos moldes do professor Jorge Miranda¹⁰, temos o Direito Constitucional definido como sendo:

(...) a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.

Vendo sob outro ponto de vista, nos ensinamentos do mestre Canotilho¹¹, temos por Constituição, como:

Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a Lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Em harmonia com a definição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo às liberdades de competição e iniciativa.

Mecanismos estes que configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o regime jurídico-comercial, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração contra a ordem econômica e contra a concorrência desleal.

Relatada anteriormente, a proteção consumerista em nível constitucional foi posta na Constituição de 1934, mas não como elemento contundente para a prática do Estado, mas apenas cuidou de forma indireta. Todavia, essa inserção não deixa de demonstrar ares de preocupação do constituinte com a defesa do consumidor, posto que raiava na Nação a consciência da necessidade de proteção ao consumidor.

Num passeio pelas Constituições, saindo da de 1934 e chegando até a de 1988, a qual teve um evoluir ascendente, rendeu-se diante dos

¹¹CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.

¹⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: 1994. p. 13-4.

anseios da sociedade e ao enorme trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, com ênfase ao VII Encontro Nacional das referidas Entidades de Defesa do Consumidor, realizado em Brasília, onde, no calor das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, acabou sendo devidamente protocolada e registrada sob o n.º. 2.875, no ano de 1987, trazendo sugestões de redação, inclusive aos então artigos 36 e 74 da “Comissão Afonso Arinos”, com especial destaque para a contemplação dos direitos fundamentais do consumidor, culminando, assim, com a inserção de quatro dispositivos específicos e objetivos sobre o tema. O primeiro e o mais importante deles, por refletir toda a concepção do movimento, está grafado no art. 5º, inciso XXXII, no capítulo relativo aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, em que diz que dentre os deveres impostos ao Estado brasileiro, está o de *promover, na forma da lei, a defesa do consumidor*. (grifo nosso)

Os preceitos constitucionais ocupam o ápice do ordenamento jurídico, apresentando hierarquia sobre as demais normas. Podemos dizer, então, que esse artigo é de vital importância para a garantia desse direito, posto estar inserido na nossa Carta Política de 1988, como “cláusula pétrea”, ou seja, não podendo ser retirado ou até mesmo modificado, de forma alguma, do nosso ordenamento jurídico mais saliente.

Em um segundo momento, é atribuída a competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor na nossa Carta Magna de 1988, em seu art. 24, VIII, *verbis*:

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)- *omissis*;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, *ao consumidor*, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;¹² (grifo nosso)

Em outro capítulo, no que tange à Ordem Econômica, ainda sob a ótica Constitucional, mais precisamente em seu art. 170, V, a defesa do consumidor é apresentada como um dos motivos justificadores da intervenção do Estado na economia, ou melhor, eleva a defesa do consumidor a *Princípio geral da ordem econômica*, atribuindo a tal princípio, o mesmo status conferido aos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência, entre outros. Abordaremos, de forma mais detalhada, esse artigo em nosso próximo capítulo. (grifo nosso)

¹²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

E, em se tratando da livre concorrência, que é abordada também sob a ótica Constitucional, mais especificamente no capítulo que faz referência à Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 173, § 4º, como um dos princípios gerais da atividade econômica. Vejamos:

Art. 173 – *omissis*;

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹³.

E, finalmente, ainda sob a ótica da Constituição de 1988, encontramos no ADCT, em seu art. 48, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da data da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Vale salientar que esse prazo não foi obedecido, mas o comando constitucional foi respeitado com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecido como o Código de Defesa do Consumidor.

Esse diploma legal – tão criticado, quanto aclamado – constitui-se em poderosa ferramenta de cidadania, estabelecendo normas de proteção e defesa daquele que se reconheceu como sendo a parte vulnerável em uma relação de consumo: o consumidor.

Estabelece normas de ordem pública e interesse social, nas quais se percebe a dimensão coletiva que se pretendeu dar à nova lei. Estabelece, também, regras e princípios adequados à realidade presente, ao momento de relevantes transformações sócio-econômicas operadas em todo o mundo.

Suas normas são de ordem pública e de interesse social, versando sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício. Reclamam sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão. Visam à equiparação dos sujeitos que integram uma relação jurídica de consumo, visto reconhecer a vulnerabilidade e a hipossuficiência, *lato sensu*, do consumidor diante do fornecedor, em um mundo globalizado e em uma sociedade absolutamente tomada por relações contratualizadas.

A Constituição da República de 1988, assim como o fizeram as constituições de outros países, notadamente a da Espanha e a de Portugal, reconhecendo e assimilando essas novas tendências mundiais, pela primeira vez entre nós, elevou à condição de princípios constitucionais a proteção jurídica aos interesses do consumidor. Nela, o nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem as suas origens.

¹³Idem.

Newton De Lucca¹⁴ assegura que “a consagração constitucional dos direitos dos consumidores não constitui a regra em termos de direito comparado”. Em uma publicação diz que “pelo que sei, apenas Portugal e Espanha possuem em suas Constituições dispositivos em favor da proteção aos consumidores”.

Ainda assim, mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor, será que o consumidor tem seus direitos plenamente resguardados pelo Código, ou falta alguma coisa, quer seja no tocante à prática ou em relação à teoria? Esta pergunta que não quer calar.

Para amenizar essa interrogação, temos uma breve explicação dada pelo professor Fábio Konder Camparato¹⁵, *verbis*:

Por outro lado, a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*). A expressão designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação, a política pública desenvolve uma atividade, i.e., uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas “normasobjetivo”, cujo conteúdo, como já se disse, é um “*Zweckprogramm*” ou “*Finalprogramm*” (Cfr. 85 e ss).

Quer isso dizer que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. É claro que a implementação desses meios exige a edição de normas – tanto leis, quanto regulamentos de Administração Pública; mas essa atividade normativa não exaure, em absoluto, o conteúdo da *policy*, ou programa de ação pública. É preciso não esquecer de que esta só se realiza mediante a organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa.

Vale salientar que o Direito Consumerista, no Brasil, está legislativamente equipado à altura, faltando-lhe apenas a proteção efetiva ao consumidor, vezes por falta de vontade política, e outras, por falta de recursos técnicos e materiais, mas há que se ressaltar que, diante das nações mais avançadas do mundo, não estamos inferiores neste assunto.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor representa-se como uma poderosa ferramenta de cidadania, que muitas vezes é exaltado e, em algumas outras, é censurado. Podemos dizer que ele estabelece normas de proteção e defesa daquele que se reconheceu como sendo a parte vulnerável em uma relação de consumo: *o consumidor*. Estabelece, também, regras e princípi-

¹⁴LUCCA, Newton De. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000. p.34.

¹⁵CAMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de direito mercantil*, n. 80, out-dez.1990. p.66-77.

os adequados à realidade presente, ao momento de relevantes transformações sócio-econômicas operadas em todo o mundo. (grifo nosso)

Necessário se faz lembrar que esse Código não tem o intuito de privilegiar qualquer uma das partes que participe da relação de consumo, mas, sim, busca o equilíbrio essencial para o bom funcionamento desse sistema, que é a Política Nacional da Relação de Consumo (art. 4, *caput*, Lei nº 8.078/90 – tendo por objetivos a harmonia de interesses, mantendose o equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, sempre calcado no princípio da boa-fé, que é normal geral), posto que, na medida em que reconhece a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, coloca ao seu dispor institutos e instrumentos que lhe garantirão as efetivas e integrais prevenção e reparação dos danos que lhe tenham sido causados pelo fornecedor de produtos ou serviços.

Podemos, então, dizer que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor fora aceito como o criador de um novo ramo do Direito, o Direito do Consumidor, com autonomia e princípios próprios. Autonomia já vista, e princípios estes que veremos a seguir.

4 Princípio da vulnerabilidade

Primeiro, vejamos o que leciona o art. 4º, I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que apresenta seu entendimento a respeito desse princípio fundamental. Vejamos:

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

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;¹⁶

O Princípio da vulnerabilidade, fundamento de toda a proteção ao consumidor e base para os demais princípios e, ainda, em consonância com a legislação Constitucional, versa que é o consumidor a parte fraca da relação jurídica de consumo.

Podemos dizer que essa vulnerabilidade, ou enfatizando, fraqueza, fragilidade por parte do consumidor, se dá em detrimento dos aspectos tanto de caráter econômico, como no tocante ao conhecimento técnico, pois este tem correlação com os meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do

¹⁶BRASIL. Op. cit.

fornecedor, enquanto aquele, de caráter econômico, envolve o sentido de que, em regra, o fornecedor tem maior capacidade econômica que o consumidor.

Em se tratando desse monopólio, podemos aludir um fato fundamental: o de que é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está sob a dependência daquilo que é produzido, e não do que seria apropriado para ele. Portanto, não lhe sobra escolha alguma.

Ao se falar nessa escolha por parte do consumidor, ela já nasce reduzida. Portanto, o consumidor só pode optar por aquilo que existe e fora oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando aos seus interesses empresariais, que são, em maior evidência, a obtenção de lucros.

Essa vulnerabilidade se reflete, também, na hipossuficiência no sentido original do termo – incapacidade ou fraqueza econômica.

5 Princípio da hipossuficiência

Vejamos o que diz, na lógica deste princípio, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova*, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação *ou quando for ele hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiência;¹⁷ (grifo nosso)

Podemos dizer que, com esse reconhecimento pela CF/88, temos a primeira medida no tocante à realização da isonomia entre consumidor e fornecedor.

Assim como o princípio anterior, em consonância com o mesmo, encontramos a mesma fraqueza, ou melhor, a hipossuficiência do consumidor, no que tange ao conhecimento técnico. Como já dito anteriormente, a primeira desvantagem acolhe os meios de produção que estão sob o conhecimento apenas, tão-somente, do fornecedor. Este detém um monopólio das informações sobre os produtos e os meios de produção do mesmo, incluindo, ainda, sua decisão sobre o que disponibilizará para o mercado.

Com a harmonia de que esses princípios dispõe, trata-se da incapacidade ou fraqueza apenas no tocante ao conhecimento técnico, ou seja, na

¹⁷BRASIL. Op. cit.

ausência de informações a respeito dos produtos e serviços adquiridos, e não no quesito econômico.

Tendo por base o fundamento de que a interpretação que mais se coaduna com o princípio da vulnerabilidade do consumidor é a de que, quando da inversão do ônus da prova, o magistrado não deve aferir a hipossuficiência no caso concreto, mas invertê-lo sempre que se mostrar verossímil a alegação do consumidor, em face de ser absoluta a presunção de sua vulnerabilidade, considerou-se não aplicado o princípio em questão, quando o juiz somente inverteu o ônus da prova no caso de considerar o consumidor hipossuficiente.

Outro ponto importante nesse contexto concerne aos contratos, pois, examinando de forma sucinta, o consumidor é hipossuficiente para contratar. Não tem ele conhecimento técnico que lhe permita entender o conteúdo das cláusulas contratadas.

Mais saliente ainda é o que veremos a seguir: *a inversão do ônus da prova*. Esse dispositivo jurídico, elencado no CDC, possibilita ao consumidor inverter a obrigação de provar os fatos por ele alegados ao fornecedor, pois aquele não dispõe de conhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo ou o dano, das características do vício etc. Esse procedimento deve ser decidido pelo magistrado em momento oportuno. (grifo nosso)

Esse momento da inversão, muito polêmico por sinal, é entendido por alguns como sendo o do julgamento da causa, em consonância com o que preceitua o art. 333 do CPC – Código de Processo Civil e não como institui o CDC, *verbis*:

Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – *omissis*;

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

A respeito do caso, vejamos o que diz o professor Rizzato Nunes¹⁸:

É, portanto, distribuição legal do ônus que se faz, sem sombra de dúvida. E, claro, nesse caso não precisa o juiz fazer qualquer declaração a respeito da distribuição do gravame. Basta levá-lo em consideração no momento de julgar a demanda. Não haverá, na hipótese, qualquer surpresa para as partes, porquanto elas sempre souberam a quem competia a desincumbência da produção da prova.

Portanto, em desarmonia com o momento da inversão proposto pelo

¹⁸NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 742.

CDC, não será atribuído o ônus *probandi* a quem patrocina a demanda. Portanto, está invertido, sendo aplicado o que dispõe o CPC.

Em se tratando dessa inversão, somente será posta em prática por decisão do magistrado, nos casos em que alegações opostas pelas partes sejam verossímeis ou o seja considerado hipossuficiente o consumidor. Atentando aos casos em que ocorram as duas causas simultaneamente, será também aplicado esse instituto processual.

Em ambos os casos, para que seja aplicada a inversão do ônus da prova, faz-se necessária a manifestação expressa do magistrado, no processo, para declinar se houve o reconhecimento da hipossuficiência.

Delineando o momento mais favorável para a aplicação desse instituto, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maioria dos casos, a fase posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.

Importante questão se faz observar sobre o destinatário da norma deliberada no art. 6º, VIII, CDC. Entendemos que essa norma trate da distribuição do ônus processual de provar o dirigido às partes; ela é mista no sentido de determinar que o juiz expressamente decida e declare de qual das partes é o ônus da prova, dependendo da observação por parte do magistrado se há ou não hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das alegações para que determine a aplicação da inversão, ou não.

6 O Ministério Público e suas atribuições

6.1 Ações civis públicas

6.1.1 Legitimidade

Permitida, inclusive pelo Código de Defesa do Consumidor, a proteção em larga escala, por intermédio de ações coletivas e ações civis públicas, é em detrimento delas que o consumidor tem sua devida proteção. Em se tratando dessas ações, tanto o Ministério Público quanto as Associações de Defesa do Consumidor, como por exemplo, os Procons, no âmbito estadual, têm o dever de zelar pelos direitos consumeristas.

Essa permissão teve passos mais significativos a partir de 1985, quando, em 24 de julho daquele ano, foi promulgada a Lei nº. 7.347, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados, dando início, dessa forma, à tutela jurisdicional dos interesses difusos em nosso país.

As ações do Ministério Público têm sido fundamentais para o avanço nas investigações dos dois tipos criminais contra a economia popular que este estudo abrange, ou seja, a existência do cartel e do *dumping* nos diversos tipos de comércio em nosso país.

Assim ocorre por ser o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, como preceitua o art. 127, CF, ou seja, cabe ao MP a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, dentre outros, *tem-se que o órgão ministerial é detentor de legitimidade para, em juízo, obter a punição das empresas responsáveis pelos ilícitos, mesmo porque, a atuação do parquet ocorre em âmbito diferente daquele que milita o CADE*. Não é demasiado ressaltar que as infrações verificadas têm gravidade o bastante para atingir interesses de todo o corpo social, o que é motivo suficiente para que o MPF, em conjunto com o MPE, atue na repressão e na prevenção de ilícitos de tal espécie. (grifo nosso)

Além disso, sobre os direitos difusos e coletivos, a nossa Magna Carta faz menção, mesmo sem defini-los, em seu art. 129, III. Vejamos:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos¹⁹.

Sem a precisa definição legal do que seriam esses direitos, o CDC, em seu art. 81, tratou de fazê-lo, em consonância com a nossa CF/88, sem haver nada que possa macular suas disposições que, por sua vez, diz:

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum²⁰.

¹⁹BRASIL. Op. cit.

²⁰Idem.

É de vital importância salientar a abordagem que o Ministério Público faz em relação aos direitos difusos, pois podemos dizer serem estes aqueles cujos titulares não são determináveis, ou melhor, aqueles em que os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis. Isso sem deixar de absorver qualquer pessoa em particular que esteja sofrendo algum tipo de ameaça ou dano em concreto, mas, apenas e tão-somente, que se trata de uma espécie de direito que, apenas atinge alguém em particular e, ao atingir simultaneamente a todos, merece um certo grau de proteção.

Alexandre de Moraes²¹, reforçando a força do MP inserido com seus princípios nos direitos e garantias da nossa Carta Magna, diz:

(...) O Ministério Público, atualmente, não se encontra no âmbito de qualquer dos Poderes do Estado, constituindo-se nos termos da própria definição constitucional, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (princípio da essencialidade), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Neste contexto, é fundamental salientar que a LC n° 75/93, em seus artigos 5º, II, alínea “c” e 6º, VII, alínea “d”, XIV, alínea “b”, de forma expressa, atribui ao MPU e, por consequência, aos Ministérios Públicos Estadual e Federal, legitimidade própria para, em defesa dos interesses transindividuais, atuar diante de questões relacionadas à ordem econômica, destacando-se:

Art. 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:

(...)

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

(...)

c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional;

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

(...)

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)

XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

(...)

b) à ordem econômica e financeira²².

²¹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.474-6

²²BRASIL. Op. cit.

No âmbito dessa incumbência constitucional, em especial de defesa do consumidor e patrimônio nacional, o legislador aparelhou o Ministério Público de eficaz instrumento jurídico - a Ação Civil Pública, prevista na Lei 7.347/85, cuja dimensão foi alargada pelo art. 88, da Lei 8.884/94 - Lei Antitruste, que acrescentou o inc. V ao art. 1º da referida norma, a qual, a partir de 11/06/94, em conjunto com os demais incisos II e IV, passou a ter a seguinte redação:

Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados:

I – *omissis*;

II – ao consumidor;

III – *omissis*;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – *por infração da ordem econômica.* (grifo nosso)

Ressalta-se que o mercado interno é constitucionalmente reconhecido como patrimônio nacional, devendo ser defendido via ação civil pública, consoante o art. 219 da CF que versa: “o mercado interno integra o patrimônio nacional”.

Com a competência delegada ao Ministério Público pela nossa Carta Magna em promover ações civis públicas, ou seja, tem a legitimidade *ad causam* para a defesa dos direitos individuais indisponíveis e de interesses sociais difusos e coletivos. Muitas vezes não ocorre essa defesa no âmbito dos direitos indisponíveis. Nesses casos, versa o Superior Tribunal de Justiça – STJ – pela improcedência da ação. Vejamos, agora, um exemplo para esse caso e, posteriormente, no item 3.1, casos em que o MP detém essa legitimidade:

Ação Civil Pública. Direitos individuais disponíveis. Cobrança ilegal de juros e correção monetária. Compra e venda de imóveis. Ilegitimidade do Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. Recurso improvido²³

Em razão de sua competência na área penal, o *Parquet* tem a capacidade de solicitar do Poder Judiciário a interceptação telefônica de suspeitos, além de deter técnicas investigativas que se revelaram das mais eficazes na comprovação de cartéis, pois, citando o exemplo de duas cidades do Estado de Santa Catarina, esse meio de prova foi fundamental

²³(STJ – 1ª T. – REsp. nº 141.491/SC – Rel. Min. Garcia Vieira, decisão: 12-3-1998).

para a condenação dos casos de cartel no mercado de revenda de combustíveis naquele Estado, observando que, a partir de escutas telefônicas em que proprietários de postos de revenda de combustíveis de uma das cidades catarinenses discutiam mecanismos de pressão para evitar que alguns postos fixassem um preço para os combustíveis inferior ao acordado entre eles, posteriormente entendendo o CADE que havia um conluio entre eles e, na outra cidade, também a partir de escutas telefônicas, havia apenas a fixação do preço do combustível entre postos concorrentes.

Isso, sem deixar de falar de outro meio de atuação do MP, que é a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas, ou seja, os famosos TACs, que servem para oferecer uma série de soluções para denúncias de práticas anticompetitivas, sobretudo relacionadas à cartelização e/ou ao aumento abusivo de preços, abrangendo, também, a determinação da fixação de margens de lucro ou preço máximo praticado.

Importante observação se faz no sentido de que as acusações de aumento de preço abusivo e cartelização frequentemente se confundem nas investigações envolvendo o mercado de revenda de combustíveis, porquanto o *Parquet* possui competência para defender direitos difusos em geral, abrangendo, inclusive, os direitos do consumidor e da concorrência.

Alexandre de Moraes²⁴ observou uma análise sobre essas importantes funções do Ministério Público em que o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma “titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição”.

Recorde-se que a ordem econômica constitui interesse social indisponível, resguardado pelo artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;²⁵

Por sua vez, ao tratar do Ministério Público, o art. 127 do mesmo ordenamento jurídico, é claro:

²⁴MORAES, op. cit. p.1.560.

²⁵BRASIL. Op. cit.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁶.

A ordem econômica, ao lado do direito do consumidor, constitui relevante interesse difuso que cabe ao Ministério Público defender, por força da missão constitucional que lhe foi atribuída.

7 Considerações finais

A difusão das atividades mercantis e, conseqüentemente, a expansão da cultura da concorrência em nosso País, principalmente no que se refere ao combate aos cartéis, está sendo imensamente benéfica, tanto aos consumidores, como também para as empresas, ou ainda, em um modo geral, ao mercado. Em se tratando dos consumidores, observamos um considerável aumento dos produtos e serviços postos à disposição a preços compatíveis com a nossa sociedade. Já em observância às empresas, tendo-se em vista que poderão tomar as devidas precauções para evitar a celebração de acordos restritivos, identificando imediatamente a superveniência de infrações dessa natureza em suas operações rotineiras. No último ponto, no tocante ao mercado, que se torna imensamente favorecido pela livre concorrência entre as empresas, o que levará ao aumento acentuado dos fluxos de comércio e de investimentos, sobrevivendo-lhe, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

Ressaltando-se a importância do tema, aparece, ainda, o *dumping* como prática prejudicial à economia em geral, quando configura concorrência desleal, mas há que se fixar critérios para que não se incorra em política protecionista sob os ensinamentos do que reza o princípio da livre concorrência, tanto no âmbito interno como externo. Vale salientar que, em se tratando de Direito Econômico, é observado no *dumping* não apenas sua natureza não tributária, mas, sim, visto em outro aspecto, o de uma imposição para-tarifária, tendo como finalidade reequilibrar a competitividade dentro do mercado.

Todo o fundamento para a matéria encontra-se no seio da nossa Carta Magna, a Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, mais precisamente no Princípio da livre concorrência. Sendo observada a concorrência, como benéfica e necessária para a saúde da economia, exigindo-se, para tanto, cautela e discernimento na aplicação das normas que regulamentam a concorrência.

²⁶Idem

Assim como na Constituição de 1988, há dois princípios que não podem ser eliminados do pensar, nem tampouco, eximir sua citação; princípios estes basilares ao bom funcionamento do comércio e de suas relações advindas, inseridos no âmago do Código Consumerista, dando abrigo aos consumidores, o Princípio da vulnerabilidade e o da hipossuficiência.

Ainda assim, voltando à relação de consumo, é irrenunciável a identificação precisa da *existência ou não de concorrência passível de ser defendida, devendo ser comprovada pelas autoridades competentes mediante um criterioso exame dos resultados tangíveis e socialmente generalizáveis e atribuíveis à performance do agente econômico, mensuráveis a partir dos dados concretos do mercado, relevante em questão e critérios valorativos a este adequados*. Em que pese a importância da matéria, o direito positivo, tanto com referência ao mercado interno como ao externo, apresenta diversos problemas e ilegalidades, sendo necessário grande empenho do intérprete para possibilitar sua aplicação. (grifo nosso)

A respeito do Mercosul, pouco se aprofundou, mas não deixamos de abordar o problema, em que se mantêm, observado, num mesmo tom, as infrações à ordem econômica. Por conseguinte, os países com legislação aplicável à matéria, como Argentina, Brasil e outros, em se tratando da semelhança decorrente da mesma origem, o GATT não se torna possível uma proteção eficaz à livre concorrência, coibindo e reprimindo o *dumping*.

Muito se falou a respeito do Ministério Público e suas ações repressivas a essas práticas ilícitas de comércio, tanto no âmbito federal como estadual; abordando-se o meio pelo qual o *Parquet* atua, judicialmente falando, através do intento de ações civis públicas em face das empresas, sindicatos etc., que atuam de forma contrária à moral e aos bons costumes do comércio.

Por fim, aduzimos uma possível solução para um mais eficiente combate a essas infrações à ordem econômica, afastando-se a supranacionalidade, emergindo a necessidade de harmonização das legislações de todos os países que se encontrem no prejuízo quanto à aplicação dessa lei, que esbarra na natural dificuldade da atividade legislativa.

Conclui-se, infelizmente, não existir, em qualquer nível ou âmbito, instrumento legal hábil para resguardar a livre concorrência, restringir e sancionar práticas desleais, porém, dentro de um sistema de mercado, deverse-á agir sem exageros que inviabilizem sua aplicação.

Referências

ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO – 1994. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/gatt47port.pdf>> . Acesso em. 12 jan. 2008.

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Congresso, 1973.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso, 1990.

_____. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Congresso, 1994.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e dá outras providências. Brasília: Congresso, 1985.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Direitos individuais disponíveis*. Recurso Especial nº 141.491/SC, da 1ª Turma. Brasília, 12 de março de 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Processual Civil*. Administrativo. Ação Civil Pública. Legitimatío ad causam do Parquet. Recurso Especial nº 695.665/RS, da 1ª Turma. Brasília, 24 de outubro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Processual Civil. Ação Civil Pública. Tratamento de Saúde. Direito Individual Indisponível. Recurso Especial nº 901.109/RS, da 2ª Turma. Brasília, 26 de março de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Processual Civil. Ação Civil Pública. Tratamento de Saúde. Direito Individual Indisponível. Legitimação Extraordinária do Parquet. Recurso Especial nº 750.409/RS, da 2ª Turma. Brasília, 28 de novembro de 2006.

BRESNAHAN, T.F. (1989). “Empirical Studies of Industries with Market Power,” In: Schmalensee & Willig (eds). *Handbook of industrial organization*. v. 2, Amsterdam: North Holland, 1989.

CAMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de direito mercantil*, n. 80, out-dez.1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Manual de direito comercial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. *Política antidumping: a questão agrícola nas negociações Brasil-Estados Unidos 1995-2005*. João Pessoa: UFPB, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à lei antitruste: Lei nº. 8.884 de 11.06.1994*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Repressão às infrações contra a ordem econômica: Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DONATO, Antonieta Maria Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Safe, 2004.

LIVINGSTON, S. M. & Levitt, T. “Competition and Retail Gasoline Prices.” *The review of economics and statistics*, v. XLI. 1959.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2000.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmire (Orgs). *Regras de metodologia científica para produção de trabalhos acadêmicos*. João Pessoa: Unipê, 2006.

MARJOTTA-MAISTRO, M.C. *Ajustes no mercado de álcool e gasolina no processo de desregulamentação*. Tese Doutorado. ESALQ-USP. São Paulo: 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: [s.n], 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, L.S. Dos choques petrolíferos à atual estrutura de formação dos preços do petróleo. *Revista Brasileira de Energia*. Rio de Janeiro ,v. 8, n. 1. 2001.

PINTO JR, H.Q. “Comércio externo de petróleo e derivados: a estratégia pós-choque”. In: *Congresso Brasileiro de Planejamento Energético I*. Campinas. Anais. Rio de Janeiro. COPPE/UFRJ, 1989.

POSTOS CONDENADOS PELO CADE E CONFIRMADO PELA JUSTIÇA FEDERAL (DF), por cometerem infração à ordem econômica pela formação de cartel. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/vernoticia.asp?cn=17>> Acesso em: 10 maio 2007.

ROPPA, B.F. *Evolução do consumo de gasolina no Brasil e suas elasticidades: de 1973 a 2003*. . Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Industrial, econômico e financeiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 121, p.1-239, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIVERSÕES ELETRÔNICAS: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Dinalba Araruna Gonçalves

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

“O jogo, o grande putrefactor, é a diátese cancerosa das raças anemizadas pela sensualidade e pela preguiça; ele entorpece, caleja, desviriliza os povos, nas fibras de cujo organismo insinuou o seu germe proliferante e inextirpável. Só o jogo não reconhece remissões: com a mesma continuidade com que devora as noites do homem ocupado e os dias do ocioso, os milhões do opulento e as migalhas do operário, tripudia uniformemente sobre as sociedades nas quadras de fecundidade e de penúria, de abastecimento e de fome, de alegria e de luto.”

Rui Barbosa

1 Introdução

No Brasil, atualmente, casas de jogos caça-níqueis vêm funcionando sem qualquer amparo legal, na exposição da prática e exploração do jogo de azar, que é proibida desde 1946, excetuando-se o período em que estiveram (não estão mais, pois, extintos pela Lei 9.981/2000) autorizados os bingos permanentes.

Tal prática causa ofensa a direitos difusos dos consumidores/jogadores, como bem fazã Paulo de Tarso Brandão ao apontar as qualificadoras dessa modalidade de direito, tutelado pela ação civil pública, quais sejam:

a) ausência de vínculos associativos entre os lesados ou potencialmente lesados; b) a abrangência de uma cadeia abstrata, indeterminada e aberta, de indivíduos (por isso, direitos ou interesses transindividuais); c) uma potencial e abrangente conflituosidade; d) a ocorrência de lesões disseminadas em massa; e) vínculos fáticos unindo os interessados ou potencialmente interessados; f) indivisibilidade dos direitos ou interesses¹.

A alegativa básica dos apelantes é no sentido de que os jogos explorados não seriam de “caça-níqueis” e que não haveria a participação de menores nos estabelecimentos, sob o argumento de que há cláusula expressa no contrato

¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública. Florianópolis*: Obra Jurídica, 1996, p. 94.

firmado com os franqueados, no sentido da total responsabilidade destes, no caso da participação de menores.

Alegam, ainda, que, como há a proibição expressa no contrato de participação de menores nas máquinas sob análise, não haveria a responsabilidade delas para o caso.

O tipo mais grave das máquinas em questão é o de caça-níqueis, cujos maiores usuários são crianças e adolescentes. É bom que se frise que, mesmo que os usuários fossem tão-somente adultos, ainda assim, seria tal fato um ilícito criminal, posto que os jogos de azar sejam proibidos pela Lei, como veremos no decorrer desta exposição.

O Ministério Público, maior guardião da fiscalização da Lei, centrarse na preocupação crescente da proliferação da jogatina nesta e em outras capitais, a cada dia aparecendo novas casas de bingo, de vídeo-pôquer, caça-níqueis, caça-cédulas, roletas, loterias on-line, sem falar nos sorteios do tipo “Aposte, ganhe”, “Paraíba dá sorte”² e todas as casas de Jogo do bicho, esquecendo-se todos do valor do trabalho e do esforço de cada um para o progresso pessoal, encontrando, os pusilânimes, porto seguro na possibilidade de enriquecimento fácil por meio do jogo. A propósito, vemos, no reverso da medalha, as empresas, indústrias e estabelecimentos de prestação de bens e produtos fechando suas portas, num prenúncio de que muito dificilmente sairemos do nanismo econômico em que nos encontramos³.

2 Escorço histórico da legislação sobre bingos e jogos de azar no Brasil

A Lei Pelé proibiu *máquinas de jogo de azar*, ao estabelecer, em seu art. 72, que “as salas de bingo destinar-se-ão, exclusivamente, a esse jogo”, tendo como única atividade, concomitantemente admissível, o serviço de bar ou restaurante. No artigo 73 está a vedação, proibição, clara de “qualquer tipo de máquinas de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo”. No art. 74 está dito: “nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou eventual, poderá ser autorizada nesta lei”. Esse artigo 74 expurgou do ordenamento jurídico a expressão “*e similares*”, introduzida na Lei Zico, que permitiu os bingos eletrônicos. A lei foi enfática e clara como cristal.

E mais, no art. 81, a manutenção “*nas salas de bingo*” de “*máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas*” foi considerada crime, com pena de seis meses a dois anos e multa.

²Só para citar os da moda. Muitos outros já passaram por aqui e deixaram o prejuízo moral, social e, algumas vezes, econômico – para os apostadores e para a Fazenda.

³Só para ilustrar, lembramos que tudo o que a Paraíba exporta, em bens e serviços, não chega à metade, por exemplo, do que aquilo que o Ceará exporta apenas em castanhas. Não quer dizer que lá não haja também o problema dos bingos, mas, a persistirem aqui, muito mais árduo será o desenvolvimento econômico local.

3 A posição da doutrina

Rui Barbosa, um dos maiores juristas brasileiros, escreveu bons textos demonstrando que, nos cassinos, o jogo comercial feito por particulares contraria o princípio da moralidade administrativa, sendo uma prática ilícita. Dessa forma, a interpretação das normas sobre jogos deve ser feita de forma restritiva. Neste sentido, vejamos:

De todas as desgraças que penetram no homem pela algibeira e arruinam o caráter pela fortuna, a mais grave é, sem dúvida nenhuma, essa: o jôgo na sua acepção usual, o jôgo propriamente dito; em uma palavra: o jogo, os naipês, os dados, a mesa verde. Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal com o vício, furtivo com o crime, solapando no seu contágio com as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, êle zomba da decência, das leis e da polícia, abarca, no domínio das suas emanções, a sociedade inteira; nivela, sob a sua deprimente igualdade, todas as classes; mergulha na sua promiscuidade indiferente até os mais baixos volutabros do lixo social; alcança, no requinte das suas seduções, as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade; inutiliza gênios; degrada príncipes; emudece oradores; atira à luta política almas azedadas pelo calistismo habitual das paradas infelizes; à família corações degenerados pelo contato quotidiano de todas as impurezas à concorrência do trabalho diurno, os naufragos das noites tempestuosas do azar; e não raro, a violência das indignações furiosos, que vêm entoar no recinto dos parlamentos, é apenas a ressaca das agitações e dos destroços das longas madrugadas dos cassinos⁴.

O ordenamento jurídico pátrio celebrizou-se por sua repulsa aos jogos de azar. O Marechal Dutra, no ano de 1946, assinou o Decreto nº 9.214, que apenas explicitou o art. 50 da Lei de Contravenções Penais, de 1941, que vigora até hoje. Os cassinos foram fechados. Vale a pena transcrever⁵ uma entrevista dada pelo próprio Marechal Dutra, em 1967, publicada na revista Realidade, que consta transcrito no livro Leis e Contravenções de Hélio Tavares, as fls. 280.

⁴BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: www.culturabrasil.pro.br/aosmoços. Acesso em: 02 fev. 2008.

⁵O artigo 50 da Lei de Contravenções Penais LCP aplica-se até hoje, cf. a jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a seguir transcrita: CONTRAVENÇÃO - “BINGO” - CARACTERIZAÇÃO. *O bingo é, indubitavelmente, jogo de azar, assim considerado o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte*, em face do art. 50, § 3º, da LCP (TA-Crim-SP - Ac. Unân. da 12ª Câm. jul. em 14-10-91 - Ap. em MS 675.151/9-Santos - Rel. Juiz Gonzaga Franceschini). N.R.: Colhe-se, ainda, do voto: Não há como admitir a afirmação de que o *bingo*, em face dos costumes sociais, perdeu seu caráter ilícito. Aliás, o costume, como fonte de direito, é de exígua utilização no Brasil, já que, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, norma supra legal, válida para todo nosso ordenamento jurídico, ele só pode ser admitido pelo Juiz quando a lei for omissa, o que, evidentemente, não é o caso.” (BRASIL. Decreto-Lei n.3.688 de outubro de 1941. Dispõe sobre a Lei de Contravenções Penais. *Lex*, São Paulo, v.5, 1941. Suplemento).

A repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal. A legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim. A simples leitura dos jornais diários demonstra à saciedade, o esforço que se faz em quase todo o mundo para eliminar o jogo, *fonte de corrupção* dos costumes e da administração pública. A tradição moral, jurídica e religiosa do povo brasileiro é contrária à exploração dos jogos de azar. O ato, de abril de 1946, recebeu o aplauso de todos os setores representativos de nossa sociedade, que o consideram acorde com os mais legítimos interesses do país e da população, especialmente das camadas menos favorecidas. Das exceções abertas à lei geral de proibição do jogo, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes. Na verdade, o decreto nada inovou. A proibição ao jogo de azar já estava estabelecida pela Lei de Contravenções Penais, que data de 2 de outubro de 1941. Apenas anulou as licenças, concessões e autorizações dadas por autoridades federais, estaduais ou municipais e que constituíam brechas na lei original. Os males provocados por essas brechas superaram de muito os eventuais benefícios, conforme todos os brasileiros ainda certamente recordam.

