REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público

Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 5
Janeiro/Dezembro 2011

Estamos diante de mais um trabalho de publicação formulado pelo nosso CEAF. Trata-se do 5º número da nossa revista jurídica, onde a tônica se coloca na linha de uma Comissão Editorial forte, exigente na produção de artigos de primeira grandeza. Evidente que incutir a cultura da escrita, principalmente no ambiente ministerial, onde o seu corpo, membros e servidores, têm esta oportunidade, não é tarefa fácil, mas é importante insistir, pois, discutindo, debatendo, mostrando vertentes novas, podemos mostrar realidades, trazendo o olhar teórico para o campo prático.

Outro ponto que se destaca é o centenário de vida de Edgardo Soares, aliás, homenageado desta edição. Dr. Edgardo foi uma importante figura na vertente do Ministério Público, trazendo avanços incomuns a nossa casa, razão esta que impõe um registro de gratidão a esta figura indelével do nosso parquet.

A periodicidade desta publicação demonstra que tal fato se coloca já dentro do calendário cultural do Ministério Público paraibano, e dar espaço para tais atividades, é, sem sombra de dúvida, fortalecer a nossa instituição.

Vale a pena registrar a importância dos que fazem a revista tornar-se realidade, referindo-me a todo o corpo atuante do Centro de Estudos do MP. Todos os funcionários têm dado uma contribuição importante, desde o ato de divulgação para recepção de artigos a serem selecionados, passando, como já dito, por um Conselho Editorial qualificado, com participações que

ISSN 1980 - 9662

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

Revista Jurídica do Ministério Público

R. Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, ano 3, n.5, jan/dez. 2011.

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

OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS
1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

KÁTIA REJANE DE MEDEIROS LIRA LUCENA
2ª SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN
CORREGEDOR-GERAL

FRANCISCO LIANZA NETO
SECRETÁRIO-GERAL

JOSÉ RAIMUNDO LIMA
DIRETOR DO CEAF

CRISTIANA F. M. CABRAL DE VASCONCELLOS
COORDENADORA DO CEAF

REVISÃO:
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

FOTOS:
ARQUIVO DO MEMORIAL DO MPPB

IMPRESSÃO:
F&A GRÁFICA E EDITORA

MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Monsenhor Walfredo Leal, nº 353 - Tambiá
CEP: 58.020-540 - João Pessoa - Paraíba
Fone: (83) 3221-0917
E-mail: ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br / ceaf_pb@yahoo.com.br / ceaf@mp.pb.gov.br
Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado da Paraíba
A responbilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 3, n.5. (jan./dez.2011-).
Anual

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

Cristiana F. M. Cabral de Vasconcellos
SECRETÁRIA

Doriel Veloso Gouveia
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Marilene de Lima Campos de Carvalho
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Amadeus Lopes Ferreira
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Rosane Maria Araújo e Oliveira
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato
PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga
PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias
PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes
BIBLIOTECÁRIA-CRB-15/0193 - NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr
DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Telma Brasil Lombardi
ADMINISTRADORA

Irenylza Carla Alves de Almeida
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Christianne Maria Wanderley Leite
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Maria Cristina Furtado de Almeida
OFICIAL DE PROMOTORIA

Rejane Gonçalves de Carvalho Formiga
OFICIAL DE PROMOTORIA

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público
Amadeus Lopes Ferreira
PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público
Rosane Maria Araújo e Oliveira
DIRETORA-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho - Presidente
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
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
Jacilene Nicolau Faustino Gomes

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Presidente

Alcides Orlando Moura Jansen
Corregedor-Geral

José Marcos Navarro Serrano
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
José Roseno Neto
Nelson Antônio Cavalcanti Lemos
Marilene de Lima Campos Carvalho

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, 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, Jacilene Nicolau Faustino Gomes.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Valberto Cosme de Lira, Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulâmpio 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 Carvalho, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Luciano de Almeida Maracajá, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Laércio Joaquim de Macedo, Valdete Costa Silva Figueiredo, Wildes Saraiva Gomes Filho, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, 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, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Gustavo Rodrigues Amorim, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlígia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz Williams Aires Urquisa, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráphico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Carolina Lucas, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Morais, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Aldenor de Medeiros Batista, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Jovana Maria Silva Tabosa, Ricardo José de Medeiros e Silva, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Márcia Betânia Casado e Silva, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Artemise Leal Silva, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana de França Campos, Adriana Amorim de Lacerda, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Rhomeika Maria de França Porto, Herbert Vitório Serafim de Carvalho, Ana Guarabira de Lima Cabral, Ana Caroline Almeida Moreira, Liana Espínola Pereira de Carvalho,

Marcus Antonius da Silva Leite, Raniere da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva Pires de Sá, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite Amorim, Luciara Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Claúdia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Claúdia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábia Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rêgo, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier.

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Cláudio Antônio de Carvalho Xavier
Juiz de Direito
Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL

Gabriela Leite de Oliveira
Advogada
Aluna de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional pela UFRN e pela UNIDERP

José Farias de Souza Filho
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor Adjunto do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ
Mestre em Desenvolvimento em Meio Ambiente - PRODEMA/UFPB
Especialista em Direito pela UFPB
Doutorando em Psicologia Social pela UFPB

Larissa de Melo Torres
Bacharela em Direito pela UEPB
Pós-Graduada em Ciências Penais pela UNIDERP

Lenilma Cristina Sena de F. Meirelles
Professora Assistente do Curso de Direito do CCJ/UFPB
Doutoranda em Ciências Jurídicas Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Mestra em Direito Público e Ordem Jurídica Constitucional pela UFC

Lílian Machado Raimundo de Lima
Bacharela em Direito pela UNIPÊ
Oficial de Promotoria do MPPB
Professora do Centro de Educação da Polícia Militar da Paraíba
Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá – FIJ

Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado
Bacharel em Ciências Jurídicas pela UEPB
Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia pela instituição
Membro Colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP)
Professor da Universidade Estadual da Paraíba

Lorena de A. Rangel Moreira
Bacharela em Direito pela UNIPÊ
Especialização em Direito, Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamance - Espanha
Mestrando em Master
Oficial em Corrupção e Estado de Direito pela Universidade de Salamance - Espanha
Doutorando em Corrupção e Estado de Direito

Mayara do Nascimento e Silva
Advogada

Maria Sônia de Medeiros Santos Assis
Advogada
Professora da UEPB
Pós-Graduação pela ESMA e FESMIP
Mestranda pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires - UBA

Márcia Betânia Casado e S. Vieira
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Márcio Fernando Magalhães Franca
Bacharel em Direito pela UFPB
Bacharel em Engenharia Eletrônica pela ITA
Pós-Graduação Lato Sensu em Ministério Público, Ordem Jurídica e Cidadania pela FESMIP
Mestrando em Direito Econômico pela UFPB

Marcus da Costa Fernandes
Bacharel em Direito
Pós-Graduação em Direito Penal e Processual.
Servidor do MPPB

Mazukyevicz Ramon Santos Nascimento Silva
Bacharel em Direito pela UNIPÊ
Professor de Direito
Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela UFPB
Mestrando em Direitos Humanos
Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Milena Lima do Vale
Advogada

Pollyana Souza Oliveira Clerot
Bacharela em Direito pela UFPB
Pós-Graduação em Ministério Público, Ordem Jurídica em Cidadania pela FESMIP

Rafael Cruz Bandeira
Bacharel em Direito pela UFBA
Pós-Graduação em Direito Público
Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da UFBA
Servidor Público Federal do
Ministério da Justiça

Ricardo José de Medeiros e Silva
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Especialista em Processo Penal pela UNP
Mestrando em Ciências Jurídicas pela UFPB

Valdiney Veloso Gouveia
Professor Titular da UFPB
Professor Associado II da UFPB
Doutorando em Psicologia Social pela Universidade Complutense de Madri - Espanha
Orientador de Mestrado e Doutorado
Coordenador do Programa de Pós- Graduação em Psicologia Social da UFPB

Edgardo Ferreira Soares
Procurador-Geral* do Estado da Paraíba
Período 1961-1963
(Acervo Memorial do MPPB)

*** O cargo de Procurador-Geral do Estado passa a ser denominado Procurador-Geral de Justiça, na vigência da Emenda Constitucional nº 01, de 16/06/1970**

EDITORIAL

A REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, tem como principal objetivo disseminar permanentemente o conhecimento, fomentando a participação de Membros e dos servidores do Ministério Público, dos magistrados, advogados, professores e demais operadores do direito, nos mais relevantes temas das Ciências Jurídicas.

Em todos os números de nossa Revista, assuntos pertinentes aos principais interesses do Ministério Público vêm sendo abordados de maneira profunda e responsável, municiando o Ministério Público da Paraíba com fundamentos teóricos capazes de possibilitar a permanente atualização de seus integrantes.

Nesta edição, também homenagearemos o centenário do célebre Procurador-Geral Edgardo Ferreira Soares, verdadeiro ícone da história da nossa instituição, ao qual devemos verdadeiro preito de reconhecimento, exteriorizado através da menção indelével da sua importância para o Ministério Público da Paraíba, neste número da nossa Revista Jurídica.

Noutro norte, nossa Instituição tem disseminado o conhecimento, disponibilizando ao público interessado uma revista ao nível das melhores do país, a fim de contribuir ativamente com a atuação do Ministério Público Brasileiro e dos operadores de áreas correlatas ou interligadas.

Convocamos, portanto, todos os membros do Ministério Público do nosso e de outros estados brasileiros, além dos pesquisadores, comprometidos com as repercussões das teses e novas teorias no mundo jurídico, a nos honrarem com a leitura deste nobel periódico e, quiçá, participarem, através do envio de artigos, com a formulação de futuras edições.

Por fim, seria impossível deixar de mencionar a preciosa colaboração dos membros do Conselho Editorial, pessoas dedicadas que, além de exercerem suas funções habituais, doaram seu tempo à revisão de todos os artigos publicados neste número da Revista Jurídica do Ministério Público, com o intuito de fazer o melhor.

Eis, então, o número 5 da Revista Jurídica do Ministério Público.

José Raimundo de Lima
Procurador de Justiça
Presidente do Conselho Editorial

SUMÁRIO

Edgardo Ferreira Soares
Posse de Procurador-Geral do Estado da Paraíba - 1961
(Acervo Memorial do MPPB)

SUMÁRIO

1 DIREITO AMBIENTAL E DO CONSUMIDOR

Direitos dos animais no século XXI: uma abordagem ambiental, filosóficas e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais 23
Cláudio Antônio de Carvalho Xavier

A atuação do Ministério Público no mundo virtual: provedor de acesso e sua responsabilidade nos contratos eletrônicos que celebra com o consumidor...47
Márcio Fernando Magalhães Franca

2 DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ensaios sobre defesa da concorrência em processos licitatórios 75
Gabriela Leite de Oliveira

Ministério Público e a efetividade da sua autonomia frente às intervenções do Poder Executivo 103
Lílian Machado Raimundo de Lima

Análise constitucional dos poderes persecutórios diretos do Ministério Público: estudo acerca de sua admissibilidade em um estado democrático de direito 123
Pollyana Souza Oliveira Clerot e Lenilma Cristina Sena de F. Meirelles

O funcionalismo e o problema do conteúdo do direito 157
Luiz Elias Miranda dos Santos

Por uma axiologia da sanção no direito: o caso da sanção positiva 173
Rafael Cruz Bandeira

3 DIREITOS HUMANOS

Do valor do homem à hipocrisia dos direitos humanos 195
Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento Silva

O direito à dignidade no fim da vida: questões ético-legais 219
Larissa de Melo e Torres

4 DIREITO PENAL

A luta contra a delinquência organizada: manifestação do Direito penal do inimigo 247
Lorena de Albuquerque Rangel Moreira

O fenômeno da cibercriminalidade no mundo atual e os crimes contra a honra praticados na Internet 267
Ricardo José de Medeiros e Silva

Resposta à acusação ou defesa preliminar 289
Marcus da Costa Fernandes

Sistema carcerário feminino e a influência da educação na ressocialização..305
Márcia Betânia Casado e S. Vieira

5 TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ação civil pública e a tutela jurisdicional de menores infratores 325
Mayara do Nascimento e Silva

Judicialização política de conflitos com o sistema único de saúde: realização de justiça ou fonte de injustiça social 351
José Farias de Souza Filho e Valdiney Veloso Gouveia

Prevenção e enfrentamento da violência urbana através das políticas urbanísticas e do exercício do poder de polícia do município 371
Maria Sônia de Medeiros Santos Assis

Do abuso sexual de crianças e adolescentes e o depoimento sem dano 387
Milena Lima do Vale

1 DIREITO AMBIENTAL E DO CONSUMIDOR

Procurador-Geral Edgardo Ferreira Soares, Governador Pedro Gondim e Promotores de 1ª Entrância (Acervo Memorial do MPPB)

DIREITOS DOS ANIMAIS NO SÉCULO XXI: UMA ABORDAGEM AMBIENTAL, FILOSÓFICAS E JURÍDICAS DAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM OS DIREITOS DOS ANIMAIS

Cláudio Antônio de Carvalho Xavier
Juiz de Direito no Estado da Paraíba

Resumo

O presente artigo objetiva analisar algumas das questões que envolvem os direitos dos animais, seus antecedentes históricos e culturais, traçando um paralelo das duas linhas de pensamento sobre o tema, à luz da Filosofia e do Direito. Atualmente, o movimento em defesa dos animais apresenta dois segmentos: o grupo dos que lutam pelos *direitos* dos animais e o grupo dos que lutam para o *bem-estar.* A metodologia aplicada foi baseada na revisão bibliográfica dos autores Tom Regan e Peter Singer. Desse modo, aborda-se a situação atual dos direitos dos animais, fazendo-se um breve comentário da legislação protetora dos animais, com especial destaque para o preceito do art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal. Faz-se, ainda, uma reflexão acerca da possível revogação da contravenção penal do art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/41 pela norma do art. 32 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enfatizando a posição atual dos tribunais pátrios a respeito do assunto. Destaca, por fim, que a crueldade contra os animais é uma conduta recriminável moral e juridicamente, e que o Estado deveria oferecer ampla proteção aos animais para assegurar a sobrevivência das espécies.
Palavras-chave: Direitos dos animais. Ambiental. Uso científico de animais.