Sobre o tema já se apontou a respeito do entendimento do eminente Professor Vianna Moog, que, no seu clássico e solitário ensaio *Bandeirantes e Pioneiros*, faz um estudo da mentalidade nacional, estabelecendo interessante paralelo com a norte-americana e aponta o desamor ao trabalho orgânico, constante e construtivo (em contraposição ao gosto e à admiração devotados à conquista fácil e rápida da riqueza a golpes de audácia e sorte) como um dos grandes males, presentes nas linhas mestras da cultura nacional, a atravancar o nosso desenvolvimento econômico e social. Vale a pena a transcrição, à guisa de melhor compreensão dos fatores, presentes em nossa cultura, que inibem a produção pela nossa sociedade de forte e indômito sentimento de repulsa ao golpe e à fraude, das seguintes passagens da monumental obra do ínclito Professor gaúcho, ‘*verbis*’⁶:

E aqui chegamos à última das linhas mestras fundamentais da nossa cultura: o *desamor ao trabalho orgânico* e tudo quanto lhe esteja ligado: iniciativa, organização, cooperação, espírito técnico e científico... A mais grave e a que com mais freqüência gera imaturidades e neuroses *é a falta de gosto ao trabalho orgânico*, por estar intimamente ligada às demais linhas mestras de nossa cultura, sobretudo à *expectativa de fortuna rápida* e à da ausência de espírito associativo... Em Washington, também há o golpista e o gângster. Exato. Há, porém, uma diferença que assinalar: em

⁶Passagem adaptada, extraída de petição inicial elaborada pelo Dr. Ênio Araújo Matos, em sede de ação rescisória ajuizada no TRT/PB.

Washington, como nos Estados Unidos em geral, o gângster, o golpista, o sonegador, o contrabandista, o *perjuro*, quando apanhados fora da lei, vão para a cadeia e são expostos à *execração pública*, ao passo que no *Rio de Janeiro*, como em geral, no *Brasil* – onde, para os impontuais, os endividados, os jogadores, os que conseguem ganhar com o café, a borracha, o açúcar, o algodão, o com que pagar os juros e os juros dos juros de dívidas provenientes de excursões à Europa, custeio de advocacias administrativas, e um padrão de vida que afronta a miséria dos pobres - *se reservam* os benefícios de reajustamentos econômicos como para fraudadores, mistificadores e contraventores, o prêmio periódico das anistias fiscais, *que tanto tentam a perseverança dos bons quanto fomentam a audácia dos aventureiros*. Estes é que, cortejados, festejados, parecem servir de exemplo de que, na vida, *fora do golpe, não há salvação*.”

4 Do direito

Em 1998 foi promulgada a Lei nº. 9.615, de 24/03/98, que “institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências”, conhecida como “Lei Pelé”, dentre cujas disposições, no que tange ao caso ora versado, interessam as seguintes:

Art. 4º. O Sistema Brasileiro do Desporto compreende: (...)
II – o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto – INDESP. (...)

Art. 5º. O Instituto Nacional do Desporto – INDESP é uma *autarquia federal* com a finalidade de promover, desenvolver a prática do desporto e exercer outras competências específicas que lhe são atribuídas nesta Lei. (grifo acrescido). (...)

Art. 73. *É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo.*

Art. 81. Manter nas salas de bingo *máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas.*

Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa⁷. (grifos acrescidos)

Vale ressaltar que a Portaria nº. 104/98 do INDESP subverteu o processo legislativo constitucional e tentou conferir ares de legalidade aos caça-níqueis. Só uma palavra pode definir o ocorrido: ABSURDO!!!

A Lei não se referiu, em momento algum, a bingo eletrônico. Também não tratou da modalidade eletrônica programada de bingo operada por intermédio de uma Máquina Eletrônica Programada – MEP. Jamais dispôs sobre terminal de vídeo. Por fim, dela não consta a possibilidade de serem as máqui-

⁷BRASIL. Lei n.9.615 de 24 de março de 1998. Institui norma.

nas operadas com fichas, dinheiro e/ou cartão magnético, sendo tudo criação cerebrina do autor da ilegal Portaria.

Quanto aos bingos, para argumentar, *é necessário se enfatizar que houve a expiração da autorização que estes detinham para explorá-los* – acrescenta-se que emerge mais ainda a incompatibilidade entre a Lei Pelé e a Portaria 104/98 do INDESP o fato de a primeira referir, insofismavelmente, em “CARTELAS”, além do art. 105 do Decreto 2.574/98 fazer expressa menção a “bingo” e “linha”, numa clara e irretorquível demonstração de que o objetivo de ambos foi regulamentar o bingo tradicional, aqueles dos arraiais e quermesses. Objetivo que foi totalmente corrompido pelo autor da Portaria.

Sendo assim, quando o legislador se refere às máquinas eletrônicas programadas, a única interpretação não criminosa possível é aquela que permite o uso de tais máquinas para o sorteio das “bolas” numeradas. Isso compreendeu o Regulamento, tanto assim que expressamente cita a possibilidade de um ou mais concorrentes atingirem o objetivo previamente determinado, coisa impossível de ocorrer em um caça-níquel.

A Lei nº. 9.615/98 admitiu como única atividade concomitante ao bingo na sala onde este é jogado, o serviço de bar e restaurante (art. 72, parágrafo único). Repita-se que, por “sala”, devem-se compreender o estabelecimento, incluídas todas as suas dependências. Houve, ainda, a proibição total de qualquer outra modalidade de jogo ou similar que não seja bingo (art. 74).

Após rigorosa atuação do Poder Judiciário, instado ferrenhamente pelo *Ministério Público*, o equívoco ou mal causado foi reconhecido pelo próprio Poder Executivo, que expediu o seguinte Decreto, revogando a desastrosa autorização ora combatida:

DECRETO Nº. 3.214, DE 21 DE OUTUBRO DE 1999
 Revoga o § 2º do art. 74 do Decreto nº. 2.574, de 29 de abril de 1998, que regulamenta a Lei nº. 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências.
 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº. 9.615, de 24 de março de 1998,
 DECRETA:
 Art. 1º. Fica revogado o § 2º do art. 74 do Decreto nº. 2.574, de 29 de abril de 1998.
 Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
 Brasília, 21 de outubro de 1999, 178º da Independência e 111º da República.
 FERNANDO HENRIQUE CARDOSO⁸

⁸BRASIL. Decreto n.3.214 de 21 de outubro de 1999. Revoga o § 2º art.74 do decreto n.2.574, de 29 de abril de 1998, que regulamenta a Lei n.9.615, de 24 de março de 1998. *Lex*: Coletânea de Legislação: edição federal, São Paulo, v.63, p.5902, 1999.

A atuação desenfreada, a olhos vistos e, explicitamente criminosa de estabelecimentos como o das promovidas faz-nos crer haver reaparecido no ordenamento jurídico, por meio de milagrosa ressurreição, a figura dos CASSINOS, desta vez, com direito, não apenas aos bingos, como também a caça-níqueis, vídeo-pôquer e outros. Os empresários precisam tomar ciência de que os cassinos foram banidos há décadas e que seu retorno não foi jamais autorizado.

A União tomou para si a exploração dos jogos de bingo, atribuindo tão-somente à Caixa Econômica Federal a execução dessa exploração. Nesse sentido, o art. 1º do Decreto n. 3.659, de 14/11/2000, prevê que “A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos das *Leis n.ºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 9.981, de 14 de julho de 2000*, dos respectivos regulamentos, deste Decreto e das demais normas expedidas no âmbito da competência conferida à Caixa Econômica Federal.”

O Estado Brasileiro, proclamado pela Constituição Federal de 1988, como um Estado Social e Democrático de Direito, funda sua estrutura na defesa dos direitos fundamentais do homem, enquanto pessoa, trabalhador e cidadão, através da consagração do Princípio da tripartição dos poderes e do Princípio da legalidade.

Com efeito, preceitua o art. 24, IX, da Constituição Federal de 1988⁹, que:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)
IX – educação, cultura, ensino e desporto”.

E mais, sobre a competência legislativa para sorteios, que abrange os bingos e demais espécies de jogos de sorteios (jogos de azar, a exemplo dos caça-níqueis) tem-se que esta é privativa da União. Vale a pena transcrever, de novo, o artigo 22, inciso XX da CF:

Art. 22. Compete à União legislar sobre: (...)
XX - sistema de consórcio e sorteios;¹⁰(grifo acrescido)

O que conduz à irrefragável constatação de que apenas a União, mediante LEI, e apenas pelo conduto do processo legislativo previsto no art. 59 da Magna Carta, poderia ter criado espécies diversas de jogo de azar. Apenas a União poderia tê-lo feito, como efetivamente o fez pela edição da Lei 9.615/98, até que, com o advento da Lei 9.981/2000, a União, única detentora da competência legislativa sobre SORTEIOS, determinou-lhes o ocaso, acabando, de vez, até mesmo com os

⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

¹⁰Idem.

bingos permanentes e eventuais, até então com base legal e constitucional. Mas os caça-níqueis, os vídeobingo, seja lá o apelido que se lhes tenham dado, estes jamais foram, pelo menos legalmente, autorizados pela União.

Em suma, não há como interpretar que a CF/88, ao prescrever a livre iniciativa, tenha permitido os bingos e outros jogos, pois não só a liberdade de iniciativa é pregação antiga, como também as Constituições anteriores já a previam (CF/69, art. 160, I; CF/67, art. 157, I; a Constituição de 1946, em seu art. 145; a de 37, em seu art. 135; e a de 34, em seu art. 115), sem que alguém tenha tentado dizer que, desde então, quem quisesse poderia explorar cassinos, bingos, caça níqueis, videopôquer... Acontece que a ganância vem crescendo e com ela a ousadia dos ávidos por lucro fácil em cima de dinheiro do povo, apoiados em interesseiros entendimentos isolados que sustentam haver a CF/88, como num passe de mágica, viabilizado o milagre do reaparecimento dos cassinos (é o que está acontecendo, embora os estabelecimentos utilizem outros nomes eufemísticos e invistam em recursos tecnológicos especialmente de informática que antes não existiam). Contra isso o Poder Judiciário deve dar um basta, tendo em vista que a liberdade de iniciativa vincula-se aos interesses da coletividade (e é a coletividade a titular da liberdade de iniciativa, não propriamente a empresa...).

Não se pode invocar o preceito constitucional do art. 1º, inciso IV, que determina por fundamentos da República “os valores do trabalho e da livre iniciativa”, isoladamente lido, interpretando-se a CF “em tiras”, como refere o autor Eros Roberto Grau (tal preceito constitucional, a rigor, estaria autorizando o tráfico, a produção, a venda e o consumo de cocaína !!!). A espúria atividade de exploração de jogos não se ampara no artigo 170 da CF, pois, para falar em livre concorrência e no direito que a todos é conferido de exercer qualquer atividade econômica, **INDEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS, SALVO NOS CASOS PREVISTOS EM LEI**, é necessário lembrar, por tudo que se expôs até agora, que a exploração de jogos de azar depende de autorização expressa da União (CF, art. 22, inciso XX) para funcionamento.

Nem se pode olvidar a Lei das Contravenções Penais, que tipifica a conduta da contravenção da exploração dos jogos de azar:

Estabelecer ou explorar jogos de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele. Estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos da decoração do local.

Considerando os jogos de azar, em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte¹¹.

¹¹BRASIL. Op. cit. Nota 5.

5 Máquinas de caça-níqueis: legalidade ou ilegalidade?

Então, o jogo de azar está ou não está proibido? Claro que está e, mais que isso, configura contravenção, punível com prisão. O que resta, então, aos contraventores, para tentar justificar sua prática delituosa? Pasmem: afirmar que os bingos, permanentes ou eventuais, tradicionais ou Tentam alguns rebatizar os vídeos-bingo e caça-níqueis com o nome de “*máquinas de diversões eletrônicas*” e “*máquinas eletrônicas programadas*”, e se afirma que “tais máquinas, como o próprio nome diz, proporcionam ao usuário lazer, entretenimento, já que emitem sons e luzes e se a jogada é vencedora, segue-se uma ‘cascata’ de moedas ou fichas.”

Seria cômica, não fosse trágica a constatação de que as máquinas de caçaníqueis trazem apenas o vício, a ruína e a degradação moral, arrasando famílias e lares. Quisessem se divertir com luzes e sons, seus consumidores limitar-se-iam a freqüentar boates.

Outros exploradores partem de um conceito doutrinário extraído da obra do respeitado Washington de Barros Monteiro e sustentam que o caçaníqueis não é um jogo, eis que A BILATERALIDADE seria pressuposto inarredável para definir-se jogo. Isso mesmo: chega-se à desfaçatez de afirmar que “para que haja jogo, são necessários, no mínimo, dois competidores”. Argumenta-se que nem se trataria de jogo, porque, inexistindo contendores nas máquinas, ausente estaria a característica da bilateralidade. Ora! *Como não há bilateralidade?! Por acaso é a própria máquina que embolsa as moedas remanescentes ao final do expediente? Basta um mínimo de bom senso para que se constate, sim, tratar-se de ato bilateral! Tem-se, de um lado, um coitado de um indivíduo que, de moeda em moeda, acaba por perder o suado e já ínfimo salário, na esperança de sair-se “vencedor” naquele jogo; e, de outro, uma máquina preparada pelo homem (esperto) – sem qualquer controle das autoridades – para, é claro, vencer na grande maioria das vezes.*

Oportunos se fazem, a propósito, os trechos, abaixo transcritos, extraídos do brilhante voto proferido pelo Relator Juiz Tourinho Neto no Agravo Regimental/Suspensão da Segurança 2001.01.00.013024-3 (doc. 02):

Argumenta a agravante que Damásio de Jesus diz que a utilização das máquinas caça-níqueis não constitui infração penal. (...)

Há, sim, bilateralidade. Observe-se que temos o indivíduo jogando contra uma máquina que foi preparada pelo homem para jogar e ganhar quase sempre. É jogo de azar porque não depende tão só da habilidade do jogador, como no xadrez, no gamão, na dama etc. Considera-se jogo de azar, diz a Lei das Contravenções Penais, letra a do §3º do art. 50, ‘o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte’. É exatamente o que acontece com o jogo com os caça-níqueis.

Ainda que a Receita Federal tenha permitido a importação dos caça-níqueis, isto não implica ausência de antijuridicidade. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. Para brincadeiras, divertimentos, sem ganho por parte dos seus proprietários, tais máquinas podem ser utilizadas.

Fora ou não das salas de bingo, a utilização dos caça-níqueis constitui infração penal. (...) ¹²

Embora o conceito de jogo de azar, que é o que nos interessa, fornecido pelo artigo 50 da LCP, não exija a citada bilateralidade, não se pode olvidar que, ao colocar seu dinheiro num caça-níqueis, o sujeito passa a jogar com a máquina, com o computador. Hoje, joga-se até xadrez com o computador!!! E mais, joga, também, com o dono da máquina, com o explorador da máquina, estes, sempre ocultos, distantes e alheios ao desespero de quem é ludibriado por um computador programado para não perder, pois a suposta aleatoriedade dos sorteios é uma falácia desmedida.

De qualquer sorte, pede-se vênua para trazer outro conceito de JOGO, encontrado no mais conceituado dicionário pátrio, o Aurélio: “Jogo de azar - Aquele em que a perda ou o ganho depende mais da sorte que do cálculo, ou somente da sorte, como, p. ex., o jogo da roleta e do monte.”

Sabemos todos, então, o que vem a ser JOGO DE AZAR e que a exploração de jogos de azar encontra-se proibida no país desde 30 de abril de 1946, ocasião em que o então Presidente Eurico Gaspar Dutra, por intermédio do Decreto-Lei 9.215, restabeleceu a vigência do art. 50 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.638/41), o qual, até a presente data, vigora. Ressalvamos, apenas, as apostas sobre corridas de cavalos no hipódromo ou em local autorizado (art. 50, § 3º, b, *contrario sensu*).

Saliente-se, desde logo, por oportuno, que permitido não é à Loteria Estadual, todavia, estender a regulamentação às máquinas ditas caça-níqueis, pela óbvia razão de que inexistente legislação federal disciplinando a matéria. Basta lembrar-se que, nos termos do art. 22, incisos I e XX, da CF/88, é da competência privativa da União legislar sobre Direito Penal e sistema de consórcios e sorteios.

Na esteira do comando constitucional acima aludido, é que, a propósito, o Egrégio *Superior Tribunal de Justiça*, ao apreciar Recurso Especial em sede de Mandado de Segurança (RMS 6.308/MG), confirmou julgamento proferido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, declarando inconstitucional lei do Município de Cordislândia que pretendia, no âmbito daquela municipalidade, criar sistema de loteria, à moda “raspadinha” (doc. 01).

¹²MARANHÃO. TRF1- *Agravo Regimental na Suspensão de Segurança*: AGSS 13024MA. Proc.2001.01.00.013024-3. Relator Juiz Tourinho Juiz Tourinho Neto. Publicado no DJ em 07/05/2001.p.30. Disponível em: www.jusbrasil.com.br >. Acesso em: 16 jan. 2008.

Qual a conclusão que, enfim, se impõe? A de que o legislador, ao permitir a exploração de jogos lotéricos pelas entidades estaduais existentes, a elas não atribuiu competência para a instituição de novas loterias. Franqueada tão apenas a elas, restou a exploração, direta ou indireta, daqueles jogos previamente criados, reconhecidos e regulamentados pela União.

Assim é que adveio o preceito repressor constante do art. 40 do Decreto-lei n.º 6.259/44:

Art. 40 – Constituiu jogo de azar passível de repressão penal a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.

Parágrafo Único – Seja qual a sua denominação ou processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores¹³.

Não é possível fugir do enquadramento das “máquinas eletrônicas programadas” dentre os elencáveis jogos de azar.

É perceptível a existência de uma manobra de organizações vinculadas ao jogo de azar procurando descriminalizar conduta punida pela lei através dos mais diversos artifícios. Ao sustentar-se que o jogo de azar é o livre exercício da atividade econômica, simplesmente poder-se-ia invocar o mesmo dispositivo para o contrabando, o tráfico de entorpecentes, o tráfico de mulheres e outras tantas atividades criminosas.

Necessário é que se concorde, em parte, com as empresas que dizem que as MEPs, de fato, são máquinas de entretenimento, de diversão. Apenas se discorda quanto a quem realmente elas divertem... Definitivamente, não é o pobre consumidor que até elas chega iludido!

No caso de máquinas que operam com fichas ou moedas, vislumbra-se igualmente o pobre e ingênuo consumidor. Mesmo que pague por ficha R\$ 0,25 – importância que, irresponsavelmente, se tem dito módica, decerto, ao final de cada dia, possibilita aos exploradores de tais máquinas vultosos lucros. Pois já dizia o secular adágio: “É de grão em grão que a galinha enche o papo”.

Sim, porque se já vultosos são os lucros obtidos pelas empresas locais de transporte coletivo urbano – que cobram em torno de R\$1,50 a passagem,

¹³BRASIL. Decreto-Lei n.3.688 de outubro de 1941. Dispões sobre o serviço de loterias. *Lex*: Coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.8, p.45, 1944.

tendo frotas limitadas e elevados custos operacionais (combustíveis, manutenção dos veículos, transporte gratuito etc.) –, quão expressivos devem ser os lucros dos exploradores das MEPS, disseminadas pela cidade em número sequer cogitável e cujo custo é reduzidíssimo. Até porque – registre-se o óbvio – enquanto ninguém desce de um ônibus por uma porta, para nele novamente ingressar pela outra, o pobre e ingênuo consumidor compulsivamente insere nas máquinas fichas e fichas, no pueril e copioso anseio de sair-se vencedor. E mais, hoje já há modernas máquinas que recebem, não apenas fichinhas ou moedinhas, mas cédulas de até cinquenta reais.

De resto, a ilegalidade já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido suspensas as liminares que porventura subsistiram, em decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Pedido de Suspensão da Segurança nº. 1.814/1-260/MG.

Em 05 de outubro de 2000, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, decidindo a Suspensão de Segurança nº. 1.814-1/MG, suspendeu as liminares concedidas pelo TJMG, nos MS nº. 191.203-9, 194.124-4, 194.125-1, 194.127-7 e 194.128-5, mantendo, em decorrência, as liminares concedidas pelos Juízos das Varas da Fazenda Pública de Belo Horizonte e do Juizado Especial Criminal de Teófilo Otoni, por considerar danoso à ordem pública o uso das máquinas caça-níqueis.

A Corte Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos AGSS 2001.01.00.003101-0/MA, em caso semelhante:

por unanimidade, decidiu manter decisão do Juiz-Presidente suspensiva dos efeitos da sentença do MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, que determinara à autoridade coatora que se abstivesse de apreender máquinas eletrônicas programadas, declarando a nulidade da IN 172/99, do Secretário da Receita Federal. A Corte assim decidiu, por entender que, estando o jogo de azar proibido em todo o território nacional, a decisão que permite que sejam liberadas as máquinas popularmente chamadas de caça-níqueis, atenta contra a ordem pública, ferindo o princípio constitucional da moralidade administrativa, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal na SS 1.814-1/DF¹⁴.

A Resolução nº 19/00 da Loteria Mineira, que revogou todas as autorizações existentes para a utilização de tais máquinas, utilizou-se, dentre outros, do argumento de que:

¹⁴MARANHÃO. TRF da 1ª Região. *Proc.. AGSS 2001.01.00.003101-0/MA* – 6ª Vara Federal. Seção Judiciária de Estado do Maranhão. Sentença do MM. Juiz Federal da 6ª Vara.

não existem, nos arquivos da LEMG, quaisquer anotações ou registros que deem conta do acompanhamento sistêmico do processo de licenciamento ou credenciamento de tais máquinas, o que implica no desconhecimento do número, qualidade e individualidade dos eventuais detentores de licença, decorrente de ato administrativo formal¹⁵.

Está evidenciada, assim, a circunstância de que são fraudulentas as autorizações até então obtidas.

Saliente-se, também, uma vez mais, ser irregular qualquer pretensa autorização de órgãos estaduais (como, por exemplo, as loterias estaduais), pois a competência para legislar sobre SORTEIOS (apostas) é da União, pelo que, inexistindo qualquer lei federal autorizando o funcionamento de tais máquinas, conseqüentemente é inconstitucional qualquer lei ou autorização estadual nesse sentido. O que dizer do caso concreto, em que não há autorização?

Certo é, não obstante, que também já se posicionou a Polícia Federal a respeito. *Perícia realizada em máquinas caça-níqueis apreendidas* em decorrência da liminar deferida em ação civil pública, movida pelo Ministério Público, objeto da AMS 1999.37.00.007007-6/MA, dentro das normais legais – demonstrou, com indubitável clareza, tratar-se, sim, de máquinas para jogo de azar. Operando-as, não haveria necessidade de qualquer habilidade motora por parte do usuário, para que, procedendo a uma jogada, obtivesse sucesso ou insucesso, *verbis*:

De acordo com os elementos descritos neste Laudo, os equipamentos examinados tratam-se de jogos eletrônicos, onde são utilizadas moedas, convertidas eletronicamente em créditos, que liberam o funcionamento do programa (rotina) pré-gravado, em fábrica, na EPROM, após acionamento de teclas apropriadas (opções de aposta e início). O programa mencionado não pode ser alterado, mas há dispositivos nas placas eletrônicas (micro switch – micro chaves) que alteram alguns parâmetros iniciais; destes, os mais importantes são os que alteram a probabilidade da relação entre o número de moedas apostadas e o número de moedas liberadas. Conforme o fabricante, esta probabilidade situa-se acima de 75%. Os testes executados mostraram que tais valores somente são alcançados em um grande número de apostas e que estas sejam múltiplas (várias opções por rodada). Ressalta-se que o percentual citado não indica o lucro do usuário; significa apenas uma estimativa de devolução das moedas inicialmente apostadas. Os testes também demonstram que não é necessária qualquer

¹⁵ Resolução nº 19/00 da LEMG.

habilidade motora do usuário para proceder a uma jogada e obter sucesso. Para um bom desempenho, basta conhecer a dinâmica do jogo, pois, feitas as apostas e acionada a tecla início, todo o processo é realizado pelo programa residente no equipamento.¹⁶ (grifos ausentes no original)

Registre-se, por oportuno, que o jogo nessas máquinas, além de toda a ilegalidade já demonstrada, ainda induz os consumidores a erro – o que caracteriza o crime previsto no art. 66 c/c art. 76, III, do Código do Consumidor –, já que os leva a crer na existência de uma ativa fiscalização, inclusive nos moldes daquela que é realizada sobre os jogos legalmente autorizados e praticados.

Pode, ainda, a conduta ser enquadrada em várias infrações penais, dentre elas: a contravenção penal do artigo 50, mencionada anteriormente, e o delito previsto no artigo 2º, inciso IX, da Lei nº. 1.521/51 (Crime contra a economia popular). Isto porque contam as máquinas com micro-chaves, denominadas “switches”, do tipo “off-on”, ajustáveis ao bel-prazer do explorador do jogo, não se podendo, assim, falar exclusivamente em álea, mas sim em verdadeiro processo fraudulento.

Pertinente o entendimento explanado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Paciente condenado como incurso na lei da economia popular. Locação de máquinas eletrônicas do denominado jogo de vídeo-pocker. Alegada falta de tipificação. Reconhecido pela decisão condenatória que o paciente locava máquinas previamente preparadas para induzir em erro os usuários, bem como indeterminado número de pessoas, causando-lhes prejuízo patrimonial real ou o perigo de dano, não há como considerar atípica sua conduta sob o ângulo da Lei de Economia Popular (art. 2., inc. IX)¹⁷. Ordem denegada. (grifo ausentes no final).

E, finalmente, acredito que nada mais é necessário acrescentar para justificar minha *posição* de toda é absoluta oposição ao jogo, nocivo ao Brasil como de resto a qualquer outra nação do mundo.

¹⁶MARANHÃO. Ministério Público do Estado do Maranhão. *Ação civil pública*. Proc. MAS 1999.37.00.007007-6/MA. Movida pelo Ministério Público.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 69.651/SP*. Tribunal Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ 20/11/92, p.21612, v.01685, p.229.

Referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/aosmocos>. Acesso em: 02 fev. 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 94.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.3.214 de 21 de outubro de 1999. Revoga o § 2º art.74 do decreto n.2.574, de 29 de abril de 1998, que regulamenta a Lei n.9.615, de 24 de março de 1998. *Lex: Coletânea de Legislação: edição federal, São Paulo, v.63, p.5902, 1999.*

BRASIL. Decreto-Lei n.3.688 de outubro de 1941. Dispões sobre o serviço de loterias. *Lex: Coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.8, p.45, 1944.*

BRASIL. Lei n.9.615 de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto. *Lex: Coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.62, p.1151, 1998.*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 69.651/SP*. Tribunal Pleno, Min. Ilmar Galvão, DJ 20/11/92, p.21612, v.01685, p.229.

MARANHÃO. Ministério Público do Estado do Maranhão. *Ação civil pública*. Proc. MAS 1999.37.00.007007-6/MA . Movida pelo Ministério Público.

MARANHÃO. TRF1. Proc.. *AGSS 2001.01.00.003101-0/MA* – 6ª Vara Federal. Seção Judiciária de Estado do Maranhão. Sentença do MM. Juiz Federal da 6ª Vara.

MARANHÃO. TRF1- *Agravo Regimental na Suspensão de Segurança: AGSS 13024MA*. Proc.2001.01.00.013024-3. Relator Juiz Tourinho Juiz Tourinho Neto. Publicado no DJ em 07/05/2001.p.30. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br >. Acesso em: 16 jan. 2008.

MINAS GERAIS. *LEMG*. Resolução nº 19/00.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. *Ac. unân. da 12ª Câm. julg. em 14-10-91*, Ap. em MS 675.151/9 - Santos - Rel. Juiz Gonzaga Franceschini.

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO PÓS-SOCIAL: EM BUSCA DA CONFIGURAÇÃO ATUAL DO ESTADO DE DIREITO EM CONTEXTO DE NOVA TRANSIÇÃO

Carlos Romero Lauria Paulo Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

PALAVRAS-CHAVE: Modelos de Relacionamento Estado – Sociedade – Economia. Estado de Direito. Liberalismo. Intervenção estatal. Subsidiariedade. Direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Advento e crise do liberalismo: Estado *ausente*; 3. O sentido da “*superação*” do Estado liberal e a incorporação dos direitos fundamentais sociais: Estado *intervencionista*; 4. Nova transição: crise do Estado intervencionista e advento do Estado *subsidiário*; 5. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

No quadro hodierno, o cenário de mais uma crise econômica de proporções globais atíca as mentes de economistas, bem como de outros analistas da conjuntura política e social, não só em torno das causas da devastação já produzida e ainda em curso, mas também, em esforço vaticinante, em torno de um virtual panorama pós-crise, sobretudo como o alcançar. Da diagnose à prognose, importa, sobremaneira, a análise dos papéis e do comportamento dos agentes econômicos, políticos e sociais, notadamente sob a consideração de suas relações recíprocas. Trata-se de discernir, em dado ambiente e em dado período, como se relacionam Estado e Sociedade, incluindo-se os agentes econômicos de ambas as instâncias – pública e privada – e em que medida cada parte contribuiu, de maneira comissiva ou omissiva, para a crise e como deverão agir para superá-la.

À guisa de ilustração, refira-se que analistas da conjuntura econômica têm apontado que a atual crise econômica mundial teria sido desencadeada a partir de um cenário de “afrouxamento” da heterorregulação do Estado sobre a atividade privada de bancos e outros agentes financeiros, o que tem conduzido, no extremo, a análises simplistas ou ideologicamente engajadas, concluindo pelo “fim do capitalismo” ou, ante um proclamado fracasso do chamado “neoliberalismo”, propugnando por um retorno ao “Estado intervencionista”.

Pouco se tem atentado para o fato de que, seja qual for a especialidade da análise, não há como se prescindir do *ângulo jurídico*, uma vez que a relação Estado-Sociedade-economia, desde o advento histórico do Estado de Direito, submete-se inapelavelmente a um *marco regulatório* – para usar uma expressão do momento – de sede *constitucional*. Neste artigo, nosso propósito não é o

de empreender qualquer diagnose ou prognose da crise econômica atual. Aproveitaremos apenas a oportunidade e a evidência que o presente momento histórico propicia à temática da relação Estado-Sociedade-economia e buscaremos, isto sim, estudar o evoluir dos modelos de seu relacionamento recíproco, sob uma perspectiva evolutiva dogmático-histórica, o que *ipso facto*, prender-nos-á a um estudo evolutivo do próprio Estado de Direito, desde o seu advento *liberal*, transitando pela sucessiva incorporação do matiz *social* até o contexto atual de uma nova transição (ainda em curso), rumo a um *soi-disant* Estado de Direito *pós-social*, que, como defenderemos, deverá rejeitar resolutamente um regresso ao abstencionismo *liberal*, mas também um retorno ao exacerbado intervencionismo *social*, e abraçar/consolidar uma postura garantista em relação à sociedade e à própria economia, guardando, contudo, uma posição de distância/proximidade prudencial, somente propiciada por um modelo de *subsidiariedade* do papel do Estado.

2 Advento e crise do liberalismo: Estado *ausente*

O Estado de Direito¹ nasceu *liberal*. Se antes havia Estado-Poder absoluto, porquanto não limitado, tampouco legitimado pelo Direito, mas colocado acima dele como emanção da vontade divina, foi, então, precisamente a partir do êxito histórico dos movimentos revolucionários liberais setecentistas e oitocentistas de contestação e superação do absolutismo despótico e porfiadores na racionalização do Estado e na limitação jurídica do Poder, que se lançaram as sementes do Estado de Direito.

Assim, matizado essencialmente pelo primado da *lei*, considerada produto da razão, emanada dos representantes reputados os mais idôneos (a elite burguesa) da Sociedade, o Estado de Direito germinou no seio do *Estado liberal*.

O modelo liberal era marcado pelo distanciamento entre o Estado e a Sociedade civil². Essa separação se refletia no constitucionalismo liberal em que a Sociedade permanecia fora do âmbito constitucional, porque se movia consoante regras internas. Os poderes públicos não podiam intervir na esfera reservada aos indivíduos, de sorte que a defesa da ordem e a proteção da liberdade individu-

¹Para uma análise aprofundada acerca das origens e evoluções do Estado de Direito, cfr., por todos, NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006 LUCAS VERDÚ Pablo. *A luta pelo Estado de Direito*. trad. bras. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²Segundo BOBBIO, Norberto entende-se por sociedade civil, em contraposição à esfera das relações políticas, a “esfera de relações sociais não reguladas pelo Estado” (In: Estado, governo, sociedade. trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 33).

al constituíam o papel fundamental atribuído ao Estado, que, assim, abstinha-se e alheava-se de iniciativa social e de intervenção econômica³.

Tratava-se de um liberalismo individualista⁴ inspirado no princípio cardeal de conceber obstáculos à tendência, característica da ação estatal, de ser monopolizadora do poder⁵. Tais obstáculos, entre os quais o princípio da *separação de poderes* e a proclamação de *direitos e garantias individuais*⁶ oponíveis ao Estado (direitos públicos subjetivos), consubstanciavam as bases fundantes do incipiente Estado de Direito (liberal)⁷ e funcionariam como freios essencialmente preordenados a propiciar um equilíbrio político e, assim, garantir a liberdade jurídica individual e a propriedade privada contra ingerências injustificáveis do Estado.

O modelo liberal individualista de fins do século XVIII e vicejante no século XIX teve, como característica intrínseca, portanto, o abstencionismo, pautado na *legalidade* e imposto ao Estado, no sentido de que a Administração Pública, enquanto atividade, não passava senão do agir da autoridade governamental no âmbito da lei, que lhe reservava, como função essencial, o assegurar-se a ordem pública estabelecida pelas leis, como condição indispensável para que pudessem desenvolver-se livremente as relações econômico-sociais, que, em seu conjunto, constituíam o setor privado, completamente alheio à intervenção estatal⁸.

E esse alheamento do Estado *gendarme*, que o configurava como um *Estado mínimo* a que correspondia uma *Administração mínima*, ou, conforme se preferir, uma mera *burocracia guardiã*⁹, tinha sua base legitimadora no

³Sobre o tema, extensivamente, cfr. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 4.

⁴BONAVIDES, Paulo. *Do Estados social ao Estado liberal*, op. cit., p. 9.

⁵Como assevera Norberto, BOBBIO, parafraseando Montesquieu, “todos os homens, quando têm poder, ‘se inclinam ao seu abuso’, até encontrar limites... Para que não seja possível abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, ‘o poder constitua um freio para o poder’ (...)”, mediante “a atribuição das três funções do Estado a órgãos diferentes”. (*A Teoria das formas de governo*. 9. ed., trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília Editora, 1997, p. 137).

⁶Oportuno lembrar o célebre Artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui Constituição.”

⁷Nesse sentido, cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo..., op. cit., p. 75 ou PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: [s.n] 1989, pp. 185 e ss., maxime p. 187.

⁸FALLA, Fernando Garrido et al. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 149.

⁹Expressão de PANEBIANCO, a qual pode ser contraposta à denominada burocracia prestacional do adveniente modelo de Estado social. (Apud MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 123).

princípio incontestável de que a ordem social estabelecida pela *lei* era uma ordem justa.¹⁰ e ¹¹ Assim, ao Estado não cabia regulamentar, tampouco prover diretamente à sociedade mais do que o estritamente necessário à garantia da segurança e da propriedade privada.

Portanto, no *plano normativo-abstrato*, à lei cabia disciplinar as atuações estatais expressivas de poderes de autoridade e legitimá-las, opondo-lhes as abstenções reclamadas pela liberdade dos indivíduos. E a lei era feita pela burguesia (representada no Parlamento), para a burguesia, isto é, sob medida para os seus interesses. Assim, por meio da lei, emanação da razão, a elite se impunha ao Estado e, para manter o seu *status quo*, a ela interessava, apenas ou primordialmente, ser livre da interferência dos poderes públicos, o que se assegurava mediante a proclamação normativa de direitos e garantias individuais de índole negativa (a impor abstenções ao Estado)¹². Ademais, se a lei era feita para iguais, não havia preocupação com a promoção da igualdade, mas apenas com a sua preservação, o que, portanto, não passava de um dogma abstrato e formal (igualdade perante a lei). Qualquer preocupação com os interesses dos que estavam à margem da burguesia (e dela se desigualavam materialmente) restava ofuscada.

No *plano material-concreto*, típica do Estado liberal era a atividade administrativa de polícia, desnuda de qualquer cariz prestacional. O máximo de intervencionismo que se alcançava era de dimensão não superior à de atuações, inclusive coativas, de fiscalização e controle de certas atividades privadas, sempre que legitimadas pela defesa da ordem pública.

Ainda que já proclamasse um princípio de *igualdade*, o Estado de Direito liberal foi erigido sob condições de desigualdade política, nos moldes de uma “*democracia*” *consitária*¹³, de maneira que não era vocacionado, tampouco destinado, a vincular-se juridicamente à promoção de uma igualdade material social. Ora, os marginalizados, os desafortunados,

¹⁰Idem, *ibidem*.

¹¹Precisamente nisto consistia, segundo os seus críticos, o notável “mito liberal”: o da perfeição da lei. A esse respeito, configurando a superveniente “erosão” desse mito, cfr. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Reimpr., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 152 e ss.

¹²Nesse sentido, GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. trad. esp., Madri: Trotta, 2006, p. 156.

¹³A propósito, BONAVIDES, Paulo (op. cit., p. 7 et passim), embora não deixe de reconhecer avanços da representação e da soberania popular evidenciados com a ruptura com o decaído ancien régime, chega a acusar que, por ter sido um movimento da burguesia, a Revolução Francesa levou à consumação uma ordem social em que pontificava, nos textos constitucionais que lhe sobrevieram, o triunfo total do liberalismo, enfatizando: “do liberalismo apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política”. O autor também se ocupa de estremar, analiticamente, liberalismo e princípio democrático.

os indigentes não integravam a comunidade política, precisamente porque não eram e não podiam ser representados politicamente, de tal sorte que, em cenário liberal típico, qualquer ação de beneficência social consubstanciava, na verdade, uma liberalidade do Estado. Não se tratava de uma tarefa ou serviço no sentido de prestação objeto de uma obrigação estatal, mas, mais propriamente, uma “técnica de polícia da segurança e saúde públicas”¹⁴.

De tal arte, a ausência de intervenção pública na vida social e econômica acarretou, como inevitável consequência, a impotência do Estado diante dos “abusos da liberdade”¹⁵ que sobrevieram, ainda no século XIX, acarretando irrefreáveis vicissitudes sociais, notadamente no derredor das relações entre capital e trabalho e em detrimento da emergente classe operária urbana, no seio da novel sociedade industrial sediada na Europa ocidental.

Com efeito, o “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” acarretara aguda concentração de riqueza em detrimento principalmente da classe operária. Sucedeu que a “questão social” veio à tona como resultante de um “capitalismo descontrolado”¹⁶.

A crise do liberalismo fez necessário e mesmo inevitável, ante a pressão de uma nova maioria política contemplada com o ocaso do sufrágio censitário e crescentemente integrada por classes não-proprietárias, o enfraquecimento gradual do modelo liberal em muitos aspectos essenciais, propiciando uma transição *demoliberal*,¹⁷ em que direitos (políticos) de participação¹⁸ foram reconhecidos e que culminou com a concepção de um novo modelo de relacionamento Estado-Sociedade: o *Estado social*.¹⁹ e ²⁰

¹⁴Cfr. CABALLERÍA, Marcos VAQUER. *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 47.

¹⁵A expressão é de ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. trad. Antonio Cabral de Moncada, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 142).

¹⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977, p. 115.

¹⁷O termo é de LUCAS VERDÚ, Pablo et al. *Manual de derecho político*. 1, 3. ed., reimpr., Madrid: Tenos, 2000, p. 68.

¹⁸Configurando o processo de democratização e o advento dos direitos políticos, distintos dos direitos de defesa, característicos das liberdades e garantias institucionais, cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed., reimpr., Coimbra: Almedina, 2006, pp. 54-56.

¹⁹Sobre o advento e a evolução histórica da ideologia e da constitucionalização do “Estado social”, cfr., por todos, Wolfgang ABENDROTH. *El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político*. In: *El Estado Social*. trad. esp., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 9-42.

²⁰No Direito anglo-saxônico, como refere STERN, Klaus desenvolveu-se a rubrica do “productive state”, em sucessão ao “protective state”. (O Estado do Presente – tarefas. Limites e reflexões sobre sua reforma. trad. bras.. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz et al. (Orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331).

3 O sentido da “*superação*” do Estado liberal e a incorporação dos direitos fundamentais sociais: Estado *intervencionista*

A transformação, no sentido de um significativo aperfeiçoamento, do *Estado de Direito* (liberal) foi parte do mesmo processo, sendo um corolário da incorporação dos valores democráticos pelo Estado, de maneira que somente se chegou ao *Estado de Direito social* pela via de um redimensionamento qualitativo e ampliativo da participação e da abertura democráticas na vida política do Estado.

Eis, portanto, sob aspecto de essência, a origem; quais as consequências? Indagando-se de outro modo, em que consistiu a “superação” do modelo liberal ante o advento do Estado de Direito social e que transformações implicou?

A consolidação do Estado de Direito democrático e social e das novas e acrescidas garantias sociais vinculativas dos novos papéis atribuídos ao Estado demandou uma maior limitação à liberdade de conformação do legislador, impondo uma progressiva inversão dos modelos de Constituição, de flexíveis para rígidas, o que, não por acaso, veio a redundar na afirmação da *supremacia da Constituição* sobre a *lei*, que, portanto, perdeu o primado de outrora.

Por outro lado, o Estado de Direito social passa a ser regido por Constituições *diretivas* ou *programáticas*²¹, a exemplo das Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, as quais, pioneiramente, ao contrário das Constituições *estatutárias* ou *orgânicas* do período liberal, já não se limitavam a definir um estatuto do Poder, mas avançavam enunciando diretrizes, fins e programas a serem concretizados pelo Estado e pela Sociedade²².

Nesse nível, generalizando-se notadamente a partir dos textos fundamentais do segundo pós-guerra, operou-se mesmo uma irrefreável *constitucionalização*, seja de um exposto *princípio de socialidade*²³, vinculando o Estado de Direito, reputado *democrático e social*, à promoção do bem-estar social, seja de expressos *catálogos de direitos sociais, econômicos e culturais*, não sendo pouco frequente a alusão doutrinária a uma *segunda geração* de direitos fundamentais, a qual os agruparia. A uma *primeira gera-*

²¹ Apontando tal transformação, cfr. OTERO, Paulo, op. cit., p. 155.

²² A propósito, cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 183. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 60-62.

²³ Abordando, em específico, o princípio da socialidade como princípio estruturante do Estado, cfr., NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 291 et seq.

ção pertenceriam os direitos, liberdades e garantias individuais, concebidos e tradicionalmente proclamados pelo Estado de Direito liberal.

A propósito, oportuno destacar-se que a principal crítica oposta a essa classificação dos *direitos fundamentais*, segundo uma ordem de *gerações*, tem reflexos na perquirição de que ora curamos, isto é, a do sentido da “superação” do Estado de Direito liberal pelo sucessivo Estado de Direito social.

A alusão a *gerações* de direitos fundamentais somente se justifica do ponto de vista do discernimento dos diferentes estágios que seccionam a sequência histórica de constitucionalização dos diferentes catálogos de direitos do homem, que, uma vez positivados, passaram à condição de formalmente fundamentais. Ora, abstraído esse ângulo de sucessão histórica de incorporação às constituições, a divisão dos direitos fundamentais em *gerações* remete à equívoca suposição de que os direitos de *segunda geração* teriam implicado a superação completa, substituindo os da *primeira geração*²⁴.

Ora, a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais não implicou a desincorporação pelos textos magnos dos catálogos de direitos de defesa ou de liberdade. Em novo contexto de relacionamento, agora aproximado – havendo quem o qualificasse *osmótico*²⁵ – entre Estado e Sociedade, a própria Constituição, guindada ao vértice do ordenamento jurídico, em posição de inovado fundamento de validade de todas as atuações e funções do Estado, convocou a si a tarefa de empreender, mediante a consagração de direitos fundamentais sociais, uma inicial (em nível constitucional-positivo) densificação do postulado da dignidade da pessoa humana, para além da dimensão de proteção da liberdade individual, para alcançar a de promoção da igualdade material entre os integrantes da Sociedade.

Nesse sentido, a coexistência e “interpenetração mútua”²⁶ dos direitos de defesa proclamados pelo Estado liberal com os advenientes direitos sociais consagrados pelo Estado de Direito social, por conseguinte, não apenas invalidam, se olvidada a aludida perspectivação histórica, a classificação dos direitos fundamentais em *gerações*, mas também, e principalmente, fornecem importante indicativo do devido e matizado sentido da “superação” do Estado de Direito liberal, sobre não ter, absolu-

²⁴Nesse sentido, cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 24; ou SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 54.

²⁵SOARES, Rogério Ehrhardt apud GARCIA, Maria da Glória. *Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1994, p. 520.

²⁶Jorge MIRANDA, *ibidem*.

tamente, implicado ruptura ou aniquilação das liberdades individuais consagradas por aquele modelo histórico²⁷.

Com efeito, os valores e princípios liberais, no que tange à essência das liberdades fundamentais, que forjaram o embrionário Estado de Direito, nele se impregnaram de tal forma, que, indiferente ao período histórico, já não se podem dele apartar, sem que se o desvirtue²⁸. Dito de outro modo, os direitos e garantias fundamentais, não obstante originariamente ligados às concepções liberais, enquanto instrumentais a operar na limitação jurídica do Poder em relação ao indivíduo e ainda que submetidos a releituras à luz de novas concepções, persistirão sendo, sem prejuízo dos supervenientemente agregados direitos sociais – que legitimam, a seu turno, compatível e necessária intervenção estatal emancipatória²⁹ do indivíduo e preservadora/ promovedora de sua dignidade humana –, quer no Estado social, quer nos modelos que eventualmente o venham superar, *elementos inerentes ao Estado de Direito, e, ipso facto*, sua presença, ou ausência, será invariavelmente determinante na verificação de sua preservada, ou não, vigência em qualquer época³⁰

A propósito, atente-se que, não por acaso, onde houve ruptura com os direitos fundamentais liberais (*rectius*: de origem liberal), ainda que se preservasse a legalidade, já não se apresentava o Estado de Direito. Emblemático se afigurou o espécime histórico representado pelo Estado nacional-socialista alemão, engendrado mediante deliberada ruptura com os “direitos fundamentais liberais”³¹.

²⁷Deveras, como ressalta Fernando SUORDEM, “a superação das concepções do individualismo liberal (designadamente, o de feição ‘mais clássica’) não legitima, porém, a adesão a concepções de organização social (em sentido lato) que se bastem com a negação pura e simples dos valores associados ao liberalismo (designadamente, os valores da liberdade, responsabilidade e dignidade da pessoa humana, da autonomia individual, da democracia parlamentar e da liberdade de iniciativa econômica privada) para desembocarem num qualquer colectivismo (ou ‘comunitarismo’) de feição totalitária (...)” trad. esp., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 159).. (In: *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: administração pública no Estado Moderno*, entre as exigências de liberdade e de organização. Coimbra: Almedina, 1995, p. 37).

²⁸No mesmo sentido, cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 30-42, passim.

²⁹A propósito, vem a calhar a lição de DOEHRING, Karl. “Solamente cuando el Estado social capacita para adoptar decisiones individuales realiza él su fin.” (Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático. In: *El Estado Social* trad. esp., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 159).

³⁰Em sentido algo semelhante, MIRANDA, Jorge op. cit., pp. 22-32, passim. Cfr. também FORSTHOFF, Ernst Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. In : *El Estado Social*. trad. esp., Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 77-78. Este último autor afirma enfaticamente: “A ninguna constitución democrática le ha sido posible separarse de un modo real y práctico en la vida jurídica de las posiciones del liberalismo clásico en los derechos fundamentales”. (Ibidem).

³¹Calha ilustrar com as reveladoras palavras de Ernst Rudolf HUBER: “Somente a ruptura política da concepção de mundo nacional pôde realmente vencer os direitos fundamentais liberais. Particularmente, os direitos de liberdade do indivíduo perante o poder estatal precisaram desaparecer; eles não são compatíveis com o princípio do império nacional.” (O direito constitucional do Império da Grande Alemanha: *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 1939, apud ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. trad. bras., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 99).

No Estado social, pelo contrário, longe de haver ruptura, houve harmonização e complementaridade, agregando-se os direitos sociais, sobretudo os de dimensão prestacional, mas também se compatibilizando a interpretação dos preservados direitos de liberdade, de preponderante dimensão negativa ou de defesa, à luz de uma hermenêutica coerente com a concepção de Estado social. Sob essa nova hermenêutica, passam-se a reconhecer, por interpretação, direitos fundamentais prestacionais instrumentais aos direitos de liberdade, os quais se preordenam à viabilização fática (prestações materiais) do exercício concreto das liberdades negativas³².

A amplificação do âmbito de fundamentalidade mediante a incorporação de direitos referidos à concepção de Estado social foi reflexo e, ao mesmo tempo, espelho da proclamada e prosseguida interpenetração Sociedade-Estado. Com efeito, como já analisamos, a “questão social” trazida à tona em cenário de multifacetada crise do Estado liberal não só exigiu, mas também, justificou e legitimou os novos papéis e as novas vinculações jurídico-constitucionais do Estado e, correspondentemente, o novo padrão de garantias material-sociais para os indivíduos, traduzidas pelos direitos de feição sócio-econômica e cultural, que se agregaram, harmoniosamente, aos preservados direitos e liberdades individuais da concepção liberal.

A combinação harmônica entre os dois grupos de direitos fundamentais, ligados originariamente a substanciais e historicamente distintas orientações e concepções de relação Estado-Sociedade, foi dogmaticamente propiciada a partir do compartilhamento consensual da base valorativa essencial de todo e qualquer *direito fundamental*: a *dignidade da pessoa humana*³³.

³²Para ilustrar, uma fórmula compatibilizadora entre direitos de liberdade e direitos de igualdade pode ser esta: “La libertad es una libertad real tan sólo para aquél que posee las condiciones mismas, los bienes materiales y espirituales como presupuesto de la autodeterminación” (STEIN, Lorenz von apud BÖCKENFÖRDE, Ernst W. Asseguramiento de la libertad frente al Poder Social: esbozo de un problema., trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. In: *idem*, Escritos sobre los derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 85). Ou esta: “Definindo-se o Estado de bem-estar como ‘inclusão política realizada’ e, porque Estado de Direito, como ‘inclusão jurídica realizada’, observa-se que os ‘direitos fundamentais sociais’ por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política” (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, pp. 71-72). Esclareça-se que esse autor, apoiando-se em Niklas LUHMANN, baseia-se em uma conceituação do Estado de bem-estar assentada em um modelo interpretativo abrangente referido ao “princípio da inclusão”, segundo o qual toda a população deverá integrar-se nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade, o que significa acesso, mas também dependência, da conduta individual a tais prestações.

³³Nesse sentido, cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 97 e ss.; BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Op.cit., p. 562; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., p. 180.

Assumiui-se que já não procedia, em termos universais, a premissa liberal de que a dignidade do indivíduo baseava-se numa composição exclusiva e permanente entre abstenção do Estado e liberdade jurídica individual. Com efeito, se tal composição valia para preservar a “dignidade” do indivíduo burguês restando a onipotência do Estado, afigurava-se insustentável e “mítica”, se pensasse em termos universais, sobretudo tomando-se em consideração as crescentes massas de indivíduos não-proprietários que margeavam aquele bem provido estamento social e que passavam a contemplar-se com a democratização da cena política do Estado. Interessava, portanto, já não apenas a defesa do indivíduo contra o Estado, mas também, superado o mito da igualdade meramente formal, a tutela do indivíduo em relação aos demais indivíduos integrantes da Sociedade³⁴.

Do ponto de vista material-concreto, divisa-se que, nos ordenamentos jurídicos que ultrapassaram o modelo de Estado abstencionista forjado nos moldes do liberalismo³⁵, adotando a fórmula do Estado social, passaram a incumbir ao Estado, não somente preservadas atuações de coação preordenadas à defesa da ordem e da liberdade, mas também vigorosa atuação econômica, destacando-se, em grau acentuado, para além de atividades de fomento e regulamentação, atividades administrativas de prestação direta de bens e serviços destinados à sociedade.

É que, aos direitos fundamentais – agregados os direitos sociais – passa a ser reconhecida uma função *objetiva*³⁶, implicando uma irradiação vinculativa, não meramente formal, mas sobretudo material – de conteúdo – , refletindo-se sobre todos os domínios do Direito e alcançando, por

³⁴ A propósito, SARLET, Ingo W. refere-se à “conexão entre igualdade e dignidade da pessoa humana” e à “fundamentação dos direitos sociais (ainda que não de todos) no princípio da igualdade formal e material” (A eficácia dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 233).

³⁵ Na verdade, também sob esse aspecto, não houve ruptura instantânea tampouco completa, já que, como apontam LUCAS VERDÚ ; LACUEVA, Murillo de. “*la base socioeconómica burguesa-capitalista (sic) era lo suficientemente fuerte para impedir una transformación intensa y general*” (op. cit., p. 68).

³⁶ Acerca da relação entre o advento do Estado social de Direito e a acentuação da dimensão jurídicoobjetiva dos Direitos Fundamentais, cfr., entre outros, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. . 2. ed., trad. bras., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 311; GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Op. cit., p. 161-167; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 31-32; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 59 ; PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. reimpr. Madrid: Tecnos, 2005, p. 20-26.

reflexo, as atuações materiais do Estado³⁷ e, até mesmo, as relações entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Nesse diapasão, o Estado, abandonando a postura de neutralidade, progressivamente, passa a assumir, como tarefas administrativas de execução direta, a promoção do bem-estar social, encampando, mantendo e mesmo implantando, quando inexistentes, tarefas como abastecimento de água, fornecimento de eletricidade e gás, transportes públicos e comunicação, além de planejamento e implementação direta de políticas e programas de segurança social, habitação e povoamento, proteção no trabalho, seguro contra o desemprego e políticas sanitária e escolar, entre outras³⁸.

Com efeito, a Administração Pública, sob os influxos da ideologia de um Estado social, inseriu-se em um contexto de cada vez maior intervenção nos domínios econômico e social, assumindo a titularidade³⁹ e o desempenho de tarefas materiais antes deixadas ao livre jogo das forças sociais.

O caráter de uma nova Administração Pública, intervencionista e prestadora, interferiu nos contornos organizativos e competenciais do próprio Estado, os quais, consubstanciando âmbitos normativos dotados de intensa carga de constitucionalidade material, inevitavelmente se refletiriam nos textos formais das Constituições do século XX. Assim, a configuração orgânica e a determinação do objeto e dos campos de atuação do Estado executor de atividade administrativa de conteúdo econômico-social não mais podiam prescindir da disciplina Constitucional.

³⁷ Interessante notar que, mesmo quem nega, como, por exemplo, o professor alemão FORSTHOFF, fundamentada aos direitos sociais – aliás, não consagrados, formalmente em catálogo expresso, pela Lei Fundamental de Bonn –, não deixa de considerar, ainda que sub-repiciamente, pelo menos, uma força irradiadora da cláusula constitucional de Estado social, a representar, no mínimo, um reforço à exigência de substantivação das atuações estatais. Eis um excerto revelador da doutrina de Ernst FORSTHOFF, *ipsis verbis*: “Con la desaparición del dualismo entre Estado y Sociedad, que en el ámbito de la Administración se corresponde con la Administración interventora, se plantean tanto al legislador como a la Administración, misiones de configuración de la sociedad en cuyo desempeño no se pueden utilizar criterios de mera reforma legislativa. En estas tareas de configuración de la sociedad no basta con que Legislativo y Administración se mantengan dentro de los límites de la constitución y de las leyes, sino que esas funciones sean reguladas y ejercidas con un contenido. Esto es lo que resulta obligadamente de la evolución del Estado y de la sociedad en la época actual (...). Para ello no se necesita propiamente hablando la opción en pro del Estado social, pero esta opción refuerza la exigencia.” (v. FORSTHOFF, *Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, op. cit., pp. 98-99).

³⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. op. cit., p. 144.

³⁹ Como esclarecem GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes embora fosse comum o reconhecimento de que as tarefas e atividades econômicas relevantes para a sociedade tivessem “vocaç o para o exercício em regime de monopólio ou de exclusividade”, as solu es para o problema da determina o da titularidade de tais atividades foram diversas, por exemplo, na Europa e nos Estados Unidos da América. A propósito, apontam os autores portugueses que, “no direito norte-americano, adoptou-se uma soluço privada, instituindo-se os ‘monopólios privados regulados’ no sector das public utilities”, enquanto que “no velho continente, o Estado assumiu a titularidade dessas novas tarefas, que, por essa razão, viriam a ser qualificadas como tarefas de serviço público”. (GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Serviços públicos econ micos e a concessão no Estado Regulador. In: *Estudos de regula o pública*, CEDIPRE, Vital Moreira, org Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 175/176).

Importante atentar que tanto maior terá sido o caráter intervencionista de certo modelo constitucional abstrato de Estado social, quanto maior tiver sido o círculo de abrangência das atividades normativamente reservadas à exclusiva e obrigatória iniciativa pública, assim como, tanto maior terá sido o intervencionismo estatal em concreto, quanto mais elevado tiver sido o grau de implementação prática da iniciativa econômica pública, quer no campo de uma iniciativa pública obrigatória, quer no âmbito da intervenção pública livre.

4 Nova transição: crise do Estado intervencionista e advento do Estado subsidiário

E, a propósito, na segunda metade do século passado, sobretudo em suas últimas décadas, na Europa, verificou-se que a Administração Pública tornava-se, não só em tese, mas também na prática, cada vez mais tentacular e onipresente. O Estado *social*, mesmo onde não degenerara para o modelo de Estado *socialista*, de restrições absolutas à iniciativa privada e à autonomia individual, afigurava-se caracterizado por exacerbado intervencionismo⁴⁰. Esse gigantismo estatal não demorou a redundar em ineficiência e excessiva onerosidade da máquina pública.

Esses problemas, a par com outros – como aumento da burocracia, falta de imparcialidade do Estado etc. –, por muitos identificados como configuradores de uma “crise do Estado social”, associam-se a excessos do Estado de bem-estar que, no extremo, poderiam conduzir a um “abafante Estado-Total”, ou “Estado de mal-estar”⁴¹, subvertendo, na prática, os próprios fins perseguidos pelo Estado social. Paradoxalmente, o Estado social, nos países onde realmente avançou na persecução de seus fins com efetividade, apesar disso ou, talvez, por isso, torna-se “vítima de seu próprio sucesso”⁴².

Paralelamente, as economias ocidentais foram palco de vertiginosa transição da sociedade de capitalismo industrial organizada em torno do eixo capital-trabalho para uma sociedade pós-capitalista baseada no primado da informação e do conhecimento em um novo contexto de economia global,

⁴⁰ A política de nacionalizações (*rectius*, estatizações), nas economias industrializadas da Europa ocidental, em meados do século XX, foi incrementada a ponto de qualificar-se o então vigente modelo de Estado social como “modelo de espera”, já que prenunciava uma tendencial marcha rumo à total socialização das economias. A respeito, cfr. FALLA, Fernando Garrido et al. *Tratado de derecho administrativo*. Op. cit., p. 418.

⁴¹ As expressões destacadas entre aspas, utilizadas por profusa doutrina, são lembradas por OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 19-20.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 122.

caracterizada pela formação ou consolidação de blocos econômicos de fronteiras geo-políticas atenuadas e redimensionadas, assim como pelo incremento contínuo dos fluxos internacionais de capitais, bens e serviços e pelo deslocamento de unidades produtivas. Houve impactos sociais, sobretudo desemprego, acarretando, como reflexo crucial, o aumento dos déficits orçamentários na Europa ocidental, ante a elevação dos custos e encargos necessários às políticas de estabilização e às contraprestações sociais, como seguro-desemprego e aposentadorias⁴³.

Em reação, a partir das décadas de 80 e 90 do século passado, não só em solo europeu, mas também na América Latina, assistiu-se à implementação sistemática de contínuas e significativas *reformas liberalizantes* que afetaram, de forma indelével, o modelo de Estado social. Tão intenso e substancial tem sido o redimensionamento da estrutura e das próprias funções da Administração Pública que, se não preferir falar-se em um *novo* ou *remodelado Estado social*, não soa impróprio aludir-se ao advento de um distinto e autônomo modelo de relacionamento Estado-Sociedade-economia, o *Estado “pós-social”*.

Com essa expressão, na verdade, *não* se quer significar a superação absoluta do Estado social, tampouco sua completa ultrapassagem ou abandono históricos. Assim como não houve ruptura total na passagem do Estado liberal para o Estado social, a transição deste para o novo modelo (que se pode dizer *pós-social*) igualmente terá implicado em proceder-se a adaptações qualitativas e ajustes nos papéis e funções dos atores e instrumentos do modelo anterior, *sem desincorporar suas conquistas e avanços*. Tal processo pode ser evidenciado, já à partida e exemplificativamente, da simples verificação, como se demonstrará mais adiante, de que o advento do novo modelo não implica, nem incompatibilização, nem abandono, do escopo estatal essencial de promoção do bem-estar social.

O que deveras tem ocorrido é que, associando-se aos problemas conjunturais já mencionados, a nova ordem econômica global e seus reflexos nos âmbitos internos impõem a configuração de economias nacionais mais abertas e competitivas⁴⁴, o que, segundo os ideólogos e artífices da nova formatação do Estado, tem exigido uma redefinição dos papéis dos agentes econômicos, sobretudo do Estado.

⁴³Para uma abordagem aprofundada sobre o processo de globalização econômica e seus reflexos no aparato e no funcionamento do Estado, cfr. PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 105-126.

⁴⁴Realçando esse e outros aspectos da “crise do Estado social”, cfr. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 31-32.

Assim, difunde-se um pretenso consenso de que se faz premente proceder-se a um reequilíbrio da relação Estado-Sociedade e a uma remodelação do setor público, passando por uma progressiva desmontagem de muitas atividades antes reservadas ao Estado e envolvendo uma reengenharia da colaboração público-privada, uma formulação mais racional do papel do Estado como mecanismo de regulação e controle, além de implantação de processos de desregulamentação e privatização do setor empresarial público.

Decerto, ao invés de uma inidentificável premissa ideológica profusamente qualificada como *neoliberal*, a qual também admitiria a menção no plural (“menos Estado, melhor Estado”, “auto-regulação da economia contra planificação estatal”, “concorrência econômica como expressão da liberdade”⁴⁵ etc.), um novo modelo de relacionamento Estado-Sociedade, ainda por configurar-se plenamente, deve acolher uma doutrina de *subsidiariedade*.

Considere-se, a propósito e à guisa de ilustração, que a atual crise econômica mundial (2008-2009), desencadeada, segundo analistas econômicos, a partir de uma conjuntura – localizada nos Estados Unidos da América – marcada por um “afrouxamento” da heterorregulação do Estado sobre a atividade privada de bancos e outros agentes financeiros, está a demonstrar, no mínimo, que um retorno a um distanciamento total do Estado do domínio sócio-econômico privado não se afigura recomendável.

Por outro lado, importante registrar que a afirmação de um princípio de subsidiariedade não se incompatibiliza necessariamente com a defesa de um papel relevante do Estado na persecução do bem-estar, o que se pode constatar, até mesmo, à luz de suas fontes históricas na Doutrina Social da Igreja⁴⁶.

Deveras, sem abandono do escopo de promoção do bem-estar, a persistir orientando a atuação do Estado em relação à Sociedade civil, a realização de um princípio de subsidiariedade – e nisto estará o seu real significado – implica em que a atuação direta da Administração Pública no domínio econômico-social se dê de forma não-exclusiva, permitindo-se e fomentando-se que, primária ou paralelamente, iniciativas da própria sociedade civil, a bem do interesse coletivo, implementem-se e frutifi-

⁴⁵O rol de premissas ideológicas destacado no texto, para o fim de ilustração, foi colhido de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 346.

⁴⁶Para o estudo dessa reputada origem do princípio da subsidiariedade em documentos católicos históricos, cfr. OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Op. cit., p. 24-27.

⁴⁷Cfr., a propósito, J. J. Gomes, CANOTILHO. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na Problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 97-114, maxime p. 112-114. Oportuno destacar que o autor lusitano, neste estudo, adverte que não é ainda transparente, do ponto de vista jurídico-constitucional e teórico-dogmático, a proposta da compreensão/realização de direitos sociais sob o ponto de vista da subsidiariedade.

quem⁴⁷. Importa considerar que o princípio da subsidiariedade medra em uma *sociedade pluralista*, à medida que os diversos setores da sociedade encontrem amplas oportunidades e possibilidades de participação na vida social e institucional do Estado, interferindo amplamente no processo político e no controle das atividades do governo⁴⁸.

No mesmo passo, o princípio *não* rompe com a concepção dos direitos fundamentais consagrada no Estado social, em que as liberdades asseguradas na Constituição não significam barreiras à atuação do Estado, que, pelo contrário, nelas e a favor delas, encontra a fonte primacial de legitimação para atuar, promovendo, estimulando e criando condições para que o indivíduo se desenvolva digna e livremente na sociedade⁴⁹.

No entanto, os direitos fundamentais sociais, sobretudo os que demandam prestações positivas do Estado, sem perder propriamente a nota da titularidade universal e muito menos, tampouco, a vocação de instrumentais à promoção da igualdade material, têm progressivamente reforçada a tendência de habilitarem a discriminações positivas mediante exigências de condições objetivo-subjetivas mais restritivas para o recebimento das respectivas prestações – a exemplo dos direitos de certas categorias sociais abertas – crianças, trabalhadores, idosos, deficientes etc⁵⁰.

Frattini⁵¹ enxerga na subsidiariedade um corolário lógico da centralidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento social, no sentido de que toda atividade tem como escopo ajudar os componentes do corpo social a desenvolver suas potencialidades.

Como é de se observar, sob esse prisma, a subsidiariedade situa-se na base teórica de um movimento liberalizante, no sentido restrito, contudo, de uma gradual retirada do Estado da fronteira do exercício material direto de atividades econômicas com devolução ao setor privado, todavia *sem* significar um retorno ao molde de um *Estadomínimo* ou *abstencionista*, o qual encapava o superado Estado liberal.

Com efeito, sobreleva ter em consideração que o *soi-disant* Estado subsidiário “pós-social”, mesmo se distanciando do plano de execução material

⁴⁸A propósito, refira-se que CAMPILONGO, Celso Fernandes configura o “Estado pós-social” como um “período de deslocamento de poderes do Estado para a sociedade”. (Desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria (org.), São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33).

⁴⁹Tal aspecto é realçado por DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 34-35.

⁵⁰Nesse sentido, cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 66-67, de onde colhemos os exemplos mencionados no texto.

⁵¹FRATTINI, Franco (1997), apud DI PIETRO, Maria S. Z. op. cit., p. 35.

direta de muitas atividades relevantes para a sociedade, *não* se demite de seu comprometimento relevante, de foro constitucional, na persecução do bem-estar e de sua vinculação aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

5 Considerações finais

Em jeito de síntese conclusiva, na contemporaneidade, a configuração do Estado de Direito – dito *pós-social* e matizado pela nota de subsidiariedade em sua inter-relação com a Sociedade e a economia – pode ser assim exprimida: o Estado, que renunciou ao liberalismo, mas também ao intervencionismo social exacerbado, conquanto já não seja *ausente* e tampouco *invasor* e *paternalista*, deve rejeitar transformar-se em Estado *desertor*⁵².

⁵²Cfr., no mesmo sentido, Ricardo HARO. El rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales en el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad. In: *Estudios de direito constitucional*, em homenagem a José Afonso da Silva. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (orgs.), São Paulo: Malheiros, 2003, p. 497-498. A propósito, o autor argentino assevera, com ênfase, que “si bien es cierto que, a esta altura de los tiempos, nos es concebible un Estado ‘invasor’ y ‘paternalista’, también lo es que tampoco podemos aceptar un Estado ‘desertor’, porque si el ‘invasor’ y ‘paternalista’ sofoca y ahoga a la sociedad, el ‘desertor’ condena a la marginación de los débiles, de los que no tienen voz, por los abusos de los poderes económicos que ocupan la escena social y asumen una mayor cuota de ‘poder’ para acrecentar su insaciable ambición de riqueza”.

Referências

ABENDROTH, Wolfgang. El estado de derecho democrático y social como proyecto político. In: *El estado social*. Trad. para o espanhol: José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 9. ed., trad. Sérgio Bath, Brasília: Universidade de Brasília Editora, 1997.

_____. *Estado, governo, sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Asseguramiento de la Libertad frente al Poder Social: Esbozo de un Problema. trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. In: *Idem, escritos sobre los derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernando. Desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: *Idem, Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática

actual dos aires económicos, sociais e culturais. In: *Idem, Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

DOEHRING, Karl. Estado social, estado de derecho y orden democrático. In: *El Estado social*. Trad. para o espanhol de José Puente Egido, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del estado social de derecho. In: *El Estado Social*. Trad. espanhola de José Puente Egido, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GARCIA, Maria da Glória F. P. Dias. *Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1994.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Hermínio. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no estado regulador. In: *Estudos de regulação pública*. org., CEDIPRE, Vital Moreira Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem económica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. para o espanhol de Raúl Sanz Burgos et al., Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. trad. de Flávio B. Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARO, Ricardo. El rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales en el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad. In: *Estudos de direito constitucional*, em homenagem a José Afonso da Silva. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (orgs.), São Paulo: Malheiros, 2003.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *A luta pelo Estado de direito*. Trad. para o português de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LUCAS VERDÚ, Pablo; DE LA CUEVA, Pablo L. Murillo. *Manual de derecho político*. 3. ed., reimpr. Madrid: Tecnos, 2000.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat; LA BRÈDE, Baron de et. *Do espírito das leis*. Trad. de Jean Melville, São Paulo: Martin-Claret, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Reimpr., Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. reimpr. Madrid: Tecnos, 2005.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: [s.n], 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do estado. In: *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STERN, Klaus. O Estado do presente: tarefas, limites e reflexões sobre sua reforma. Trad. Marcelo de Aguiar. Coimbra. In: Almeida Filho, Agassiz et al. (Orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: a administração pública no Estado Moderno, entre as exigências de liberdade e de organização*. Coimbra: Almedina, 1995.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social: um estudio sobre la actualidade del Estado social de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. de Antonio Cabral de Moncada, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ENSAIO SOBRE O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS: À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Arthur César de Moura Pereira¹
Procurador da Fazenda Nacional

A temática dos deveres fundamentais² ainda é pouco explorada pela doutrina nacional. No entanto, é bastante comum, nos cursos de Direito Constitucional, a abordagem dos direitos fundamentais, dentro da análise de uma Carta Republicana, cujas funções seriam apenas as de elencar direitos e garantias fundamentais, estruturar e organizar o Estado e definir o modo como o poder será democraticamente exercido, bem como sua tripartição.

Esse conceito limitado, embora comum, do objeto da constituição, no qual os deveres fundamentais foram esquecidos, decorre principalmente do contexto em que foi promulgada a atual Constituição Federal. Ao final dos *anos de chumbo*, poucos se atreviam a defender a presença de *deveres* na Carta Fundamental. A festa da democracia, em 5 de outubro de 1988, tinha os *direitos* como principais convidados – e não poderia ser diferente, haja vista o longo período em que esses direitos foram sumariamente suprimidos pelos generais. Fenômeno semelhante pode ser percebido nas Constituições pós-ditadura da Alemanha, da Espanha e de Portugal.

Nada obstante, os deveres fundamentais, como instituto jurídico, remontam ao mesmo documento que consagrou, no século XVIII, os direitos fundamentais: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789. Lá, ao lado dos direitos considerados essenciais ao homem e inerentes à sua condição humana, estão discriminados os deveres fundamentais de observância da lei³, no art. 7º, e o dever fundamental de pagar tributos, previsto pelo art. 13 nos seguintes termos: “Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”.

Não custa lembrar que essa relevante Carta de Direitos permanece em pleno vigor no direito francês. Também a famosa Constituição de Weimar trazia dispositivos semelhantes. Atualmente, as Cartas Portuguesa e Espanhola abordam a temática dos deveres fundamentais.

¹Procurador da Fazenda Nacional e professor de Direito Tributário e Direito Financeiro.

²Cf. para aprofundamento sobre o tema, excelente obra de NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

³É interessante observar que o direito fundamental à legalidade das relações jurídicas já encontrava como contraponto o dever de obedecer às mesmas leis que emprestam segurança e garantia aos demais direitos fundamentais.

Se bem que ainda pouco estudada pela doutrina nacional, também a nossa Constituição Federal tratou do tema, ora de maneira explícita, ora de modo indireto. E sendo os nossos juristas tão afeitos aos sistemas jurídicos europeus⁴, causa estranheza que o assunto não tenha merecido, até pouco tempo, a devida atenção.

Assim, ao lado dos já citados elementos que compõem a *matéria prima* das constituições, também a seleção de deveres fundamentais deve constar das Cartas Republicanas.