Abstract

The present article aims to analyze some questions which embody the animals' rights , their historical and cultural antecedents, tracing a parallel of two lines of thought , to the light of philosophy and law. Nowadays the defense movement of the animals presents two segments: the group who fights for the animals' Rights and the other one who fights for the welfare. The applied methodology was based on the bibliographic revision of the authors Tom Regan and Peter Sing. This way, it approaches the current situation of the animals' rights, doing itself a brief comment of the protector legislation of the animals, giving special emphasis to the precept of art. 225, § 1º, inc. VII, of the Federal Constitution. It still does a reflection about the possible revocation of the

misdemeanor of the art. 64 of the Decree – Law nº 3.688/41 by standard of the art. 32 of the Law 9.605, from February 12 of 1988 emphasizing the current position of the national courts about the subject. It points out, ultimately, that the cruelty against animals is a moral and juridical reprehensible conduct, and that the State should offer comprehensive protection to the animal to assure the survival of the species.
key-words: Rights animals. Environmental law. Sscientific use of animals.

1 Introdução

A temática relativa ao direito dos animais, não obstante a sua relevância, é ainda pouco debatida pela sociedade brasileira.

Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios.

O modo como são tratados os animais contrasta com o nível de inteligência da sociedade pós-moderna, que se proclama uma civilização avançada, a ter por parâmetro seu progresso intelectual, moral, social e tecnológico.

A argumentação apresentada por alguns pesquisadores para justificar o abate de animais encontra-se assentada em premissa falsa, visto que os animais, do ponto de vista jurídico, em todas as suas variantes, são injustamente colocados em patamares inferiores e submissos ao homem, e que servem aos trabalhos manuais e satisfação dos apetites dos seres humanos, difundindo-se a ideia de que a alimentação carnívora é essencial à sobrevivência humana, incutindo-se a noção de que, quando se alimenta de carne animal, o ser humano apenas responde a um impulso natural.

Embora sejam os animais seres dotados de inteligência, ainda que fragmentada, a razão parece ser a linha divisória que separa o homem (ser racional) dos animais (seres irracionais), daí Aristóteles ter dito, há milênios, que "o homem

[1]"A palavra *lógos* (λόγος) quer dizer em grego *palavra*. Em latim foi traduzida por *verbum*, e assim aparece no começo do evangelho de São João: In: *Principio erat verbum*. Mas também quer dizer *proporção*, razão em sentido matemático, e, portanto, *sentido*; e, finalmente, *razão* em sua significação plena. Mas não esqueçamos que seu sentido primário deriva do verbo *légein*, reunir ou recolher e, também, dizer. *Lógos* é o dizer, isto é, a *voz significativa*." (apud MARIAS, Julián. *História da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 82).

é um animal político", por ser dotado de *lógos* (palavra)[1]. A linguagem permite-lhe constituir família, comunidade, enfim, uma sociedade perfeita, isto é, a *pólis*. O que o distingue, fundamentalmente, das demais espécies animais é a sua capacidade de expressão, através da linguagem, o pensamento organizado e a autonomia da vontade.

Ainda segundo a ótica aristotélica, que acabou influenciando fortemente o pensamento ocidental, o homem ocupa o vértice da pirâmide e, devido a seu desenvolvimento intelectual mais acentuado, tem ascensão sobre todas as criaturas terrestres.

A mesma concepção *antropocêntrica*[2], que posiciona o homem no centro do universo, também se encontra na tradição judaico-cristã e na islâmica, responsáveis pela implantação da fé monoteísta no mundo. A espécie humana, segundo a narrativa bíblica, foi criada para governar o mundo, e os animais (terrestres e aquáticos), por sua vez, foram criados para servirem aos homens. O homem, portanto, é uma espécie de mandatário de Deus. Afirma-se, no Gênesis, que Deus criou o homem e a mulher e, em seguida, disse-lhes: "dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra" (Gn 2.28). Nesta acepção, a palavra "dominai" sugere que os animais são os seres inferiores da Criação e que o ser humano tem autonomia absoluta sobre eles, fazendo-o pensar que, sendo "o ser inteligente" da criação, o ser que pensa (Descartes)[3], criado "à imagem e semelhança" de Deus, pode subjugá-los.

Por questões culturais, algumas sociedades têm tratado os animais de modo diferenciado. Na Índia, a vaca é considerada um animal sagrado e é, inclusive, adorada em algumas festas religiosas, não sendo permitido matá-la[4]. O budismo fundamenta-se na crença de que nenhuma criatura viva deve ser sacrificada e que não se deve causar dor ou sofrimento aos seres sencientes. Portanto, na visão dos budistas e hindus, maltratar um animal gera um mau carma, podendo prejudicar a reencarnação seguinte. Matar ou machucar um gato, no

[2]"El antropocentrismo proclama el primado absoluto del hombre sobre la naturaleza, y su derecho a la dominación de la misma. Niega cualquier carácter moral a la relación entre el hombre y el resto de los seres naturales." (apud MARCOS, Alfredo. *Ética ambiental*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2001. p. 111).

[3]Lembremos a famosa frase de René Descartes: *Cogito, ergo sum* (Penso, logo existo). Para o filósofo, o existir se resume ao pensar, o que significa dizer que enquanto pensamos, existimos.

[4]GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das letras, 2005. p. 47-48.

antigo Egito, era uma ofensa gravíssima, pois o animal representava uma das divindades do panteão. Na crença mulçumana, comer carne de porco impede o acesso ao céu. Na Grécia antiga, Pitágoras (570-495 a.C.), o filósofo de Samos, recomendava uma dieta isenta de produtos animais.

Tudo leva a crer também que o primeiro casal da humanidade, segundo a alegoria bíblica, até saborearem do fruto da árvore do conhecimento e serem expulsos do Jardim do Éden, viviam na mais completa harmonia com a natureza e se alimentavam unicamente de frutos e ervas:

"E disse Deus ainda: Eis que vos tenho dado todas as ervas que dão semente e se acham na superfície de toda a terra e todas as árvores em que há fruto que dê semente; isso vos será para mantimento" (Gênesis 1,29).

Poderíamos ainda indagar se a proibição "não matarás", um dos mandamentos contidos no Decálogo de Moisés, também englobaria as demais espécies animais. Sacrificar um animal, seja qual for a razão, não seria uma transgressão do mandamento?

Paradoxalmente, o sacrifício de animais, que servia para aplacar a ira dos deuses, era uma prática bastante comum nas culturas antigas. O holocausto de animais era praticado pelo povo israelita (Ex 29:42; 30:10; 20:3; Lv 16:29-34, 6:19-30; Dt 16:17, 18:10-12) e ainda hoje é largamente realizado no Brasil, nos segmentos religiosos de origem afro-descendente, que ainda se utilizam desse tipo de prática como oferendas às divindades, para a obtenção de paz e prosperidade. Até mesmo na sociedade indiana, cuja religião primordial, o hinduísmo, considera a vaca e outros bichos animais sagrados, convive-se com a exploração da mão de obra animal.

Assim, parece-nos um contrassenso a postura humana de adotar cães, gatos, ou outros animais de estimação, e abater outras espécies de animais para satisfazer suas próprias necessidades.

Ocorre que os humanos só querem tirar proveito dos animais, e essa postura ideológica de dominação do reino animal pelos seres humanos disseminou a ideia de que os animais existem apenas para nos servir, condenando assim o reino animal à perpétua servidão. Desse modo, observamos que o mesmo pensamento utilitarista que legitimou a escravidão humana, em vários períodos da história, em que o escravo era visto como uma mercadoria, e que deu origem à servidão moderna, justifica a escravidão animal.

Podemos afirmar ainda, recorrendo mais uma vez ao pensamento de Aristóteles, que a principal diferença, do ponto de vista filosófico, entre o animal

e o homem, é que o gênero humano, além do raciocínio, possui o senso moral que lhe permite distinguir o certo do errado e escolher aquilo que lhe parece lícito. Na mesma linha de entendimento, São Tomás de Aquino (1225-1274), influenciado pelo pensamento aristotélico, dizia que o intelecto era o elemento que distinguia a pessoa humana de outros animais.

A teoria evolucionista da espécie humana, que encontra em Charles Darwin – autor da célebre obra *A Origem das Espécies* – o seu expoente maior, apresentou ao mundo a ideia de que o homem evoluiu dos macacos, e que ambos têm um ancestral comum, afirmação esta que, segundo Sigmund Freud, representou um golpe na vaidade humana, por ter rebaixado o homem à condição de ser inferior.[5] Portanto, para o evolucionismo, o ser humano é produto da evolução animal.

Como afirma Irvênia Prada, médica veterinária, pesquisadora em Neuroanatomia:

> A Biologia e a Antropologia, atualmente, não têm mais dúvidas [...] de que o ser humano evoluiu a partir de uma espécie animal chamada *Australopitecus*, cujos fósseis foram encontrados no sul da África (austral = sul; pitecus = macaco). Apesar de já ter postura ereta, o *Australopitecus* ainda era um macaco, que viveu no planeta há cerca de 3,5 milhões de anos.[6]

Retorna-se então à ideia central, esboçada por alguns filósofos, de que os animais não possuem alma, e que a consciência (alma, individualidade) é um atributo exclusivo do ser humano. Segundo Santo Agostinho (354-430), o animal é um ser vivo privado de razão, ou inteligência, ou seja, não tem consciência de sua real existência, e o homem é um ser dotado de uma inteligência superior. Agostinho, portanto, distingue duas espécies de alma: *anima* e *animus*[7]. A

[5]"Corajosa e impiedosamente, Freud revelou o que estava por baixo da superfície severa e polida da sociedade burguesa de sua época. Embora criticado com violência no princípio do século, justo porque atingia em cheio os falsos valores aos quais se agarravam nossos avós, de fato suas ideias estavam de acordo com o espírito do tempo, pois Freud procurava apanhar o irracional entre as tenazes do racionalismo dominante, procurava demonstrar que os símbolos nada contêm de inefável e reduzia-se a meros sinais." (apud SILVEIRA, Nise da. *Jung:* vida e obra. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997 [Coleção Vida e Obra], p. 167-168).

[6]PRADA, Irvênia. *A Questão espiritual dos animais*. São Paulo: FE, 2007. p. 8.

[7]Na Psicologia Analítica (de Carl Gustav Jung), o *animus* representa a dimensão masculina do ser humano, e a *anima,* a dimensão feminina.

primeira é a alma em geral, também encontrada nos animais. A segunda, também chamada espírito (*spiritus*) ou mente (*mens*), é própria da espécie humana e sobrevive à morte física.

Em seu *Dicionário Filosófico*, Voltaire (1694-1778) diz que é estupidez afirmar que os animais são máquinas destituídas do conhecimento e de sentimentos. O filósofo questiona a ideia proclamada desde Aristóteles de que as almas dos animais são formas substanciais, como também acha absurda a argumentação filosófica de que o animal possui uma alma material (que morre com o corpo), uma vez que este também tem vida própria e experimenta sentimentos e sensações. O grande pensador francês do século XVIII lembra, por exemplo, que o cão aperfeiçoa as lições transmitidas pelos donos e "excede o homem em sentimentos de amizade"[8].

É certo que somos diferentes dos animais em vários aspectos: físico, mental, biológico, psicológico etc. Isto, contudo, não nos dá o direito de tratá-los como objeto ou coisa, causando-lhes sofrimento atroz e morte.

Os animais são igualmente seres sensíveis, visto que também experimentam a dor e o sofrimento, e é justamente por sua capacidade física e psíquica de sofrer que animais devem ser protegidos.

2 (In) Evolução cultural e situação atual dos direitos dos animais

O movimento de defesa dos animais apresenta dois segmentos: o grupo dos que lutam pelos *direitos* dos animais e o grupo dos que lutam para o *bem-estar*. A primeira corrente defende que os animais sencientes devem ter assegurados alguns direitos básicos, como o direito à vida, à liberdade e ao bem-estar. O filósofo norte-americano Tom Regan (2004), especialista em direito e ética dos animais, em seu trabalho *Jaulas Vazias*, "argumenta que chutar um cachorro é moralmente errado porque o faz sofrer, não porque o homem está cometendo um ato de violência. O animal tem valor moral independentemente do homem".[9] Para o segundo grupo, encabeçado por Peter Singer (2002), é aceitável que animais sejam utilizados por humanos, "desde que de maneira responsável, com o menor sofrimento possível, e que os benefícios a outros

[8]DICIONÁRIO FILOSÓFICO. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 31.

[9]SINGER apud CHUAHY, 2009, p. 19.

(animais ou humanos) sejam maiores que o sofrimento do animal".[10] Para a filosofia utilitarista, defendida por Singer, os fins justificam os meios.

Assim, para a primeira vertente de pensamento, os animais não devem ser utilizados em laboratórios, ainda que os experimentos tragam benefícios ao animal ou aos humanos. A segunda corrente, fundamentada no utilitarismo, entende que o bem-estar humano se sobrepõe ao bem-estar animal. Segundo esse argumento, é admissível que, em certas situações, um animal venha a ser usado em pesquisas científicas, mas considera a criação de animais para o consumo humano e as práticas de dissecação atos imorais. Entretanto, as duas linhas de pensamento convergem em uma única direção e são categóricas em afirmar que os animais devem ser protegidos, porquanto, assim como os seres humanos, também têm capacidade de sentir dor física. Este é um dos aspectos de maior relevância nas questões afetas à proteção animal.

Nesse diapasão, assevera Peter Singer (2002) que os animais devem ser protegidos independentemente do nível de inteligência. Um deficiente mental, ou um bebê, conquanto não tenha um desenvolvimento mental completo, deve ser tutelado pelas leis, por terem a capacidade de resistência limitada. O mesmo raciocínio se aplica ao âmbito dos direitos dos animais, porquanto, mesmo que eles não tenham um pensamento organizado, são mais vulneráveis aos ataques e agressões dos seres humanos. Os animais não podem se defender, sozinhos, dos abusos praticados contra a espécie e tampouco reivindicar direitos.

Estudos recentes demonstraram que os animais não só apresentam estímulos à dor, como também possuem inteligência e sentimentos, sendo que alguns animais, como os chimpanzés, gorilas e orangotangos, também cães, cavalos, macacos e golfinhos, apresentam um nível de inteligência bastante elevado, o que demonstra que os animais são capazes de pensar e se comunicar entre si.

Irvênia Prada enfatiza que

> "[...] os animais também sofrem toda sorte de afecções. Nascem com malformações, tem câncer, cegueira, hidrocefalia, doenças cardíacas, infecciosas, epilepsia... E, além de sofrimentos físicos, ainda vivenciam medo, insegurança, abandono, solidão e toda sorte de crueldades".[11]

[10]Idem, p. 19.

[11]PRADA, Irvênia. *A questão espiritual dos animais*. São Paulo: FE , 2007. p. 52.

Na mesma obra, a autora informa ainda que experiências realizadas por cientistas da Universidade de Nevada, nos Estados Unidos, com chimpanzés, usando a linguagem de sinais para surdos-mudos, demonstraram que esse animal "consegue articular frases gramaticalmente corretas e expressar sentimentos como solidariedade, raiva, compaixão, ciúme e inveja ou senso de humor".[12]

Essa visão inferiorizada do animal criou uma espécie de discriminação em torno da espécie, com características semelhantes ao racismo (na espécie humana), a que se denominou de *especifismo*[13]:

> Según Singer, el nuevo movimiento de liberación debería basarse en una extensión del círculo dentro del cual nos reconocemos como iguales. Es decir "El principio ético que fundamenta la igualdad entre los humanos exige que también extendamos la igualdad a los animales". Ese principio ético se funda en la capacidad para sentir dolor y placer.[14]

O ser humano deve comprometer-se com a preservação do meio ambiente e a biodiversidade, promovendo o bem-estar e o respeito aos direitos dos animais. Tenham, ou não, uma alma, os animais merecem o nosso respeito, cuidado, afeto e proteção.

Do ponto de vista ético, o ser humano deve garantir o bem-estar animal, evitando o abuso e o sofrimento inútil e desnecessário, além de proporcionar condições de vida adequadas à espécie.

Fazendo uma retrospectiva de nossa história, podemos observar que, a partir do século XVIII, a exploração dos recursos naturais passou a ser feita de forma mais intensa e, com o aparecimento da indústria, adotou-se o modelo de produção em série. A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, conquanto tenha incentivado a produção em massa, inaugurando o modo de produção industrial, abriu alternativas para a confecção de vestiários, produtos e utensílios domésticos feitos de couro sintético, de maneira que, no atual momento histórico, não mais se justifica o consumo exagerado de produtos de origem animal, nem que animais sejam abatidos

[12]Idem, p. 81.

[13]O termo foi cunhado pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, em 1970.

[14]MARCOS, Alfredo. *Ética ambiental*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2001. p. 111.

para que o couro seja utilizado, nos setores de produção industrial, em roupas, casacos de pele, sapatos, móveis etc.

Em épocas remotas, quando ainda habitavam as cavernas e não dispunham de utensílios e vestuários modernos, os homens se alimentavam da caça e utilizavam-se da pele dos animais para protegerem-se do frio e da chuva. As comunidades autóctones, entretanto, usavam a carne e o couro dos animais para consumo próprio, e não com fins mercantis. Nessa época, tratava-se de uma necessidade do gênero humano, visando à garantia da própria sobrevivência.

Outra questão a ser enfatizada, que vem se banalizando em várias cidades e países, diz respeito aos rodeios, montarias, vaquejadas, "puxada de cavalos", touradas e outros tipos de competição. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2006) acentua que a farra do boi[15] e rodeios são práticas essencialmente culturais, e que nesse caso há um "aparente conflito" entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural, não havendo, portanto, a prevalência de um aspecto em detrimento do outro, devendo-se, na hipótese, analisar se o animal "encontra-se em via de extinção":

> Havendo o risco de extinção da espécie, será vedada a prática cultural, porquanto permitir sua continuidade implicaria não tutelar o meio ambiente natural e tampouco o meio ambiente cultural, uma vez que com a extinção a prática cultural perderia seu objeto. Além disso, uma prática somente é tida como cultural na medida em que traz a *identificação de valores* de uma região ou população. Caso tenha por finalidade apenas uma atividade mercadológica, será vedada, porquanto estaria desafeta às tradições culturais.[16]

Lamentavelmente, a espécie *homo sapiens* (*sapiens?*) tornou-se o maior predador da natureza, base de sustentação à vida. Somos a única espécie do planeta que persegue e destrói as outras espécies impiedosamente. O animal mata por instinto de sobrevivência, para saciar a fome; o homem elimina, desnecessariamente, sua própria espécie e as outras espécies. A exploração abusiva dos animais e as ações predatórias dos seres humanos beiram ao primitivismo e revelam o seu lado irracional.

[15]A prática foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do processo nº 153.531/1997.

[16]FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 117.

Curioso notar que o ser humano se tornou insensível ao ponto de, muitas vezes, não se compadecer com o sofrimento do animal, como no caso das práticas esportivas de caça, mas, pelo contrário, deleita-se com a agonia e o sofrimento dos animais.

Os adeptos da macrobiótica[17] afirmam que pessoas que fazem uso exagerado de carne e alimentos de origem animal estão mais propensas a doenças, e alertam para a necessidade de se programar mudanças no estilo de vida, diminuindo-se o consumo da carne.

O consumo exagerado da carne também tem implicações ecológicas: os impactos ambientais causados pela pecuária, através da emissão de gás metano produzido pelo excremento do gado, um dos principais fatores que causam o efeito estufa, responsável pelo aumento da temperatura do planeta, o desperdício da água e a degradação de áreas agrícolas e florestais.

A atividade pesqueira, sobretudo a pesca insustentável, põe em risco a sobrevivência das espécies (baleias, golfinhos etc.), e todo um *habitat* natural, além de contribuir consideravelmente para a poluição dos oceanos.

Várias espécies da fauna brasileira estão ameaçadas de extinção. A população de primatas, felinos, elefantes, rinocerontes e outros animais da fauna silvestre vêm diminuindo consideravelmente no mundo inteiro, em grande parte devido ao desmatamento, à destruição do *habitat* natural, à caça ilegal, à agricultura não sustentável, ao aumento da população humana e ao crescimento desordenado das cidades, entre outros fatores.

A caça indiscriminada e ilegal é outro problema que afeta seriamente o reino animal, acarretando o extermínio das espécies, devendo-se pontuar a incoerência dessa prática arraigada em algumas culturas, não só porque remonta aos tempos das cavernas, mas também porque raramente existem razões que justifiquem a prática esportiva, servindo unicamente para satisfazer o prazer de exibir um troféu.

Como afirmou Miguel Reale:

> A civilização tem isso de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorríamos a esta para dar uma base sustentável ao direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito

[17]KUCHI, Michio. *A Cura natural pela macrobiótica*. São Paulo: Graund, 1983. p. 22.

> Natural), assistimos, hoje, à trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre.[18]

Em face disso, surgiu, na França (1978), a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, composta de um preâmbulo e catorze artigos, objetivando estabelecer parâmetros jurídicos para os países membros da ONU, no tocante à proteção animal.

3 Legislação protetora dos animais

3.1 Declaração Universal dos Direitos dos Animais

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO reconhece, em seu preâmbulo, que "todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência" (art. 1º) e proclama que "o abandono de um animal é um ato cruel e degradante" (art. 6º, b).

Na mesma linha de pensamento, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais preceitua que "a experimentação animal, que implica um sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra", acrescentando, no art. 10, que "nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem". Define ainda como práticas incompatíveis com a dignidade do animal a exibição dos animais e os espetáculos que deles se utilizam.

O referido tratado foi subscrito pelo Brasil, em 1978, estando, portanto, integrado à Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais é um marco na história da luta pelos direitos dos animais, na medida em que representa uma mudança de paradigma na forma de enxergar a relação entre homens e animais.

3.2 Texto constitucional

No ordenamento constitucional, a proteção animal encontra-se tutelada no art. 225 da Constituição Federal. No plano infraconstitucional, leis específicas tratam da matéria, a saber: Decreto-Lei nº 221/67 (Código de Pesca); Lei 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna); Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais); Lei

[18]REALE, Miguel. *Memórias*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 297. 1v.

11.794/2008 (uso científico de animais) e art. 1.277 do Código Civil.

De acordo com o art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal, é tarefa do Poder Público "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Segundo o escólio de Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2006), a lei constitucional procura proteger o homem, e não o animal:

> Essa interpretação tem por fundamento a visão antropocêntrica do direito ambiental, de modo que todo ato realizado *com o propósito de garantir o bem-estar humano* não caracterizará a crueldade prevista no Texto Constitucional.
>
> Dessa forma, ser cruel significa *submeter o animal a um mal além do absolutamente necessário.* Compreender de forma diversa, atribuindo a tutela preceituada pela norma ao sentimento de dor do animal com relação a ele mesmo, implica inviabilizar a utilização da fauna pelo homem como bem essencial à sadia qualidade de vida [...]"[19].

É importante salientar que a fauna e a flora são bens jurídicos ambientais, de natureza difusa, inserindo-se na categoria dos direitos multidimensionais, visto que abrangem uma classe indeterminável de pessoas, e não apenas um bem público ou pertencente à União. Considera-se, na doutrina, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental diferenciado, restando desautorizada a visão patrimonialista prevalente na doutrina civilista de que os animais de caça e pesca podem ser coisas sem dono (*res nullius* ou coisa de ninguém) e sujeitas à apropriação através do instituto da ocupação (CC, art. 1.263). Nessa ordem de ideias, não é despiciendo lembrar que os animais não são sujeitos de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, e sim propriedade ou coisa, e, por terem movimento próprio, são considerados como bens móveis (semoventes).

Fiorillo (2006) enfatiza que o texto constitucional não restringiu o conteúdo da fauna, isto é, não faz diferenciação entre fauna silvestre (aquática ou terrestre), formada pelo conjunto de animais que vivem em liberdade, fora do cativeiro, e animais domésticos, os que vivem em cativeiro. Embora haja quem defenda que a

[19]FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.

norma constitucional não protege os animais domésticos ou domesticados, nem os de cativeiro, criatórios ou zoológicos particulares, o preceito do art. 225, § 1º, inc. VII, da Carta Magna, deixa claro que a norma constitucional, no que tange à proteção ambiental, dispensou o mesmo tratamento à fauna silvestre e aos animais domésticos. Em relação a estes, o autor alerta que, "embora não possuam função ecológica e não corram risco de extinção (porquanto são domesticados), na condição de integrantes do coletivo fauna, devem ser protegidos contra as práticas que lhes sejam cruéis, de acordo com o senso da coletividade".[20]

Sendo assim, a submissão de animais à crueldade recebe do Estado proteção ampla, abrangendo também os animais domésticos, embora não corram risco de extinção. Da mesma forma, os animais que vivem em cativeiro, criatórios ou zoológicos particulares devem receber ampla proteção do Estado, competindo-lhe assegurar a sobrevivência das espécies que se encontram em risco de extinção.

3.3 Crueldade contra animais

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trata da prática de abuso contra os animais, definindo como crime, no art. 32, a submissão de animais a maus-tratos e a atos cruéis. Estabelece pena de detenção, de três meses a um ano, para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Destarte, incorre nas penas do art. 32 da Lei 9.605/98 qualquer pessoa que venha a infligir aos animais tortura ou sofrimento desnecessário.

Cumpre lembrar que a Lei 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), recepcionada pela nova ordem constitucional, aplica-se unicamente aos animais da fauna silvestre.

Por outro lado, o Decreto Federal nº 24.645/34, que estabelecia medidas de proteção aos animais, já considerava maus-tratos, no seu art. 3º, XXIX, a realização ou promoção de lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, e, antes da edição da Lei 9.605/98, a crueldade contra animais tipificava a contravenção do art. 64 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (LCP), que atribui a pena de prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, a quem "tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho

[20]Idem, p. 109.

excessivo". De acordo com o § 1º do mesmo artigo, incorre na mesma pena aquele que, "embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo", aplicando-se a pena com aumento de metade, "se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público" (§ 2º).

O caráter normativo do texto legal tem o escopo de impedir o emprego de práticas e experimentos que venham causar sofrimento desnecessário ao animal. Nesse sentido, entende-se, na doutrina e na jurisprudência, que o dono de um animal deve utilizar os meios necessários à dominação do mesmo, sem, contudo, pôr em risco sua integridade corporal, vale dizer, sem infligir-lhe sofrimento atroz, devendo-se ressaltar que, para configuração da contravenção penal prevista no art. 64, não é necessário o dolo específico de maltratar o animal, bastando que o resultado lesivo resulte de ação consciente e voluntária do agente para que se corporifique o delito.

Poder-se-ia objetar se a contravenção penal do art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/41 ainda se encontra em vigor, ou se teria sido revogada tacitamente pelo art. 32 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, por ser norma posterior. O jurista Fernando Capez, por exemplo, entende que, "com o advento do art. 32 da Lei n. 9.605/98, aludida contravenção acabou sendo revogada pelo mencionado Diploma, cuja tutela é específica e mais abrangente, com imposição de penas mais severas"[21], concluindo que o art. 64 da LCP não existe mais no mundo jurídico.

De fato, a pena prevista no art. 64 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (LCP) não é suficientemente severa para os casos mais graves, visto que a referida norma dispensa tratamento mais brando ao agente que maltrata um animal.

Sendo assim, as famosas "rinhas" ou "brigas de galo", proibidas durante o Governo Jânio Quadros, pelo Decreto 50.620, de 18.05.61, as rinhas de cães (comum entre os cães da raça *pit bull*) e canários, a mutilação de animais e os atos de extrema crueldade, como matar um cachorro a pauladas, ou depositar veneno na comida de um animal, são condutas vedadas pela lei e que tipificam o delito de crueldade contra os animais.

[21]<http:www.anda.jor.br/10/02/2011/maus-tratos-contra-animais-a-importacia-da-repressao-juridica>. Acesso em: 10 fev. 2011.

3.4 Uso científico de animais

A Lei 11.794/2008, por sua vez, disciplina o uso de animais em pesquisas científicas e médicas, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais. De acordo com o art. 1º, § 1º, da referida lei, a utilização de animais em atividades educacionais fica restrita a estabelecimentos de ensino superior e estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica. Conforme dispõe a lei, as práticas de vivisseção, que são operações feitas em animal vivo para estudo ou experimentação, visando à elucidação de fenômenos fisiológicos ou patológicos, só poderão ser efetuadas mediante técnicas específicas e preestabelecidas.

O uso de animais como cobaias para testes de medicamentos e cosméticos e a vivisseção, tornaram-se práticas comuns no desenvolvimento de pesquisas em laboratórios, sendo mais comum a realização de experiências desse tipo em macacos, coelhos, *hamsters*, cães, ratos, sapos e camundongos.

Segundo Rafaella Chuahy,

> [...] Os ingredientes são ingeridos pelos animais em alta dose através de um tubo enfiado no esôfago até o estômago. Os cientistas diminuem a dosagem progressivamente, durante um certo período de tempo, até que permaneçam vivos 50% dos animais. Quando esse número é atingido, os estudiosos podem determinar a dosagem segura para o uso humano. O teste dura vários dias, durante os quais os animais sofrem dores, diarreia, convulsões e sangramento nos olhos e na boca. Os que conseguem sobreviver são mortos já que não têm mais valor científico.[22]

Destarte, qualquer tipo de experiência, envolvendo animais, realizada fora desses padrões, constitui violação à Lei 11.794/2008, bem como à Constituição Federal.