Dever fundamental é aquela obrigação jurídica de caráter normativo prevista pela Constituição Federal e que é inerente à própria condição de homem/cidadão inserido na sociedade. Essa condição de homem que participa de uma sociedade e nela se desenvolve e exerce suas atividades lhe impõe deveres de tal ordem de importância que seu geral descumprimento ou ignorância implicariam irremediável caos social.

Em muito o conceito de dever fundamental se aproxima da noção de direito fundamental, em clara referência ao fato de que ambos costumam implicar-se mutuamente: não há direitos sem deveres. E mais: a “fundamentalidade” dos direitos fundamentais é exatamente a mesma dos deveres fundamentais. Porém, ao contrário dos direitos, os deveres fundamentais necessitam de previsão na *Lex Mater*, não podendo derivar de outros instrumentos infra ou supraconstitucionais.

Há, basicamente, dois tipos de deveres fundamentais. Desde já é conveniente alertar que os deveres que a Constituição Federal outorga ao Estado e a seus agentes, para o desempenho de suas competências e funções, não são deveres fundamentais, mas, simplesmente, deveres decorrentes das normas que estruturam e organizam o Estado.

O primeiro tipo de dever fundamental é aquele que é *reflexo* dos direitos fundamentais. É o que Casalta Nabais⁵ chama de “a face oculta dos direitos fundamentais”. Como se sabe, a cada direito corresponde um dever, sem o que o direito não teria *enforcement* algum. Tomemos como exemplo os seguintes direitos fundamentais⁶:

⁴Notadamente o alemão, em sede constitucional. Mas também os sistemas italiano e francês sempre foram vistos como modelo de inspiração.

⁵Cf. a já citada obra. Veja também, do mesmo autor, NABAIS, José Casalta. *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁶Previstos no art. 5º da Constituição Federal, incisos X, XII, XV, XXII.

- Sigilo/Intimidade.
- Liberdade de ir e vir.
- Propriedade.

Em todos os casos, quem são os titulares desses direitos? Não há dúvidas: a pessoa. Contra quem esses direitos são exercidos, quem é o titular dos deveres a eles correspondentes? Aprendemos que é o Estado. Essa noção, se não é falsa, é, ao menos, incompleta.

Para garantia de nosso sigilo, de nossa propriedade e de nossa liberdade de locomoção, seria suficiente que o Estado se abstinhasse de divulgar nossos dados, de prender-nos arbitrariamente e de confiscar sem razão nosso patrimônio? Entendemos que não. Assim como o Estado, também os demais homens têm o dever (fundamental) de respeitar esses direitos. De que adiantaria ser titular de tais direitos apenas em face do Estado, se os demais não precisassem respeitar tais direitos?

Assim é que, ao mesmo tempo em que temos direitos fundamentais, temos também o dever fundamental de assegurar/respeitar/atender os direitos fundamentais dos nossos co-cidadãos. Os direitos fundamentais geram deveres fundamentais *erga omnes*; aliás, é por isso que se diz que os deveres fundamentais são *pressupostos necessários* dos direitos fundamentais. Sem a imposição de deveres fundamentais para garantir e assegurar o respeito e o cumprimento dos direitos fundamentais, eles de nada valeriam.

Há ainda os deveres fundamentais autônomos, sem relação direta com os direitos fundamentais. São deveres impostos pela Constituição Federal aos homens, de forma a possibilitar o convívio social e promover o desenvolvimento da sociedade. Eles não são o outro lado da moeda em relação aos direitos fundamentais; independem (relativamente) de qualquer um deles. Vejamos exemplos:

- O art. 5º, inciso XXIII⁷, trata da função social da propriedade. Aplicar função social a sua propriedade não é direito fundamental, embora esse instituto seja costumeiramente abordado, pelos manuais, no capítulo referente aos direitos fundamentais. A exigência por função social é um dever de quem é proprietário. Quem é proprietário de imóvel tem o *dever* de atribuir-lhe função social. Não é qualquer dever. É dever fundamental, porque previsto pela

⁷Verbis: “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

Constituição Federal e incidente sobre a pessoa em função de sua própria condição, e para manutenção e desenvolvimento da sociedade.

● O art. 225⁸ impõe à pessoa o dever fundamental de proteção ao meio ambiente. O art. 229⁹ impõe aos pais o dever fundamental de educar os filhos; aos filhos maiores, o dever fundamental de amparar os pais na velhice. Há muitos outros exemplos.

Interessa-nos, particularmente, o dever fundamental de pagar tributos. Tanto quanto os já citados deveres fundamentais, também este encontra guarida na Constituição Federal¹⁰.

Na condição de pessoas que vivem em um Estado democrático de direito (com todas as consequências daí advindas), temos uma plêiade de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são privilégios de uma sociedade que se desenvolve em um Estado democrático de direito. Se, por um lado, a vida nessa sociedade nos agracia com a condição de titulares de direitos fundamentais, ela também nos impõe o custo dessas prerrogativas.

Começemos pelas erroneamente chamadas *liberdades negativas*. Direitos supostamente assegurados pela abstenção (*non facere*) do Estado. Tomemos, novamente como exemplo, os seguintes direitos fundamentais:

- Sigilo/Intimidade.
- Liberdade de ir e vir.
- Propriedade.

Uma vez mais, é de indagar-se: para garantia de nosso sigilo, de nossa propriedade e de nossa liberdade de locomoção, basta que o Estado se abstenha de divulgar nossos dados, de prender-nos arbitrariamente e de confiscar sem razão nosso patrimônio? Mais uma vez, cremos que não.

Garantir a intimidade e o sigilo não passa, apenas, pela abstenção do Estado, mas por sua atuação positiva na criação de estruturas repressoras e preventivas de quebra de sigilo.

⁸Verbis: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁹Verbis: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

¹⁰Cf., a propósito, todo o Título VI da Constituição Federal.

Garantir a liberdade de locomoção não se limita a proibir o Estado de executar prisões arbitrárias, ou de arbitrariamente opor empecilhos ao ir e ao vir; é mister que o Estado *aja positivamente*, construindo vias de acesso, fornecendo (por meios próprios ou por concessão) transporte público, coibindo a violência e a insegurança etc.

Garantir a propriedade é, por seu turno, criar mecanismos de defesa que assegurem que outrem não violará seu patrimônio.

Tudo isso custa muito caro. É preciso muito dinheiro para efetivar todos esses direitos, uma vez que, como acabamos de ver, eles não se realizam sozinhos, a partir de mero *non facere* do Estado; antes, carecem de portentosa máquina estatal que lhes dê eficácia no plano social.

Para a implementação dos direitos fundamentais de 2ª geração, ou direitos sociais, o custo é ainda maior, pois tudo depende de um *facere* do Estado. Saúde, educação, segurança pública, administração da Justiça, habitação, lazer, tudo isso tem elevado custo financeiro. A própria manutenção da máquina estatal, responsável por essa implementação, é bastante custosa.

Aqui é de se ressaltar que o Estado não produz riquezas, e quando se atreveu a fazê-lo, descambou para odiosas ditaduras e impérios sanguinários. É na sociedade que o Estado busca os seus recursos, por meio da realização da Atividade Financeira do Estado¹¹.

A Constituição Federal deu ao Estado brasileiro relevantes funções (relativas à educação, à saúde, à segurança etc.). Quem tem fins, necessariamente há de ter *meios* para realizá-los.

Essas finalidades constitucionais atribuídas ao Estado, embora a todos os brasileiros se relacione, são percebidas principalmente por cidadãos em situação de risco social. Essa percepção, ainda que inconsciente, é ainda maior se essas finalidades restam inatendidas.

De acordo com a Constituição Federal, receberão uma quantia em dinheiro não inferior a um salário mínimo (mesmo sem nunca ter contribuído para a Seguridade Social) os portadores de necessidades especiais incapacitantes para o trabalho, os idosos, os trabalhadores rurais, os pescadores. O recebimento desse benefício assistencial é condicionado às determinações previstas

¹¹Trata-se do exercício do poder financeiro, verdadeiro reflexo da soberania. Por meio desse conjunto de medidas (todas com fundamento constitucional) é que o Estado arrecada, gerencia e gasta os recursos públicos, tendo em vista a satisfação das necessidades públicas.

na LOAS¹². Esses valores se destinam a possibilitar *condições mínimas de exercício* dos direitos fundamentais.

A fome, a miséria e a doença tornam artigos de luxo os multicitados direitos à liberdade, ao sigilo e ao patrimônio. O exercício desses direitos passa, antes, pela *capacidade de fato* para exercê-los, o que exige que seu titular se alimente, se medique, se trate. Para isso, a Constituição Federal engendrou o Sistema de Seguridade Social¹³.

Quem paga essa conta?

A Constituição Federal determina a necessidade de *solidariedade* social. Alguns pagam por aqueles que não podem pagar. Só em 2007, a União arrecadou e gastou R\$ 12.925.967.000,00¹⁴ com assistência social.

Anote-se que é preciso ter recurso financeiro para tirar do papel os direitos fundamentais dos brasileiros. Não é nos planos da existência, da validade, da vigência e da eficácia da norma que os direitos fundamentais se realizam, isto é, são percebidos, na prática, pelos seus titulares.

É no plano da *eficácia social* que isso ocorre, ou seja, é no momento em que a norma efetivamente opera seus efeitos na sociedade e no homem. Porém, novamente ressaltamos, isso tem um custo.

A Constituição Federal atribuiu aos entes federativos competência para tributar determinadas situações fático-jurídicas. Ao elencar as materialidades de cada tributo, a Constituição Federal deu ao Estado a prerrogativa de cobrá-los; ao mesmo tempo, obrigou o cidadão a pagar esses tributos. Até porque, sem os tributos, não há como a sociedade brasileira atingir os objetivos nominados no art. 3º da Carta Republicana:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹²Cf. Lei 8742, de 07.12.1993.

¹³Cf., a propósito, o Capítulo II do Título VIII, da Constituição Federal.

¹⁴PREVIDÊNCIA SOCIAL. Sítio eletrônico do Ministério da Previdência e Assistência Social. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>. Acesso: 13 mar. 2008.

Assim como o Estado tem a prerrogativa de cobrar o tributo, o contribuinte tem o dever fundamental (porque fundado na Constituição Federal) de pagá-lo. Sempre que a Constituição Federal confere ao Estado a cobrança de um tributo, está outorgando ao cidadão o dever de pagamento.

É a hora de esclarecer que os tributos não são propriedade do Estado. Não existe cofre público, mas, sim, *cofre do público*. Daí porque as normas tributárias não devem ser consideradas normas de ódio social, como quer Ives Gandra Martins¹⁵:

Tributo é norma de rejeição social. Assim deve ser estudado pela Economia, Finanças Públicas e Direito, ofertando os especialistas dessas áreas o modelo ideal para o político, a fim de que a norma indesejável tenha sua carga de rejeição reduzida à menor expressão possível.

Não. Tributo é o custo que pagamos para a manutenção e desenvolvimento da sociedade, através da promoção dos direitos fundamentais e da manutenção da máquina estatal. O tributo não é nem bom, nem mau – ontologicamente. Bom ou mau é o uso que se faz dele, questão que se resolve nas searas administrativa, penal e, principalmente, *eleitoral e política*.

O não pagamento do tributo, além de provocar abalo na arrecadação de recursos destinados a quem mais deles precisa, é uma afronta direta à Constituição Federal, e o autor dessa ilegalidade¹⁶ (sonegador) merece um tratamento proporcional ao mal que causa.

A dívida tributária não pode jamais ser equiparada a outros tipos de débitos (como os decorrentes de multas, cheques sem fundo, contratos etc.). O não pagamento do tributo configura descumprimento de dever fundamental. Não pagar outros tipos de débitos é desrespeitar a lei; não pagar tributos é um desrespeito à sociedade, à Constituição Federal e aos direitos fundamentais, cuja implementação depende desse pagamento.

A execução fiscal, também por isso, diga-se *en passant*, tem inegável caráter social, na medida em que é o único instrumento que visa à recuperação dos créditos do público inscritos em dívida ativa.

¹⁵MARTINS, Ives Gandra (org.). *Curso de direito tributário* 2. ed.. Belém: CEJUP, 1993. p. 18.

¹⁶Aqui discordamos do posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, que considera que o não pagamento de tributos não configura ato ilícito. Ora, a Lei Maior do país determina o pagamento; leis infraconstitucionais, inúmeras, cuidam da obrigação legal tributária; há uma enorme estrutura de fiscalização e arrecadação de tributos. E com tudo isso, aquela Eg. Corte entende não haver ilicitude na falta de pagamento.

Como consequência, temos que, face a uma Constituição Federal que confere inúmeros direitos fundamentais e que dá à pessoa os correspondentes deveres fundamentais, sendo o de pagar tributos um dos mais importantes, é correto afirmar que vivemos em um *Estado Democrático e Tributário de Direito*.

Essa conclusão é essencial para que se compreenda que a pessoa tem o dever fundamental de pagar o tributo; mas apenas se esse tributo for constitucional. A todos assiste o direito de se insurgir contra tributos inconstitucionais. Portanto, fica dito melhor assim: a Constituição Federal prevê o dever fundamental de pagar tributos *constitucionais*.

Diante disso, é de causar espécie contradição bastante comum no Direito Brasileiro. Embora esteja assente nas Cortes a possibilidade (justa e necessária) de o juiz decidir no sentido de obrigar o Estado a garantir determinado direito fundamental, mais e mais se vê a imposição de toda sorte de óbices à recuperação dos créditos públicos. E riem-se estridentes os sonegadores.

Ambas as situações são de especial relevo. Os direitos fundamentais devem ser garantidos a todo custo. Mas é preciso que se compreenda que o dever fundamental de pagar tributos constitucionais também deve encontrar no Poder Judiciário e na sociedade, sobretudo, a mesma ressonância que, felizmente, vemos em relação aos direitos fundamentais.

Referências

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

MARTINS, Ives Gandra (org.). *Curso de direito tributário*. 2. ed. Belém: CEJUP, 1993. p. 18.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Sítio eletrônico do Ministério da Previdência e Assistência Social*. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>. Acesso: 13 mar. 2008.

GRANDES MOVIMENTOS CRIMINAIS E REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Márcia Betânia Casado e Silva

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

O controle social é exercido de diversas formas, dentre elas, através do Sistema Penal, que se utiliza do *jus puniendi* para tentar manter a ordem e o bem-estar comum, quando os demais ramos do Direito não atingem essa finalidade. O Direito Penal deve, assim, segundo a doutrina tradicional, ser traduzido como *ultima ratio*, ou seja, apenas deve intervir quando houver ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, devendo as perturbações leves serem objeto de outros ramos do direito.

Atualmente, observa-se, com acentuada evidência, que o aumento da criminalidade em todo o mundo é incontestável. O aumento populacional, a revolução industrial, os novos meios de transporte e a tecnologia, entre outros fatores, fizeram e fazem surgir, a cada dia, novos bens que carecem da tutela do Direito Penal. Junte-se a isso a pressão da mídia e da população, encarcerada no interior de suas próprias residências, em razão do temor da violência, o que obriga os Governos a tomarem medidas imediatistas, geralmente, relacionadas ao aumento de tipos penais e à exacerbação das penas.

Neste contexto, vêm surgindo novas correntes doutrinárias, em contraposição ao modelo vigente, as quais serão analisadas neste breve trabalho.

2 Os Grandes Movimentos Criminais na atualidade

2.1 O Movimento abolicionista

A doutrina Abolicionista tem como proposta acabar com as prisões e abolir o próprio Direito Penal, substituindo ambos por ações para as situações-problema (termo que substitui a definição de *crime*), tendo por base o diálogo, a concórdia e a solidariedade dos grupos sociais, de modo que sejam decididas as questões sobre as diferenças, choques e desigualdades, com o uso de instrumentos que possam levar à privatização dos conflitos.

O Direito Penal, na ótica dos abolicionistas, é um mal gerador de dificuldades, um instrumento incapaz de resolver as questões de uma sociedade repleta de desigualdades, não ressocializando o agente, mas sim, proliferando a violência e estigmatizando a personalidade do condenado.

Esse movimento é dividido em três subcorrentes, das quais são expoentes: a de Louk Hulsman, a de Thomas Mathiesen e a de Nils Christie.

2.1.1 Subcorrente de Louk Hulsman

A primeira das subcorrentes abolicionistas, atribuída a Louk Hulsman, prega a abolição do sistema penal como um todo, tendo como base os valores primitivos da sociedade, não admitindo a intromissão do Estado na solução dos conflitos.

Para os defensores dessa subcorrente, o sistema penal é caracterizado como um problema em si mesmo, um sistema inútil e incapaz de resolver as mazelas sociais, as quais propõe solucionar, mostrando uma total ineficácia para resolver os conflitos da convivência civil.

Hulsman, em razão dos fatores mencionados, sustenta uma abolição do sistema penal imediata, afastando do Estado a resolução de todos os conflitos, que passariam a ser solucionadas por instâncias intermediárias, pregando, também, a eliminação das terminologias usadas no ambiente criminal, de forma a realizar uma eliminação dos termos *crime* e *criminalidade*. Sua intenção não é a eliminação do crime, mas sim, a sua reestruturação em forma de problemas sociais, com a resolução dos conflitos buscada pelas partes num ambiente diferente do que vigora na atualidade. Os adeptos da Criminologia tradicional chamaram essa subcorrente de Anarquismo Penal.

Na síntese de Hulsman:

A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o ‘preconceito de gênero’ e o ‘preconceito racial’ existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos”¹.

2.1.2 Subcorrente de Thomas Mathiesen

A concepção abolicionista, capitaneada por Thomas Mathiesen, é fundada no marxismo e utiliza-se dos argumentos usados pelo poder estatal para pregar a sua teoria de eliminação do sistema penal. Nessa concepção marxista, procura-se vincular o sistema penal à organização do sistema capitalista.

¹HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, p. 35-50.

Mathiesen defende apenas a abolição da prisão, tendo por base o raciocínio de que o cárcere é mero instrumento de ação política contra as classes sociais mais pobres e nada resolve, criando dificuldades tanto para a sociedade como para a própria eficácia do sistema penal.

Sustentam, ainda, os adeptos dessa subcorrente, que não existe teoria, por mais perfeita que possa parecer, acabada, tratando-se de processo não concluído e em constante evolução, precisando, fundamentalmente, de vivência prática. Destarte, sua concepção do abolicionismo penal não é imóvel, estática ou mesmo neutra.

2.1.3 Subcorrente de Nils Christie

Sua concepção é a de que deve ser extinta toda e qualquer sanção penal que infligir dor ou sofrimento pessoal.

Nils Christie fundamenta suas idéias em rígidas regras morais, desse modo, infligir sofrimentos ao indivíduo é comportamento inaceitável, mesmo que esse sofrimento decorra da imposição de uma pena.

Embora não tenha aderido abertamente ao Abolicionismo de Christie, o Professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni salienta que, realmente, os Sistemas Penais, nos países da América Latina, existem, fundamentalmente, para provocar sofrimento nas pessoas condenadas.

Aliás, acerca do movimento abolicionista, preleciona o Mestre Zaffaroni:

O abolicionismo atual constitui um movimento que, nos últimos anos, produziu uma literatura considerável, sobretudo, entre os autores do norte da Europa – principalmente escandinavos e holandeses –, seus mais notórios representantes. Uma das características mais comuns entre seus líderes é a de haverem levado adiante movimentos ou organismos com participação de técnicos, presos, liberados, familiares e simpatizantes, isto é, pessoas com alguma experiência prática no campo da marginalização penalizada. O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos².

Sem dúvida, o abolicionismo é o movimento mais radical dos últimos anos e por isso reconhecido pelos mais rígidos críticos. Todavia, critica-se tal

²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apud PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Ação penal*. Recanto das Letras. São Paulo, 29 mar.2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/922323>>. Acesso em: 16 jan. 2009.

corrente doutrinária, que atualmente se propaga, principalmente na Europa Ocidental, porquanto ela não tem aceitação na maioria dos povos, como os da América Latina, onde a realidade social e a estruturação dos Governos não trazem estímulos para a implantação dos princípios abolicionistas. Ademais, o Abolicionismo Penal constitui-se numa verdadeira utopia, porquanto não explicita que os conflitos sociais irão desaparecer com a abolição do sistema penal, ao contrário, reconhece a manutenção de tais embates, mas demanda pela abolição do sistema penal na crença que este serve apenas como instrumento de falsa resolução dos conflitos sociais.

2.2 Movimento de Lei e Ordem

Reconhecido como o maior representante do eficientismo (Direito Penal Máximo) na sociedade atual, oriundo dos Estados Unidos da América, criado na década de 70 do século passado, esse movimento está em pleno funcionamento, pregando a aplicação de penas extremamente rígidas em regime fechado, o desprezo de direitos e garantias materiais e adjetivas de Direito e a utilização de práticas não-ortodoxas demonstrativas de desdém ao princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal que decorre dessa política criminal é, sobretudo, simbólico, buscando, primordialmente, satisfazer à opinião pública.

A Política Criminal ditada por esse movimento prega, em apertada síntese, as seguintes ideologias:

- a pena se justifica como castigo e retribuição;
- os chamados “crimes atrozes” devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade duradoura);
- as penas privativas de liberdade impostas para crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima e o condenado deve ser submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados;
- a prisão provisória deve ser ampliada, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; e,
- deve haver diminuição dos poderes do Juiz e menor controle judicial da execução da pena, que ficará a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias.

Os efeitos do Movimento de Lei e Ordem já se fazem sentir na esfera legislativa de diversos países. Exemplificando, há nos Estados Unidos o movimento Tolerância Zero (Nova Yorque); na Itália, a Operação Mãos Limpas; e, no

Brasil, servem de exemplo as Leis Federais nº. 8.072/1990 (Crimes Hediondos) e nº 10.792/2002 (Regime Disciplinar Diferenciado – RDD).

Inúmeras críticas vêm sendo formuladas pelos estudiosos acerca desse tema. O mais importante argumento dos críticos é que tal política criminal oprime apenas os pobres, os necessitados e as minorias, pois se preocupa com mendicância, lavagens de pára-brisas não solicitadas, embriaguez pública, enquanto a violência ganha novas feições nos grandes centros urbanos. Outra severa crítica relaciona-se a não observância do Direito Penal Mínimo, pois se passa a punir muitas condutas que não são carecedoras de penas, mas sim, de sanções nas esferas cível e administrativa. Ademais, a ocorrência de ofensa aos Direitos Humanos aparece de forma acentuada, com a aplicação de penas desproporcionais.

2.3 Garantismo. Minimalismo penal

O garantismo jurídico nasce, nas palavras de N. Bobbio, ao prefaciando a primeira edição da obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli, do interesse em elaborar um “...sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder”³.

Com efeito, é a norma fundamental de um Estado que traz os valores relevantes a serem preservados em determinada sociedade. Por essa razão, é a partir da Teoria da Hierarquia das Normas que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do modelo garantista. Em um sistema onde existe rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Hans Kelsen, é a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas, as quais, sob pena de vício fatal, não podem contrariar seus preceitos.

Assim, Ferrajoli afirma que o “garantismo - entendido no sentido de Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras nacionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos – representa o único remédio para os poderes selvagens”⁴. Sobre o tema, leciona Salo de Carvalho⁵:

³FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 07.

⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 10.

⁵CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed., ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 19.

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Dias e Ferrajoli denomina de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do bem comum. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Observa-se que o garantismo pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade, não apenas no âmbito criminal, mas em todo o direito. Assim, a teoria do garantismo penal pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da Democracia.

O garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e, acima de tudo, substanciais que devem sempre coexistir para que o direito seja válido.

Ferrajoli, através de sua doutrina garantista, inseriu na Teoria Pura do Direito⁶, de Hans Kelzen, um novo elemento – os direitos fundamentais -, que passa a se constituir um fundamento da própria norma. Em resumo, o fundamento primordial desse movimento é que o Direito Penal não é o grande “remédio para todos os males da sociedade, devendo, por conseguinte, ser reservado para aqueles casos mais graves”⁷. Pleiteia, ainda, a transformação social/institucional necessária para diminuir os problemas da criminalização, bem como o uso de substitutos penais.

2.4 Movimentos de Informalização da Justiça

O contexto social atual vem exigindo dos Governos mundiais a busca de soluções alternativas de controle social, que considerem a crise fiscal do Estado e o aumento dos conflitos sociais.

⁶Na qual, a validade da norma estaria em outra norma que lhe fosse anterior no tempo e superior na hierarquia.

⁷ALMEIDA, Gervan de Carvalho. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 46 .

Neste diapasão, vêm surgindo diversos movimentos criminais, objetivando a descriminalização e informalização processuais para as chamadas “pequenas desordens sociais” (*petit désordres sociaux*), conforme modelo francês, “pequenas reclamações” (*small claim*), nos Estados Unidos da América, e infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/1995, vigente no Brasil.

Tais mecanismos pretendem, primordialmente, a composição civil dos delitos de pequena monta ou, quando impossível àquela, a aplicação de penas alternativas (multas, prestações de serviços à comunidade etc.).

Nas comunidades urbanas atuais, os programas de mediação e informalização da Justiça Penal vêm obtendo rápida adesão, em razão da insatisfação com as sanções penais tradicionais para a solução de disputas e conflitos interpessoais. Ademais, constituem-se em formas de controle menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional.

Em que pese a existência de modelos diferenciados, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da Justiça nos estados contemporâneos são os seguintes: estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de o que não está no processo não está no mundo; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados, assegurando auxílio legal profissional; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local, através de resolução judicial de conflitos; e, maior relevância em sanções não coercitivas.

O atual movimento de informalização da justiça pode ser visto como um fenômeno de âmbito internacional, surgido nos anos 70, nos Estados Unidos e, estendendo-se, posteriormente, pela Europa e América Latina.

No Brasil, a incorporação dessas inovações no sistema judicial teve impulso, a partir dos anos 80, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988, quando uma série de novos mecanismos para a solução de litígios foi criada, visando à agilização dos trâmites processuais, entre os quais têm um significado relevante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, voltados para as chamadas pequenas causas e para os delitos de menor potencial ofensivo, previstos na já mencionada Lei Federal nº. 9.099/1995.

2.5 Direito Penal do Inimigo

Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do movimento denominado Direito Penal do Inimigo.

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 Prittwitz⁸, 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, em recente livro⁹, 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 a este, ao violar a norma, é dada a oportunidade de restabelecer a sua vigência, de modo coativo, mas como cidadão, pela pena. Nessa hipótese, o 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 tratamento para com eles como pessoas. Devem, destarte, ser tratados como inimigos, sendo para estes que se volta o Direito Penal do Inimigo.

A tese defendida por Jakobs é estruturada sobre o conceito de pessoa e não-pessoa. Para ele, o inimigo é uma não-pessoa.

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 praticado.

⁸PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 42. 2004.

⁹JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

Ao contrário, com o inimigo, o Estado deve atuar pela coação, aplicandolhe 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.

Assim, no Direito Penal do Inimigo a punibilidade alcança o âmbito interno do agente e a preparação. Já a pena se dirige à segurança frente à prática de atos futuros, sendo exemplo típico de um direito penal do autor. Os ataques de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos, são considerados por Jakobs como exemplo típico de atos de inimigo.

Com base nas ideias defendidas por Jakobs, percebe-se claramente que o Direito Penal continua sendo fruto de uma concepção social. A complexidade com que o homem passou a encarar os fenômenos sociais fez com que o mesmo adotasse uma forte tendência em buscar soluções imediatistas, a fim de solucionar os problemas existentes, ainda que de forma simbólica.

Porém, 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.

3 Estudos acerca dos movimentos criminais e a diminuição da criminalidade

Estatísticas comprovam que a busca insana pela punição, com o aumento exacerbado de leis e penas, não diminuiu os índices de criminalidade no mundo.

Não existem muitas pesquisas acerca do tema, mas apontamos alguns dados, em relação ao cenário brasileiro. Ressalte-se que, entre os anos 1990 e 2001, foram tipificadas e modificadas cerca de 330 condutas, considerando todas que receberam uma sanção de caráter penal (não necessariamente pena de prisão) e aquelas que tiveram suas penas agravadas; no mesmo período, todavia, a violência aumentou drasticamente no país.

Dados do Ministério da Saúde (Datusus/SIM) registram:

- o aumento no número de mortes violentas de 70.212, em 1980, para 117.603, em 1998; e,
- a taxa de homicídios por cada 100 mil habitantes aumentou de 11,7, em 1980, para 25,90, em 1998¹⁰.

¹⁰MESQUITA NETO, Paulo de. Crime, violência e incerteza política no Brasil. *Caderno Adenauer II*. São Paulo, n.1, p. 13, mar. 2001.

De acordo com o IBGE e o Datasus, no ano de 2000, o número de homicídios no Brasil, por cada 100 mil habitantes, foi de 27.

4 Medidas propostas para a redução da criminalidade

Portanto, faz-se mister que se coloque mais lucidez e racionalidade nos debates acerca da criminalidade em todo o mundo, inclusive no Brasil. A busca por soluções deve ser encarada como um desafio para médio e longo prazos, sem prejuízo de medidas imediatas, destinadas a controlar e amenizar tais problemas. Sugere-se, assim, uma pauta mínima de medidas destinadas à diminuição da criminalidade, aplicáveis ao caso brasileiro:

I – escolarização de crianças e adolescentes, garantindo-lhes o direito à efetiva instrução e profissionalização, com maiores oportunidades de emprego na maioridade;

II – desenvolvimento de programas educativos de construção da cidadania, voltados para crianças e jovens, aproveitando-se das escolas como meios integrativos;

III – reconsideração dos parâmetros de educação familiar, através de campanhas educativas e de integração social;

IV – utilização da mídia, especialmente a de grande acesso às camadas mais carentes da população (televisão e rádio), de forma diferente da atual, esclarecendo a comunidade acerca de condutas consideradas criminais e das conseqüências advindas da prática destas;

V – aumento do policiamento ostensivo-preventivo;

VI – aumento do contingente das Polícias Militar e Civil;

VII – melhor preparo dos policiais, através de cursos e ações de treinamento, bem como acompanhamento psicológico e remuneração adequada;

VIII – criação de mecanismos eficientes de fiscalização e investigação internos da atividade policial, a fim de prevenir e combater a corrupção nas instituições;

IX – melhoria no aparelhamento das Polícias Civil e Militar, bem como do Judiciário e Ministério Público, a fim de garantir celeridade nas fases investigatória e judicial dos processos, propiciando a certeza da punição aos infratores;

X – diminuição do número de processos por Juízes e Promotores de Justiça, o que garantiria celeridade aos processos, através da contratação de pessoal, bem como enxugamento da quantidade de fatos previstos como crimes; e,

XI – reestruturação do sistema de execução penal, criando-se mecanismos de efetiva ressocialização dos condenados que tiverem interesse nesta, através do fomento da escolarização e profissionalização no interior dos presídios, bem como de concessão de benefícios, atrelada ao trabalho.

Tais medidas não garantem a solução, como de resto nenhuma medida isolada garantiria. Com efeito, constitui-se mera utopia a crença de uma sociedade, nos moldes atuais de desenvolvimento, sem criminalidade.

Contudo, tais medidas, aplicadas em conjunto, poderiam servir de base para o redimensionamento, a racionalização e a moralização do sistema penal.

5. Considerações finais

O garantismo e o punitivismo, como todos os movimentos criminais a eles relacionados, são políticas criminais inconciliáveis. Não obstante esta conclusão, se observa, no Brasil, que a Constituição Federal define a natureza de nosso direito criminal como garantista, como se depreende do extenso rol de direitos fundamentais, em matéria penal, constantes do art. 5º (incisos XXXVII, XXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII, LXXIV, LXXV, LXXVII, LXXVIII), entretanto, a legislação infraconstitucional vem, cada vez mais, assumindo papel intervencionista nas questões sociais (como exemplos: Lei nº 8.072/ 1990, Lei nº 11.340/2006 etc.).

Com efeito, indiscutivelmente, sustentar a legitimidade e viabilidade de uma política compromissada com o modelo garantista não é tarefa fácil, especialmente, se considerada a força destrutiva da opinião pública, contudo, faz-se mister buscar um Direito Penal Mínimo, como forma de aplicação racional dos preceitos incriminadores.

As conquistas democráticas foram objeto de séculos de lutas, não podendo ser desprezadas pela ânsia do Estado em buscar soluções imediatas para os problemas sociais, através do Direito Penal. Aliás, os problemas sociais contemporâneos existem há muito e a solução destes nunca foi objeto de preocupação das nações ditas desenvolvidas, até passarem a pôr em risco a segurança destas.

Portanto, deve-se ser repensado o problema em busca de soluções, também, em outros campos da ciência, reservando-se o Direito, especialmente o Direito Penal, para a proteção dos direitos fundamentais que requeiram sua incidência.

Referências

ALMEIDA, Gervan de Carvalho. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de ; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed., ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, Edihermes Marques. *Controle da criminalidade: alternativas aos movimentos punitivistas*. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 979, 7 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=8059>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.10.

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

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan.

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

MESQUITA NETO, Paulo de. Crime, violência e incerteza política no Brasil. *Caderno Adenauer II*. São Paulo, n.1, p. 13, mar. 2001.

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. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 42. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da*

política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apud PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Ação penal*. Recanto das Letras. São Paulo, 29 mar.2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/922323>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

_____. *O inimigo em direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA: PRÓS E CONTRAS DO SISTEMA

Juliana Couto Ramos

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

Discussão alvo de intensa controvérsia tem sido a adoção, entre nós, do chamado interrogatório *on-line* ou virtual. Os argumentos contrários à aplicação do instituto se sucedem. Os que são favoráveis à adoção do sistema de videoconferência para colheita do interrogatório do acusado enumeram sequenciadas vantagens.

O assunto veio à tona recentemente quando o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 88.914-0 São Paulo, determinou a anulação de processo-crime, haja vista que o paciente teria sido interrogado por mecanismo audiovisual. Segundo a Corte Maior, o interrogatório virtual afronta garantias constitucionais consagradas.

Este trabalho se justifica pela atualidade do tema em discussão e pela contribuição do instituto ora estudado ao aperfeiçoamento do processo penal.

2 Interrogatório por videoconferência: aspectos conceituais

O interrogatório é um ato judicial, presidido pelo juiz, em que se indaga ao acusado sobre os fatos imputados contra ele, advindos de uma queixa ou denúncia, dando-lhe ciência, ao mesmo tempo que oferece oportunidade de defesa¹.

O interrogatório por videoconferência, tele-interrogatório, interrogatório *on-line*, teleaudiência, interrogatório virtual são expressões utilizadas para conceituar o interrogatório realizado através de um sistema que funciona com equipamentos e softwares específicos.

O interrogatório por videoconferência traduz em ato realizado por intermédio de equipamentos e softwares que permitem total interação entre duas ou mais pessoas separadas geograficamente, com tecnologia audiovisual, com som e imagem em tempo real (*real time*), sem delays ou atrasos significativos durante a transmissão.

Com esses equipamentos e softwares específicos, consegue-se interagir em tempo real com o juiz nas dependências do fórum, em companhia de advogado e promotor público e acusado, instalado em sala especial próxima ao estabelecimento prisional, acompanhado por advogado, serventuários da justiça e técnicos.

¹BEZERRA, Ana Cláudia da Silva. *Interrogatório on-line e a ampla defesa*. Advogado ADV. 2005. Disponível em: <<http://advogado.adv.br/artigos/2005/anaclaudiasilvabezerra/interrogatorioonline.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

Os modernos aparelhos de áudio e vídeo permitem a captação dos mínimos detalhes, das modificações de voz e das expressões corporais dos interlocutores. Caso o advogado constituído do acusado esteja na sala de audiência no fórum, em companhia do juiz, poderá utilizar o aparelho telefônico e manter conversa reservada e sigilosa com seu cliente².

Utilizam-se, na videoconferência, telas amplas de alta definição, que asseguram a nitidez das imagens veiculadas com possibilidade de *zoom*.

3 Conservadorismo na justiça brasileira

É natural que mudanças causem medo e estranheza nas pessoas. No campo do direito não poderia ser diferente.

A resistência é benéfica, uma vez que provoca questionamentos e aprimoramentos de institutos recém-criados, eivando-os de vícios que comprometem a validade. O homem não pode evoluir por saltos senão gradativamente.