Uma novidade introduzida pela Lei 11.794/2008 foi a criação das Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs), integradas por médicos veterinários e biólogos; docentes e pesquisadores na área cientifica; e um representante de sociedades protetoras de animais legalmente estabelecidas no País, na forma do Regulamento. O art. 8º da lei estabelece que a constituição

[22]CHUAHY, Rafaella. *Manifesto pelos direitos dos animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 66.

prévia de Comissões de Ética no Uso de Animais é condição indispensável para o credenciamento das instituições com atividades de ensino ou pesquisa com animais, evitando, desse modo, o desvirtuamento das atividades envolvendo a experimentação animal.

Alguns cientistas e pesquisadores da atualidade levantaram novas questões éticas envolvendo o uso de animais como cobaias em pesquisas científicas e médicas. O advogado e especialista americano em direito dos animais, Steven Wise, defende que alguns animais deveriam ser elevados ao "*status* de pessoa" e argumenta que, do ponto de vista moral, as experiências realizadas em laboratórios com animais assemelham-se aos procedimentos adotados por alguns médicos nazistas na Segunda Guerra Mundial[23]. O especialista, que estudou sete espécies de animais (chimpanzés, orangotangos, gorilas, papagaios africanos, elefantes, cães e golfinhos), não vê problema em utilizar animais que não possuem um sistema nervoso organizado em pesquisas biomédicas, mas entende que o melhor modelo para aferirem-se os efeitos de uma droga é o próprio ser humano.

Desse ponto de vista, o médico americano Ray Greek, por sua vez, assevera que as drogas testadas em animais, embora sejam inofensivas aos animais, pode provocar efeitos colaterais horríveis em vidas humanas, e por isso os testes em animais não possuem valor preditivo[24].

Sabe-se que, muitas vezes, os grandes laboratórios desenvolvem pesquisas científicas visando ao lucro e quase sempre prepondera o fator econômico. Por outro lado, na prática, acabam sendo poucas as pessoas beneficiadas com as ditas "descobertas científicas", de maneira que a camada mais carente da população acaba não tendo acesso aos medicamentos, e, nesse sentido, não é demasiado lembrar que o progresso deve reverter em benefício de todos; do contrário, não se admite, do ponto de vista ético e moral, que animais indefesos sejam usados em experimentos cruéis, sem que lhes sejam assegurados direitos fundamentais, ainda que com propósitos nobres.

O tema, como se vê, é polêmico e suscita uma reflexão mais profunda, compreendendo-se que a erradicação total dessas práticas poderá inviabilizar a condução das pesquisas biomédicas, em laboratórios, e postergar a cura para doenças como a AIDS ou o Alzheimer.

---

[23]<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/%E2%80%9Ca-moral-de-alguns-cientistas-e-do-nivel-de-jardim-da-infancia%E2%80%9D-diz-especialista-em-direitos-dos-animais>. Acesso em: 22 set. 2011.

[24]<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/%E2%80%9Ca-pesquisa-cientifica-com-animais-e-uma-falacia%E2%80%9D-diz-o-medico-ray-greek>. Acesso em: 22 set. 2011.

4 Posicionamento dos Tribunais Pátrios

A jurisprudência brasileira não é tão escassa acerca da temática em análise. O Superior Tribunal de Justiça, segundo consta de seus informativos, colhidos no próprio *site* do Tribunal (16/08/2009)[25], já julgou, ao longo dos seus vinte anos, cerca de mil casos relativos a bichos de diferentes portes e espécies.

Alguns casos, envolvendo o direito dos animais, que chegaram às barras dos Tribunais Superiores, ganharam destaque na mídia e, por isso, se tornaram emblemáticos, merecendo comentários a parte.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3776-RN, o excelso Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da LE-RN 7380/98, que autorizava "a criação, a realização de exposições e as competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie Gallus-Gallus", por violar a norma do art. 225, § 1º, VII, da Constituição (STF, Pleno, ADIn 3776-RN, rel. Min. César Peluso, j. 14.6.2007, v.u.).

Na ADI 1.856-6, o STF deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, liminarmente, a execução e a aplicabilidade da Lei nº 2.895, de 20/3/1998, do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", a referida lei permite a submissão desses animais a tratamento cruel, o que constitui violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais.

No caso então examinado, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro argumentou, em sua defesa, a inocorrência de violação à Lei Maior, uma vez que, na sua ótica, o objeto da proteção constitucional é a fauna silvestre, não se incluindo, nesse rol, "os animais domésticos e domesticados, nem os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados". A Suprema Corte, no entanto, entendeu que o art. 225, § 1º, VII, da Constituição, protege a todos os animais, indistintamente, proibindo, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a qualquer forma de crueldade.

[25]<http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=93185>.

Nessa linha, decidiu ainda o excelso Supremo Tribunal Federal, na ADI 2514, da relatoria do Ministro Eros Grau, que "a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil".[26]

Em outro processo, a Terceira Turma do STJ julgou um caso em que o condomínio de um edifício do Rio de Janeiro exigia que a proprietária retirasse um cachorro de pequeno porte de sua unidade, no entanto, neste caso, como havia uma cláusula expressa na convenção do condomínio[27] proibindo a criação de animais de estimação, entendeu-se que deveria prevalecer o ajuste feito pelos condôminos na convenção.

Em outro caso, em que se pedia a retirada de 25 cachorros de um apartamento, devido ao mau cheiro e barulho, a Terceira Turma decidiu que a proprietária só poderia criar três cães em casa, mantendo-se a decisão do Tribunal *a quo*.

Em 2001, uma decisão judicial sem precedentes, no Município de Ilhabela, no Estado de São Paulo, determinou que a prefeitura providenciasse mensalmente 750 kg de ração de boa qualidade para os cães e gatos mantidos em abrigo demolido por ordem do governo municipal.

Entendemos que o atual arcabouço legislativo, embora não seja suficientemente severo, é suficiente para coibir os crimes ambientais e abusos cometidos contra animais domésticos e silvestres. É preciso, no entanto, intensificar a repressão ao contrabando de animais silvestres (papagaios, tartarugas, cobras etc.) e a biopirataria, e ampliar as medidas de proteção ao direito dos animais, junto ao IBAMA, à SUDEMA e aos órgãos governamentais vinculados as Secretarias de Meio Ambiente, do Transporte, da Saúde, da Assistência Social, da Educação, Polícia Militar e Civil, Centro de Zoonoses, Ministério Público etc., sendo de fundamental importância a parceria dos órgãos administrativos de âmbito federal, estadual e municipal, especialmente do Ministério Público, a quem incumbe a tutela dos interesses difusos e coletivos.[28]

---

[26]ADI 2514, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL – 02217-01, PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005. 42-47.

[27]"A convenção de condomínio tem natureza institucional-normativa. É o ato-regra gerador de direito aplicável a todos que se encontrarem no condomínio em condição permanente ou ocasional de ocupantes (RT, 772:178,749:338), logo tem efeito vinculante, alcançando os titulares de direito entre as unidades e os possuidores e, ainda, os meros detentores" (apud DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 912).

[28]De acordo com o art. 5º, I, da Lei n. 7.347/85, o Ministério Público tem legitimidade concorrente e disjuntiva para promover ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Lamentavelmente, os órgãos de proteção animal não dispõem de contingente e efetivo policial suficientes para reprimir as diversas situações de maus-tratos, e a falta de fiscalização acaba contribuindo para o agravamento do problema. Entretanto, qualquer cidadão, tendo ciência da prática de atos de maus-tratos ou abate criminoso de um animal, poderá denunciar o fato ao Ministério Público, ou autoridade competente, no seu âmbito de atuação.

Acentue-se, por fim, que cumpre à norma (federal, estadual ou municipal)[29] estabelecer regras de proteção ambiental, conferindo-lhe maior efetividade. Contudo, cabe ao Magistrado, a quem está reservada a missão constitucional de julgar as ações envolvendo animais, aplicar e interpretar, de forma ampla e irrestrita, as normas de proteção animal, sob a égide do art. 225, § 1º, inc. VII, da Carta Magna, tendo em mente a salvaguarda da fauna brasileira.

Não podemos esquecer que o respeito dos homens pelos animais é o que determina o grau de civilidade de um povo. Diante dos graves problemas sociais que assolam o mundo, como o tráfico de seres humanos, a violência doméstica, o trabalho infantil, a prostituição, o contrabando de drogas e armas, a biopirataria, a precariedade do sistema de saúde, a fome mundial, a mortandade infantil, o terrorismo internacional e a devastação avassaladora do meio ambiente, a violência contra animais não é um problema de menor importância, daí a necessidade do Poder Público subvencionar também as Sociedades Protetoras de Animais.

Há quem afirme que crianças que maltratam animais na infância tendem a se tornar adultos perversos. De qualquer modo, sempre que alguém explora, maltrata um animal, ou é conivente com esses atos, acaba estimulando a violência na sociedade, contribuindo, de forma indireta, para o aumento da delinquência.

Apresentamos, a seguir, a título de exemplificação, algumas alternativas e soluções para minorar o sofrimento animal:

a) intensificação da fiscalização dos órgãos de proteção animal;
b) educação ambiental, visando conscientizar e educar a população;
c) combate ao mercado informal e à biopirataria;
d) ação social e engajamento da sociedade;

[29]Conforme dispõe o art. 24, VI e VIII, da Constituição, "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: […] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; […] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]".

e) controle das pesquisas realizadas com animais em laboratórios e criação dos comitês de ética em pesquisa, de caráter multidisciplinar;

f) subvenção das Sociedades Protetoras de Animais;

g) criação e ampliação das estações ambientais e reservas animais;

h) revisão do processo de industrialização de produtos de origem animal;

i) redução do consumo de carne ou adoção de programa alimentar baseado na dieta vegetariana ou macrobiótica;

j) uso de anestesia em testes com animais em laboratórios e implantação de métodos alternativos à experimentação animal;

k) abolição das vaquejadas, montarias e toda espécie de exibição de animais, com intuito de lucro, em zoológicos, espetáculos circenses e aquários;

l) adoção de políticas públicas para o recolhimento de animais abandonados nas ruas em situação de risco.

m) criação de um estatuto jurídico próprio, disciplinando a circulação de veículos de tração animal, regulamentando-se, entre outras questões, os horários de trabalho e a carga máxima permitida, assegurando-se o descanso semanal dos animais.

n) redução gradativa dos veículos de tração animal;

o) incentivos econômicos para a prática do ecoturismo como alternativa de desenvolvimento sustentável.

A partir da educação ambiental nas escolas é possível educar o espírito humano a relacionar-se amistosamente com os outros seres viventes e despertar, nas crianças, amor e respeito pelos animais, podendo-se, gradativamente, desarraigar a noção de que os bichos devem ser submetidos a trabalhos excessivos ou tratados com castigos. Reforça-se a ideia de que a crueldade contra os animais é uma conduta abominável e recriminável moral e juridicamente, incentivando-se, sempre que possível, a prática de boas ações em prol dos animais.

5 Considerações finais

As questões afetas aos direitos dos animais – e ao meio ambiente como um todo – vêm ganhando maior relevo na atualidade, quando atravessamos uma crise ambiental sem precedentes na história, com vários desastres naturais e ecológicos. A exploração abusiva dos animais apresenta caráter tipicamente desumano, o que pode acarretar, em curto prazo, o extermínio das espécies. O

apoio do governo e a ajuda dos grupos de defesa dos animais e ambientalistas são decisivos, porém a sociedade não pode permanecer inerte diante dessas questões. Precisamos urgentemente repensar, na atual conjuntura da humanidade, sobre a necessidade e utilidade da permanência de animais nos zoológicos, circos e aquários, outorgando-se às gerações futuras uma sociedade comprometida com o desenvolvimento sustentável e livre de conflitos, sob pena de sufragar-se a banalização da violência animal.

Para solucionar a problemática dos direitos dos animais não é suficiente promover a defesa da vida como bem maior; é preciso que haja o reconhecimento de seus direitos básicos, como o direito a não sofrer, à vida e à liberdade, o que requer a conjugação de esforços de todos os componentes da sociedade.

Como enfatizou Irvênia Prada, nós, seres humanos, devemos adotar o "paradigma biocêntrico" em lugar do "paradigma antropocêntrico", conscientizando-nos de que os animais também são habitantes da Terra e pertencem à comunidade terráquea, e, por que não dizer, "nossos parentes mais próximos". Não podemos esquecer que os animais podem viver sem os seres humanos, mas os seres humanos não podem viver sem os animais. Respeitar o animal é uma forma de preservar a vida e o próprio meio ambiente.

Referências

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Método, 2009.

AGOSTINHO, Santo. *O livre-arbítrio.* (tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco). São Paulo: Paulus, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CHUAHY, Rafaella. *Manifesto pelos direitos dos animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Lei das contravenções penais anotada*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

KUCHI, Michio. *A Cura natural pela macrobiótica*. São Paulo: Graund, 1983.

MARCOS, Alfredo. *Ética ambiental*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2001.

MARIAS, Julián. *História da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NERY JUNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal comentada*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. *Memórias.* São Paulo: Saraiva, 1987. 1v.

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

<http:www.anda.jor.br/10/02/2011/maus-tratos-contra-animais-a-importacia-da-repressao-juridica>. Acesso em: 10 fev. 2011.

<http://www.jornaldaserra.com.br/2Bichos/Ilhabela/Ilhabela.htm>. Acesso em: 13 jul. 2010.

<http://www.nova-criminologia.jusbrasil.com.br/noticias/>. Acesso em: 28 set. 2011.

<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/%E2%80%9Ca-pesquisa-cientifica-com-animais-e-uma-falacia%E2%80%9D-diz-o-medico-ray-greek>. Acesso em: 22 set. 2011.

<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/%E2%80%9Ca-pesquisa-cientifica-com-animais-e-uma-falacia%E2%80%9D-diz-o-medico-ray-greek>. Acesso em: 22 set. 2011.

<http://www.pea.org.br/curiosidades/curiosidades_estudo_01.htm>. Acesso em: 07 out. 2011.

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=93185>. Acesso em: 22 set. 2011.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MUNDO VIRTUAL: O PROVEDOR DE ACESSO E SUA RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS QUE CELEBRA COM O CONSUMIDOR

Márcio Fernando Magalhães Franca
Bacharel em Direito

Resumo

O objetivo envolvido neste trabalho é verificar a questão dos danos cometidos no mundo virtual e a possibilidade (hipótese) de responsabilizar os provedores de acesso pelas infrações, através da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos coletivos dos consumidores. São apentados os sujeitos e objeto da relação jurídica de consumo estabelecida entre provedor de acesso e consumidor, incluindo a ratificação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessa relação. Como fornecedor de serviços, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, responsabiliza-se o provedor de acesso à Internet por questões ligadas diretamente ao acesso e são apresentadas as situações em que o provedor se exime de responsabilidade, incluindo a necessidade de prestação de informação ao consumidor diante da possibilidade iminente de danos. Utiliza-se pesquisa documental, empregando-se o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento interpretativo e comparativo.
Palavras-chave: Direitos do consumidor. Internet. Provedor de cesso. Responsabilidade civil.

Abstract

This work investigates the cases where damages are incurred or caused in the virtual world (Internet) and considers the hypothetical option of prosecuting access providers through the Public Prosecutor Office for infringing upon consumers' collective rights and interests. Subjects and objects in the juridical relation between access provider and consumer were presented in the context of application of the *Código de Defesa do Consumidor* (Consumer's Defense Code). As a service provider, according to the Código *de Defesa do Consumidor*, the access provider is responsible for any issues related directly to the access. Exceptions where the access provider has no liability were presented, including those cases where the provider is required

to inform the consumer of the imminent possibility of damages to the consumer's interests. Research in this work used interpretative, deductive and comparative methods.
Key-words: Consumer rights. Internet. Access provider. Civil responsibility

1 Introdução

O presente trabalho teve como base dissertação produzida por este autor. Foram mantidas as partes que mais interessam a este trabalho e apresentado um novo foco: a atuação do Ministério Público na problemática em questão. É de ressaltar que esse novo foco se enquadra no contexto da fiscalização dos serviços prestados pelo provedor de acesso e que essa fiscalização constou, na dissertação mencionada, como sugestão de novos trabalhos.

O provedor de acesso à Internet possibilita o ingresso do consumidor na rede de computadores, transformando-se em um elemento necessário para a conexão com o mundo virtual. Dentre seus serviços, podem ser apontados: transmissão de mensagens, sistema de *e-mail*, acesso remoto e hospedagem de endereços eletrônicos.

Todavia, esses serviços prestados pelo próprio provedor podem causar prejuízos ao consumidor, como, danos aos próprio computador devido a instalações indesejadas de programas-vírus através do mundo virtual; acesso não permitido de terceiros ao computador do consumidor; não concretização de negócios gerados por contratos eletrônicos celebrados entre o consumidor e terceiros devido a problemas nos serviços de *e-mail* ou de interrupção no acesso e interceptação do envio de dados por *hackers*. Devido a esses problemas, serão analisadas a questão da responsabilidade civil do provedor de acesso com uma obrigação de indenizar e a questão envolvida referente aos interesses difusos e coletivos em conjunto com a atuação do Ministério Público.

Devido aos aspectos citados anteriormente, este trabalho pode ser importante para o direito civil e para o direito do consumidor porque pode servir de instrumento de posterior amparo legal: para os operadores do Direito de forma geral, porque é um conhecimento sobre uma violação em um mundo pouco explorado juridicamente: o da Internet; é também importante para o Judiciário

porque indicará a responsabilidade específica do provedor de acesso, delimitando suas atividades e, assim, suas obrigações perante o consumidor. E, por último, é importante para o Ministério Público, uma vez que sua atuação se encontra relacionada com as atividades desempenhadas pelo provedor de acesso à Internet.

Inicialmente, em um primeiro momento, será discutida a questão central do trabalho: a responsabilidade civil do provedor de acesso na sua relação com o cliente (consumidor). Em uma abordagem inicial, serão identificados os tipos de provedor, como o objetivo de delimitar a atividade e as obrigações assumidas pelo provedor de acesso. No passo seguinte, serão indicados problemas relacionados diretamente com o serviço de acesso ao mundo virtual, que, por proporcionarem danos ao consumidor, torna o provedor responsável pelos prejuízos, incluindo a questão dos interesses difusos e coletivos, os quais fundamentam a atuação do Ministério Público. Serão incluídos os deveres do provedor, como o de prestar informações (hipótese inclusive, dependendo do caso, de isenção de responsabilidade do provedor) e o de garantir a segurança e a privacidade no acesso à Internet. Já, em um segundo momento, será analisada a função do Ministério Público relacionada como o caso em tela.

Para se realizar este estudo, o tipo de pesquisa jurídica que norteará este trabalho monográfico será o de pesquisa documental. Será empregado o método de abordagem dedutivo. Para tanto, serão confrontados os raciocínios e argumentos pesquisados para se concluir, através de uma sequência lógica amparada legalmente, a forma de combater o problema apresentado nesta dissertação, ou seja, enquadrar a questão dos danos proporcionados pelos provedores de acesso aos consumidores dentre as hipóteses legais e doutrinárias previstas.

Serão empregados também os métodos de procedimento histórico (evolução da violação dos direitos do consumidor, incluindo os efeitos proporcionados pela Internet), interpretativo (análise dos argumentos e raciocínios coletados na doutrina e jurisprudência) e comparativo (estudo de doutrina internacional referente a certos institutos pesquisados). Para esse processo, será utilizada técnica de pesquisa documental.

2 Responsabilidade civil do provedor de acesso à Internet e a atuação do Ministério Público

O provedor de acesso à Internet é responsável ou não pelos seus serviços de acesso à rede mundial? Será que esse acesso pode causar danos ao

consumidor? Como o Ministério Público deve proceder se interesses difusos e coletivos forem violados?

Inicialmente, para definir qual o tipo de provedor analisado neste trabalho e ser possível responder às perguntas anteriores, serão indicados os diversos tipos de provedor.

2.1 Tipos de provedor

Para esclarecer qual tipo de provedor é o foco deste trabalho, deve-se, neste momento, apresentar a classificação dos provedores e, simultaneamente, indicar as características e peculiaridades que diferenciam o provedor de acesso dos demais provedores.

Dentre os provedores conhecidos, podem ser citados: o provedor de acesso à Internet (foco deste trabalho), provedor de informação, provedor de conteúdo e provedor de serviço. É de ressaltar-se que um provedor prestador de serviço nem sempre se enquadra em uma apenas das classificações citadas, como esclarece Vasconcelos (2003, p. 68):

> Ainda não há consenso a respeito dessa classificação, pois em muitos casos é difícil o enquadramento de um desses organismos apenas em um tipo como, por exemplo, quando um provedor de informação disponibiliza acesso via linha discada aos seus clientes, caracterizando-se também como provedor de acesso.

Ainda, segundo Vasconcelos (2003, p.68), o provedor de acesso "é aquele que serve obrigatoriamente de elemento de ligação entre o internauta receptor e o internauta emissor"; o provedor de informação "é o organismo cuja finalidade principal é coletar, manter ou organizar informações *online* para acesso através da Internet por parte de assinantes da rede"; o provedor de conteúdo "é a organização que tem como finalidade principal coletar, manter e organizar informações *online* para acesso através da Internet"; e provedor de serviço "é a união do provedor de acesso com o de conteúdo". Nota-se que a diferença que pode ser apontada nessa classificação entre o provedor de informação e o provedor de conteúdo é que, naquele, o público-alvo é mais restrito.

Lisboa (2007, p. 226) reforça a indispensabilidade da existência do provedor de acesso para que o consumidor entre em contato com a Internet:

> O usuário comum da internet somente obtém acesso através do provedor que vier a escolher. É o chamado provedor de acesso, que tem por função atribuir ao usuário um endereço de IP para que possa se conectar à rede e intermediar as informações veiculadas pelo provedor de *backbones*.

Percebe-se assim que o provedor de acesso é instrumento necessário para promover a entrada do consumidor no mundo virtual. Como consequência, desempenha um papel relevante na ampliação das pessoas inseridas na rede global. Lisboa (2007, p. 225) também apresenta uma nova classificação para os provedores: "Há basicamente três categorias de provedores: o provedor de *backbones*, o provedor de acesso à rede e o provedor de mensagens por correio eletrônico".

O provedor de *backbones* é uma espécie de gestor da rede de telecomunicação. No Brasil, o *backbone* da Embratel é responsável em viabilizar o serviço executado pelo provedor de acesso, como destaca Peck (2002, p. 14):

> Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço de telecomunicação existente (no caso brasileiro, o *backbone* da Embratel), para viabilizar o acesso, o armazenamento, a movimentação e a recuperação de informações do usuário à rede.

Cada computador é reconhecido no mundo virtual através de um protocolo chamado IP (*Internet Protocol*), sendo, assim, uma espécie de identificação. Assim, o provedor de acesso, de acordo com o IP, tem a capacidade de reconhecer, por exemplo, o remetente e o destinatário de uma certa mensagem. Segundo Peck (2002, p. 14), "O endereço IP é dado ao computador que se conecta à rede, e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores".

O protocolo DNS (*Domain Name System*) se encarrega de traduzir em palavras os endereços IP. Os TLDs (*Top Level Domains*) se relacionam com as terminações de endereço, como por exemplos, *'.org'* e *'.com'* . Ainda, conforme Peck (2002, p.14), "A interligação física e a uniformização do sistema de transmissão de dados entre as redes, através de protocolos, permitiram, portanto, que a Internet fosse colocada à disposição do usuário conectado à rede". Constata-se, assim, que o acesso à Internet necessita de dois parâmetros: o primeiro se refere a interligação física (incluindo cabos e os próprios computadores); o segundo corresponde a uma linguagem padrão de

entendimento entre os servidores, provedores e computadores, permitida pelo IP. O provedor de acesso, assim, deve atender a esses dois requisitos técnicos.

Ainda quanto às classificações mencionadas anteriormente, deve-se ressaltar que elas não são consensuais. Outros doutrinadores ampliam o significado de provedor de acesso, estendendo seus serviços para, por exemplo, manutenção de páginas pessoais na Internet e para compras na rede. Ensina Vaz (2004, p.116):

> Todos os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet caracterizam-se por serem virtuais, assim têm-se os serviços de *e-mail*, o acesso à rede de informações, os serviços de *dowonloads*, o serviço de Telnet (aquele que permite a utilização de um computador para acessar outro remotamente), manutenção de páginas pessoais, compras na rede, chat etc.

Percebe-se que a classificação de Vasconcelos é mais detalhada e será adotada neste trabalho, principalmente no que concerne ao significado de provedor de acesso. Todavia, para efeitos de danos causados ao consumidor e de responsabilidade, serão analisados todos os serviços que os provedores de acesso se comproterem a realizar, estejam ou não no alcance do seu significado. Proceder de outra forma seria eximir sumariamente o provedor de acesso sem ao menos analisar o caso concreto.

2.2 Aplicação da responsabilidade civil e do Código de Defesa do Consumidor na relação entre provedor de acesso e consumidor

No contexto do Código de Defesa do Consumidor, será observado em qual caso se enquadra a relação envolvendo o provedor de serviço e o consumidor e analisada a responsabilidade civil contida nessa relação proveniente do dano eventualmente cometido contra o consumidor.

Até antes de serem verificados os institutos pertinentes no Código de Defesa do Consumidor, deve-se realçar que os direitos do consumidor se inserem numa visão ainda mais ampla e mais protegida: a de matéria constitucional. Como afirmam Almeida e Wada (2002, p. 187):

> Nestes tempos de acentuado constitucionalismo seria muito difícil iniciar uma analise científica do ordenamento jurídico sem fazer

> referência ao conteúdo material disposto no texto constitucional de 1988 relativamente ao direito do consumidor.

Nessa linha constitucionalista, os direitos do consumidor são considerados pela Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, não sendo assim sujeitos a alterações, firmando-se como cláusulas pétreas. É também o entendimento de Almeida e Wada (2002, p. 187):

> Com relação ao art. 5º, XXXII, afirmamos tratar-se de direito e garantia fundamental a defesa do consumidor, o que lhe confere *status* constitucional de direitos fundamentais, apontando-se dois efeitos – prevalência, pois se trata de direitos humanos e portanto nos eventuais conflitos normativos afirma-se sua prevalência, e segundo, goza da chamada estabilidade constitucional, pois se inscreve nas disposições do art. 60, §4º , IV, da CF, tratando-se de cláusula pétrea, não podendo ser abolida por emenda ou mesmo revisão constitucional.

Prosseguem ainda Almeida e Wada (2002, p. 189), alicerçando aos direitos do consumidor princípios constitucionais consagrados, como o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana: "As razões de defesa do consumidor passam também, sob o ponto de vista normativo, a ter a possibilidade de serem definidas como realização da cidadania e da dignidade humana".

Resta ressaltar então que a relação de consumo é protegida constitucionalmente. Mas, e infraconstitucionalmente? Qual a natureza jurídica da relação de consumo e como se analisar a responsabilidade envolvida?

Quanto aos provedores de acesso, enquadrados na definição de fornecedores de serviço, devem responder pelos danos cometidos independentemente de culpa. Responsabilizam-se, assim, objetivamente.

Neste trabalho, a informação prestada pelo provedor de acesso é fundamental para que seja isento de responsabilidade. O simples fato de inexistência ou de deficiência na informação se traduz em má prestação do serviço por parte do provedor. Isto porque é um dos direitos do consumidor ser informado em relação ao serviço contratado.

No ambiente da Internet, a informação do provedor de acesso pode significar a manutenção e a integridade dos dados encontrados no computador do usuário, ou seja, a segurança do consumidor. No caso concreto, em caso de possível invasão no computador do consumidor, através da Internet e em instalações em seu computador de arquivos danosos efetuadas por terceiros, o pro-

vedor deve se antecipar, protegendo o consumidor dessas violações. Não agindo dessa forma, o provedor de acesso presta um serviço defeituoso, ou seja, sem segurança.

Essa proteção pode ser realizada por programas específicos que devem informar ao consumidor acerca de uma possível invasão, cabendo em seguida ao consumidor aceitar ou não a advertência por sua conta e risco. Essa é uma hipótese em que o provedor se isenta de responsabilidade, justamente porque atendeu a exigência legal do dever de informar. E, se informar de forma inadequada em meios de comunicação de massa, serão violados interesses coletivos, e o Ministério Público poderá intervir judicialmente.

Percebe-se, porém, que as recomendações obrigatórias devem ser fruto de um melhor conhecimento do produto ou do serviço por parte do provedor de acesso. Daí, o provedor não deve se omitir quanto a repassar ao consumidor conselhos e recomendações reconhecidamente necessárias para evitarem-se danos. O que não se pode é confundir recomendações de caráter preventivo da danos ou de melhor opção para se evitar invasões de computadores através de vírus com uma simples opção pessoal do provedor. Esta sim é desnecessária.

A questão do dever de informar se relaciona com a presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao provedor, conforme identifica Rodrigues (2006, p. 83):

> Na verdade, o consumidor está sempre numa posição passiva se comparada ao produtor, ele não tem pleno domínio dos fatos relativos à mercadoria, seja no momento de sua elaboração, seja na fase de sua comercialização, aí incluída a publicidade.