Todas as mudanças que geraram modernidade foram ao seu tempo alvo de críticas acaloradas. Quando surgiram as máquinas de escrever, estas foram vistas com desconfiança pelos operadores do direito, que sustentavam veementemente que a sentença havia de ser escrita de próprio punho, datada e assinada pelo julgador. Os críticos viram em tal modernidade, possibilidade de fraudes e adulterações do texto original. Críticas da mesma forma floresceram quando do surgimento dos computadores. Sustentavam os conservadores que, para serem utilizados, os micros demandavam treinamento e conhecimentos técnicos específicos que desestimulavam os profissionais do direito. Outra resistência pôde ser avistada no envio de peças processuais por fax símile, que se tornou reconhecidamente útil e aceitável na praxe forense.

A informática vem alçando áreas antes inimagináveis. No campo das relações interpessoais assume, hoje, importância impassível de retrocesso.

Na área da medicina, médicos intercambiam diagnósticos, discutem entre si dados de pacientes por meio de equipamentos audiovisuais. No campo empresarial, filiais e matrizes interagem por meio da videoconferência. Ensinos a distância são ministrados por renomadas universidades do país. Pessoas mantêm cotidianamente contatos virtuais através de *e-mails*, *chats*, ao tempo em que podem ser avistadas umas com as outras em tempo real.

O Direito não pode permanecer estático diante de todo esse progresso tecnológico.

²BARROS, Marcos Antônio de ; César Eduardo Lavoura Romão. Internet e videoconferência no processo penal. In: *Revista CEJ*. Brasília, n. 32, p. 116-125, 2006.

É forçoso reconhecer que o Poder Judiciário vem incorporando novas tecnologias em seus procedimentos, com a finalidade de tornar viável a tão almejada celeridade jurisdicional.

Ocorre que, no campo do processo penal, encontra a tecnologia moderna forte resistência. E essa barreira caracteriza, sem sombra de dúvidas, um dos maiores entraves ao cumprimento da norma constitucional que garante a razoável duração do processo.

É certo que até mesmo no campo do processo penal alguns sinais de mudanças passaram a despontar: confira-se a nova redação dada ao art. 217 do Código de Processo Penal pela Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008, e ao art. 405, §1º do Código de Processo Penal, pela Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008.

Ocorre que, durante a instrução do processo penal, prevalece o entendimento de que a colheita de depoimentos de testemunhas e peritos, bem como do interrogatório do acusado deve ocorrer pela via direta, em audiência presencial, sem a utilização de equipamentos audiovisuais modernos, fato esse que provoca lentidão no curso do processo penal e descompasso à evolução tecnológica.

Isto porque, acaso se admitisse a inquirição de testemunhas e peritos por videoconferência, desnecessária seria a burocrática expedição de cartas precatórias, rogatórias que provocam retardo na distribuição da justiça, além do que afasta a produção da prova colhida do juiz natural. Réus soltos poderiam acompanhar a inquirição de testemunhas, ou fazer-se interrogar, acaso necessitassem se ausentar do distrito da culpa, por videoconferência, sem ter de despender recursos para fazer-se presente às audiências presididas pelo juízo processante, evitando a comum prática de “julgamentos à revelia”, bastando apenas que se deslocassem a fóruns próximos. Réus poderiam ser reconhecidos virtualmente por vítimas que tivessem dificuldade ou não pudessem, por motivo justificável, fazer o reconhecimento pessoal, eliminando-se a utilização de reconhecimento fotográfico. Familiares do réu poderiam acompanhar o interrogatório de seu ente, feito às vezes a grandes distâncias e com dispêndio de essenciais à própria manutenção. Cartas de ordens seriam desnecessárias ou menos comuns, de forma que os Desembargadores poderiam proceder à oitiva de testemunhas, acusados ou peritos, por videoconferência, sem necessidade de delegação a magistrados de instâncias inferiores, preservando o Princípio da imediação.

4 Os prós e os contras do sistema

4.1 Posição contrária

São inúmeras as críticas dirigidas ao interrogatório on-line, posicionando-se a doutrina, quase que de forma unânime contra sua adoção.

Os contrários ao sistema defendem que a audiência de acusados por teleinterrogatório propiciará ao julgador condenar, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece, já que tolhe o contato pessoal do preso com o magistrado dentro da sala de audiência. Para estes, estar-se-ia a eliminar a única oportunidade processual em que é dada voz ao réu no processo.

Para Dotti, o interrogatório *on-line* tem o privilégio de inaugurar um novo estilo de cerimônia degradante, bem como provoca “assepsia”:

É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas: ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco apimentado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão³.

Na visão do Ministro Cezar Peluso, em voto tecido nos autos do Habeas Corpus 88.914-0 São Paulo, proferido em 14.08.2007:

A perda do contato pessoal com os participantes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária, isso compreende observar a curial recomendação norte-americana de que cumpre aos juízes cuidarem de *smell the fear*, coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode ser alcançada nas relações entre presentes⁴.

Destarte, para essa corrente, no interrogatório entre presentes, o magistrado e o acusado trocam mais do que simples palavras. Quando realizado a distância, o ato alcança ares de formalidade e frieza, faltando, pois o “olhar”, o avaliar das expressões corporais. O diálogo pessoal permitiria ao julgador avaliar sentimentos, emoções e a culpabilidade do detento.

Para Lopes Jr:

É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro, aumentem quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até, porque, se é virtual, não é real...)⁵

³DOTTI, René Ariel. O interrogatório a distância: o novo tipo de cerimônia degradante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n.134, p.269-273, abr.-jun. 1997.

⁴LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2008.

⁵LOPES JR, op. cit.

Desta forma, para o jurista, a distância torna o julgador insensível e indiferente, totalmente contrário às preocupações atuais de resgate à subjetividade e ao sentimento de julgar.

Para os contrários ao instituto, o interrogatório realizado entre os muros do complexo penitenciário não acontece com plena liberdade. O detento jamais terá suficiente serenidade e segurança ao se ver interrogar na carceragem, haja vista a proximidade do carcereiro, “do chefe de raio”, do “xerife de cela”, do co-imputado preso, que, contingentemente, deseje delatar. O interrogado poderá, também, ser um “amarelo”, ou se tiver desentendido com alguma quadrilha interna, perderá a paz, no cárcere”⁶.

Defendem, os fervorosos críticos, riscos para a verdade real, com o interrogatório a distância, em face das citadas pressões que o réu poderia sofrer na carceragem, quando da emissão de seu depoimento.

Nas palavras de D’Urso: “o preso pode sofrer coação, mesmo que se dê psicologicamente, uma vez que estará no ambiente prisional, o que não acontece na presença do juiz”⁷.

Questiona-se, outrossim, a constitucionalidade do referido procedimento – teleinterrogatório – à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), do contraditório, ampla defesa (art. 5º, incisos LV e LIV da CF) e da publicidade (art. 93, IX da CF).

Sabe-se que, com vistas a atender ao preceito constitucional da ampla defesa no processo penal, consagraram-se como poderes processuais a autodefesa e a defesa técnica.

Para Fernandes: “o direito à autodefesa se manifesta no processo de várias formas: direito de audiência, direito de presença, direito de postular pessoalmente”⁸.

Os críticos do interrogatório *on-line* sustentam que o instituto provoca aniquilamento ao direito de presença do acusado (por intermédio do qual, o acusado, ao lado de seu defensor, acompanha os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa).

Ademais, para Lopes Jr, o direito à defesa técnica também é maculado por meio do interrogatório virtual: Onde fica o advogado? E os autos? Se o

⁶PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Matéria publicada no Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 8, n. 93, agosto 2000. Disponível em: <http://fadi.br/link/penal_publ_02.html>. Acesso em: 07 abr. 2008.

⁷D’URSO, Luiz Flávio Borges. “Olho no Olho: para a OAB, videoconferência pode confundir testemunhas. *Revista Consultor Jurídico*. Conjur. 26.03.2004. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.Br/static/text/22542,1>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

⁸FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo penal constitucional*. 5. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

advogado está ao lado do réu (de onde nunca deve sair), o processo está com o juiz. Nesse caso, o defensor está impedido de consultar os autos para perguntar, bem como está o réu impedido de analisar fotos ou laudos para responder ou esclarecer. Por outro lado, caso o advogado abandone o réu para ficar na sala de audiência, ao lado do juiz e do MP, é inegável que seu contato com o acusado e, portanto, a defesa como um todo, fica seriamente comprometido. Assim, evidencia-se que o sistema *on-line* foi pensado para que a defesa seja meramente simbólica, assumindo o advogado uma postura burocrática, como convidado de pedra⁹.

Ademais, os críticos sustentam que o interrogatório por videoconferência violaria o princípio constitucional da publicidade, haja vista a inviabilidade do ato ser assistido nos presídios a portas abertas, sob pena de fugas e resgates de presos.

Outrossim, defendem os doutrinadores que o reconhecimento do acusado por vítimas e testemunhas ficaria prejudicado no teleinterrogatório, haja vista a distorção da imagem reproduzida no vídeo e a real. D'Urso cita como exemplo de distorções geradas pelo interrogatório por videoconferência, o caso de uma testemunha que não reconheceu o réu, porque, na opinião dela, ele era mais “escurinho”. O juiz pediu, então, que se fizesse uma sintonia no equipamento que alterou a tez do acusado, que foi reconhecido¹⁰.

Defendem, ademais, que o teleinterrogatório malferia o art. 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969, da qual o Brasil é signatário, que disciplina que “toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente.”, o disposto no art. 9º, §3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova Iorque), que determina seja o réu conduzido à presença física do juiz; bem como o art.185 do CPP, o qual reza que o interrogatório do réu deve ser praticado perante o juiz da causa.

Para tais juristas, equiparar a condução da pessoa do acusado em juízo à condução da imagem do mesmo por fibras óticas é inadmissível.

Outro argumento utilizado pelos críticos da inovação é o de que o interrogatório *on line* viola o princípio da legalidade.

Para Pitombo, os atos processuais, integrantes do procedimento, têm a forma que a lei lhes dá. O tempo dos atos, por igual, ostenta-se na legislação, bem como o lugar onde se realizam - sede do juízo ou Tribunal. Como, então,

⁹LOPES JR., AURY. op. cit., p.581.

¹⁰D'URSO, op. cit.

atender às formalidades do interrogatório, se realizado a distância?¹¹ Para ele, as audiências, sessões e atos públicos devem se realizar na sede do juízo ou do Tribunal, em prédio público. Se realizadas na carceragem, afrontada estaria a norma contida no art. 792, *caput* do CPP.

Ademais, para os críticos, não há qualquer norma no sistema brasileiro processual penal vigente que regule a realização do interrogatório virtual.

Em rebate aos argumentos utilizados costumeiramente pelos defensores do instituto de que a adoção do interrogatório por videoconferência provocaria redução de custos e segurança, os críticos aduzem que as ineficiências do Executivo não podem tolher a garantia da jurisdição. O Estado não poderia fundamentar a adoção do mecanismo do teleinterrogatório com sua própria ineficiência em promover a segurança pública. Na visão do Ministro Cezar Peluso, demonstrada no Habeas Corpus 88.914-0, São Paulo: “Quando a política criminal é promovida à custa da redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante.”

Para estes, os dois problemas referidos (segurança e economia) poderiam ser equacionados com a ida de magistrados às penitenciárias, onde poderiam ser criadas salas de audiências para este fim, tal como determina o art. 185, §1º do CPP, portanto, “Se Maomé não vai à montanha, a montanha vai até Maomé”

No que se refere à pecha de conservadores a eles atribuídas, os críticos do sistema aduzem que o progresso tecnológico deve ser valorizado, mas não a tão alto custo (leia-se “violação de garantias individuais”). Para o Conselho de Política Criminal e Penitenciária: “Substituir o interrogatório, o encontro de pessoa a pessoa, por um encontro tela a tela, pode ser um progresso em termos tecnológicos, mas é um retrocesso em termos humanitários”¹².

5 Nossa posição

Colocamo-nos favoravelmente à implantação do chamado interrogatório *on-line*. Refutamos as críticas endereçadas à ausência de previsão legal para essa espécie de interrogatório, à incompatibilidade do mesmo com a ordem constitucional vigente, entendendo o teleinterrogatório como instrumento hábil a agregar segurança às relações modernas e tornar efetivo o processo penal.

Para nós, o interrogatório virtual viabiliza a consagração da “duração razoável do processo”, defendida pelo Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969, do qual o Brasil é signatário.

¹¹PITOMBO, *op. cit.*

¹²Parecer e manifestação dos conselheiros do Conselho de Política Criminal e Penitenciária. *Boletim IBCCRIM*, n. 120, p. 2-5, nov. 2002.

A adoção do interrogatório *on-line* agiliza a tramitação processual, pois garante aos detentos o direito constitucional de serem ouvidos, pelo magistrado, no mais curto espaço de tempo possível. No mais das vezes, presos necessitam aguardar nos presídios espaço de tempo razoável para que suas oitivas sejam programadas nas vastas pautas de audiência. Aprazado o ato, não raras vezes, este deixa de se realizar em decorrência de problemas com escoltas, falta de combustível, ameaças de resgates, dificuldades no trânsito a impor a redesignação de audiências, provocando lentidão no curso do processo.

Nunes, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil, justificou o teleinterrogatório, argumentando: “Não é raro, ainda, que dificuldades burocráticas na disponibilização dos presos ou a falta de contingente para a escolta levem a adiamentos das audiências com réus presos, atrasando significativamente a resolução dos seus processos”¹³.

Com a videoconferência, tais problemas serão sufragados, haja vista que o detento somente precisaria se deslocar à sala vizinha, próxima à carceragem, para dialogar com o magistrado, através da aparelhagem própria, acelerando a tramitação de seus processos.

Nas palavras do Juiz da Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal/DF, Aimar Neres:

A facilidade de acesso e uso de equipamentos permite que sejam realizadas até 8 audiências por dia. Com isso, a quantidade de processos pendentes de regularização diminui e a Justiça consegue ser mais eficaz na hora de acompanhar os deveres e direitos dos presos. Na maioria das vezes, as audiências servem para o juiz conversar com o detento quando é necessário conceder ou revogar algum benefício. Outras vezes, é o próprio preso que pede para falar com o juiz, simplesmente para pedir um barbeador ou avisar que está sendo ameaçado dentro da prisão¹⁴.

A celeridade processual, antes mero argumento de retórica, ganhou hoje status de norma constitucional. A Emenda nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que acresceu o inciso LXXVII ao art. 5º da CF, assegurou a todos, no âmbito judiciário e administrativo “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Na lição de Pinto:

¹³AJUFE considera legal o interrogatório por videoconferência. Disponível em: <http://www.nominuto.com/cidades/ajufe_considera_legal_o_interrogatorio_por_videoconferencia/4378>. Acesso em: 20 mar. 2008.

¹⁴NERES, Aimar. Tempo Real. TJ do DF. *Revista Consultor Jurídico*. Conj. São Paulo. 17.06.2003. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/4989,1>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

Não se pode aprisionar o Judiciário num marasmo constante, como se os magistrados não tivessem a mínima capacidade de conciliar adequadamente o uso progressivo de meios eletrônicos com o sagrado dever constitucional de zelar pelo fiel cumprimento das regras que compõem o devido processo penal. Ora, a inovação privilegia, principalmente, a celeridade do processo. Celeridade, que é preciso se ressaltar, não é benéfica apenas à sociedade, que tem uma resposta mais eficaz frente ao delito cometido, mas, principalmente ao réu que, preso, vê sua situação mais rapidamente definida¹⁵.

Como dito, não é raro que dificuldades burocráticas na disponibilização dos presos, mediante escoltas, levem a redesignações de audiências, atrasando sobremaneira a resolução dos processos.

No dia 11 de setembro de 2008, um programa televisivo de âmbito nacional¹⁶ noticiou a soltura, pelo Supremo Tribunal Federal, de dez presos de extrema periculosidade, integrantes de facção criminosa, detidos há cerca de quatro anos em cidade do Sudeste brasileiro, haja vista que os acusados, em virtude de dificuldades no contingenciamento de escoltas e ameaças de resgates, deixaram de ser levados ao Fórum Judiciário para se avistarem com o julgador.

Vejamos o conteúdo da denúncia extraída da internet:

Dez bandidos perigosos serão soltos a qualquer momento em São Paulo, depois de quatro anos de cadeia. O fórum de Francisco Morato funciona num sobrado guardado por dois seguranças. Encravado num dos municípios mais violentos da Grande São Paulo, era no local que deveriam ter comparecido os dez presos acusados de pertencer a facções criminosas, tramar a invasão de presídios e a libertação de bandidos. Quando foi preso em julho de 2004, o grupo estava fortemente armado e tinha uma planta da prisão que planejava invadir. Houve tiroteio e dois policiais saíram feridos. Considerados perigosíssimos pela polícia, os presos estão sendo libertados sem que tenha havido julgamento.

Durante quatro anos, o processo ficou parado, mês após mês as audiências foram canceladas porque não havia segurança suficiente para que os presos fossem levados ao fórum. Como o processo não andou, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu habeas corpus e mandou soltar os presos, como mostrou a edição desta quinta do jornal O Estado de São Paulo. No voto, o relator Carlos Ayres Britto ressalta que muitas audiências foram canceladas e remarcadas por motivo de falta de efetivo estatal para apresentação de presos ao juízo criminal, tendo em vista a alta periculosidade dos agentes.

¹⁵PINTO, Ronaldo Batista. *Interrogatório on-line ou virtual*. Constitucionalidade do ato e vantagem em sua aplicação. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.aps?id=9163>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

¹⁶REDE GLOBO DE TELEVISÃO. *Jornal Nacional*. Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,MUL757068-10406,00-DIDOS+PERIGOSOS+SERÃO+SOLTOS+EM+SÃO+PAULO>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

Situações como as noticiadas, não tão raras, diga-se de passagem, seriam evitadas com o interrogatório *on-line*. Bastaria que, diante da peculiaridade do caso, os detentos fossem encaminhados à sala reservada próxima à carceragem para se interrogarem com seu julgador, via videoconferência, onde, inclusive, poderiam participar da colheita de depoimentos testemunhais, facultando-lhes interferir nas reperguntas de seu causídico, mediante linha telefônica exclusiva e sigilosa e na produção de demais provas.

Vale salientar que a extrema morosidade do curso dos processos judiciais, um dos maiores reclamos da sociedade moderna, provoca desgastes econômicos, sociais e psicológicos ao inculpado.

Constituem benefícios trazidos na implementação de meios de videoconferência processual: a economia para os cofres públicos e a segurança para a sociedade e para o próprio detento.

Conforme o secretário estadual de Segurança Pública do Estado de São Paulo, no ano de 2006, Abreu Filho, o custo final de cada instalação de videoconferência gira em torno de 20 mil reais. Em rebate, com o transporte de presos (que implica em gastos com veículos, combustíveis, armamentos, coletes, diárias, alimentação) e a mobilização de policiais militares, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 1 a 15 de junho de 2006, com a realização de 27.186 escoltas, despendeu cerca de R\$ 4.572.961,94¹⁷.

Na visão de Gomes: “Não pode ser desconsiderada a realidade enfrentada pela nação quanto à falta de recursos e deficiente estrutura material e humana, mostrando-se avessa ao uso de tecnologia empregada para simplificar rotinas e agregar segurança às relações modernas”¹⁸.

Ao lado da economia de recursos, o interrogatório por videoconferência permitiria maior segurança na custódia de detentos e mitigaria os riscos de fugas e de ações de quadrilhas especializadas em resgates de presos.

Bonilha defende: “Hoje, condenados praticam crimes dentro da cadeia para forçar a saída, ir ao fórum e criar condições para fugirem ou serem resgatados (...) Não dá para facilitar. A polícia e a Justiça precisam tomar todo o cuidado”¹⁹.

Ademais, viabilizaria, o interrogatório virtual, que os policiais, antes empregados em escoltas, fossem remanejados para atividades mais importantes, como o policiamento ostensivo, de investigação e de execução penal.

¹⁷FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório on-line*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161.

¹⁸Idem

¹⁹BONILHA, Márcio Martins. *Juízes poderão interrogar presos de alta periculosidade em presídios*. Melfinet 2001. Disponível em: <<http://www.melfinet.com.br/m2/pla/01/115.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

Sob a ótica da juíza de Direito Amorim:

Com o tele-interrogatório, as conduções dos presos serão desnecessárias, evitando-se os grandiosos resgates constantemente divulgados pela mídia, que importam em riscos para toda a sociedade e para os próprios réus, além de representar importante economia de recursos, que poderia ser revertida para melhoria do sistema prisional brasileiro.²⁰

Com a palavra os presidiários, estes se mostraram amplamente favoráveis ao instituto. Na opinião do detento Paulo Ricardo, em encontro promovido pela Fisepe, o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Presídio Aníbal Bruno, de autoridades do Tribunal de Justiça de São Paulo e da área de segurança pública:

Há o entusiasmo dos presos aqui dentro, porque tudo o que vem ajudar na saída deles, do detento para a sociedade, é bem visto pela comunidade do presídio. Vocês têm aí em São Paulo uma situação explosiva. A comunidade carcerária, aí, vive tensa, vive em rebeliões. Quem sabe seja pela lentidão dos processos criminais e esse sistema está aí para liquidar com tudo isso. Todo dia aqui é para apresentar 40 presos à Justiça, que nem sempre são levados por diversos motivos. E isso pode ser resolvido pela teleconferência, dependendo de quantas salas estiverem montadas.

Os críticos do interrogatório *on-line* sustentam que problemas relacionados à segurança e à economia de recursos poderiam ser solvidos com a aplicação do disposto no art. 185, §1º do CPP.

Ocorre que o deslocamento do magistrado ao estabelecimento prisional para oitiva do detento gera instabilidade na comunidade carcerária, ante a ciência de que autoridades judiciárias estão labutando diuturnamente no local, constituindo em estímulos para rebeliões. Ademais, a sociedade moderna clama pela efetividade do princípio da celeridade processual. Largo tempo seria consumido com o deslocamento de magistrado aos presídios, via de regra localizados a longa distância dos centros urbanos, em detrimento de inúmeros processos judiciais que aguardariam empilhados nas prateleiras forenses, à espera da apreciação judicial, tornando-se destarte, ainda mais moroso seu andamento.

Em rebate aos argumentos esposados pela corrente contrária à aplicação da “inovação” de que a audição de réus por videoconferência provocaria perda da sensibilidade do juiz, haja vista a necessidade do “olho no olho” apelidada de *Síndrome de Maria Bethânia*, tem-se a dizer

²⁰ AMORIM, Luciana Magalhães Oliveira. *Interrogatório por videoconferência: evolução tecnológica no meio forense. Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=11350>> Acesso em: 03 mar. 2008.

que o magistrado pode perfeitamente ver pela câmara a postura do réu e o seu comportamento.

O Promotor Arual Martins, após participar de uma apresentação da nova tecnologia, afirmou que o aparelho é tão sofisticado que é possível aproximar a imagem a uma distância mínima capaz de captar todos os detalhes do rosto do depoente, sendo possível um manuseio de câmera de trezentos e sessenta graus, monitorando todo o ambiente²¹.

Ademais, as expressões corporais são suscetíveis de interpretações diversas. “Um acusado trêmulo, por exemplo, significa que está revoltado por ser inocente ou que está intimidado por estar prestando contas à justiça?”²² O juiz, quando prolata sua decisão, não pode registrar em ata impressões subjetivas decorrentes das expressões faciais do réu ou de seus movimentos corpóreos.

Na lição de Pinto:

Não se tem notícia de interrogatório no qual o juiz tenha feito consignar que, ao formular determinada pergunta, viuse o réu acometido de intenso rubor facial ou de tremor nas mãos. Segundo, que essa espécie de constatação viria carregada por tamanho subjetivismo, que a tornaria incapaz de conter algum valor probatório ou de prestar-se como elemento de defesa em favor do réu²³.

Ademais, o art. 399, §2º do CPP, em sua nova redação trazida pela Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008, consagrou o Princípio da identidade física do juiz. Não raras vezes, esse princípio deixa de ser observado, no interrogatório *inter presentes*, quando se faz necessária a expedição de cartas de ordem, precatórias ou rogatórias. Forçoso reconhecer que, com a realização de interrogatórios, por videoconferência, não se fará necessária a expedição de cartas de delegação. Basta que o réu, distante do distrito da culpa, dirija-se ao fórum judiciário mais próximo e interaja com o juiz natural em tempo real. Desta forma, o próprio juiz que acompanhou a instrução da causa e teve contato com o acusado, ainda que virtualmente, extraindo informações úteis à formação de seu convencimento, será o julgador da causa. Certamente, esse magistrado estará em melhores condições de proferir julgamento com total justiça do que aquele que realiza mera leitura de um depoimento, oriundo de uma deprecata, por exemplo. Privilegia-se, pois, o Princípio da imediação.

²¹NALINI, Leandro. Com boa vontade: visão provinciana impede a evolução da videoconferência. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/37119,1>> Acesso em: 03 mar. 2008.

²²FIorenze, op.cit., p. 129.

²³PINTO, op. cit.

Ademais, as audiências e interrogatórios produzidos *on-line* são armazenados em meio digital, permitindo aos juízos de segunda e terceira instâncias, reverem a colheita probatória, aproximando-se fundamentalmente de seu conteúdo, visualizando os gestos, movimentos corporais, postura do réu, vítimas e testemunhas, firmando seu convencimento, conforme os postulados da justiça.

As críticas pura e simplesmente lançadas ao instituto do teleinterrogatório, por mero apego ao formalismo ou conservadorismo, por vezes sacrificam o processo penal em sua função de viabilizar a “justiça em cada caso.”

A alegada falta de publicidade do ato, erigida como um dos óbices do interrogatório virtual, não merece maior apreço. Isto porque o princípio constitucional da publicidade com a teleconferência ganha maior amplitude e efetividade. Quando os atos processuais (interrogatórios e audiências) são realizados por videoconferência aberta, um número virtualmente infinito de pessoas pode tomar conhecimento do processo penal, inclusive pela Internet, assegurando-se, deste modo, o controle social sobre os atos do Poder Judiciário, ampliando-se o acesso à informação.

Ademais, o depoimento tomado do réu no local da detenção, com a presença de defensor, técnicos de informática e oficial de justiça, poderá ser presenciado pela comunidade externa do presídio e por qualquer outra que queria acompanhar o ato (o acesso ao recinto será livre, com a fiscalização necessária). No âmbito forense, poderá avistado por quem quer que queira presenciá-lo, sem embargo do acompanhamento do ato pela internet, por qualquer interessado. É o Princípio da publicidade levado a limites insuspeitos.

Algumas críticas feitas ao interrogatório virtual não têm qualquer profundidade quando dizem, por exemplo, os conservadores, que o depoimento do acusado *intra muros* seria despido de espontaneidade, à vista da proximidade de “carcereiros”, “xerifes de celas”, entre outros. O sistema garante a presença de um advogado próximo ao réu na carceragem, a quem o detento pode formular eventuais denúncias. Ademais, o magistrado detém o controle remoto do aparelhamento audiovisual, de forma que pode visualizar a sala da carceragem em um ângulo de 360 graus, permitindo avaliar com tranqüilidade todo o ambiente. E não é só, mesmo no interrogatório feito na sede do juízo, eventuais relatos de maus tratos ou delações de co-réus feitos pelo acusado podem chegar aos delatados, diante da publicidade do ato, mormente considerando que o réu permanece escoltado em juízo a todo tempo.

Críticas referentes à necessidade do comparecimento físico do acusado perante o juiz, tal como disciplinado por pactos de direito internacional, são

rebatidas com o argumento de que, na sistemática do Código Processual Penal, o termo “comparecer” nem sempre significa estar no mesmo ambiente do magistrado. Pode-se muito bem ler o termo “comparecer” do art. 185 do CPP, referente ao interrogatório, como um comparecimento virtual, direto, atual e real, perante o magistrado²⁴. A presença virtual do acusado em videoconferência é uma presença real. O juiz e o acusado interagem na mesma unidade de tempo. Difere do interrogatório presencial pelo espaço. Ocorre que a tecnologia faz superar a distância que une ambos, fazendo com que sejam equiparadas as duas espécies de comparecimento.

Para Aras, a tecnologia modifica conceitos ao longo do tempo: “Estar presente” a um ato é assisti-lo, no tempo presente, que é o tempo atual, do momento em que se fala. Então, o réu que comparece eletronicamente a uma audiência judicial, realmente a presença”²⁵.

Não há razão para temer o teleinterrogatório, sob o pretexto de violação dos direitos fundamentais. No interrogatório virtual, o juiz não abandona a sua imparcialidade, o acusado não é impedido de calar-se, o réu tem mantida a faculdade de consultar-se previamente com o seu defensor, mediante canal telefônico exclusivo, e o contraditório pleno é garantido. Os advogados do réu (um no presídio, outro no fórum) fiscalizam a transcrição dos depoimentos, assegurando a liberdade de expressão de pensamento de seu constituído.

Há quem aponte dificuldades práticas na inovação. Onde permaneciam os autos? Na sala de audiência ou com o defensor, no estabelecimento penitenciário? Pinto responde:

O mínimo que se espera de um defensor, cuja presença ao ato passou a ser obrigatória, é que conte com cópia dos autos, máxime em se tratando de advogado constituído. Se for dativo, que requeira sejam-lhe extraídas essas cópias. Imaginar-se que o advogado terá o primeiro contato com o processo já durante o interrogatório, implica em se admitir uma defesa meramente formal, burocrática e decorativa, quando se exigem em verdade, uma atuação efetiva e concreta do defensor²⁶.

Críticas são endereçadas ao interrogatório *on-line* fulcradas na ofensa aos Princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

²⁴ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6311>> Acesso em: 20 mar. 2008.

²⁵Idem

²⁶PINTO, op.cit.

Ocorre que, durante o ato virtual, todas as garantias conquistadas são respeitadas. A presença do defensor é garantida e obrigatória, de forma que o acusado pode, com seu causídico, entrevistar-se reservadamente, mediante contato telefônico em linha exclusiva, antes do ato de interrogatório, com vistas a receber instruções à sua defesa. Assegura-se ao detento a presença de um segundo advogado na carceragem.

Durante o ato virtual, o magistrado adverte que o réu não estará obrigado a falar a verdade, podendo calar-se sem que tal implique em confissão. É feita a leitura da denúncia. As perguntas são feitas diretamente pelo magistrado ao acusado em interação mútua. Às partes (Ministério Público e advogados) são asseguradas as reperguntas.

Ao acusado é facultado o acompanhamento da prova produzida, a realização da contraprova, podendo o mesmo se utilizar de qualquer meio lícito tendente a esclarecer a verdade, cabendo-lhe interferir nas reperguntas de seu causídico, mediante comunicação em linha telefônica exclusiva.

Quanto à suposta infração à forma e ao lugar do ato de interrogatório, preconizados pelo CPP, tem-se a dizer que, quando a finalidade do ato é atingida, não se avista nulidade alguma (leitura do art. 527, inciso II do CPP). Ademais, a mera mudança de procedimento de apresentação do réu ao juiz não elimina garantias constitucionais. Para que serve o interrogatório? Para que o réu ouça as acusações que lhe foram formuladas e manifeste, se for de seu desejo, a sua versão sobre os fatos; para que noticie ameaças e tome conhecimento das provas produzidas. Se o interrogatório *on-line* propicia todos esses fatores, por que rechaçá-lo pura e simplesmente, por mero apego ao formalismo?

No que se refere à alegada afronta ao Princípio da legalidade, salienta-se: no processo penal brasileiro, vige o Princípio da ampla liberdade na produção de provas (art. 155 do CPP), que somente pode ser excepcionado nos casos de previsão expressa. A ilação é a de que, se todo meio de prova é admitido, mesmo quando não previsto dentre as modalidades previstas em lei, o interrogatório *on-line* é possível.

Ademais, impende frisar que o ordenamento jurídico brasileiro possui normas que contemplam o uso da referida tecnologia. Nesse sentido, é a recente Lei nº. 11.900/2009, a qual prevê a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência; a regra do art. 69, nº. 2 do Decreto nº. 4388, de 25 de setembro de 2002, que recepcionou em nosso ordenamento o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Previsão semelhante está no art. 24 item 2, b, do Decreto nº. 5015, de 12 de março de 2004, que sancionou a convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

6 Considerações finais

O interrogatório *on-line* harmoniza as exigências da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal com a celeridade, segurança, economicidade, publicidade dos atos processuais e presteza na produção de provas.

Os órgãos judiciários brasileiros que operam com o interrogatório *on-line* cantam ar de vitória no combate à morosidade dos processos criminais, a exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que foi pioneiro na aplicação da tecnologia. Segundo dados revelados, “o judiciário paraibano está ganhando em produtividade, já é possível fazer até quinze audiências por dia, sem que o juiz saia de sua sala; no sistema anterior, o juiz ouvia, no máximo, quatro presos diariamente²⁷. Outros Estados brasileiros operam com a destacada tecnologia, quais sejam, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Brasília, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Inúmeros países incorporaram a tecnologia audiovisual a seus ordenamentos jurídicos, quais sejam: Estados Unidos, Canadá, Austrália, França, Espanha, Itália, entre outros.

A tendência mundial é a legalização do uso de sistema audiovisual para colheita de interrogatórios de réus, quando fundadas razões de segurança, complexidade, ordem pública e de celeridade recomendarem, respeitadas, por óbvio, todas as garantias constitucionais conquistadas.

O Brasil não pode alijar o progresso tecnológico pura e simplesmente, apegando-se a formalismos sem expressão, remando em contramão às experiências exitosas de países aplicadores da videoconferência, sobretudo porque é palco de atuação de facções criminosas especializadas.

O Supremo Tribunal Federal atemorizou a todos os aplicadores do instituto quando, em 14 de agosto de 2007, nos autos do Habeas Corpus 88.914-0, São Paulo, o Relator Ministro Cezar Peluso, seguido pelos demais ministros, anulou processo judicial em trâmite na 30ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital /SP, haja vista que o paciente teria sido inquirido por meio eletrônico audiovisual.

A decisão do Supremo Tribunal Federal gerou grande repercussão no meio Judiciário, sobretudo diante do efeito “cascata” que iria provocar. Sendo assim, com receio de evitar que todos os atos processuais pudessem ser anulados, quando os recursos movidos contra os interrogatórios a distância alçassem o STF, magistrados cancelaram tele-audiências.

A experiência internacional e a nutrida pelos Tribunais Brasileiros indicam que a adoção da videoconferência para coleta de interrogatórios de réus otimiza e acelera a prestação jurisdicional, elimina a burocrática expedi-

²⁷NALINI, op. cit.

ção de cartas precatórias, rogatórias e de ordem, evita “julgamentos costumeiramente realizados à revelia”, provoca economicidade ao erário público, minora problemas relativos à superlotação carcerária, comuns nas penitenciárias brasileiras; e agrega segurança à sociedade e aos detentos.

Não se pode fechar as portas da evolução procedimental para o Judiciário. Não se prega o fim dos formalismos jurídicos, nem a mitigação de direitos e garantias constitucionais conquistados, mas a compatibilização dos mesmos com os avanços tecnológicos. As formas devem servir à celeridade processual.

É preciso manter a confiança nos juízes criminais, que são os verdadeiros guardiões dos direitos constitucionais conquistados. Certamente, não permitirão os magistrados o emprego das novas técnicas em situações tais que possam malferir princípios consagrados.

Existem inúmeras formas de extirpar todos os entraves lançados contra o interrogatório a distância. Há como se adequar o ato em conformidade a todos os princípios constitucionais consagrados. Basta que se garanta ao acusado ampla liberdade probatória, de expressão, de ciência prévia e de participação efetiva em audiência.

Certamente, as discussões serão amenizadas após a edição da Lei nº. 11.900/09, que previu a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Como visto, a resistência quanto à implantação de modelos modernos, capazes de agilizar a justiça, no campo do direito, sempre se fez sentida. A princípio, com a máquina de taquigrafia, empós contra os computadores, seguidos pelo fax. Quem sabe as críticas contra os interrogatórios *on-line* sirvam “apenas como um capítulo pitoresco em nossa história, se ombreando à recomendação acima transcrita (que reclama que o juiz lavre de próprio punho a sentença), ambas compondo um museu de curiosidades”²⁸.

Se o crime organizado realiza suas operações em poucos segundos ou minutos, como pode a Justiça demorar mais de um ano para ouvir uma testemunha em outro Estado ou país? Processos prescrevem antes mesmo do interrogatório do acusado, gerando sensação de impunidade no seio social, estimulando a prática de crimes. A questão já não é saber se a Justiça “deve”, senão definir “como” pode valer-se de todos esses avanços tecnológicos²⁹.