Merece questionamento o entendimento citado anteriormente: o termo "sempre" revela uma hipótese extrema e, como foi apontado, presume-se que haja vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Isso não implica dizer que o consumidor nunca possa ter pleno domínio dos fatos relativos à mercadoria e que até mesmo não possa entender mais do produto do que o próprio consumidor. A regra pode, assim, admitir exceções. Contudo, o direito do consumidor continua preservado. A vulnerabilidade do consumidor se revela também na situação em que o provedor de acesso, conhecedor da tecnologia empregada, atribui responsabilidade exclusiva do consumidor em casos de vio-

lações em seu computador. Essa atribuição representa uma prática abusiva, conforme aponta Lucca (2003, p. 46):

> Assim como a cláusula contratual de atribuição exclusiva ao consumidor da responsabilidade pela escolha do equipamento tem sido corriqueiramente utilizada pelos fornecedores de bens informáticos - configurando-se, em alguns casos, uma cláusula indubitavelmente abusiva -, também parece que a aplicação da chamada *teoria do resultado* na contratação informática deverá ser feita dentro de prudentes limites.

De fato, punir o consumidor pela escolha do equipamento é negar que o serviço prestado pelo provedor deve ser de qualidade. Isso porque, independentemente dos dispositivos informáticos adquiridos pelo consumidor, o acesso à rede global deve ser garantido e seguro. Continua Lucca (2003, p. 48):

> Nessa linha de raciocínio, os contratos assim celebrados exercem, fundamentalmente, a função de sujeitar os mais fracos à vontade dos mais fortes, conforme muito bem acentuado por Ettore Giannantonio ao dizer que, em última análise, na contratação informática não mais existiria um acordo entre as partes, mas sim a forma pela qual o sujeito mais forte vincula o mais frágil, [...]

Do posicionamento citado, pode-se destacar que, na relação provedor de acesso- -consumidor, aquele, detentor dos instrumentos técnicos de acesso ao mundo virtual, pode, por exemplo, interromper o serviço de conexão, não coibir as invasões por *hackers*, dentre outros danos proporcionados contra este. E todos esses fatos podem ocorrer sem o mínimo conhecimento do consumidor, demonstrando a fragilidade do consumidor nesse tipo de relação jurídica.

O dever de informar se presta para garantir a segurança do serviço ou do produto. Uma das manifestações dessa segurança exigida pelo Código de Defesa do Consumidor se traduz na proteção contra invasões de computadores, via *cookies*, vírus e outros arquivos indesejáveis na maioria das vezes. Segundo Peck (2002, p. 36),

> O direito à informação está desmembrado em três categorias de acordo com o sujeito de direito: a) direito de informar, que é um direito ativo; b) o direito de ser informado, que é um direito passivo; c) o direito de não receber informação, que é um direito ativo e passivo.

A informação, ao mesmo tempo que é um dever do provedor de acesso, é um direito do consumidor. Explicando a citação anterior, o consumidor tem o direito de informar que não deseja mais um determinado serviço, de estar sempre atualizado acerca de novos produtos, serviços e prevenções contra danos e de ser sempre preservado contra informações indesejadas. Exemplo do último caso é o *spam*, que é uma espécie de mensagem enviada ao mesmo tempo para vários usuários, contendo, muitas vezes, publicidade. Trata-se de um exemplo que viola interesse difuso e, assim, recai na atribuição do Ministério Público combater tal violação.

Mas nem nempre o provedor de acesso deve ser responsabilizado. Assim, apontam Almeida e Wada (2002, p. 195) as hipóteses em que o prestador de serviço, no caso o provedor de acesso, exime-se de responsabilidade:

> À semelhança do que se dá com a responsabilidade pelo fato do produto, o prestador de serviço estará imune à obrigação reparatória quando não tiver prestado o serviço, quando o defeito não existir, ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Essas hipóteses demonstram que deve se ter cuidado em apurar a causa dos danos sofridos pelo consumidor, considerando-se os serviços prestados pelo provedor, além da análise dos argumentos do provedor referentes à isenção de responsabilidade. Para ilustrar um caso em que ocorre culpa exclusiva do consumidor: este, ao instalar, por conta própria, um arquivo proveniente de um CD, não percebe que existe vírus nesse periférico, causando-lhe danos. Nessa hipótese, o provedor de acesso não deve ser responsabilizado.

A importância do tema do provedor de acesso se evidencia ainda mais porque a conexão entre o consumidor e a Internet só é possível devido ao próprio provedor. O consumidor, então, se quiser entrar no mundo virtual, deve contratar um provedor de acesso. Essa indispensabilidade, inclusive, poderia ser questionada se estaria ou não se configurando em uma violação aos direitos dos consumidores. Destaca-se esse questionamento como sugestão de novos trabalhos, uma vez que o foco deste é outro.

Quanto à questão da informação já mencionada, é imperioso que o provedor de acesso cientifique, sob pena de arcar com os danos que eventualmente venham a ocorrer, o usuário da possibilidade de invasão de computadores proporcionada por *hackers* e *crackers*, inclusive através de *cookies*.

Almeida e Wada (2002, p. 196) refutam ainda as alegações dos provedores de acesso de invocação de excludente de responsabilidade nas invasões sofridas pelos usuários:

> Essa invasão do aparelho do usuário é responsabilidade do provedor, que não pode invocar culpa exclusiva de terceiro para eximir-se. Seria cômoda a posição do provedor que, considerando que esses invasores entram no sistema contra sua vontade, invocasse a excludente de responsabilidade.

O argumento anterior é procedente porque de nada adianta a alegação do provedor referente ao fato de não ter sido sua vontade a invasão dos computadores dos consumidores. Isso porque a responsabilidade não é subjetiva; é objetiva, conforme já destacado neste trabalho.

O provedor de acesso, dentre outras obrigações, deve garantir segurança na conexão promovida em benefício do consumidor. Frota (2005, p. 246-247) registra a obrigação geral de segurança presente também na legislação portuguesa:

> O regime adoptado no presente instrumento legal aplica-se de análogo modo, com as necessárias adaptações, aos serviços que aos consumidores se destinem, insusceptíveis de ser abrangidos por legislação especial que prescreva os requisitos de segurança que se lhes quadre.

Percebe-se, assim, que a segurança é um direito preservado não só no Brasil. E segurança é um valor protegido pelo direito, assegurando que os dados do consumidor, incluindo os sigilosos, não serão coletados sem sua autorização. Além desse aspecto, o acesso deve ser livre da violação por vírus e por outros arquivos danosos. Conforme assegura Nóbrega (2007, p. 101), "A segurança é o fim imediato, a missão prática do direito. É também um valor, como a justiça, embora um valor de segundo grau".

No entendimento anterior, o termo complementar é mais adequado (envolvendo justiça e segurança) do que valor de segundo grau porque este revela a possibilidade de se atingir justiça, mesmo em detrimento da segurança. Deve-se, contudo, complementar o entendimento acima com a possibilidade de dano moral. Este, ao se configurar como coletivo, atrai a atuação do Ministério Público. Assim sendo, o provedor, ao negar esse dever de segurança, presta um serviço defeituoso, principalmente quando se constata que tais invasões podem ser impedidas ou, pelo menos, combatidas.

O próprio consumidor deposita confiança no provedor de acesso, uma vez que acredita se encontrar imune a violações no mundo virtual e também por não conhecer tecnicamente as ferramentas utilizadas, bem como o procedimento adotado pelo provedor de acesso. A confiança que o consumidor deposita no provedor de acesso se deve à sua fragilidade, a qual é destacada pela doutrina, ao indicar vários aspectos que demonstram essa afirmação e que se compatibilizam com a relação envolvendo o provedor de acesso e o consumidor. Dentre esses aspectos, alguns podem ser apontados: produtos e serviços especializados; bens informáticos diferentes para uma mesma necessidade; inexistência de negociação ou de fase pré-contratual; oferta de contratos por adesão, incluindo eventual exercício abusivo; consumidor leigo diante de profissional especializado; confiança que o consumidor deposita no fornecedor.

A confiança retrata a boa-fé contratual do consumidor em acreditar que o serviço oferecido se caracteriza por ter qualidade e ser seguro. Indaga-se: quando um *hacker* invade o computador do usuário ou nele instala um vírus, têm-se esses fatos como esperados pelo consumidor? São fatos que demonstram segurança no serviço de acesso à Internet proporcionado pelo provedor? As respostas, baseadas no ordenamento legal, só podem ser negativas. A questão da segurança é reforçada por Lucca (2003, p. 82):

> Assim, *a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* – e, no caso de invasão de *hackers* ou de *crackers*, dúvida inexistiria de tratar-se de culpa exclusiva de um *terceiro* -, prevista no retro transcrito inciso II do § 3º, não poderia, por si só, ensejar a exclusão da responsabilidade civil por parte do fornecedor.

A orientação legal, contida no art.14 do Código de Defesa do Consumidor (fonte da consideração anterior), é a de responsabilizar o fornecedor, mesmo que este não atue com culpa, pela reparação de danos suportados pelos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. No foco deste trabalho, o fornecedor é o provedor de acesso ao mundo virtual, e o serviço é proporcionar o acesso à Internet. Resumindo: a responsabilidade do provedor é objetiva.

O provedor de acesso deve, assim, impedir ou dificultar as invasões. Essa espécie de controle, que deve ser exercido de forma vigilante, e o dever de informação são retratados por Marques (1999, p. 327):

> O art. 10 do CDC impõe também ao fornecedor um típico dever de vigilância, qual seja o dever do fornecedor do produto, cuja periculosidade foi afora descoberta, de informar à população e às autoridades competentes.

Em caso de insucesso ou de eventual impossibilidade tecnológica, deve simultaneamente alertar ao consumidor para que o mesmo fique ciente de que seu computador está sendo violado (ou é vulnerável a invasões). Nessas condições, o usuário dos seus serviços pode promover as providências necessárias para resolver o problema. O dever de informar, indispensável para que o provedor invoque posteriormente excludente de responsabilidade, é apontado por Almeida e Wada (2002, p. 196):

> Caso tenha tomado todas as cautelas necessárias para evitar essa atuação e, mesmo assim, se ela vier a ocorrer, há que se verificar se cumprido foi o dever de informação. Apenas então poderá ser invocada a excludente da responsabilidade.

Todavia, deve restar comprovado o controle que o provedor de acesso promoveu previamente. Um exemplo de controle que deve ser exercido é contra os vírus, os quais são arquivos que podem danificar o computador do consumidor e violar seus dados. A confiabilidade depositada pelo consumidor no provedor é comprovação de que não se espera que o serviço prestado, caso não tenha defeito, permita inclusão de vírus em computadores de usuários.

O mencionado controle deve ser exercido também, por exemplo, contra os *cookies*, os quais são uma espécie de programa de computador introduzido por invasores com o objetivo de descobrirem-se os caminhos percorridos pelo usuário no mundo virtual. Ao serem instalados no computador do usuário, terão condições de indicar e registrar os passos seguidos no mundo virtual, como quais compras foram realizadas e quais endereços eletrônicos foram visitados. Os dados do internauta, assim, podem ser coletados através de *cookies* ou através de preenchimento de formulários cadastrais. Estes sendo, às vezes, até condicionantes à entrada no endereço eletrônico desejado pelo internauta.

Almeida e Wada apresentam essa forma de invasão de computadores através de *cookies* (2002, p. 196):

> Outra ocorrência capaz de causar dano ao usuário da internet é a dos *cookies*, que são pequenos *links* que permitem uma identificação do perfil do usuário, com o objetivo declarado de personalizar a prestação do serviço. Essa conduta é tomada pelo *browser* (programa que permite a navegacao pela internet).

Os *cookies* são verdadeiros espiões. Vasconcelos também esclarece a definição de *cookies* (2003, p. 99):

> *Cookies* podem ser definidos como minúsculos textos (de geralmente 1 kb), colocados no disco rígido do microcomputador do internauta por alguns *sites* que ele visitou. Contém informações que o próprio internauta ofereceu ao *site*, como *e-mail*, preferência, o que ele comprou, seu nome, endereço, data de nascimento etc..

Não se pode negar que o interesse de se instalar um *cookie* no computador do usuário pode ser, de certa forma, benéfico para o consumidor. Um fornecedor pode, conhecendo melhor seus clientes, oferecer serviços e produtos mais direcionados, que, assim, terão maiores chances de agradar seus clientes.

Porém, o controle sobre esses *cookies* por parte dos provedores de acesso se torna indispensável porque podem ser usados maleficamente, inclusive podendo gerar discriminação referente ao comportamento do consumidor ou ao seu estado de saúde.

Almeida e Wada apontam uma forma de finalidade indesejável dos *cookies* (2002, p. 196-197):

> Esses *cookies*, entretanto, podem causar sérios problemas ao consumidor, quando utilizado para outras finalidades. A imprensa já noticiou o fato de autoridades ligadas a sistemas de proteção da privacidade na internet alertarem para o perigo de que um pesquisador de *sites* de bebidas alcóolicas poder ter negada algum dia a proposta de seguro-saúde.

Vê-se assim que o *cookie*, apesar de poder ser usado para beneficiar o internauta, atenta contra os direitos à intimidade e à vida privada, consagrados constitucionalmente.

Na questão da privacidade, relacionada diretamente com a segurança, o provedor se obriga a não permitir que terceiros tenham condições, via Internet, de vigiar o caminho virtual seguido pelo consumidor. Cabe ressaltar que, assim como o *spam* pode violar interesses coletivos, o mesmo pode

ocorrer com os *cookies* e, assim, poderá o Ministério Público interceder judicialmente. Devido à questão da invasão de privacidade mencionada, o provedor de acesso só se exime de responsabilidade se atender à obrigação de informar devidamente ao usuário sobre os *cookies* que estão sendo enviados para seu computador e os danos que podem causar. Nesse caso, a responsabilidade se restringe ao usuário que permitir que os *cookies* sejam instalados em seu computador.

A obtenção indiscriminada de dados, sem a prévia informação ao consumidor e sem clareza de objetivo dos dados, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) através dos debates realizados no REsp 22. 337.

É necessário que o consumidor aceite que seus dados sejam coletados. O art. 43 do Código de Defesa do Consumidor ampara esse entendimento ao regular a coleta de dados. Apesar de não haver especificação quanto ao indivíduo internauta, o art. 5º, XII, da Constituição Federal, por proteger o sigilo de dados, sem delimitar quais seriam eles, engloba também os referentes ao próprio internauta.

A invasão por *cookies,* já citada, se insere em um contexto de risco originado naturalmente pelas novas facilidades de comunicação proporcionadas pela Internet. A análise minuciosa do risco, realizada neste capítulo, evidencia sua relação com os serviços oferecidos pelos provedores de acesso. Alerta Eberlin (2007, p. 19):

> Como o produtor sabe que, eventualmente, terá que arcar com os valores das indenizações decorrentes de produtos defeituosos, e como a existência de produtos defeituosos faz parte do risco de sua atividade, ele passa a procurar uma forma de calcular o possível valor das indenizações que terá que pagar, inserindo-o no preço dos produtos.

Aplicando o que foi exposto no tema deste trabalho, o provedor de serviço pode estar utilizando esse recurso de transferência de ônus para não arcar com possíveis prejuízos, ou pior, para alargar a margem de lucro quando os suposto prejuízos não se concretizarem.

O raciocínio empregado anteriomente se relaciona com um tema polêmico: para alguns doutrinadores, a legislação atual é suficiente para atender o consumidor no mundo virtual. Para outros, entretanto, seria necessária a criação de lei específica. Destaca Lucca (2003, p. 116):

> Não obstante, porém, todos os incontáveis avanços trazidos pelo CDC à ordenação jurídica brasileira, sabe-se, por outro lado, das insuficiências dessa disciplina normativa em face do inusitado trazido pelo mundo virtual. São muitas as situações que se apresentam como inteiramente novas para o universo jurídico.

Ponderando-se as duas correntes contrárias (uma defende, e a outra rejeita uma nova legislação específica, tratando dos direitos consumeristas), é de se entender que os princípios e normas estabelecidos nesse código atendem as relações configuradas na Internet, principalmente quanto a institutos como responsabilidade objetiva, danos, qualidade do serviço, direito à informação.

A corrente que entende serem as leis atuais suficientes emprega o instituto da analogia. Câmara (2005, p. 95) segue a linha que entende que as leis devem ser adaptadas aos avanços da Internet: "Devemos lembrar aqui que, dada a velocidade de transformação da rede, é inexorável que surjam fatos sociais novos, devido à transformação comportamental do indivíduo, nesse novo campo".

Para essa segunda corrente, o princípio da legalidade serve de argumento para se afirmar que, sem leis regendo as condutas na Internet, as relações no mundo virtual não implicam obrigações. Outro argumento desse entendimento informa que o Direito de Informática apresenta institutos próprios, como, documento eletrônico, contrato eletrônico e firma digital. Segundo Câmara (2005, p. 103),

> O nascimento de um novo ramo jurídico surge em função das novas relações sociais que se formam, exigindo novas soluções normativas, as quais o Direito corrente não pode, até então, oferecer. Foi assim com o Direito Ambiental, quando muitos reagiram, dizendo ser um modismo do final dos anos 80 e que não haveria a necessidade de se criar uma nova divisão para o Direito.

É de ressaltar que os institutos apontados apenas apresentam um meio diferente (meio virtual) de execução. Por esse motivo, seria um exagero se criar lei para cada meio novo que for criado. Importante destacar que, como já discutido, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor (principalmente) e o Código Civil já regem suficientemente a questão central deste trabalho: a responsabilidade civil do provedor de acesso à Internet. É provável que outras questões, principalmente as não consumeristas,

necessitem realmente de legislações específicas. Contudo, como tal debate não é foco deste trabalho, sugere-se como tema de outras pesquisas. Como afirma Lucca (2003, p. 46):

> No concernente à importância dos usos e costumes, é de assinalar que, em muitos países (como, aliás, é o caso do Brasil), inexiste regulamentação específica dos contratos informáticos, neles despontando a importância, portanto, de uma legislação calcada sobre princípios.

E, como já foi ressaltado, a Internet deve ser entendida como um meio novo de realizarem-se contratos de consumo. Negar esse último aspecto seria permitir que, a cada dia, fossem criados ou, pelos menos, experimentados meios novos de concretização de contratos só para, com o argumento de insuficiência de lei, cometer os mais diversos ilícitos. Por outro lado, termos específicos encontrados na Internet poderiam ser incluídos, a título de reforço, em acréscimos de texto legal no próprio Código de Defesa do Consumidor.

O ilícito referente à invasão de computadores é destacado por Lucca (2003, p. 119):

> A invasão de um *cracker*, por exemplo, em meu microcomputador, copiando arquivos de seu disco rígido, tanto poderá ser uma violação a meu direito à intimidade quanto a meu direito à privacidade, dependendo da modalidade de arquivo indevidamente capturado.

Outra espécie de invasão ocorre, como já constatado, pelos *cookies*, como reforça Lucca (2003, p. 120):

> Consistem os *cookies* num tipo de programa que monitora todos os procedimentos executados pelo internauta a partir do momento em que ele acessa à internet. Agem como se, na vida real, fossem espiões de todos os nossos passos, registrando-os para futura utilização, de cunho mercadológico.

Como se não bastasse esse objetivo mercadológico mencionado, o qual já representa um abuso contra o consumidor, evidencia-se, como já indicada, a utilização de informações coletadas para outros fins ainda mais violadores da intimidade e da privacidade.

Sobre a questão de empresas exercerem, via *cookies*, um controle sobre os consumidores, informa Lucca (2003, p. 122):

> Não é o Estado, na verdade, quem hoje controla a vida dos cidadãos, mas as macroempresas, nacionais e transnacionais, ávidas de lucros cada vez maiores, pouco importando que para tal *desideratum* vasculhem à sorrelfa a vida íntima das pessoas, sem o conhecimento delas, mediante o mefistofélico expediente de a elas entregar, subrepticiamente, os famigerados *biscoitinhos da Web* [...]

Sem adentrar na questão do Estado ser ou não um ente controlador, pois não é o foco deste trabalho, determinadas macroempresas procuram, via *cookies*, traçar o perfil das pessoas, com o objetivo de despertar futuramente o desejo de potenciais consumidores. Ao conhecer melhor os interesses das pessoas, tais empresas enviam informações publicitárias acerca de produtos ou serviços que são compatíveis com as necessidades desses eventuais futuros consumidores.

Nesse contexto, poderia se indagar o papel desempenhado pelo provedor de acesso. Ocorre que os *cookies* indicam que o acesso à Internet não é seguro e não impede a violação da privacidade. Não se pode confiar em um serviço que não evita que terceiros instalem os *cookies* no computador do usuário. Esse aspecto, por si só, já demonstra falta de segurança no acesso. Os efeitos desse programas instalados violam ainda mais os direitos do consumidor, ao atentar contra sua privacidade e sua intimadade quando armazenam informações confidenciais sobre o usuário.

Uma alegação de defesa do provedor de acesso pode ser a falta de tecnologia para evitar essa instalação. Mas, do ponto de vista do ordenamento jurídico, tal argumento evidenciaria a tentativa de isenção de culpa. Tentativa que se apresenta infrutífera, pois a responsabilidade do provedor de acesso é objetiva.

O provedor de acesso só se eximiria de responsabilidade nas coletas de informações de forma explícita. Explica-se: nesse caso, o consumidor, ao acessar um endereço eletrônico, recebe um formulário virtual em que se pedem alguns de seus dados e também permissão para utilizá-los. Percebe-se que, mesmo sendo uma coleta de informações, a situação mencionada não é a mesma retratada pelos *cookies*. Nestes, a coleta de informações é realizada de forma implícita. Conclui-se, assim, que, o provedor de acesso só se eximiria de responsabilidade quanto aos *cookies*, se, antes da instalação desses programas realizada por terceiros,

comunicasse o usuário acerca da coleta de informações. O provedor de acesso agiria como um intermediário, devendo seguir os passos adiante:

• indicar que um computador remoto está tentando instalar *cookies* no computador do usuário (nessa situação, o provedor impediria a instalação, até o usuário eventualmente aceitá-la);

• explicar para o consumidor (princípio da informação) o significado dos *cookies*, ressaltando seus possíveis objetivos, inclusive os danos que podem causar ao consumidor ao vigiar seus passos no mundo virtual;

• informar ao consumidor que cabe somente a ele aceitar ou não a instalação dos *cookies*.

Realizados esses passos através das chamadas "janelas" na tela do computador, o provedor de acesso transformaria uma coleta implícita de dados em uma coleta explícita.

Além da questão dos *cookies*, outros danos, causados aos consumidores, podem ser atribuídos ao provedor de acesso, como afirma Dias (2008, p. 127):

> A deficiência de transmissão de dados, falhas de proteção ao sigilo, indisponibilidade do sistema, entre outros possíveis problemas, são da natureza do ambiente e por isso não são dotados da imprevisibilidade que, enfim, pautam tais institutos.

Portanto, as excludentes de caso fortuito e de força maior, que poderiam isentar o provedor de responsabilidade, ficam afastadas. Tais problemas citados podem ser fontes de novos problemas para o consumidor. A indisponibilidade do sistema, por exemplo, pode acarretar graves prejuízos ao consumidor, como perda de prazos para determinados atos celebrados no mundo virtual, causando multas ou outras punições. É de ressaltar também que tais problemas citados, além dos vírus, comprovam que o provedor de acesso deve se responsabilizar por danos cometidos devido à sua atividade.

Resumindo, os provedores de acesso ao mundo virtual devem se responsabilizar nos casos a seguir:

• entrada de vírus no computador do consumidor, proveniente da Internet;

- deficiência de transmissão de dados;
- interceptação de dados;
- falhas de proteção ao sigilo;
- indisponibilidade do sistema ocasionando prejuízos ao consumidor;
- invasão de *hackers*, *crackers*;
- instalação não autorizada de *cookies*.

E, para amenizar tais danos ao consumidor, o provedor de acesso poderá utilizar ferramentas, como, criptografia, assinatura digital e filtros de segurança, além de chaves de segurança, para impedir que terceiros possam violar o acesso virtual seguido pelo consumidor.

Percebe-se ainda que tais casos atingem uma quantidade indefinida de consumidores, de forma que a atuação do Ministério Público se apresenta como instrumento importante na defesa de interesses coletivos.

Os danos citados estão diretamente ligados à atividade do provedor de acesso e demonstram a falta de segurança e a ausência de qualidade no serviço, requisitos suficientes para a responsabilização do provedor, como reforça Dias (2008, p. 128):

> A infringência do dever de qualidade-segurança gera o dever de reparação por parte do colocador do produto ou serviço no mercado independentemente da comprovação da culpa sendo, assim, caso de aferição responsabilidade objetiva.

Portanto, o provedor de acesso deve primar pela garantia e pela segurança do serviço que presta ao consumidor para que não tenha que arcar posteriormente com os eventuais danos.

3 O Ministério Público e os direitos fundamentais

Ao longo deste trabalho, o Ministério Público foi identificado como instituição com atribuição de impedir e fiscalizar as condutas no mundo virtual que violem os direitos dos consumidores.

Essa atribuição ministerial é prevista pela Constituição Federal, em seu artigo 127, ao dispor que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E a defesa

do consumidor, além de incluída na ordem jurídica, está amparada no conceito de direito fundamental petrificado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII.

Como se não bastasse o fundamento constitucional de tal atribuição, a legislação infraconstitucional, particularmente o Código de Defesa do Consumidor, estabelece, em seus artigos 81 e 82, que a defesa coletiva em juízo dos interesses e direitos dos consumidores será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses e direitos individuais homogêneos. Para essa finalidade, legitima o próprio Ministério Público a impetrar as medidas judiciais cabíveis.

Para efeitos de aglutinar as condutas que foram apresentadas neste trabalho, segue rol exemplificativo:

- instalações indesejadas de programas-vírus, além de *cookies* e de *spam*;
- acesso não permitido de terceiros ao computador do consumidor;
- não concretização de negócios gerados por contratos eletrônicos celebrados entre o consumidor e terceiros devido a problemas nos serviços de *e-mail* ou de interrupção no acesso;
- intercepção do envio de dados por *hackers* e *crackers*.

Portanto, fica demonstrado o respaldo jurídico da atividade do Ministério Público no controle e na fiscalização das condutas dos provedores de acesso que eventualmente violem os direitos e interesses dos consumidores.

4 Considerações finais

Através desta pesquisa, foi possível destacar os avanços da Internet, proporcionando tanto vantagens como desvantagens. Uma das grandes vantagens identificadas foi a maior comunicação entre as pessoas. O provedor de acesso à Internet desempenha uma função relevante nesse processo porque se constatou que é elemento indispensável para permitir o ingresso no mundo virtual.

Apesar de haver entendimento de que o provedor de acesso não deve ser responsável por danos, ficou esclarecido que, se tais danos forem provocados essencialmente pelo serviço prestado de acesso à Internet, o provedor deve indenizar o consumidor. Aspectos como segurança e qualidade do serviço, preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor, sinalizaram para esse entendimento.

Foi importante classificar os provedores para que ficasse delimitado o campo de atuação dos provedores, especialmente o relativo ao provedor de acesso, com o objetivo de verificarem-se as obrigações que devem ser atendidas, principalmente em caso de danos sofridos pelos consumidores. Os referidos danos foram identificados, neste trabalho, em rol exemplificativo. A eventual alegação do provedor de que tais danos revelam a natureza de caso fortuito não mereceu prosperar, pois tais fatos são intrínsecos ao próprio serviço de acesso. Se o provedor de acesso incluir esses casos em cláusulas contratuais de isenção de responsabilidade, a abusividade ficará patente. As clásulas mencionadas devem ser nulas.

Constatou-se que o dever de prestar informações é hipótese de isenção de responsabilidade do provedor quando tal conduta precede ao aparecimento do dano, com a possibilidade de o consumidor acatar ou não as informações mencionadas. Foram indicados, ainda, possíveis mecanismos que os provedores de acesso podem implementar para evitar ou, pelo menos, amenizar os danos que atingem os consumidores. Dentre esses mecanismos, alguns foram destacados: chave de segurança, assinatura digital e criptografia.

Ao longo do trabalho, alguns temas relacionados com o assunto tratado foram apresentados como sugestões de novos trabalhos. Registre-se o caso de provedor de acesso estrangeiro. A matéria é importante, uma vez que se apresenta como um possível entrave para eventuais punições após fiscalizações de provedores de acesso que atuam em diversos países.

Importante destacar que, como já discutido, entendeu-se que o Código de Defesa do Consumidor (principalmente) e o Código Civil já regem suficientemente a questão central deste trabalho. Os princípios e normas estabelecidos na lei consumerista atendem as relações configuradas na Internet, especialmente quanto a institutos como responsabilidade objetiva, qualidade do serviço prestado e direito à informação. Alguns termos específicos apresentados no mundo virtual, para reforçar seu entendimento, poderiam ser incluídos em novos dispositivos da própria legislação consumerista. Por ser ainda um tema polêmico, pode ser objeto de novos estudos. É provável que outras questões, principalmente as não consumeristas, necessitem realmente de legislações específicas, sugerindo-se, assim, como tema de outras pesquisas.

A importância do tema do provedor de acesso se evidencia ainda mais porque a conexão entre o consumidor e a Internet só é possível devido ao próprio provedor de acesso. Essa indispensabilidade dos serviços prestados pelo

provedor de acesso poderia ser questionada se estaria ou não se configurando em uma violação aos direitos dos consumidores. Destaca-se esse questionamento como sugestão de novos trabalhos.