O teleinterrogatório não é um dos males do tempo. Ao contrário, vem eliminar certas burocracias e óbices ao andamento dos feitos criminais³⁰.

É tempo de olhar para frente.

²⁸PINTO, op.cit.

²⁹FIGLIARETTI, op. cit.

³⁰ARAS, op. cit.

Referências

- AJUFE CONSIDERA LEGAL O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. Disponível em: <http://www.nominuto.com/cidades/ajufe_considera_legal_o_interrogatorio_por_videoconferencia/4378>. Acesso em: 20 mar. 2008.
- AMORIM, Luciana Magalhães Oliveira. Interrogatório por videoconferência. *Evolução Tecnológica no meio forense. Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=11350>>. Acesso em: 20 mar.2008.
- ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6311>> Acesso em: 20 mar. 2008.
- BARROS, Marcos Antônio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no processo penal. In: *Revista CEJ*. Brasília, n. 32, p. 116-125, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. . São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEZERRA, Ana Cláudia da Silva. *Interrogatório on-line e a ampla defesa*. Advogado ADV. 2005. Disponível em: <<http://advogado.adv.br/artigos/2005/anaclaudiasilvabezerra/interrogatporioonline.htm>> . Acesso em: 20 mar. 2008.
- BEZERRA, Bruno Gurgel. *A aceitação do interrogatório por videoconferência no Brasil*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em: 20 mar. 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONILHA, Márcio Martins. *Juízes poderão interrogar presos de alta Periculosidade em presídios*. Melfinet 2001. Disponível em: <<http://www.melfinet.com.br/m2/pla/01/115.htm>> Acesso em: 12 mar. 2008.
- BRANDÃO, Edison. *Benefício Social: videoconferência garante cidadania à*

população e aos réus. *Revista Consultor Jurídico*. 06.10.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/30461,1>. Acesso em: 12 abr. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Processo eletrônico: informatização judicial*. TJ do Rio testa videoconferência para ouvir presos. *Processo eletrônico*. 31.07.2006. Disponível em: <<http://blog.processoeletronico.com.br/2006/07/31/tj-do-rio-testa-videoconferencia-para-ouvir-presos/>> Acesso em: 12 abr. 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Roberto. *O interrogatório por videoconferência e os direitos fundamentais do acusado no processo penal*. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/o_interrogatorio.htm> Acesso em: 15 mar. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: [s.n] , 2004.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório a distância: o novo tipo de cerimônia degradante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n.134, p.269-273 , abr.-jun. 1997.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. “Olho no Olho: para a OAB, videoconferência pode confundir testemunhas. *Revista Consultor Jurídico*. Conjur. 26.03.2004. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/22542,1>>. Acesso em : 07 mar. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *A falácia dos interrogatórios virtuais*. Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/virtuais.htm>> Acesso em: 15 mar. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias: O novo em direito e política*. Tradução de Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FIGUEIREDO, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: Interrogatório on-line*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

GOMES Luiz Flávio. *Interrogatório por videoconferência: vale ou não vale?* Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. *Senado aprova interrogatório por videoconferência.* Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> Acesso em: 15 mar. 2007.

_____. *O uso da videoconferência na justiça brasileira.* Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> Acesso em: 15 mar. 2007.

GOMES, Otávio. *Rio reforçará escolta de presos.* Tribunal da Imprensa On-line. Rio de Janeiro, 29.12.2005. Disponível em: <<http://www.Tribuna.inf.br/antiores/2005/dezembro/29/noticia.aps?noticia=pais01>> . Acesso em: 07 mar. 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *A video conferência ou interrogatório on-line: seus contornos legais e a renovação do processo penal célere e eficaz.* Disponível em: <http://sunweb-tjmg.gov.br/ejef/publicações/artigos/a_videoconferencia_ou_interrogatorio_on.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Interrogatório como meio de defesa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.53, p.185-200, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JESUS, Damásio E. de. *Eu e o computador.* Jus Navegandi . Teresina, ano 3, n 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1755>> Acesso em: 07 mar. 2008.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. *A instrumentalidade garantista do processo penal.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

MARQUES, Frederico. *Curso de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1954.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

NALINI, Leandro. *Com boa vontade*. Visão provinciana impede a evolução da videoconferência. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/37119,1>> Acesso em: 03 mar. 2008.

NERES, Aimar. *Tempo Real*. TJ do DF. *Revista Consultor Jurídico-Conjur*. São Paulo. 17.06.2003. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/static/text/4989,1>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

NUNES, Adeildo. *Câmara dos deputados*. Departamento de Taquigrafia Revisão e Redação. Núcleo de Revisão das Comissões. Comissão de Educação Cultura e Desporto. Seminário 001021/00 25.10.2000.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói: Impetus, 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite *O interrogatório criminal como instrumento de acesso à justiça penal: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PINTO, Ronaldo Batista. *Interrogatório on-line ou virtual*. Constitucionalidade do ato e vantagens em sua aplicação. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 11, n. 1231, 14.11.2006. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9163>. Acesso em 07 mar. 2008.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Matéria publicada no Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 8, n. 93, agosto 2000. Disponível em: <http://fadi.br/link/penal_publ_02.html>. Acesso em: 07 mar. 2008.

RANGEL, Paulo. *Teleconferência ou videoconferência*. Disponível em: <<http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art.92.htm>> Acesso em: 07 mar. 2008.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. *Jornal Nacional*. Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,MUL757068-10406,00-BNDIDOS+PERI-GOSOS+SERÃO+SOLTOS+EM+SÃO+PAULO>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

SOARES, Julio Cesar Simbra; MACHADO, Eduardo Marques. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 3, n. 3, out. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/34/01.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

TORNAGUI, Hélio Bastos. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino. 1967.

_____. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEI MARIA DA PENHA

Andréa Bezerra Pequeno de Alustau
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

O nascimento, a promulgação da tão esperada Lei 11.340/06 - carinhosa e com justiça, chamada de Lei Maria da Penha - só foi possível graças às mudanças significativas no contexto social, várias delas surgidas em meio a movimentos feministas e de direitos humanos.

A principal delas foi a mudança da condição passiva, em que a mulher apenas cambiava da submissão à vontade paterna para a dominação e submissão ao marido, sendo suas únicas funções gerar e criar os filhos, ser uma boa esposa e dona-de-casa, garantindo o bem-estar do marido, seu provedor; passando a uma condição ativo-participativa, não só no mercado de trabalho, como também na comunidade e no seio familiar.

O aumento da participação da mulher no mercado de trabalho e na sociedade implica diretamente menor dominação patriarcal, menor aceitação e tolerância ao machismo, assim como implica, diretamente, maior respeito aos seus direitos.

Esse aumento possibilitou a invasão das mulheres em áreas antes reservadas exclusivamente aos homens, tais como política, cargos de chefia, entre outras e, principalmente, nas universidades, possibilitando a formação de profissionais qualificadas e aptas a competir com os homens em igualdade de condições, em que pese, ainda, a existente diferença salarial.

Com isso, houve a necessidade de assegurar às mulheres o respeito aos seus direitos, antes, muito violados. Assim, o Estado passou a agir por meio de normas de discriminação positivas, que é a atuação na efetivação da igualdade de direitos, protegendo os hipossuficientes, sem tutelá-los, sempre respeitando suas vontades e personalidades, ressaltados àquelas hipóteses de pessoas desprovidas de vontade válida, tais como crianças e adolescentes, ou mesmo deficientes mentais.

Assim, o Estado criou a Lei Maria da Penha, isto é, o meio normativo destinado a proteger toda mulher (hipossuficiente) vítima de violência doméstica ou familiar, ele nasce com o escopo instrumentalizador, criando mecanismos para prevenir e coibir todo tipo de violência contra a mulher, nos âmbitos doméstico e familiar.

A Lei Maria da Penha visa prevenir, por meio de ações educativas, informativas e sociais, bem como coibir, punindo, reprimindo e cessando a

continuidade de práticas violentas contra a mulher, sempre no âmbito doméstico e familiar.

Desta feita, a Lei Maria da Penha visa ao atendimento integral à mulher vitimada, por meio de proteção jurídico-legal, social, assistencial e humano, destacando-se como mecanismos de especialização da tutela jurisdicional a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, as medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, entre outras em breve comentadas.

A Lei 11.340/06, em seu artigo 2º, reafirma os direitos humanos proclamados na Carta Constitucional Brasileira a toda mulher, entendendose esse termo como a universalidade do gênero feminino, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, sendo esse rol meramente exemplificativo.

Assim, a Lei Maria da Penha veio proteger, categoricamente, a mulher homossexual ou heterossexual, rica ou pobre, negra ou branca, jovem ou senil, analfabeta ou com doutorado, enfim, toda e qualquer mulher vítima de violência doméstica e familiar. O que determinará a aplicabilidade da lei é que a violência contra a mulher, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial, ocorra no âmbito de uma relação familiar ou doméstica.

Ao positivar a proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, o Estado instituiu, como já fez em outros estatutos protetivos (menores e idosos), a chamada responsabilidade tríplice ou tríade protetiva, atribuindo à família, à sociedade e ao poder público a efetividade dos direitos assegurados na Lei Maria da Penha.

Ao Estado cabe estabelecer políticas públicas de atendimento efetivo por meio de ações concretas nas mais diversas áreas, da Justiça ao Esporte, da Saúde ao Lazer, sempre no escopo único de efetivar os direitos assegurados.

Destarte, diante da similaridade de intuito protetivo das normas positivadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, o legislador ordinário abriu margem à aplicação analógica desses institutos às normas da Lei 11.340/06.

2 Conceito de violência doméstica e familiar

Ao discorrer sobre o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, o legislador a definiu como toda ação ou omissão, baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, em sua condição feminina, que

lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que ocorra no âmbito da unidade doméstica, no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto da vítima.

Entende-se como *unidade doméstica* o convívio, a coabitação de pessoas, com ou sem vínculo familiar ou afetivo, seja em caráter permanente ou esporádico. Esse é o único caso em que a lei exige, para configuração da violência doméstica e familiar, a espacialidade, a coabitação entre o agressor e a mulher vitimada, quer estes tenham ou não relações de afeto ou familiares.

Assim, ocorre, por exemplo, com o cafetão que explora sexualmente a prostituta dentro do prostíbulo, entre pessoas que convivam em um albergue ou casa de estudantes, ou até mesmo em um reformatório. O universo de situações é ilimitado, sendo seu único requisito necessário a coabitação entre vítima e agressor.

Entende-se como *família*, igualmente para efeitos legais, a comunidade de pessoas ligadas por vínculos parentais, sejam eles naturais, afins ou por vontade (pessoas que se consideram aparentadas), sendo indiferente a convivência sob o mesmo teto, na mesma unidade habitacional.

Nessa situação, temos como exemplo a relação de mãe e filho(a), tia e sobrinho(a), empregada e patrão(oa), especificamente naqueles casos em que esta é tida, é tratada como uma pessoa da família, do contrário, incide na situação de unidade doméstica, entre inúmeras outras, seja praticando qualquer uma das condutas comissivas ou omissivas.

Por fim, mas não menos importante, temos a violência praticada no seio de *relações íntimas de afeto*, que, assim como as familiares, não necessitam de coabitação. Estas ocorrem nos casos em que vítima e agressor tenham, ou tenham tido relacionamento afetivo, tenham ou não habitado no mesmo lar. Em geral, ocorrem nos relacionamentos amorosos, tais como namorados, noivos, cônjuges, companheiros e respectivos “ex”. É a forma mais conhecida, mais habitual de violência doméstica e familiar, mas nem por isso menos grave e ultrajante.

O legislador, embora tenha tido a melhor das intenções, não foi feliz ao atribuir, denominar o tipo de violência praticada contra a mulher, para efeitos da lei, como de violência doméstica e familiar. Mais correto seria ter utilizado a preposição *ou*.

Isto porque, interpretando-se sistematicamente os dispositivos da lei, assim como os seus fins sociais, percebe-se que os requisitos de coabitação e relações, sejam estas familiares ou afetivas/amorosas, podem ou não coexistir para que a violência praticada contra a mulher seja classificada de violência doméstica e familiar.

Antes de prosseguir, é importante frisar que uma mesma mulher vítima de violência doméstica e familiar pode ser tutelada, protegida não só pela Lei Maria da Penha, mas por outras normas protetivas concorrentes, isto porque é alcançada pela lei não só a mulher adulta, mas a criança (proteção concorrente com o Estatuto da Criança e do Adolescente), a legalmente idosa (proteção concorrente com o Estatuto do Idoso) etc.

Com isso, uma criança ou adolescente vítima de abusos sexuais e/ ou maus-tratos (como costumeiramente é noticiado nos jornais), vai ser tutelada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com suas normas protetivas, seus crimes capitulados, como pela Lei 11.340/06, igualmente por todos os seus institutos, sejam eles protetivos ou repressivos.

Como ocorre com uma idosa vítima de tortura ou abuso financeiro praticado por seus filhos e/ou empregados, que receberá a proteção do Estatuto do Idoso e da Lei Maria da Penha.

Desnecessário frisar, como o fez o legislador, por mais de uma vez no corpo da lei, que a proteção se estende a toda mulher, independentemente de orientação sexual. Assim, exemplificativamente, violências praticadas no seio de um relacionamento amoroso homossexual estão enquadradas no contexto de violência doméstica e familiar.

O critério determinante é em razão da pessoa da vítima (inexoravelmente mulher), e de seu vínculo pessoal com o agente do fato (que pode ser homem ou mulher), ou seja, que a violência se dê no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Conclui-se, pois, que podem ser autores, agentes de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, toda e qualquer pessoa, homem ou mulher, que, no âmbito da unidade doméstica ou de relações familiares e afetivas, por ação ou omissão, agridam física, psicológica, sexual ou moralmente, ou causem danos moral ou patrimonial a uma mulher, independentemente de sua idade, orientação sexual, raça, etnia, religião, situação financeira, entre outros fatores de discriminação ou preconceito.

3 Das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher

A Lei Maria da Penha estabeleceu cinco formas, cinco espécies de violência a serem rechaçadas pela tríade protetiva: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Contu-

do, deixou claro no *caput* do artigo que as define que o rol nele contido é meramente exemplificativo, e não exaustivo.

A primeira delas é a *violência física*, legalmente conceituada como aquela que ofende a integridade ou saúde corporal de outrem. Ofensa à integridade física é aquela provocada por conduta ativa ou passiva, causando lesões, ferimentos na mulher vitimada, podendo, inclusive, causar-lhe a morte.

É a mais comum e conhecida da população em geral, para muitos desconhecedores do alcance da lei, a única tutelada. É a facada, a surra, o ponta-pé, a queimadura, o beliscão, o chute etc.

Já a ofensa à integridade corpórea da mulher é aquela relacionada à saúde, à condição saudável da mulher. Não é uma agressão propriamente dita. Assim como a ofensa à integridade física se dá por ações e omissões, contudo, difere desta porque atinge a saúde da mulher como um todo, deixando-a suscetível a doenças.

É uma inovação da lei, podendo-se citar como exemplo desse tipo de violência a inanição proporcionada pelo marido à esposa, ou aquela mulher que está doente e o marido não a leva ao médico, agravando seu estado de saúde, muitas vezes, xingando-a, ofendendo-a.

A *violência psicológica*¹ é aquela exercida por condutas ativas e negativas que causam danos ao equilíbrio emocional e psicológico da mulher vitimada, enfraquecendo ou aniquilando sua auto-estima e capacidade de autodeterminação.

Não é a mera ofensa destemperada ou ocasional, é aquela insistente, contínua, que mina a auto-estima, o emocional, a psique da mulher vítima, a ponto desta não mais se reconhecer como mulher, como ser humano, mas tão-somente como a imagem distorcida impingida por seu agressor. É aquela que lhe imobiliza, que lhe retira a identidade, bem como a capacidade de reação e autodeterminação, de pensar por si mesma, de traçar e concretizar planos de vida. É uma patologia que causa danos emocionais gravíssimos na mulher vitimada, deixando-a completamente sem forças de lutar contra a violência psicológica empregada por seu agressor.

Assim, ocorre com a diminuição contínua ou aniquilação das qualida-

¹O artigo 7º, II, da Lei 11.340/2006, conceitua a violência psicológica como sendo “qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima, ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.

des da mulher, por exemplo, quando se diz que determinada mulher não presta para nada, que é um estorvo que ninguém quer; ocorre, também, em casos de vigilância constante, limitando o direito de ir e vir da mulher, havendo privação do convívio com familiares e outras pessoas, isolando-a dentro dos limites delineados pelo agressor.

Ao conceituar a *violência sexual*² Artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha: “a violência sexual é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”., o legislador quase que exaustivamente positivou a proteção e o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, ao longo do inciso supracitado.

Está protegida por esse artigo, além de outras situações não exemplificadas, qualquer ação que constranja, induza, impeça, force ou anule a vontade da mulher vitimada, obrigando-a a praticar, a que com ela se pratique, ou mesmo a que presencie qualquer ato sexual, ou que a impeça ou obrigue ao matrimônio, gravidez ou aborto, por meio de ameaças, coações, força física ou violência psicológica.

Pela lei, assegura-se o direito da mulher, dentro do matrimônio, de dizer sim ou não a qualquer relação sexual, afastando, por completo, o antiquado e nefasto declarado “direito do homem” a consumir o ato sexual quando bem entendesse, sem que estivesse praticando violência contra a mulher.

A *violência patrimonial* é aquela entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Mais uma vez, o legislador foi bem abrangente ao tratar dessa espécie de violência. Aqui estão enquadradas as mais variadas situações. A retenção pode ser compreendida como a apropriação, a sonegação de bens e valores de ordem econômica e emocional da mulher vitimada. A subtração é a retirada do

²Artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha: “a violência sexual é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”.

bem da esfera de disponibilidade da vítima (exemplo típico é o crime de furto). Destruição parcial ou total está intimamente voltada à prática de danos a bens e valores da mulher vitimada.

De forma bem extensiva, a lei assegura a proteção de bens, valores, direitos e recursos econômicos da mulher, inclusive trabalho e documentos pessoais, bem como os destinados à satisfação de suas necessidades.

Isto porque, em muitos casos, a sonegação ou subtração, por exemplo, de documentos pessoais ou de instrumentos de trabalho, visam e atingem diretamente à liberdade da mulher vitimada, quando esta tenta reagir ao seu agressor.

Privando a mulher de meios econômicos próprios de subsistência, muitas vezes, o agressor a mantém presa à situação de opressão, de violência, sem que esta tenha forças de lutar, de reagir, daí a necessidade de proteção integral a todo e qualquer bem ou valor, seja de natureza econômica ou patrimonial, seja de importância pessoal, tais como aqueles de valor afetivo ou de uso pessoal.

Mais uma vez se afasta a idéia antiquada, para não dizer machista e ultrapassada, de que o marido ou companheiro (nos casos em que a violência ocorre no âmbito de relações de afeto) é dono, por exemplo, do salário ou qualquer outra vantagem econômica auferida por sua esposa ou companheira, retendo para si o fruto do trabalho desta.

Por fim, mas, não menos importante, tem-se a *violência moral*³. Como definida pelo legislador, a violência moral confunde-se com as figuras típicas dos crimes contra a honra⁴. Visa desmoralizar, desacreditar a mulher vitimada. É a degradação da sua honra que, muitas vezes, acarreta violência psicológica, com que se confunde.

Destarte, conclui-se que, em muitos casos, uma única conduta do agressor pode acarretar mais de uma espécie de violência catalogada no artigo 7º da Lei Maria da Pena.

Assim, exemplificativamente, um cafetão que explora sexualmente uma mulher, induzindo-a à prostituição, retendo para si todo o

³Artigo 7º, inciso V da Lei 11.343/06: “violência moral entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

⁴Nas sábias palavras do renomado mestre MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed..São Paulo: Atlas, 2003. p. 940, calúnia “é afirmar, falsamente, que o sujeito passivo (mulher) praticou determinado delito”. Ainda conforme o autor, a difamação (p. 953) “consiste na atribuição a alguém de um fato desonroso, mas não descrito como crime”. Por fim, define injúria como “ofender a honra subjetiva do sujeito passivo, atingindo seus atributos morais (dignidade) ou físicos, intelectuais, sociais (decoro)”.

lucro de seus encontros sexuais, pratica contra ela violência sexual e patrimonial.

4 Principais alterações e inovações

4.1 Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher

A Lei 11.340/2006, em seu artigo 13, faculta à União, ao Distrito Federal e Territórios, e aos Estados, a criação dos por ela denominados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Ao assim dispor, o legislador determinou que tais juizados teriam competência mista, ou seja, seriam competentes para o processo, o julgamento e a execução das causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, delimitando sua competência material, especializando a tutela jurisdicional, ou seja, competência exclusiva para causas, cíveis e criminais, decorrentes de situações de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Seguindo sua natureza protetiva, e em atenção à hipossuficiência da mulher vitimada, o legislador determinou que o foro para causas cíveis decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher seria determinado segundo opção da ofendida.

Com isso, de acordo com a opção da vítima, as causas cíveis decorrentes dessa relação poderão ser propostas em seu domicílio, no local em que ocorreu o fato, ou no domicílio do agressor.

Frise-se que tal situação só ocorre nas causas cíveis. Nas causas criminais que versem sobre a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, serão obedecidos os critérios determinados no Código de Processo Penal e legislação especial, que, em geral, determina como foro competente o lugar em que se consumou o fato criminoso.

4.2 Renúncia à representação

A Lei Maria da Penha traz em seu bojo norma especial de exceção, aplicável às ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, ao discorrer sobre o direito da vítima de renunciar à representação ofertada.

De acordo com o artigo 16 da Lei, a mulher vítima de violência doméstica e familiar só poderá renunciar à representação na presença do magistrado, em audiência especialmente designada, antes do recebimento da denúncia, sempre ouvido o representante do Ministério Público.

Vários são os fatores que levaram o legislador a criar essa norma de exceção, sendo a livre disposição da mulher vitimada de processar seu agressor o principal deles.

Adotando-se tal medida, diminui-se o risco da vítima renunciar à representação por medo ou temor, ou por ceder a ameaças do agressor, ou até mesmo por interferência de terceiros no momento em que a violência é levada ao conhecimento das autoridades, em geral, nas delegacias de polícia. Assegura-se que a mulher reflita e decida livremente o que é melhor para ela, ou seja, processar ou perdoar seu agressor.

Mister faz-se ressaltar que a lei foi inovadora ao autorizar a renúncia à representação após o oferecimento da denúncia, mas, antes de seu recebimento, contrariando o disposto no Código Penal (artigo 102) e no Código de Processo Penal (artigo 25), que dispões que a representação é irretroatável após o oferecimento da denúncia.

Tal exceção aplica-se, exclusivamente, às ações penais públicas condicionadas à representação que decorram de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, deve o magistrado, antes de receber a denúncia, designar audiência especialmente para ouvir a vítima, sem a presença do agressor, a fim de ratificar a representação ofertada. Nessa audiência, o Ministério Público poderá intervir orientando a vítima da importância de seguir com o processo ou mesmo postulando a aplicação de medidas protetivas, contudo, não poderá se opor à renúncia.

Em que pese o entendimento de alguns, não há que se falar de ofensa ao direito de defesa, pela não participação do agressor nessa audiência. Primeiro, porque não existe, ainda, relação processual formada, posto que o réu ainda não integra a lide, o que só se dá com a citação válida. Segundo, porque o intuito da lei é garantir que a vítima disponha livremente de seu direito de processar ou não o agressor, o que, de certo, estaria seriamente comprometido pela presença do mesmo na referida audiência.

4.3 Vedação a aplicação de penas de cesta básica e pecuniárias

O artigo 17 da Lei Maria da Penha veio endurecer o tratamento penal aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Nele há a vedação expressa de aplicação de pena de cesta básica ou pena pecuniária.

O objetivo dessa norma é afastar a trivialidade, até então corrente, nos

crimes, principalmente de lesão corporal leve, cometidos com violência doméstica, em que muitas vezes a vítima era desencorajada a procurar a Justiça, pois, costumeiramente, seu agressor, vezes em sede de transação penal, vezes em sede de condenação, era obrigado tão-somente a pagar uma cesta básica ou uma singela multa, sendo que o numerário necessário, muitas vezes, sairia do sustento da família, ou do fruto do trabalho da própria vítima.

Tal prática, além de imoral, era perversa com as mulheres vítimas de violência doméstica, consistindo numa verdadeira segunda agressão, desta feita, com a tutela estatal.

4.4 Competência cumulativa das Varas Criminais

A Lei 11.340/2006 apregoa a competência transitória das Varas Criminais para processo e julgamento das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (vide artigo 33).

Essa determinação vem sendo muito debatida na doutrina, sob a alegação de que não trará benefícios à mulher vitimada. A priori, a reunião de atribuições cíveis e criminais numa mesma Vara facilitaria a vida da mulher vitimada, evitando uma verdadeira peregrinação por corredores de Fóruns.

Entretanto, dar atribuição cível a juízos criminais, já superlotados, desparelhados das necessidades específicas da mulher vitimada (atendimento multidisciplinar, assistente social, psicólogos, entre outros), mitiga a tutela jurisdicional dispensada ao caso.

Certamente, as Varas de Família estariam mais aparelhadas para receberem, em caráter transitório, isto é, até a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, ações cíveis decorrentes de violência doméstica e familiar que versassem, por exemplo, sobre separação de corpos, guarda de filhos, partilha de bens etc.

4.5 Inaplicabilidade da Lei 9099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher

No artigo 41 da Lei 11.340/06⁵, o legislador ordinário criou norma especial de exceção, afastando peremptória e terminantemente a aplicação da lei dos Juizados Especiais aos crimes decorrentes da prática de violência doméstica e familiar

⁵Reza o artigo 41 da Lei Maria da Penha, *verbis*: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

contra a mulher.

Urge ressaltar que não há qualquer inconstitucionalidade no dispositivo destacado. Primeiro porque, quando a Carta Magna tratou da criação dos Juizados Especiais Criminais, o fez atribuindo ao legislador ordinário determinar as hipóteses previstas em lei para aplicação de seus institutos despenalizadores e procedimento sumaríssimo.

Assim surgiu a Lei 9.099/95, ordinária, posteriormente modificada pela Lei 11.313/06. Assim surgiu o Código Nacional de Trânsito, contendo em seu texto norma especial permissiva, possibilitando a aplicação de alguns dos institutos contidos na Lei dos Juizados aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, não enquadrados no conceito de menor potencial ofensivo.

Assim surgiu a Lei Maria da Penha, também lei ordinária que, na contramão do Código Nacional de Trânsito, trouxe em seu bojo norma especial de exceção, vedando categoricamente a aplicação da Lei 9.099/95 a qualquer crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, em que pese a clareza do dispositivo citado, vários são os doutrinadores e Tribunais que relutam em aplicar a regra de exceção em sua totalidade, especialmente, quando em debate a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (artigo 88), bem como a possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89).

Muito se tem discutido se a Lei Maria da Penha ressuscitou a natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Renomados mestres, como Damásio de Jesus⁶, defendem a tese de que a intenção do legislador foi a de apenas afastar a aplicação dos institutos despena-

⁶Leciona o citado autor que “segundo entendemos, a Lei n.º. 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. Público e condicionado, o procedimento policial e o processo criminal, seu prosseguimento, no caso de a ofendida desejar extinguir os males de certas situações familiares, só viria piorar o ambiente doméstico, impedindo reconciliações. O propósito da lei foi o de excluir da legislação a permissão da aplicação de penas alternativas, consideradas inadequadas para a hipótese, como a multa como a única sanção e a prestação pecuniária, geralmente consistente em “cestas básicas” (artigo 17). O referido artigo 88 da Lei n.º. 9.099/95 não foi revogado nem derogado. Caso contrário, a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum seria também de pública incondicionada, o que consistiria em retrocesso legislativo inaceitável. Além disso, de ver-se o artigo 16 da Lei n.º. 11.340/2006: não teria sentido falar em renúncia à representação se a ação penal fosse pública incondicionada”.

⁷Comungam dessa orientação o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a doutra 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

lizadores da lei dos Juizados, permanecendo inalterada a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa⁷.

Em que pese a sapiência incontestável do festejado Damásio de Jesus, tenho que discordar de seu entendimento. É inegável a intenção do legislador de proteger a mulher vitimada e seus filhos, quase sempre com sua vontade viciada por medos, ameaças e promessas nunca cumpridas.

Dando-se uma interpretação teleológica, conclui-se que o legislador quis não apenas afastar o procedimento dos Juizados Especiais, com seus institutos despenalizadores, mas sim a Lei 9.099/95 em sua integralidade, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer de suas benesses, dentre elas a representação da vítima nos crimes de lesão corporal leve e de lesão culposa e de possibilidade de suspensão condicional do processo.

Isto porque, se permanecesse a necessidade de representação da vítima em crimes desse jaez, estar-se-ia tornando inócua a Lei 11.340/06 no tocante a essa espécie de delito, uma vez que as vítimas de violência doméstica e familiar, seja por medo de represálias, seja por sentimento de afeto nutrido por seus agressores, poderiam facilmente renunciar à representação.

Daí o restabelecimento da natureza jurídica pública incondicionada das ações penais relativas aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa.

Igualmente não há que se falar que o artigo 16 da Lei Maria da Penha, que trata da renúncia da representação até o recebimento da denúncia, refere-se aos tais crimes. Pensar assim seria ir muito além da intenção do legislador ordinário, até porque outros crimes, que não esses, existem, como o delito de ameaça (numa situação de violência doméstica e familiar), que foram afastados da competência dos juizados especiais, mas que continuam a depender de representação da vítima.

Se o legislador quisesse excepcionar a manutenção dos artigos 88 e 89 da Lei dos Juizados Especiais aos crimes cometidos com violência doméstica e

⁸Comungam desse entendimento juristas de renome como Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Marcelo Lessa Bastos.

⁹Seguindo esse raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recentíssimas decisões, afastou absolutamente a aplicação da Lei dos Juizados aos crimes praticados com violência doméstica e familiar (vide processo nº. 990.08.067905-8 e recurso em sentido estrito nº. 990.08.062878-0, de novembro de 2008). Mesmo entendimento é adotado nas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

¹⁰O Excelso Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, vem decidindo pela inaplicabilidade integral da Lei 9.099/95, proclamando que “a lei nº. 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher” (5ª Turma, HC 84831, Rel Min. Félix Fischer, DJe 05.05.2008), merecendo destaque também os recursos especiais nº. 1000222/DF e 1050276/DF, julgados em 23 de setembro do ano findo.

familiar contra a mulher, teria feito expressamente (como o fez no artigo 291 do Código Nacional de Trânsito), não cabendo ao exegeta dar interpretação diversa da almejada pelo legislador, contrariando o intuito da lei, que é a proteção integral à mulher vitimada⁸⁹¹⁰.

5 Considerações finais

A Lei Maria da Penha veio em boa hora, para não dizer tardiamente. Mas, para que tenha o efeito desejado, é necessária uma profunda mudança na cultura da sociedade, disseminada nos mais diferentes contextos, voltada para a plenitude da igualdade e do respeito à condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Cabe ao Estado adotar as diretrizes traçadas na Lei para fazer valer o escopo nela impregnado de assistência e proteção integral irrestrita à mulher vitimada. É nesse aspecto que o papel do Ministério Público se apresenta de modo importantíssimo. Compete ao representante do *Parquet*, principalmente, por meio de ações extrajudiciais, compelir os órgãos públicos para que ponham em prática as políticas públicas voltadas para os fins a que a lei se destina.

Em seu aspecto processual-penal, muitas discussões ainda estão por vir, devendo cada vez mais sair fortalecida a corrente que apóia o endurecimento da repressão penal aos agentes de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, está se manifestando o Superior Tribunal de Justiça em reiteradas decisões, no que está sendo acompanhado por diversos Tribunais Estaduais que, a meu ver, são as mais acertadas.

Afinal, para que se atinja o escopo da lei, para que possamos alcançar as mudanças sociais necessárias ao respeito integral e irrestrito a toda e qualquer mulher, deve-se partir da premissa da tolerância zero, pondo fim a todo e qualquer benefício que, por anos, só acobertou as mais diversas formas de violência contra a mulher, seja através da aplicação de pena de cesta básica, seja pela “faculdade” atribuída à mulher (frise-se, fragilizada, ameaçada e dominada por seu agressor) de processar ou não seu algoz, seja pela suspensão de um processo que não passa, na prática, de mais uma humilhação para a mulher ofendida, que tem que enfrentar seu agressor com ares de que saiu ileso e com licença para atacá-la novamente.

Desta feita, retirar da mulher vitimada a disponibilidade do início da ação penal, nos crimes de lesão corporal leve e culposa, nada mais é do que uma

forma de protegê-la dela mesma e de todo o poder que seu agressor exerce sobre ela.

São por essas e outras razões que defendo e acredito na prevalência jurisprudencial e doutrinária do endurecimento processual-penal nas causas que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

Salve a Lei Maria da Penha, por tudo o que representa, a começar pelo nome que herdou, honradamente, mas, sobretudo, por trazer esperança de que uma nova realidade cultural se instale, baseada na garantia da igualdade e respeito irrestrito aos direitos humanos da mulher.

Referências

- BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei Maria da Penha, alguns comentários. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 10, n. 1189, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da lei dos juizados criminais. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 10, n. 1192, 2006.
- HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha, lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº. 11.340/2006*. Campinas: Servanda, 2007.
- JESUS, Damásio. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Jund Publicações Eletrônicas*, set.2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O USO DE ALGEMAS E A SÚMULA VINCULANTE: RETROCESSO OU AVANÇO NO ORDENAMENTO JURÍDICO?

Graciano Danillo Borba Orengo
Delegado de Polícia Civil

Rúbia Christianni de Freitas Vieira
Delegada de Polícia Civil

1 Introdução

Alagma é uma palavra originária do idioma arábico, *aljamaa*, que significa *pulseira*, entretantes, seu uso não se encontra disciplinado até hoje por nosso ordenamento jurídico. A Lei de Execuções Penais, no art. 199, determina que o emprego da algema seja regulamentado por decreto federal, mas, infelizmente, ainda não dispomos de decreto federal que cuide da matéria.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU; o Pacto de San José, da Costa Rica; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como a Resolução da ONU, de 30 de agosto de 1955, não abnegam o uso de algemas, mas advertem para o tratamento indigno do preso e o uso transversal das mesmas, com fins de constrangimento ou antecipação da pena.

O preso deve ter a sua imagem, intimidade, individualidade e honra respeitadas; sendo esses valores assegurados pelo Estado Democrático e pela Constituição Federal, em especial diante da presunção constitucional de não-culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença condenatória penal.

A respeito do tema, em artigo intitulado “As algemas e a inconsciência jurídica”, assim discorre Ronaldo Rebello de Britto Poletti, ex-Consultor Geral da República:

Trata-se de arbitrariedade ilegal e inconstitucional. Um abuso de autoridade que deveria ser punido. Uma truculência desnecessária, apesar das justificativas policiais, algumas cínicas: proteção do próprio preso; exemplos trágicos em que o detido reagiu; afastar a desculpa de violência letal por parte dos condutores na eliminação do conduzido e assim por diante.

E acrescenta:

Todos os que não resistem à prisão, inexistindo justo receio de sua fuga, não podem ser algemados, sob pena de violação dos direitos da pessoa humana, até porque se presume que a polícia tenha outros meios de assegurar que o detido não se transforme em uma ameaça perigosa com as suas mãos livres¹.

¹ SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. Questão de direito. In: *Prática Jurídica*, São Paulo, n.67, 2007. p.8.

No intuito de refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoas presas, inclusive evidenciado pela omissão por parte do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal – STF, por unanimidade, em sessão realizada em 13 de agosto de 2008, editou a Súmula vinculante nº. 11, proibindo a utilização das algemas durante operações policiais e julgamentos.

A partir de agora, o uso só será permitido em casos de receio de fuga ou de perigo à integridade física do próprio preso ou de terceiros, devendo a autoridade policial justificar por escrito o uso do instrumento. Os ministros estabeleceram que os presos só poderão ter as mãos imobilizadas em casos excepcionais, que incluam ameaças concretas à segurança alheia. A súmula ainda definiu que o uso indevido das algemas pode levar à nulidade da prisão ou até de um ato processual já em curso.

A questão do uso de algemas deve ser uma referência de segurança da equipe policial e do preso, no entanto não se pode admitir o uso de algemas de forma antiética, com vilipêndio à pessoa humana.

Infelizmente, até pela falta de regulamentação e a padronização interna, são comuns as reportagens que mostram o ato de algemar, deixando a percepção clara dos excessos e abusos praticados como forma de expor o preso ou conduzido à execração pública.

2 O ordenamento jurídico brasileiro e o uso de algemas

É curial ressaltar que as Constituições Brasileiras (desde as de 16 de julho de 1934, de 10 de novembro de 1937, de 18 de setembro de 1946, de 24 de janeiro de 1967, a Emenda Constitucional nº.1, de 17 de outubro de 1969, até a vigente, de 5 de outubro de 1988), não fizeram menção em seu texto sobre o ato de algemar.

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) estabeleceu, em seu art. 199, o seguinte: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Porém, há mais de vinte anos, aguarda-se regulamentação sobre o assunto.

Tendo em vista a falta de uma norma federal, o Estado de São Paulo normatizou, há muito tempo, com excelentes resultados práticos, o Decreto Estadual nº. 19.903, de 30 de outubro de 1950, sobre o uso de algemas. A matéria também é retratada nos mandamentos contidos na Resolução do então Secretário de Segurança Pública, Res. SSP-41, publicada no Diário Oficial do Estado, de 2 de maio de 1983.

Ora, num país em que se utiliza o sistema da *civil law*, no qual todo direito é exteriorizado na forma escrita, a falta desse decreto específico acarreta certa insegurança, devendo as regras para sua utilização ser inferidas, a partir de interpretação doutrinária dos institutos em vigor.

A Magna Carta, em seu art. 5º, III (segunda parte), assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, em seu inciso X, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra. Ademais, consagra em seu art. 1º, III, como princípio fundamental reitor, o respeito à dignidade humana.

As regras mínimas da ONU para tratamento de prisioneiros, na parte que versa sobre instrumentos de coação, mais precisamente em seu nº. 33, estabelecem que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição. Trata-se de uma recomendação de caráter não cogente, mas que serve como base de interpretação.

Pelo que se depreende do art. 284 do CPP, que embora não mencione a palavra “algebra”, sinaliza as hipóteses em que esta poderá ser utilizada, quando dispõe que “não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. Destarte, só excepcionalmente, quando realmente for necessário o uso de força, é que a algebra poderá ser empregada, seja para impedir fuga, seja para conter a violência da pessoa que está sendo presa. Em igual teor, retrata o art. 292 do CPP, ao falar da prisão em flagrante, permitindo o emprego dos meios necessários em caso de resistência.

Algumas leis infraconstitucionais retratam o assunto da utilização das algemas. O Código de Processo Penal Militar, Decreto-lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969, prevê no §1º, do art. 234, que o “emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou agressão por parte do preso”. Igualmente, utilizando-se da analogia, pode-se inferir o correto regramento do uso de algemas no nosso país, por intermédio da Lei 9.537/ 97, que dispõe sobre a segurança no tráfego em águas territoriais brasileiras, e em relação ao transporte de presos em aeronaves civis, numa demonstração inequívoca que tais autorizações legais são condicionadas a determinadas ocasiões e circunstâncias.

3 Atividade policial e a subjetividade da súmula

É um equívoco comum associar o uso da algebra ao emprego de força, quando, na realidade, ela é forma de neutralização da força e de imobilização do delinquente. É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o meliante pelo recurso da algebra do que pelo acesso a técnicas corpóreas de imobilização.

Pela súmula vigente, o uso de algemas é ressalvado quando o preso oferece resistência ou tenta fugir. E quando avaliar as situações em que as algemas podem ou não ser usadas?

Ora, na medida em que se asseguram garantias ao preso, também se

devem assegurar instrumentos de controle, de segurança pessoal da equipe policial e algum instrumento alternativo à algema para a condução diligente e eficaz do preso.

As algemas não servem apenas para garantir segurança à equipe policial, mas também para inibir a ação evasiva do preso e a prática de atos irracionais num momento de desespero que o conduzido possa apresentar, já que, em situações de estresse, como na hora de uma prisão, as pessoas são imprevisíveis, sendo impossível ao policial avaliar em que circunstâncias as algemas devem ou não ser utilizadas.

Não entendemos existir óbice ao uso das algemas como forma de impedir eventual ação evasiva ou ataque ao corpo policial, no entanto, deve sempre prevalecer o bom senso, a segurança da equipe e a imagem e honra do conduzido ou preso, sem abusos, resguardando seus direitos. Deve-se refrear o sensacionalismo estimulado pela mídia na cobertura jornalística da prisão de certas pessoas, sem tolher o acesso à informação e à liberdade de imprensa, garantias estas asseguradas num Estado Democrático de Direito.

Caso emblemático, em termos de uso de algemas, foi o assassinato do Juiz Rowland Barnes, 64 anos; e sua estenógrafa, Julie Brandau, na corte do Condado de Fulton, Atlanta, EUA, no mês de março do ano de 2005, enquanto atuavam no julgamento de Brian Nichols, 34, acusado de estupro, que, sem algemas, conseguiu retirar a arma da policial da escolta e alvejálos. O acusado, recapturado, foi descrito por seu advogado como pessoa “com uma personalidade tranquila e muito querido entre seus companheiros de trabalho”².

Dessa forma, difícil é precisar a real necessidade da utilização das algemas nas Delegacias e nos Fóruns, pois os critérios utilizados, principalmente pela súmula vinculante, são completamente subjetivos, dificultando os procedimentos de ordem policial e judicial. Vislumbra-se, ainda, um quadro de periclitção da incolumidade física de pessoas que circulam pelas Delegacias de Polícia e Fóruns Criminais, bem como os seus funcionários, os quais também são merecedores de proteção.

O recurso às algemas é, sim, o meio adequado e proporcional para a garantia de vida e integridade física da equipe policial e do investigado, acusado ou condenado, muito longe dos grilhões de outrora.

²CARNEIRO GOMES, Rodrigo. Regra, e não exceção. Uso de algemas garante integridade de policial e acusado. *Revista consultor jurídico*, 11.02.2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41838,1>>. Acesso em: 06 out. 2006.

4 O Supremo Tribunal Federal e o uso de algemas

Inicialmente, traremos à baila algumas decisões contrárias e favoráveis do Supremo Tribunal Federal sobre a utilização do uso de algemas.

No HC 89.429 (1ª Turma - Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.08.06), um Conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia que estava preso, buscava não ser algemado por ocasião de sua condução da carceragem da Polícia Federal, em Brasília, ao Gabinete de uma Ministra do STJ, onde seria ouvido, bem como em outros atos judiciais, e também não ser exposto à exibição para as câmeras de imprensa. Isso porque, por ocasião da prisão, o paciente teria sido algemado em sua residência e submetido a achincalhe, mediante exposição à imprensa de todo o país. A liminar requerida foi concedida, para garantir ao paciente o direito de não ser algemado por ocasião de sua oitiva no STJ. No mérito, reconheceu-se seu direito de não ser algemado por ocasião de outros transportes que viessem a ser feitos, a não ser em caso de reação violenta. Dois “habeas corpus” com fundamentos idênticos foram impetrados pelos co-réus, um Procurador de Justiça (HC 89.419) e um Desembargador (HC 89.416), com desfecho análogo.

Contrariamente, há julgamentos da própria Corte Constitucional admitindo o uso de algemas. No HC 71.195 – 2ª Turma – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.10.94, decidiu-se que o emprego de algemas em plenário do Júri não constituiu constrangimento ilegal porque, no caso concreto, a medida se revelou imprescindível à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes, porque havia informações de que o réu pretendia agredir o juiz-presidente e o promotor de justiça; e no RHC 56.465 (2ª Turma – Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 05.09.78), entendeu-se que o uso de algemas em audiência para inquirição e testemunhas é justificado para se evitar a fuga do preso e para preservar a segurança das testemunhas, inserindo-se a decisão no âmbito da condução pelo juiz dos trabalhos desenvolvidos na audiência.

Recentemente, os ministros do STF, ao apreciarem o HC 91.952 (Plenário – Rel. Min. Marco Aurélio - j. 07.08.08 – votação unânime), anularam o julgamento efetuado pelo Júri Popular da cidade de Laranjal Paulista, em 2005, onde o réu, um pedreiro acusado de homicídio, ficou algemado durante a sessão do Júri, tendo assim influenciado na decisão dos jurados, que fizeram um pré-julgamento, entendendo ser o réu culpado. A partir dessa decisão, o Tribunal deliberou elaborar a Súmula vinculante de nº. 11 sobre o tema.

A Súmula vinculante de nº. 11, aprovada em 13 de agosto de 2008, por unanimidade, proíbe a utilização das algemas durante operações policiais e

julgamentos, sendo apenas permitido seu uso em casos específicos, em que um suspeito represente risco à sociedade.

A súmula é do seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado³.

A súmula descreve que o uso indevido das algemas pode levar à nulidade da prisão ou até mesmo de um ato processual em curso. É clarividente que, em alguns casos concretos, tem havido o desvirtuamento do emprego de algemas, especialmente quando a pessoa presa tem poderio econômico ou político, ou ainda, quando se trata de crime que trouxe repercussão na mídia, constatando-se a indevida exibição da pessoa presa como se fosse uma recompensa e demonstração da eficiência do aparato de segurança pública.

Nesse ponto, a preocupação da Suprema Corte em dar concreção aos direitos do preso, em especial o direito ao resguardo de sua dignidade humana e de sua intimidade, é de suma relevância.

Todavia, em razão de sua abrangência e teor, e tendo em vista as circunstâncias em que se deu sua edição, alguns problemas práticos podem surgir na aplicação dessa súmula, trazendo insegurança jurídica e diminuição da segurança dos envolvidos na execução de prisões e na realização de atos envolvendo réus presos.

Em primeiro lugar, a súmula previu a responsabilidade penal, civil e disciplinar de quem fizer o mau uso das algemas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Ocorre que já existe no nosso ordenamento jurídico previsão legal, responsabilizando a autoridade que fizer o mau uso de algemas, quer no plano penal (Crime de abuso de autoridade – Lei 4.898/ 65), quer no plano da responsabilidade civil (art. 37, §6º da CF), quer no âmbito da responsabilidade administrativo-disciplinar (Lei 8.112/90 e leis orgânicas das carreiras jurídicas).

Outro ponto que merece destaque é a nulidade da prisão ou do ato processual em razão de ter sido o investigado ou réu algemado. É incompreensível que tais atos processuais sejam anulados, só porque o preso estava

³BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula vinculante n.11 de 13 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 07 jan. 2008.

algemado, já que não há qualquer conexão entre a prova produzida e a colocação de algemas no réu. Ainda que o uso de algemas seja indevido, nem por isso influenciará na aquisição da prova sobre autoria e materialidade da infração penal, tipicidade, ilicitude da conduta, culpabilidade e punibilidade do autor do crime. Ademais, a colocação de algemas por ocasião da prisão é ato lícito e compatível com o estado de cerceamento de liberdade legalmente imposto ao preso.

A Emenda Constitucional de nº. 45/04, autorizou, no art. 103-A da CF, o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional que acarretasse grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Ora, a intenção do legislador pátrio ao inserir tal dispositivo na Constituição Federal foi criar um instrumento jurídico capaz de permitir ao Supremo lidar com temas tão importantes e polêmicos a ponto de haver uma multiplicação de processos, onde uma súmula comum se mostraria insuficiente e de frágil eficácia. Na realidade, são poucos os processos em trâmite versando sobre o uso de algemas.

Diante de tema tão polêmico, não houve, por parte da Suprema Corte, uma discussão prévia sobre a forma de admissão de interessados no processo de aprovação da súmula, pois poderia ter redundado na edição de enunciados que contemplassem as preocupações dos policiais, juízes e promotores de justiça, na execução de prisões e condução de audiências com réus presos, fatos corriqueiros para os referidos profissionais.

Não é difícil perceber o quadro de insegurança jurídica a partir da incerteza quanto à interpretação futura das cortes a respeito da expressão “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física”, de extrema subjetividade, o que poderá acarretar anulações numa série de processos, beneficiando autores de crimes bárbaros, em detrimento de todo o trabalho realizado pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público e pela Magistratura.

É de bom alvitre ressaltar a precariedade dos serviços penitenciários e policiais no Brasil, que não conseguem atender às regras de segurança a contento. Logo, se o custodiado tiver que ser escoltado sem algemas, o efetivo da escolta deve ser reforçado, porém o descaso do Poder Executivo em implementar políticas públicas, no aparelhamento dos órgãos de segurança pública, é gritante.

Porém o ponto mais crucial da súmula é a justificação por escrito do porquê do uso das algemas, pois, como aquilatar a periculosidade de uma pessoa a ser presa, em decorrência de uma prisão em flagrante ou cumprimento de mandado judicial? Como o policial que trabalha na rua irá mensurar se pode ou não fazer o uso de algemas diante de um caso concreto, em que pessoas em situações de alto estresse podem ter reações imprevisíveis?

A súmula não se preocupou com a segurança da equipe policial, de testemunhas, vítimas, juízes, membros do Ministério Público, serventuários da justiça, populares que circulam cotidianamente pelos Fóruns, pessoas estas que também devem ter respeitado seus direitos de dignidade humana.

5 Considerações finais

Pelo que foi exposto, podemos chegar às seguintes ilações:

a) A omissão legislativa sobre a regulamentação do uso devido de algemas no nosso ordenamento jurídico faz com que sua utilização tenha como embasamento a interpretação doutrinária de institutos vigentes relacionados ao tema;

b) A falta de disciplina jurídica sobre o assunto, corroborado pelos abusos cometidos no emprego de algemas em pessoas presas, fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula Vinculante de nº. 11, com o intuito de assegurar respeito à pessoa do preso, que não pode ser humilhado, tampouco exposto à situação aviltante, como costumeiramente ocorre no cotidiano, com a exposição na mídia televisiva;

c) O respeito à pessoa do preso é cânone constitucional e o uso imoderado de algemas viola flagrantemente os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, princípios estes basilares de um Estado Democrático de Direito como o nosso;

d) Alguns entraves surgem com a aplicação da referida súmula, em decorrência da subjetividade de seu teor, já que em certas situações de intenso conflito, como no cumprimento de uma prisão, é sobremaneira difícil ao policial avaliar em que ocasião poderá fazer o uso das mesmas. Ademais, a súmula não se preocupou com a incolumidade física dos policiais, juízes e promotores de justiça nas execuções de prisões e condução a audiências com réus presos;

e) Caso não sejam preenchidas as disposições da súmula em discettazione, haverá nulidade da prisão ou de um ato processual. Ora, é incompreensível que tais atos processuais sejam anulados, pelo fato do preso encontrar-se algemado, porque não há qualquer influência na aquisição da prova sobre autoria e materialidade delitiva e a colocação de algemas no réu. Da mesma forma, estando preso o investigado, a regra é de que ele se submeta à privação de liberdade com todas as conseqüências daí decorrentes;

f) A súmula em foco não preenche os requisitos constitucionais exigidos pelo Art. 103-A da Constituição Federal para a edição de súmula vinculante. As decisões sobre o assunto são escassas, sendo improvável a existência de milhares de processos atravancando os tribunais, cujo suporte fático seja a utilização de algemas.

g) Resta, agora, a sensibilidade da Suprema Corte Constitucional para uma análise profunda da súmula vinculante recém-editada e a sua devida aplicação pelos operadores do direito, convocando todos os interessados para uma discussão ampla, envolvendo, inclusive, toda a população, pois o assunto envolve inúmeros interesses. Como também, há a necessidade da participação do Poder Legislativo, omissos em tema tão importante, na edição de uma Lei regulamentando o uso das algemas, conforme já previsto na Lei de Execução Penal, no seu Art.199, editada em 11 de julho de 1984.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula vinculante n.11 de 13 de agosto de 2008*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em: 07 jan. 2008.

CARNEIRO GOMES, Rodrigo. Regra, e não exceção. Uso de algemas garante integridade de policial e acusado. *Revista Consultor Jurídico*, 11.02.2006. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/41838,1.>> . Acesso em: 06 set. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Algemas: STF disciplina seu uso. *Jus Navigandi*. Teresina, Ano 12, n. 1885, 29 agosto. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2003.

_____. *Algemas e o direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 28 fev. 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de processo penal comentado*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, Ulysses Bueno de. *O uso de algemas como medida excepcional*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em: 07 jan. 2008.

SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. Questão de Direito. *Prática Jurídica*, São Paulo, ano 4, n. 67, 2007.

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Alcides Leite de Amorim

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Shara Pereira de Pontes

Aluna do Curso de Direito da UFPB

1 Intróito

Um dos mais instigantes e polêmicos dentre os novos temas do reito penal moderno é, indubitavelmente, a teoria da imputação objetiva, que consiste na possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade penal pela produção de um resultado lesivo e provocado devido à realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido.

Alvo de reações polarizadas no meio acadêmico e de tratamento heterogêneo dispensado pelos tribunais e doutrinadores pátrios, a teoria em foco propõe uma inovadora conceituação para a tipicidade, visando solucionar problemas práticos e teóricos não dirimidos pelo causalismo nem pelo finalismo. A base dessa divergência concerne essencialmente na natureza jurídica da imputação objetiva, se a mesma seria um elemento do fato típico ou apenas mais um filtro pertencente ao nexos de causalidade.

Colimando um encadeamento lógico de idéias, o presente trabalho encontra-se dividido em quatro partes: a primeira cuida da exposição dos problemas que levaram ao surgimento da teoria em enfoque, a segunda trata da estrutura da teoria da imputação objetiva com base no pensamento de seus principais estudiosos, em um terceiro momento, expõe-se o panorama da teoria em tela na doutrina brasileira e, por ultimo, como a mesma vem sendo tratada nos órgãos jurisdicionais pátrios. Assim, a necessidade da utilização da teoria da imputação objetiva, sua origem e fulcro, como também a divergência doutrinária e jurisprudencial, serão expostos e pormenorizados ao longo deste trabalho.

2 Relação de causalidade: a teoria dos antecedentes causais, seus problemas e a necessidade de uma limitação

Nos crimes materiais, isto é, os que possuem resultado naturalístico, para que ocorra um fato típico, não basta haver uma conduta e um resultado, é necessário algo mais: um liame, isto é, um nexos entre a conduta e o resultado. Em outros termos, o resultado necessariamente deve estar ligado à conduta, sendo esta a causa daquele. O reconhecimento desse nexos é imprescindível para que se possa imputar o resultado apenas ao causador.

Nesse sentido, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, assevera que “o resultado de que depende a existência do crime só pode ser imputado a quem lhe deu causa”. Note-se que quem, deu causa ao resultado foi o autor da conduta, que está vinculada a este pelo nexos causal. Preocupandose com a possibilidade de surgirem problemas em virtude da plurivocidade do termo “causa”, o próprio código tratou de defini-lo, no final do *caput* do mesmo artigo, aduzindo: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

O disposto no artigo 13 é imprescindível para a adequação típica (imputação de um resultado ao autor de uma conduta penalmente relevante), que deve ser feita a partir da interpretação do dispositivo, juntamente com os subsídios fornecidos pela doutrina.

A maioria da doutrina considera que elementos do fato típico (para um crime material) são a conduta, o nexos causal, o resultado e a tipicidade. Dentre as várias teorias que surgiram com o fim de elucidar o problema da relação de causalidade, as que mais se destacaram foram a Teoria da causalidade adequada, a Teoria da relevância jurídica e a Teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*).

A Teoria da equivalência dos antecedentes causais, desenvolvida por Von Buri e adotada pelo nosso código penal, conforme pode se perceber através da leitura do artigo 13, considera causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. “Isso significa que todos os fatos que antecederam o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado a partir de uma eliminação hipotética”¹.

Esse processo de eliminação hipotética foi desenvolvido pelo professor sueco Thyrén. Segundo este, para considerarmos determinado fato como causa do resultado, é preciso fazer o seguinte exercício mental: pensar no fato que se entende como influenciador do resultado, em seguida,

suprimi-lo mentalmente da cadeia causal e se, em consequência dessa supressão, o resultado se modificar, o fato suprimido deve ser considerado como causa desse resultado.

O grande problema da *conditio sine qua non* é embasar-se em uma lei unicamente física de causa e efeito, que cria uma cadeia da causalidade imensa, dando extensão desmedida ao tipo penal, de modo que haveria um *regressus ad infinitum*, no qual até os pais seriam responsáveis pelo crime, pois se o filho deles não fosse concebido, o crime não ocorreria. Responsáveis também seriam os avós, os bisavós, até chegarmos a Adão e Eva. Era necessário um

¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* : parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 232.

outro filtro, e com o advento do finalismo, para restringir o nexos causal, surgiu a *causalidade psíquica*, através da qual o processo de eliminação hipotético só ocorreria até onde houvesse dolo ou culpa, desprezando-se se a cadeia de causalidade anterior onde não houvesse esses elementos.

Entretanto, esse segundo filtro não foi suficiente, pois ocorrem situações em que, embora agindo com dolo ou culpa (querendo efetivamente o resultado), o agente não possui o domínio do rumo causal, como ocorre nos seguintes exemplos:

I. Conhecedor dos riscos existentes na utilização do transporte aéreo, um sobrinho, na ânsia da concretização da morte de seu tio e do consequente recebimento da herança, presenteia o idoso com uma passagem aérea. Devido a uma álea, o avião entra em pane, explode e o tio falece.

II. “No bairro de Zähringen, em Freiburg, na Alemanha, há um bosque onde se sucederem muitas descargas elétricas durante as tempestades. (...) Numa pequena fortaleza edificada na parte mais alta, há uma mensagem: ‘O acesso à torre corre por conta de seu próprio risco. No caso de aproximarse uma tempestade, deve-se abandonar o monte’. O filho, para ficar com a herança do pai, conhecedor do perigo, induz o seu genitor a visitar a fortaleza no momento em que se aproxima uma tempestade, vindo uma descarga a fulminá-lo”².

Nos dois casos, se fosse aplicada a Teoria da equivalência dos antecedentes causais, *conditio sine qua non*, tanto o sobrinho (exemplo I) quanto o filho (exemplo 2), responderiam por homicídio, uma vez que, eliminando-se hipoteticamente a conduta, o resultado não ocorreria. Ocorre que os agentes apenas se aproveitaram de riscos já existentes na vida social, inclusive tolerados pelo ordenamento jurídico (os chamados “riscos permitidos”). Não seria correto, e até mesmo injusto, imputar o resultado ocorrido nessas circunstâncias a condutas dessa natureza (não reprovadas socialmente, porque os agentes não criaram um risco novo e a própria vítima tinha conhecimento dos riscos existentes.) Além disso, provar a existência de dolo ou culpa em casos assim seria algo inconcebível e levaria à ocorrência de muitas injustiças, uma vez que o dolo ou culpa, de fato, estaria “na cabeça do julgador”. Urgia a criação de um conceito novo, um novo “filtro”, e este é a Teoria da Imputação objetiva.

3 Teoria da imputação objetiva

A Teoria da imputação objetiva surgiu como verdadeira alternativa à causalidade. Tem a missão de resolver, do ponto de vista normativo, a atribui-

²GRECO, op. cit., p.232.

ção de um resultado penalmente relevante a uma conduta, segundo os fins da responsabilidade penal³. Ou ainda, como bem salientou Paulo Queiroz, a pretensão da teoria da imputação objetiva é delimitar o alcance do tipo objetivo⁴. Sua criação é atribuída ao civilista Karl Larenz, em 1927; posteriormente, seu desenvolvimento foi retomado pelos penalistas Claus Roxin e Günther Jakobs, tornando-se tema de diversas pesquisas e discussões.

3.1 Imputação objetiva, segundo Claus Roxin

Em 1970, Claus Roxin, da escola de Munique, publicou a obra “Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal”, na qual expôs uma teoria geral da imputação objetiva, segundo a qual, para que possa haver a imputação, é necessário: criação ou aumento de um risco não permitido, a realização desse risco não permitido no resultado concreto e que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo, isto é, da esfera de proteção da norma.

A contrário *sensu*, podemos afirmar que não pode o resultado ser imputado ao agente quando: decorre de um risco permitido ou se o agente atuou para diminuir um risco não permitido, não há a ocorrência do resultado; estiver o resultado fora do alcance da norma.

Porém, há uma zona *grize*, cinzenta, separando o risco permitido do risco proibido. Para tal distinção, a doutrina levantou uma série de elementos e princípios separando o risco permitido do não permitido, a saber, a inevitabilidade do risco, a utilidade social e a necessidade de certas empresas.

Para o estabelecimento desses critérios, partiu-se da premissa de que qualquer contato social implica um risco. Uma vez que uma sociedade sem riscos não é possível, uma garantia normativa que implicasse na total ausência de riscos não seria factível. O risco inerente à configuração social, em virtude de sua preponderante utilidade pública, deve ser tolerado como permitido. Considera-se criação de risco não permitido, autorizando-se a incidência da imputação objetiva, quando o agente aumenta o risco préexistente, mesmo que permitido, a ponto de exorbitar os limites para os quais o tal risco seria tolerado, é o chamado Incremento do risco.

Não ocorrerá conduta típica quando alguém, confiando em terceiro e agindo conforme o Direito, envolve-se em situação na qual esse terceiro produza um resultado danoso. E também não incide a imputação objetiva quando o agente atua com a intenção de minimizar o risco de dano maior ao

³JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006p.281.

⁴GRECO, op. cit., p.253.

bem jurídico, mesmo que para tal venha a causar dano menor, que seria, em tese, proibido ao bem. A hipótese pode ser exemplificada com a seguinte situação, o agente “A” empurra bruscamente o sujeito “B”, evitando, assim, que este fosse atropelado por um carro desgovernado que por ali passava, mas causando-lhe lesões corporais de natureza leve. As lesões não serão imputadas a “A”, pois este agiu para impedir a ocorrência de um mal maior.

Valendo-se dos exemplos citados no ítem 2.2 e do pensamento de Roxin, pode-se afirmar que não ocorreria a imputação das mortes aos autores daquelas condutas (respectivamente, o sobrinho e o filho), pois, ao praticarem-nas, nenhum deles criou um risco não permitido, apenas se aproveitaram de riscos já existentes e permitidos na ordem social.

Em suma, o risco será permitido sempre que o resultado pretendido não depender exclusivamente da vontade do agente, de modo que o resultado venha a ocorrer, e este deverá ser atribuído ao acaso. Para que haja a criação de um risco não-permitido, deve haver domínio do resultado por meio da vontade do agente. Além disso, para a incidência da imputação objetiva, é necessário que o resultado efetivamente ocorra e que esteja dentro do âmbito de proteção da norma.

3.2 Imputação objetiva segundo Günther Jakobs

Günther Jackobs, da Escola de Bonn, um dos mais radicais defensores da teoria da imputação objetiva, alicerçou sua concepção sobre a noção de papel social, dando ênfase também à Imputação do comportamento, sem desprezar a Imputação do resultado. O jurista alemão afirma que:

os seres humanos encontram-se num mundo social na condição de portadores de um papel (...). Entre autor, vítima e terceiros, segundo os papéis que desempenhem, deve determinar-se a quem compete, por si só ou, junto com outros, o acontecer relevante, é dizer quem, por ter violado se papel, administrando-o de modo deficiente, responde jurídico-penalmente ou, se foi a vítima quem violou seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Se todos se comportarem conforme o papel, só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente⁵. (Apud GRECO, 2006, p.256)

Jakobs propôs delimitar o âmbito de incidência da imputação objetiva, isto é, estipular onde não haveria esta, a partir de quatro critérios desenvolvidos para essa demarcação, a saber: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso, competência ou capacidade da vítima.

⁵GRECO, op. cit., p. 256.

3.2.1 Risco permitido

Jakobs afirma “não fazer parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo o risco de lesão de outro”. Basta que cada um se comporte conforme o seu papel dentro dos limites de risco tolerado, sendo assim, qualquer resultado que venha a ocorrer, será atribuído ao acaso.

3.2.2 Princípio da confiança

Para ser possível o progresso e a harmonia social, há a imprescindível necessidade de que as pessoas que convivem numa mesma sociedade confiem que as outras cumprirão seus papéis. Assim, não serão imputados objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que os outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido (Jackobs). A título de exemplo, temos a seguinte situação: num ato cirúrgico, o médico preceptor é auxiliado por vários profissionais e, quando leva a efeito a incisão cirúrgica, confia que o encarregado de esterilizar o bisturi o tenha feito⁶. Caso o instrumento esteja contaminado e infecte o paciente, ao médico não poderá ser imputada a lesão corporal oriunda de imperícia, pois quem não cumpriu o papel de modo eficiente foi o responsável pelos instrumentos.

3.2.3 Proibição de regresso

Se cada um limitar-se a atuar de acordo com o papel do qual foi incumbido e, se dessa conduta advier algum resultado, ou mesmo contribuição para o cometimento de alguma infração penal, ninguém pode ser responsabilizado. Tomando como exemplo o caso de um homicida que em uma padaria compra uma torta (na qual injeta veneno), em seguida, pega um táxi para ir à residência da vítima, onde a presenteia com a torta, causando sua morte poucos minutos após a ingestão da guloseima. Nesse caso, o resultado, morte da vítima, não pode ser imputado ao padeiro, nem ao motorista do táxi, pois ambos agiram consoante os seus respectivos papéis sociais, sendo assim, é proibido fazer o regresso do curso causal às condutas destes, posto não serem penalmente relevantes.

3.2.4 Competência ou capacidade da vítima

Não ocorre a imputação objetiva quando há consentimento do ofendido (casos em que a falta deste compõe a figura típica) ou quando a

⁶GRECO, op. cit., p

vítima incorre nas chamadas *ações a próprio risco*, casos em que os danos advêm de lesão por um dever de auto-proteção ou, inclusive, por própria vontade. A título de ilustração, tem-se o exemplo dado por Rogério Greco: “Aquele que se propõe a praticar esportes radicais sabe, de antemão, que corre o risco de se lesionar, não podendo tal fato ser atribuído ao seu instrutor, que agiu de acordo com a sua capacidade, observando seu dever de cuidado”⁷.

A concepção de Jakobs consubstancia-se sumariamente no seguinte enunciado: se o agente se comportar dentro do seu papel social, se enquadrando nos limites aceitos pela sociedade, mesmo que sua conduta implique em lesão ou perigo de lesão, vedar-se-á a imputação objetiva, pela inexistência de violação ao papel social, atribuindo-se o resultado ao acaso (cf. Stivanelo).

4A Teoria da imputação objetiva na doutrina brasileira

Após expor o surgimento e os princípios da teoria da imputação objetiva sob o prisma de seus principais estudiosos, Roxin e Jakobs, é cabível expor sua repercussão na doutrina brasileira. Ao fazermos a leitura das principais autores, podemos catalogar, sem pretender esgotar o tema, pelo menos os seguintes grupos de entendimentos distintos.

- Fernando A. N. Galvão da Rocha propõe uma reformulação na teoria geral do crime, passando os elementos do fato típico a serem: conduta, resultado, tipicidade e imputação objetiva, pois estes englobariam o nexo causal.
- Damásio E. de Jesus considera a imputação objetiva como um complemento da teoria do nexo de causalidade e já a elenca como um elemento autônomo do fato típico. Para o insigne jurista, os elementos do fato típico (material) são a conduta, o nexo causal, o resultado, a tipicidade e a imputação objetiva.
- Fernando Capez, Gilbert U. Stivanelo, Rogério Grecco e Flavio Augusto M. Barros reconhecem a importância dessa teoria e acreditam que, no futuro, poderá ganhar autonomia e ser aplicada aos demais tipos de delito, mas ainda consideram como elementos do fato típico, apenas a conduta, o nexo causal (no qual a imputação objetiva estaria incluída), o resultado e a tipicidade.
- Cezar Bitencourt e Régis Prado criticam o entusiasmo dos juristas latino-americanos com as “soluções miraculosas” de tal teoria e recomendam cautela.

⁷ GRECO, op. cit. p. 184.

4.1 Fernando Galvão

O promotor de justiça Fernando Galvão⁸ entende que toda a Teoria da imputação objetiva deve ser compreendida no contexto de determinada Teoria geral do delito, pois “cabe à Teoria da imputação objetiva articular as exigências de natureza objetiva para a caracterização do tipo, contribuindo para a realização do projeto de sistematização global formulado pela Teoria do delito que lhe dá suporte”.

Consoante o brilhante jurista, com a evolução da teoria do delito, o conteúdo normativo (valorativo) do tipo foi melhor compreendido e ao critério da causalidade naturalística foram acrescentadas novas exigências, de modo que hoje se pode falar de uma causalidade jurídica. Nos termos de uma construção de índole normativo-social, a imputação objetiva ganha o colorido das exigências valorativas e fica mais enriquecida; assim, englobaria a teoria da causalidade material, pois seu âmbito é muito mais extenso do que o mero curso causal que determinou o resultado.

A teoria da imputação objetiva considera as propriedades objetivas e gerais da conduta imputável e envolve a discussão sobre a causalidade material. A imputação objetiva, além de observar os critérios da relação de causalidade material, ainda identifica a relevância jurídica do fato e, portanto,

realiza atividade valorativa. A relação de causalidade é apenas a sua primeira exigência, que se completa com a verificação da relevância jurídica da relação causal material. O critério fundamental para a imputação não é a finalidade da conduta, como sustentou o sistema finalista, mas os padrões

normativos escolhidos em virtude de decisões político-criminais. É no conteúdo normativo do tipo que a discussão sobre a imputação objetiva exerce a função limitadora que permite precisar o alcance da proibição.

4.1.1 Âmbito de aplicação da imputação objetiva

O campo de aplicação da teoria alhures mencionada não está restrito aos crimes materiais. A imputação objetiva estabelece o que, para o Direito Penal, constitui conduta lesiva aos interesses sociais, isto é, identifica normativamente qual seja o núcleo do fato penalmente relevante, conferindo sentido social à conduta delitiva. Assim, os delitos culposos, omissivos (impróprios e próprios) também estão dentro de seu âmbito de aplicação. Nos casos de crimes materiais, pode se distinguir causalidade sob o prisma naturalista, e imputação objetiva, assim sendo, a relação de causalidade material relaciona uma conduta

⁸GALVÃO, Fernando A. N. *Curso de direito penal*: parte geral Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

a determinado resultado no plano naturalístico e constitui pressuposto para a imputação objetiva nos crimes de resultado.

Galvão elenca os critérios levantados pela doutrina, para a configuração da imputação objetiva e, em sua concepção, os elementos do fato típico, no caso de crimes materiais, seriam:

1) Conduta, 2) Resultado, 3) Tipicidade, 4) Imputação objetiva: 4.1) Relação de causalidade (Nexo Causal), 4.2) Significância (excluem-se do tipo os fatos considerados de pequena importância, isto é, os “crimes de bagatela” com os quais o Direito penal não deve se ocupar), 4.3) Adequação Social (as condutas que se movam nos limites da ordem ético-social, ainda que formalmente se enquadrem na previsão típica, não poderão subsumir-se ao tipo), 4.4) Princípio do risco socialmente tolerado (só são imputáveis ao agente os resultados advindos da criação ou aumento de risco não permitido).

4.2 Damásio de Jesus

Para o insigne jurista, Damásio Evangelista de Jesus, “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”⁹. A Teoria da imputação objetiva tem a missão de resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, segundo os fins da responsabilidade penal. Ela complementa a Teoria do nexo de causalidade objetiva, fornecendo solução adequada às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória.

4.2.1 Âmbito de aplicação

A orientação de Damásio é pela adoção da Teoria extensiva (ou ampliativa), segundo a qual, os princípios da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não.

4.2.2 Natureza e posição sistemática

A imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, seja o crime doloso ou culposos. Sem ela, a conduta ou o resultado são atípicos.

A imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico deve ser apreciada depois do nexo de causalidade material. Assim, o fato típico, nos delitos materiais, passa a conter:

⁹JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

1) Conduta voluntária ou culposa, 2) Resultado material, 3) Tipicidade (qualidade do fato material), 4) Nexo de causalidade objetiva, 5) Imputação objetiva: 5.1) Criação de um risco juridicamente desaprovado e relevante, 5.2) O perigo realizou-se no resultado jurídico, 5.3) O alcance do tipo incriminador abrange o gênero de resultado jurídico produzido.

4.3 Fernando Capez

Esse renomado jurista entende que a imputação objetiva se restringe aos crimes materiais e comissivos, uma vez que foi criada para aumentar as exigências no estabelecimento do nexo causal e a ele se limita, pois apenas criou algumas outras exigências para a existência do fato típico, a saber:

a) nexos físico, naturalístico, entre a conduta e o resultado (único requisito para a *conditio sine qua non*), b) a conduta deve ser socialmente inadequada, não padronizada, proibida e por, conseqüente, criar um risco proibido para a ocorrência do resultado; c) o resultado deve estar dentro do âmbito de risco provocado pela conduta.

4.4 Gilbert Uzeda Stivanello

Em seu artigo, Teoria da Imputação Objetiva, Gilbert expõe de forma sintética e esquemática a referida teoria, apresentando a concepção original de Roxin, bem como a vertente de Günther Jakobs, afirmando a possibilidade de sua aplicação a todos os tipos de delito. Reconhecendo a falta de uniformidade doutrinária, o autor manifesta a opinião de que os contínuos debates e pesquisas acerca da teoria da imputação objetiva são relevantes e enriquecedoras e a adoção da mesma por nosso ordenamento resolveria muitos problemas, não somente no âmbito do Direito penal e de suas conseqüências processuais, como também de cunho social, uma vez que um desnecessário elastério do processo penal acaba por se transformar em severa e injusta lesão ao ser humano.

4.5 Flávio Augusto

Flávio Augusto compreende que a Imputação objetiva é apenas um “filtro” do Nexo causal. Após citar Honig e Roxin, bem como discorrer brevemente sobre os problemas da causalidade material, Flávio afirma:

A teoria da imputação objetiva tem o mérito de ser um novo filtro ao liame entre a conduta e o resultado. Assim, não basta, para que se reconheça o nexos causal, o primeiro filtro da causalidade física,

apurada pelo critério de eliminação hipotética, nem o segundo filtro consubstanciado no dolo ou culpa, urge ainda que o agente, com sua conduta, tenha criado, para o bem jurídico, um risco acima do permitido¹⁰.

Desse modo, para o renomado autor, o nexa causal seria composto de três filtros, o primeiro deles, a teoria da *conditio sine qua non*; o segundo, a causalidade psíquica (dolo ou culpa); e o terceiro, a teoria da imputação objetiva.

4.6 Rogério Greco

Greco trabalha a Teoria da imputação objetiva dentro do Nexa causal. Assegura que a teoria em análise é um limite à causalidade material, erigindo uma relação de causalidade jurídica ou normativa, ao lado daquela outra de natureza material.

O jurista mineiro afirma que “embora muito atraente, a teoria da imputação objetiva encontra resistências, visto que algumas de suas soluções podem e continuam a ser dadas por outros segmentos teóricos”. Contudo, dentre as conclusões que podem ser feitas, “uma vez concluída pela nãoimputação objetiva, afasta-se o fato típico”.

4.7 Luiz Régis Prado

O autor é um dos críticos da Teoria da imputação objetiva. Para Prado,

a meta principal da teoria em análise consiste em separar o mero acaso, a casualidade, daquilo que é realmente obra do agente. Entretanto, a correta definição de imputação objetiva coincide, formalmente, com que os finalistas denominam de adequação social – quando se busca fundamentar a exclusão da tipicidade – ou inadequação social – quando se trata de fundamentar a tipicidade.

Outrossim, citando Enrique Gimbernat Ordeig adverte, adverte que

ainda que a imputação objetiva seja vista como um elemento objetivo do tipo, em todo caso deve ser concebida como um elemento diferente dos outros, expressamente mencionados pelo legislador. A imputação objetiva, diversamente destes últimos, não possui uma consistência tangível, e poderia ser metaforicamente definida como uma espécie de fantasma que percorre os tipos. Na verdade, o que faz a teoria da imputação objetiva nada mais é do

¹⁰MONTEIRO, Flávio Augusto de Barros. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

que reunir toda uma série de critérios normativos excludentes da tipicidade, que em grande medida e até agora nela estavam perambulando - da causalidade até a ação – sem encontrar um lugar sistemático correto e através desses critérios, fundamentar porque a tipicidade é algo mais que uma justaposição de elementos ontológicos e axiológicos e porque tudo isso meramente somando não dá ainda como resultado uma conduta típica, se não concorre também a imputação objetiva.

Régis Prado assevera ainda que, por não haver uma uniformização dos critérios de imputação e a necessária coerência lógico-sistemática, a teoria da imputação objetiva do resultado – levada ao extremo – pode introduzir uma verdadeira confusão metodológica, de índole arbitrária, no sistema jurídico-penal, como construção científica dotada de grande coerência lógica, adstrita aos valores constitucionais democráticos, e que deve ter sempre no inarredável respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana sua pedra angular.

Face ao exposto, é notório que Luiz Régis Prado recomenda a não adoção da teoria da imputação objetiva.

4.8 Cezar Roberto Bitencourt

Bitencourt também tece considerações críticas sobre a nova Teoria da imputação objetiva. De acordo com o grande jurista, convém considerar, desde logo, que:

a relação de causalidade não é o único elemento relevante para a imputação objetiva do crime doloso. A teoria da imputação objetiva não tem a pretensão de resolver a relação de causalidade, tampouco de substituir ou eliminar a função da teoria da *conditio sine qua non*; objetiva não mais que resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, ou, em outros termos, pretende fazer valer um conceito jurídico sobre um conceito natural (pré-jurídico) de causalidade” Entretanto, sem opor-se às inquietudes e investigações que se vem realizando há já alguns anos, recomenda-se cautela e muita reflexão no que se refere aos progressos e resultados “miraculosos” sustentados por determinado segmento de aficionados de tal teoria. Na realidade, a teoria da imputação objetiva tem natureza complementar a *conditio sine qua non*. Propõe-se, na verdade, a discutir os critérios objetivos limitadores dessa causalidade¹¹.

¹¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Cezar Roberto entende que a teoria da imputação objetiva tem espaço e importância reduzidos, uma vez que “a relação de causalidade não é suficiente nos crimes de ação, nem sempre é necessária nos crimes de omissão e é absolutamente irrelevante nos crimes de mera atividade”.

5 Tratamento jurisprudencial

Malgrado muitos dos órgãos jurisdicionais pátrios não possuem, ainda, em suas respectivas jurisprudências registros de decisões embasadas na teoria da imputação objetiva, é crescente a aceitação da aludida teoria por parte de egrégios tribunais de justiça brasileiros, que, correntemente, já prolatam suas decisões com fulcro na mesma.

Há matérias acerca das quais a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva vem se uniformizando, uma delas consubstancia-se nos delitos de trânsito, conforme se pode depreender do registro de julgados da lavra de diferentes tribunais do país que, em rol exemplificativo, são expostos infra:

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. CONDUTA EXERCIDA PELA VÍTIMA QUE AUMENTOU O RISCO DA OCORRÊNCIA DO RESULTADO. FATO PENALMENTE ATÍPICO. INCIDÊNCIA, IN CASU, DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA IDEALIZADA POR CLAUS ROXIN”. (Ap. CRIMINAL Nº 0118/2004, EXTINTA - Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. CÉLIA PINHEIRO SILVA MENEZES, Julgado em 21/09/2006).

“DIREITO PENAL CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – (...) TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – PRINCÍPIO DO INCREMENTO DO RISCO – RESULTADO QUE TERIA OCORRIDO AINDA QUE UM DOS RÉUS ESTIVESSE NO LIMITE PERMITIDO DE VELOCIDADE” (AP. CRIMINAL Nº 200405001950 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator: DES. Mário Guimarães Neto)

“DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. (...) APLICA-SE A TEORIA DA IMPUTACAO OBJETIVA, QUANDO O AGENTE CRIA OU INCREMENTA RISCO JURIDICAMENTE INTOLERÁVEL E NÃO PERMITIDO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO.” (Ap. CRIMINAL - PROCESSO Nº: 200603831308 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais, RELATOR: G. LEANDRO S. CRISPIM).

No que concerne a crimes relacionados a porte de armas, já é possível vislumbrar certa concordância em relação à incidência da aplicação da imputação objetiva, conforme pode ser depreendido dos arestos abaixo.

PENAL – LEGÍTIMA DEFESA – PORTE DE ARMA – POLICIAL MILITAR – INCREMENTO DO RISCO (...) não houve com aquele comportamento o incremento do risco permitido, circunstância suficiente para afastar a imputação objetiva com o conseqüente reconhecimento da atipicidade comportamental. (EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº55/07, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, RELATOR: DES. DR. MARCUS BASÍLIO).

PORTE DE ARMA. POLICIAL MILITAR. (...) Se o segundo apelante possuía o chamado porte funcional, por ser policial militar, estava autorizado a andar armado, inclusive fora de serviço. A violação do regulamento militar constitui mero ilícito administrativo (...). Considerando o bem jurídico tutelado pela norma, a incolumidade pública, a conduta do policial militar, fora do serviço, que porta arma e munições não acarreta incremento do risco permitido, circunstância suficiente para afastar a imputação objetiva com o conseqüente reconhecimento da atipicidade comportamental. (APELAÇÃO CRIMINAL 3701/2007, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, RELATOR: DES. DR. MARCO AURELIO BELLIZZE).

A ideia Jackobiniana do Princípio da confiança e do cumprimento os papéis sociais já se encontra consubstanciada em acórdãos brasileiros. Neste diapasão, é válido expor acórdão da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, fundamentado com grande brilhantismo e clareza.

EMENTA: Penal. Apelação. Homicídio culposo. Imputação Objetiva. Ausência. Princípio da Confiança. Aplicabilidade. Atipicidade. Reconhecimento. Absolvição.

I – Ainda que inobservado o necessário dever de cuidado, se não advindo da ação do réu, sequer de forma indireta, o resultado morte, não há que se falar em tipicidade penal, haja vista que, à luz da Teoria da Imputação Objetiva, para que materialmente típico, o fato, há de ser o resultado jurídico, imputável objetivamente ao risco não permitido, criado ou incrementado. (...) para que ser configurado crime culposo, de se exigir, também, a denominada Conexão de Antijuridicidade – relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a produção do resultado -, cuja inconfiguração impeditiva do reconhecimento da prática delitiva. Inteligência do art. 18, II, do Código Penal.

II – De outro modo, associado à Imputação Objetiva, o Princípio da Confiança, em que ao agente, cuja atuação consonante com as regras de determinada atividade, facultado confiar que, também, adequado ao cuidado objetivo, o agir de outras pessoas. (...) (Apelação Criminal nº. 22669-2006, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Rel Des. Antonio Fernando Bayma Araújo).

6 Considerações finais

Não obstante serem encontrados ainda posicionamentos embasados em argumentos conservadores¹², pode-se afirmar que parcela já bem considerável dos tribunais pátrios vem tratando a Teoria da imputação objetiva nos moldes como foi desenvolvida por Roxin (tese do incremento de risco permitido, criação de risco não permitido) e Günther Jackobs (cumprimento dos papéis sociais). No que tange à natureza jurídica, os egrégios tribunais pátrios, aproximando-se do que é defendido por doutrinadores vanguardistas, consideram a teoria em enfoque como sendo uma dimensão material dos elementos do fato típico, ao lado de seus outros elementos (conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade), como se pode depreender claramente do seguinte julgado:

Revisão Criminal. Crime militar. Peculato. Ausência de ofensividade da conduta. (...) Para que uma conduta seja considerada típica, é indispensável que ela atenda a uma dimensão formal (conduta, resultado, nexo de causalidade e adequação típica) e a uma dimensão material (juízo de desvalorização da conduta, de desvalorização do resultado e a imputação objetiva).

Com efeito, passa a ser indispensável aferir, ademais da dimensão legal da tipicidade, se houve um resultado jurídico relevante (juízo de desvalorização do resultado), o incremento de um risco permitido (imputação objetiva da conduta) e se esse aumento do risco é imputável ao agente que o empreendeu (imputação objetiva do resultado). REVISÃO CRIMINAL N.º 005382-2005, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Rel. Des. Mário Lima Reis. Julgado em 11/04/2008).

Não se pode deixar de admitir a absoluta plausibilidade da Teoria da Imputação objetiva. É certo que a origem da teoria em tela está estritamente relacionada à necessidade de limitar a *conditio sine qua non* (Teoria dos antecedentes causais), mas, por estar sendo continuamente desenvolvida, a teoria passa por uma evolução que lhe imprime uma nova concepção, passando a figurar como um dos elementos do fato típico (um dos elementos do conceito analítico de crime).

A Teoria da imputação objetiva deve e pode ser aplicada a todos os tipos de delito, inclusive de mera conduta ou formais (em que não há o nexo causal),

¹²Não assiste razão à combativa defesa quando prega a aplicação da teoria da imputação objetiva, pois “... O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI, René Ariel), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido BRUNO, Anfbal.” Trecho da ementa do HC 18206/SP, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, julgado em 04/12/2001.

¹³GALVÃO, Fernando A. N. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

pois a mesma pode ser entendida, segundo Galvão¹³ como “a vinculação que se estabelece entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo”. Outrossim, a aludida teoria resolve questões antes não dirimidas, evitando adequação típica de condutas compatíveis com a normalidade social, obstando, assim, a perpetração de injustiças.

Em suma, pode se afirmar que o elemento basilar de toda a divergência doutrinária brasileira quanto à Teoria da imputação objetiva é a valoração que cada um dos autores lhe atribui, mas já temos vanguardistas na adoção de um conceito revolucionário que poderá vir a revolucionar a Teoria geral do delito, assim como fez o finalismo no século XX. E, juntamente à evolução doutrinária, está o desenvolvimento jurisprudencial consubstanciando pontos de vista inovadores no trato de casos concretos a partir da imputação objetiva.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* : parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALVÃO, Fernando A.N. *Curso de direito penal* : parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GILBERT. Imputação objetiva. In: *Revista do Conselho da Justiça Federal*. n. 22. Brasília, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* : parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTEIRO, Flávio Augusto de Barros. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal* : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTALVO, J. Antonio Choclán. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch, 1998.

TRIBUNAL DO JÚRI: RECENTES MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 11.689/2008

Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Considerações iniciais sobre a criação e evolução da instituição do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri, instituição cuja origem é vastamente discutida entre os doutrinadores, já era conhecido dos povos antigos, muito embora com diferente composição. Afirma a melhor doutrina que seu nascimento ocorreu na Inglaterra, depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus, em 1215, com a edição da Magna Carta do Rei João Sem Terra, após o que se espargiu por outros países da Europa: primeiro a França e depois Espanha, Suécia, Suíça, Grécia, Rússia e Portugal.

A criação do Tribunal do Júri foi um sinal da reação esboçada contra o absolutismo monárquico, quando se falou em “julgamento de uma pessoa por seus pares”, levando-se, então, a não submissão de um nobre aos ditames do rei, dando àquele o direito de ser julgado por um semelhante, retirando, destarte, do déspota o poder de decidir contrariamente aos interesses da sociedade da época. Foi quando surgiu, então, o hoje denominado Princípio do devido processo legal (*Due process of law*)¹.

No nosso país, a instituição do Tribunal do Júri foi criada pela Lei de 18 de julho de 1822, quando foram criados os “Juízes de Fato”, sendo competente apenas para julgar os crimes de imprensa, o conselho era composto por vinte e quatro homens de reputação ilibada, notório saber, inteligência e de senso patriótico reconhecido.

¹O princípio do devido processo legal está fixado na Constituição Federal no art. 5.º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sua origem remonta da Carta Magna inglesa, de 1215, em que se estabelecia a garantia de que a aplicação de sanção só poderia ser efetuada de acordo com a Lei da terra (by the law of the land). A expressão foi alterada em 1355, quando o rei Eduardo III foi obrigado pelo parlamento a aceitar um Estatuto que se referia ao devido processo legal (*Due process of law*). Tal garantia foi passada para as colônias americanas e, posteriormente, foi incorporada pelo sistema constitucional federal dos Estados Unidos da América, em 1791 (V emenda), e em 1867 (XIV emenda). (...) Mais do que uma simples regra de obediência à lei processual para a aplicação de sanções, a cláusula do devido processo legal abriga dois pontos principais: é, por um lado, o recurso extremo a que o Poder judiciário pode recorrer para tornar ilegais as atividades dos outros ramos do governo, com o qual pode, de outra parte, estabelecer a sua supremacia também no campo político, vale dizer, que põe nas mãos dos juízes o controle da política legislativa; e, por outro lado, não se limita à determinação processual (*Procedural due process*), senão que se estende também à garantia de direitos substanciais (*Substantive due process*), impedindo, por conseguinte, que o gozo desses últimos seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.)

²RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.479.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Política do Império, em 25 de março de 1824, foi o Tribunal do Júri consagrado na parte concernente ao Poder Judiciário, sendo os jurados considerados integrantes desse Poder, com competência tanto na área cível como na parte criminal para julgarem o fato e os juízes, para aplicarem a lei.

Em 1832 entra em vigor o Código de Processo Penal, do qual restaram fixadas as normas para aplicação do Código Criminal de 1830, o mesmo estabeleceu em vinte e três jurados o número dos integrantes do “Júri de Acusação” e em doze o do “Júri de Sentença”, as qualidades exigidas destes eram: ser eleitor, possuir bom senso e probidade; sendo excluídos, portanto, aqueles que não gozavam de conceito público por lhes faltar inteligência, integridade ou bons costumes³.

No Art. 248 do então Código de Processo Criminal⁴ os jurados debatiam entre eles para decidir se o réu iria ou não a julgamento em plenário, sendo esta uma decisão essencialmente democrática.

Conclui-se, desta forma, que os jurados exerciam o papel desempenhado hoje pelo juiz togado, ou seja, pronunciavam ou não o réu. Este era o papel do Conselho de Acusação. Após ultrapassada essa fase, viria a atuação do Conselho de Sentença, quando era decidido a respeito do mérito da acusação, salientando-se que aqueles que participaram daquele, estavam impedidos de fazer parte deste último.

Em 1941, com a edição da Lei nº. 261, regulamentada pelo Decreto nº. 120, houve significativa alteração na instituição do Tribunal do Júri, o que levou à extinção do “Júri de Acusação”, excluindo-se dos jurados, via de consequência, a decisão sobre a procedência ou não da acusação⁵.

Através da Lei nº. 2.033, de 1871, que foi regulamentada pelo Decreto nº. 4.824, de 22 de novembro de 1871, restou fixada a competência dos juízes

³TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.6.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

“Art. 248. Finda a ratificação do processo, ou formada a culpa, o Presidente fará sair da sala as pessoas admitidas, e depois do debate que se suscitou entre os jurados, porá a votos a questão seguinte: Procede a acusação contra alguém?”

O Secretário escreverá as respostas pelas fórmulas seguintes:

- O Jury achou matéria para acusação contra F. ou F?
- O Jury não achou matéria para acusação?”

⁵Lei nº 261/41 “ Art. 54. As sentenças de pronúncia nos crimes individuais proferidas pelos chefes de polícia, Juízes Municipais, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juízes Municipais, sujeitam os réus à acusação , e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na forma indicada no art. 254, e seguintes do Código de Processo Criminal”

de direito para pronunciar os acusados de crimes comuns, retirando esta atribuição dos chefes de polícia, delegados e subdelegados.

Com a extinção do Império e a proclamação da República, em 1889, é mantido o júri. Em 1891, com a promulgação da primeira Constituição da República, a instituição foi elevada ao nível de garantia individual, destinando-lhe apenas o § 31 do art. 72, que, laconicamente, rezava: “É mantida a instituição do Júri”, o que fazia crer que essa instituição deveria ser mantida como estava, sem alterações posteriores através de lei ordinária.

Por outro lado, modificando o texto constitucional de 1891, a Carta Magna de 1934 determina que o júri estava incluído no capítulo destinado ao Poder Judiciário, dispondo o art. 72: “É mantida a instituição do júry, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.

De outro giro, a Constituição de 1937 sequer trouxe em seu bojo o Tribunal do Júri.

Já em 1938 foi promulgado o Decreto-Lei nº 167, no qual foi regulamentada a instituição do Júri. Neste diploma legal, o veredicto dos jurados deixava de ser soberano, permitindo-se a reforma da decisão dos jurados quando injusta, por divergência das provas produzidas.

Finda a ditadura de Getúlio Vargas, foi restaurada a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, além deste voltar ao capítulo das garantias individuais.

Assim, entrou em vigor em 3 de outubro de 1941 o atual Código de Processo Penal, que manteve a mesma estrutura do Júri dada pelo Decreto-lei nº 167.

Restaurada a democracia em 1946, a instituição voltou a ser tratada como deveria, prevendo-se o número ímpar de jurados e resgatando-se a soberania dos seus veredictos⁶.

A partir de 1964, instaurou-se o regime ditatorial no Brasil, sendo o país governado, daí em diante, através de Atos Institucionais, quando todos os direitos e garantias individuais foram desrespeitados, e não seria diferente com a instituição do Júri.

Porém, recebendo nova roupagem, a Constituição Federal promulgada em 1988, ao instituir o Estado Democrático, destinado a garantir tudo quanto fora disposto no seu Preâmbulo, recepcionou o Tribunal do Povo, consagran-

⁶Art. 141, § 28, CF/46, in verbis: “É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (grifo nosso)

do-o como uma instituição de garantia individual, inserindo, dessa maneira, no rol das Cláusulas Pétreas, cujo texto, inserido no art. 5º, inc. XXXVIII, reza, *in verbis*:

XXXVIII- é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como cláusulas pétreas, os princípios acima citados são invioláveis, não permitindo modificação pelo Poder Constituinte Reformador.

A lei que organiza o Júri é o Decreto-Lei nº 3689/41 do Código de Processo Penal Brasileiro. Com a Lei 11.689/2008, o rito adotado nos processos de competência do Tribunal do Júri sofreu profundas modificações, que serão adiante objeto deste estudo.

2 Dos princípios constitucionais norteadores da instituição do júri

Nossa Carta Magna, no inc. XXXVII do art. 5º, prevê como princípios que regem a instituição do júri a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Segundo Celso Ribeiro de Bastos⁷, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas, sim, desejam lançar sua força sobre o mundo jurídico. Alcançam essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.

⁷BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 241.

2.1 Da plenitude de defesa Segundo o jurista Paulo Roberto Pontes Duarte⁸:

A plenitude de defesa é um princípio fundamental do tribunal popular que está implicitamente no princípio do devido processo penal que deverá ser sempre garantido, em qualquer circunstância, não podendo permitir o Poder Judiciário, mesmo que o juiz togado seja imparcial, que haja condenação de um indivíduo inocente e mais, que a legislação processual ordinária, embora com diversos projetos de lei em andamento, preveja, assim como mantenha os devidos instrumentos processuais, para que não se inutilize o importantíssimo mandamento constitucional.

Em relação à plenitude de defesa, esse princípio inclui não apenas o direito à ampla defesa, no qual o réu, em igualdade de condições, pode contrapor tudo aquilo que lhe é dito em desfavor, mas também o direito à composição heterogênea do Conselho de Sentença.

A necessidade do corpo de jurados ser composto por representantes dos mais diversos segmentos sociais se faz mister para que seja afastada a homogeneidade de uma determinada classe social, evitando um julgamento distorcido e uniformizado por apenas um segmento da sociedade⁹.

Desse modo, tal heterogeneidade é imprescindível, uma vez que a maioria dos jurados decide de acordo com critérios e valores particulares, de cunho pessoal, desvinculados das nuances técnico-jurídicas do caso¹⁰.

2.2 Do sigilo das votações

Quanto ao sigilo das votações, este não abrange os atos preparatórios, tem apenas o fito de proteger a livre manifestação dos jurados, que devem estar imunes às interferências externas para proferirem o seu veredicto.

Em se tratando do Tribunal do Júri, o sigilo é elemento assegurador da imparcialidade, da independência, da liberdade de opinião dos jurados, salientando-se que não deve haver afronta ao princípio da publicidade.

De acordo com o ensinamento do processualista Mirabete¹¹:

⁸ Advogado – Formado na EPAMPSC – Escola Preparatória do Ministério Público de Santa Catarina – Pósgraduado em Direito Penal e Direito Processual Penal – UNIVALI - Membro da Comissão de Assuntos Prisionais da OAB (SC). Disponível em: <<http://www.RevistaJusVigilatibus>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁹ Apud Matos, Marcela Blumeti. *DireitoNet – Artigos- Será necessária a permanência do tribunal do Júri?*. (MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cohem, 1946. p. 270).

¹⁰ MIRANDA, Op. cit. p. 270.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas. 2006. p. 1032.

A própria natureza do júri impõe proteção aos jurados e tal proteção se materializa por meio do sigilo indispensável em suas votações e pela tranqüilidade do julgador popular, que seria afetada ao proceder a votação sob vistas do público. Aliás, o art. 93, IX não pode se referir ao julgamento do júri, mesmo porque neste as decisões não podem ser fundamentadas.

2.3 Da soberania dos veredictos

A “essência do Júri” é o princípio constitucional da soberania dos veredictos. Esta é respaldada pela inadmissão dos “juízes togados exercerem, concomitantemente, o *judicium recindens* e o *judicium rescisorium*, porque há a impossibilidade da decisão alicerçada em veredicto dos jurados ser subtraída, quiçá substituída, por outra sentença sem esta base”¹².

Todavia, merece destaque o fato de que a efetividade da soberania do Júri deve ser discutível, como podemos observar do contido no art. 593 e parágrafos do CPP, no qual se admite a interposição de recurso da deliberação do Júri por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Destarte, como por ser possível uma decisão absolutamente contrária à anteriormente caçada, vislumbra-se, via de consequência, ser a soberania do Júri relativa.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal declarou que a garantia constitucional da soberania do veredicto do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões¹³.

2.4. Competência para os Crimes Dolosos Contra a Vida

A competência do Tribunal do Júri, definida no art. 5º, inc. XXXVII, “d”, da Constituição Federal, abrange os crimes dolosos contra a vida, ou seja, são submetidos ao julgamento pelo Conselho de Sentença os seguintes crimes: homicídio, em sua forma simples, privilegiada e qualificada (art. 121 do CP¹⁴); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do CP¹⁵), infanticídio (art. 123¹⁶) e aborto¹⁷.

¹²BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federativa anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 198.

¹³STF, HC 71.617-2, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, Seção 1, 19 maio 1995, p. 13.995; STF, RE 176.726-0, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, Seção 1, 26 maio 1995, p. 15.165.

¹⁴In: *Código Penal Brasileiro*. “Art. 121. matar alguém: Pena- Reclusão, de seis a vinte anos”.

¹⁵“Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta corporal de natureza grave”.

¹⁶“Art. 123. matar, sob o estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos”.

¹⁷Tutela-se neste dispositivo a vida em formação, quer dizer, a vida intra-uterina.

Em todos esses tipos penais, tutela-se a vida humana que, segundo o mestre Mirabete:

sua proteção é um imperativo jurídico de ordem constitucional (art. 5º, *caput*, da CF). Tem a vida a primazia entre os bens jurídicos, sendo indispensável à existência de todo direito individual, porque ‘sem ela não há personalidade e sem esta não há como cogitar de direito individual’¹⁸.

Ninguém tem o direito de tirar a vida de outrem.

Na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, da qual nosso País é signatário, em seu art. 4º, preleciona: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Segundo Nucci,

algumas posições existem sustentando ser essa competência fixa, não podendo ser ampliada, embora não haja nenhuma razão plausível para tal interpretação. Note-se que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não *somente* para eles. O intuito do legislador foi bastante claro, visto que sem a fixação da competência mínima e deixando-se à lei ordinária a tarefa de estabelecê-la, seria bem provável que a instituição, na prática, desaparecesse do Brasil¹⁹.

Continua o Mestre: “A cláusula pétrea no direito brasileiro, impossível de ser mudada pelo Poder Constituinte Reformador, não sofre nenhum abalo, caso a competência do júri seja ampliada, pois sua missão é impedir, justamente, o seu esvaziamento”²⁰.

Portanto, mínima é esta competência, pois existe a prerrogativa de ampliação do rol dos crimes que poderão vir a serem julgados pelo Tribunal do Júri por via de norma infraconstitucional, como podemos exemplificar com a promulgação da Lei nº. 9299/96, que atribui competência ao

¹⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.62.

¹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁰Idem.

Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis.

Nesta linha de raciocínio, dispondo acerca da questão em descortino, o Mestre Alexandre de Moraes leciona que:

a competência do Tribunal do Júri não é absoluta, afastando-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o estado, a competência de Tribunais, conforme determinam os arts. 29, inciso VIII ; 96, inciso III ; 108, inciso I, alínea 'a' ; 105, inciso I, alínea 'a' e 102, inciso I, alíneas 'b' e 'c'. Também, nas hipóteses de conexão e continência entre duas infrações penais, um crime doloso contra a vida e outro como foro por prerrogativa de função, inexistirá atração, prevalecendo a regra do juiz natural, havendo, necessariamente, a separação dos processos²¹.

3 Mudanças introduzidas pela Lei nº. 11.689/2008

A Lei 11.689/2008 reformou alguns dispositivos constantes no Código de Processo Penal, tendo entrado em vigor no dia 09 de agosto de 2008, dando nova roupagem ao processo penal e, de maneira especial, aos processos de competência do Tribunal do Júri, aplicando novo trâmite processual, como por exemplo a audiência una (pelo menos quando possível); o momento do interrogatório, que até então era o primeiro ato após o recebimento da peça acusatória, e com o novel diploma legal, é realizado após a oitiva das testemunhas; o a resposta preambular do acusado e a manifestação do Ministério Público sobre preliminares e documentos (quando existentes); a supressão do libelo. Enfim, foi empreendido novo rito, na verdade, mais célere.

Mas, até que ponto é mais qualitativa e até mesmo aplicável essa falada celeridade?

Se, por um lado a instrução ocorria em vários atos, uma audiência para o interrogatório, uma segunda para a oitiva das testemunhas arroladas para a acusação, outra para ouvir as de defesa; com a nova legislação, não há condições de serem feitas por dia mais do que duas ou três audiências de instrução. São modificações efetuadas por estudiosos e não por praticantes.

Portanto, observa-se que o novo desenho legislativo requer que nos esforcemos para compreendermos o sentido das mudanças efetuadas e a elas nos adaptarmos.

²¹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 112.

Alguns temas trazidos são mais palpitantes, como podemos ver abaixo.

3.1 §§ 1º e 2º do art. 483 do CPP e a não exposição de um veredicto unânime

Como já comentado neste artigo, o sigilo das votações é um princípio assegurado constitucionalmente e, por este motivo, deve o veredicto proferido pelos jurados ser totalmente sigiloso, não devendo, e nem podendo, em momento algum ser revelado, sendo sua opinião formada de acordo com a consciência dos votantes.

Assim, seguindo esse princípio, o sistema adotado na instituição do Júri, em relação ao veredicto, ao contrário do adotado pelo juiz togado (convencimento motivado), é o da livre convicção ou da certeza moral do julgador, para o qual é desnecessária a fundamentação da decisão.

Em relação ao local onde os jurados se reúnem para formar o veredicto, de acordo com a nova legislação, é denominado de “sala especial”, ao invés “de sala secreta”, como anteriormente era chamado, posto que não há supressão da publicidade do ato, uma vez que o Ministério Público e o Defensor acompanham os trabalhos, sob pena de nulidade destes.

Uma mudança interessante que a Lei 11.689/2008 trouxe conta no texto dos §§ 1º e 2º do art. 483 do Código de Processo Penal. Senão vejamos.

Segundo o art. 489 do mencionado diploma legal, o Conselho de Sentença é formado por sete jurados, cujas decisões são tomadas por maioria de votos, que respondem secretamente aos quesitos, utilizando-se, para tanto, de duas cédulas, uma com a palavra “sim” e outra com a palavra “não”.

Desta forma, se quatro jurados decidirem no mesmo sentido, já se tem o resultado final da votação. Para parte da doutrina, caso haja uma votação unânime, o princípio do sigilo da votação está comprometido, pois será sabido como todos os jurados votaram, absolvendo ou condenando o réu.

²²In *Código de Processo Penal Brasileiro*. “Art. 483. os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando-se sobre:

I- a materialidade do fato;

II- a autoria ou participação;

III- se o acusado deve ser absolvido;

IV- se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V- se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§1º A resposta negativa, de mais de 3(três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§2º Respondidos afirmativamente por mais de 3(três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e

II do *caput* deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

Essa possibilidade, aparentemente, foi acolhida pelo legislador processualista²², pois a conferência de votos deve ser encerrada sempre que o Juiz Presidente encontrar quatro votos no mesmo sentido.

No primeiro caso, que é o do §1º do art. 483 do CPP, “§1º A resposta negativa, de mais de 3(três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.”, por fazer menção à resposta negativa do Júri, quando alcançada maioria, sobre a materialidade e ou autoria, é, menos problemático que o do § 2º. Este último preleciona : “Respondidos afirmativamente por mais de 3(três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”

Esse raciocínio, à primeira vista, confere segurança ao jurado, já que, para alguns, não seria revelada votação total, evitando-se que se tornasse público o veredicto unânime.

Em outro sentir, a interrupção da contagem dos votos impede o conhecimento total do resultado pelos jurados, de forma que estes não teriam como orientar sua postura nas votações subsequentes, uma vez que podem mudar o sentido de seu voto, conforme o resultado expressivamente formado.

Saliente-se, ainda, que o controle sobre os erros de votação (quando possível) por parte do Tribunal, em sede de apelação, tornar-se-ia mais difícil, assim como nos casos de impedimentos e suspeição descobertos posteriormente.

Discutamos, também, a questão de que o procedimento acima citado violaria o princípio da publicidade, uma vez que a publicidade dos atos processuais só poderá ser restringida por lei quando a intimidade ou o interesse social o exigirem, o que não se justifica no caso de impedir que a sociedade tome conhecimento da totalidade dos votos dos jurados.

3.2 Da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto como quesito autônomo

Quando constatado que o réu é portador de doença mental ou tem seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, de modo que o torne inimputável, a sentença que é proferida em seu desfavor caracteriza-se como absolutória imprópria, posto que lhe é imposta uma medida de segurança e não uma pena.

O art. 26, *caput* do estatuto repressivo pátrio, prevê a hipótese de inimputabilidade decorrente dos casos acima elencados. Todavia, da Lei nº. 11.689/2008 não consta previsão legal nesse sentido, de modo que surge a dúvida de como proceder diante do caso.

Diante da inimputabilidade, poder-se-ia indagar se é apenas acerca da absolvição? Bem, neste caso, impossível saber se se trataria de uma absolvição imprópria, pois, como o sistema adotado no Júri, em relação ao convencimento dos jurados, é o da íntima convicção, inadmissível seria o fato de o Conselho de Sentença absolver e o Juiz Presidente, “extensivamente”, interpretando essa absolvição como imprópria, aplicandolhe a medida de segurança.

O mais sensato seria após a pergunta “O jurado absolve o acusado?”, em sendo afirmativa a resposta, então estaríamos diante de uma absolvição propriamente dita (sentença absolutória própria). Caso contrário, passarse-ia ao quesito referente à inimputabilidade, perguntando-se se o acusado era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Se a resposta for afirmativa, então ocorrerá a absolvição imprópria, devendo-se ser imposta a medida de segurança cabível. Se negativa for, então o réu será condenado, dando-se continuidade aos demais quesitos da respectiva série²³.

²³ ESTEFAM, André. *Temas polêmicos sobre a Nova Lei do Júri*: lei n. 11.689/2008. São Paulo: Complexo Damásio de Jesus, 2008.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 71.617-2, 2ª T.*, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, Seção 1, 19 maio 1995, p. 13. 995.
- _____. _____. *RE 176.726-0, 1ª T.*, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, Seção 1, 26 maio 1995, p. 15. 165.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 198.
- ESTEFAM, André. *Temas polêmicos sobre a Nova Lei do Júri: lei n. 11.689/2008*. São Paulo: Complexo Damásio de Jesus, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- _____. _____. 18. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas.2006.
- _____. *Manual de direito penal* . 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cohem, 1946.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Procuradora-Geral de Justiça, a Dra. Janete Maria Ismael da Costa Macedo, por ter ela, em sua gestão, abraçando o aperfeiçoamento funcional como prioridade máxima da instituição.

Por fim, nosso reconhecimento a todos os operadores do Direito, sejam promotores, advogados, doutrinadores, professores ou acadêmicos, que dividiram conosco as preciosas informações que encejaram a publicação de mais um número da revista jurídica desta instituição, legando à parcela jurídica da sociedade, ou a quem interessar, o exame das temáticas aqui expostas, importantes elucidações que podem embasar uma construção sólida do saber, laureando o fim desta administração com a maior das honras: a consciência de que o nosso dever foi cumprido.

Janete Maria Ismael da Costa Macedo
Procuradora-Geral de Justiça

José Raimundo de Lima
Coordenador do CEAF

Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega
Diretor do CEAF





STO DE 1891