Uma outra questão suscitada neste trabalho, como sugestão de novas pesquisas, se refere ao estudo de mecanismos de fiscalização da atividade exercida e os métodos empregados pelo provedor de acesso. Dessa forma, pretende-se coibir que o provedor de acesso atue impunemente, causando danos ao consumidor. Um desses mecanismos se transformou em ponto importante deste trabalho: a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos envolvidos. Ao longo deste trabalho, foram identificados os danos no mundo virtual que se caracterizam por violarem interesses difusos e coletivos para, em seguida, demonstrar a atribuição relevante do Ministério Público em combater tais danos.

Referências

ALMEIDA, Maria da Gloria Villaca Borin Gaviao de; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade do Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.41, p.185-204, jan./mar.2002.

CÂMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. *A nova tecnologia e o direito:* um estudo sobre os recursos que ajudam na construção do direito de informática. Recife: Nossa Livraria, 2005.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ ; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2001.

DIAS, Jean Carlos. *Direito contratual no ambiente virtual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 7v.

FROTA, Mário. Código de defesa do consumidor: balanço, efectividade e perspectivas. Novas tendências do direito do consumidor da Europa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.57, p.129-161, jan./mar.2006.

_____. O regime jurídico da segurança geral de produtos e serviços de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.56, p.243-269, out./dez.2005.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.61, p.40-75, jan./mar.2007.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v.57, p.9-59, jan./mar.2006.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v.51, p.34-67, jul./set. 2004.

_____. *Contratos no Código de defesa do consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NÓBREGA, José Flóscolo. *Introdução ao direito*. 8. ed. João Pessoa: Edições Linha d´Água, 2007.

PECK, Patricia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, ano 16, v.58, p.75-97, abr./jun.2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade civil.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 4v..

SENISE LISBOA, Roberto. O consumidor na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, ano 16, v.61, p.203-229, jan./mar. 2007.

TESCHENHAUSEN EBERLIN, Fernando Buscher von. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica.

Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 16, v.64, p.9-42, out./dez.2007.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet:* responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v.52, p.93-129, out./dez.2004.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Edgardo Ferreira Soares Procurador-Geral do Estado, a sua direita, o Presidente do Tribunal de Justiça Des. João Batista de Souza, o Governador Pedro Gondim, o Presidente da Assembleia Legislativa Deputado Inácio Feitosa e o Secretário do Interior e Segurança Pública Sílvio Pôrto - Reunião sobre a renúncia do Presidente Jânio Quadros em 1961 (Acervo Memorial do MPPB)

ENSAIOS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PROCESSOS LICITATÓRIOS

Gabriela Leite de Oliveira
Advogada

Resumo

É cediço que o Estado é um grande consumidor de bens e serviços, atividade que só se realiza através de um contrato. Este, por seu turno, só se viabiliza mediante a instauração de um procedimento prévio, a licitação, a qual remete atos ordenados e sucessivos tendentes a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Infelizmente, observa-se, na conjuntura atual brasileira, um verdadeiro desrespeito ao arcabouço jurídico, uma vez que as normas jurídicas do ordenamento estão sendo ignoradas em razão de articulações que visam à obtenção de vantagens de natureza pessoal e, em grande medida, ao favorecimento de terceiros. Este artigo científico busca analisar a imprescindibilidade da defesa do princípio constitucional da Livre Concorrência nos processos de compras públicas. Para a consecução de tal desiderato, far-se-á uma análise do Direito Concorrencial, importante instrumento estatal de implementação das políticas jurídico-econômicas desenvolvimentistas, sob perspectiva em que se deverão evitar ingerências às condições concorrenciais por parte do setor público e/ou privado. Posteriormente, será feito um estudo das licitações públicas, sob a óptica da Lei Geral de Licitações 8.666/93, em sua natureza instrumental, ou seja, entendendo-se como um mecanismo de indução de determinadas práticas de mercado que podem produzir resultados sociais, imediatos ou futuros, em prol da coletividade; e, por fim, na breve análise da Lei Antitruste 8.884/94 e como é possível identificar as restrições concorrenciais. Além disso, serão apresentados os benefícios econômicos e sociais que a concorrência propicia à coletividade diante de um processo licitatório eficiente.
Palavras-chave: Licitação. Livre concorrência. Direito econômico. Lei antitruste. Lei 8.666/93.

Abstract

It goes without saying that the State is a great consumer of goods and services, activity which is only carried out by means of a contract. This in turn can only be made through the implementation of a previous process, namely the tenders, which set out to select the most advantageous proposition for the Public

Administration. Unfortunately, in the current Brazilian conjuncture, one observes a lack of respect for the juridical principles, since the juridical norms are being ignored in favor of deals that aim at obtaining personal advantages, and to the favoring of third-parts. This scientific article seeks to analyze the absolute necessity to defend the constitutional principle of free competition in the processes involving public purchases. To achieve that, an analysis of the Competition Law will be carried out, this being an important State instrument to implement developing political-juridical-economical policies, in such a perspective whereby intrusions to the competitive conditions must be avoided on the part of the public sector, and according to the General Law of Tenders 8.666/93, in its instrumental nature, i.e., seeing it as a mechanism to induce certain market practices whose outcome will be marked by a social tinge, which immediate or future results favoring society as a whole; finally, in the brief analysis of the Antitrust Law 8.884/94 and how it is possible to identify competitive restrictions. Besides, we will display the benefits, both economic and social, which competition brings to society as a result of an efficient tender process.
Keywords: Tender. Free competition. Economic law. Antitrust law. Law 8.666/93.

1 Introdução

Este artigo tem como tema os mecanismos de defesa da concorrência em processos licitatórios e, como delimitação do tema, as práticas de restrição competitiva do poder econômico público e/ou privado. Possui, como área de abrangência, o Direito Econômico e Administrativo, mais especificamente os tópicos relativos à concorrência em processos de compras públicas.

No que tange à legislação pertinente, analisaremos principalmente a Lei Antitruste n° 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei Nacional de Licitações n° 8.666, de 21 de julho de 1993, pois constituem basilarmente as normas gerais que tratam sobre o assunto em comento.

O objetivo geral deste trabalho é estudar a implicação do Direito da Concorrência em Processos Licitatórios. A presente pesquisa será de cunho bibliográfico e de natureza crítico- analítica, pautada em livros e artigos científicos. Frise-se, ainda, seu caráter qualitativo, uma vez que existe uma preocupação

social na investigação. De resto, sublinhamos que a abordagem será dedutiva, haja vista partirmos de aspectos gerais para casos específicos. Espera-se, enfim, defender o princípio da Livre Concorrência, reforçando sua relevância como guardião da Ordem Econômica constitucionalmente instituída.

A concorrência é analisada como uma situação ideal em que o Estado, preocupado com o desenvolvimento econômico-financeiro da Nação, legisla em favor da coletividade, protegendo os usuários de serviços públicos das ingerências praticadas contra a Ordem Econômica, em uma economia de mercado.

Por sua vez, o Estado, em sua evolução, assumiu diversas atividades com o fim de satisfazer às necessidades públicas e as exerce através da função administrativa. Em matéria de licitação, dada a relevância econômica do instituto, pode-se dizer que as ideologias contemporâneas pregam a redução do aparato estatal. Dito de outro modo, o Estado, em vez de adquirir a propriedade de bens e instrumentos necessários à execução de serviços e satisfação de necessidades coletivas, recorre à iniciativa privada, ou seja, através do processo licitatório dar-se-á a início à obtenção da prestação de serviços e/ou objetos.

Sequencialmente, aborda-se o processo licitatório que, quando mal operacionalizado, se revela como veículo condutor para a ocorrência de fraudes no setor público. Diante de inúmeras situações de desrespeito à coletividade pagadora de tributos e usuária do serviço público, o ordenamento jurídico se vale de meios para identificar as situações de ineficiências ocasionadas pelo abuso do poder econômico.

Observar-se-á, através da análise da Lei Antitruste 8.884/94, como é possível identificar as restrições concorrenciais em sede própria dos procedimentos licitatórios e quais os prejuízos causados à Administração Pública e à coletividade.

Pretende-se também comentar as condutas dos agentes públicos e privados em ambientes de compras públicas como fator primordial para indicação de eventual infração à Ordem Econômica. Essa possível infração ocorre toda vez que dois ou mais agentes maximizam seus resultados em torno de si, em detrimento dos demais competidores, numa prática considerada restritiva à concorrência e prejudicial à coletividade.

Uma eficaz análise jurídica de mercados competitivos deve ser precedida de uma análise econômica do mesmo, com o fito de fornecer substratos para consubstanciar o julgamento das autoridades antitruste. Para tanto, compete socorrer-se de diversas outras áreas do conhecimento, confirmando a moderna

tendência do Direito de mesclar-se com as demais ciências numa perspectiva interdisciplinar.

O intuito desta pesquisa é, no dizer de Dalmo de Abreu Dallari, "refletir em voz alta" sobre as necessidades econômicas e sociais que constituem a razão de ser de toda a evolução jurídica, além de ventilar-se a importância dos benefícios econômicos e sociais que a concorrência propicia quando é realizada uma licitação em consonância com os princípios constitucionais e administrativos.

Não é demais lembrar que este artigo não tem a finalidade de esgotar o entrelace adiante proposto, visando, tão somente, expô-lo sob um ponto de vista jurídico-crítico.

2 O direito da concorrência

2.1 Conceituação e finalidades

A finalidade e o propósito do Direito da Concorrência é garantir a eficiência econômica que visa a beneficiar a coletividade, apresentando-se como importante instrumento de desenvolvimento econômico e social.

Disciplinando as relações de mercado entre agentes econômicos e seus clientes, o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada. Segundo Bagnoli,

> O Direito da Concorrência (...) é fundamental nas economias de mercado, pois, além de possibilitar uma maior variedade de produtos, o aprimoramento na qualidade dos mesmos e contribuir diretamente para a redução de preços, revela-se importante instrumento para Governos e Estados implantarem suas políticas jurídico-econômicas desenvolvimentistas. (2005, p. 236)

O direito concorrencial volta-se para a defesa do bem jurídico "livre concorrência", em nome da coletividade. Procura orientar e tutelar a liberdade de atuação empresarial, proibindo, restringindo ou sancionando condutas que atentem de forma ilegítima ao desenvolvimento econômico perseguido (PECEGUINI, 2007).

Nesse contexto, entende-se que concorrer é disputar a preferência de quem adquire ou utiliza produto ou serviço oferecido. Ressalta-se que esta com-

petição deverá ocorrer sem qualquer restrição, dificuldade ou impedimento da livre atuação dos agentes econômicos (DUTRA apud SANTIAGO, 2008).

A repressão a condutas anticompetitivas representa um grande desafio, por serem universalmente danosas a uma economia de mercado eficiente práticas como o falseamento em licitações públicas, a conduta acertada de preços ou a adoção de medidas concertadas entre empresas que atuam em um mesmo mercado.

Neste contexto socioeconômico, o Estado deverá reprimir tais expedientes, considerados empecilhos ao desenvolvimento econômico nacional. Destarte, haverá processos de averiguação dessas condutas empresarias, para análise e verificação daquelas que podem configurar infração à ordem econômica.

Por atos de concentração, entendem-se todos aqueles que visam à concentração econômica, por exemplo, a incorporação ou fusão de empresas, tais como, o aumento de preços decorrentes de um eventual exercício de poder de mercado.

2.2 A ordem econômica na Constituição de 1988

Por sua vez, o termo Ordem Econômica é compreendido através do tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria carta, desta forma legitimando a intervenção do Estado no domínio privado econômico (FIGUEIREDO, 2006).

Destarte, consagra-se, constitucionalmente, a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica. De forma clara, objetiva-se a promoção da concorrência e a repressão da atuação abusiva dos agentes econômicos. Assim, promover a concorrência significa que, através de uma política de concorrência positiva, se estimule a entrada de novos agentes econômicos no mercado e evite-se a criação de entraves aos mesmos. Consagrada por Luciano Sotero Santiago como "eficácia positiva", autoriza a adoção do Estado de meios necessários, ou seja, de medidas estatais que positivam impedimentos à formação de práticas concorrenciais abusivas para consagração da livre concorrência (SANTIAGO, 2008). O Estado, por sua vez, se propõe a orientar e, quando necessário, punir os agentes econômicos que atuem de forma abusiva, para que se efetive a democracia econômica e consequente democracia social.

A eficácia negativa, na lição do referido jurista, pretende coibir e reprimir os abusos praticados no mercado, proibindo a emanação de normas, atos, prá-

ticas comerciais, cláusulas contratuais, ou políticas econômicas que contrariem a livre concorrência, sob pena de violação à Constituição. Ressalta-se que a repressão ao abuso do poder econômico, como um dos instrumentos de tutela da livre concorrência, não se exaure apenas na punição de atos que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, por exemplo. Por isso, a doutrina comunga o entendimento de que a redação do supracitado artigo 173, parágrafo 4°, da Magna Carta é meramente exemplificativa (SANTIAGO, 2008).

Deste modo, os dispositivos da promoção e repressão se complementam no mesmo objetivo, quando resguardam o mercado e tutelam um bem jurídico que pertence à coletividade, tal seja o de proteger a livre concorrência contra o abuso do poder econômico. Pode-se afirmar, então, que o perfil constitucional explicitado através da inserção de normas conformadoras da realidade econômica representa uma nova postura do Estado, caracterizando-se por ser diretivo e definidor de diretrizes, ou seja, constituindo a livre concorrência como um bem e um valor da perspectiva pública da sociedade (BRITO, 2002).

2.3 A livre concorrência

A livre concorrência é considerada, na definição de Carlo Barbieri Filho, nos seguintes termos: "Concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais" (BARBIERI FILHO apud TAVARES, 2006, p. 259). Inserida no âmbito de uma constituição econômica de índole marcadamente social, como a brasileira, a livre concorrência objetiva alcançar uma eficiência econômica e social.

Indispensável ao progresso e bem-estar social, a livre concorrência se constitui um fenômeno legítimo. Tem-se em vista que, no contexto de uma economia de mercado, a presença da concorrência possibilita um aumento na demanda, na variedade e na qualidade de produtos e serviços, como também estimula uma diminuição de preços. Em outras palavras, há benefícios para os consumidores e, consequentemente, para toda a coletividade (PECEGUINI, 2007).

Decorre disto que a livre concorrência é a liberdade de ação dos agentes econômicos para empregar os meios que julgarem eficazes na conquista de seus consumidores, permanecendo ou saindo do mercado livremente, caracterizando-se, também, pela conveniente oportunidade de escolha do produto ou serviço pelo consumidor.

Quando se trata das vantagens alcançadas pelo consumidor, ressalta-se a obtenção de melhores produtos e com menor preço. Por sua vez, o fornecedor terá ampla liberdade empreendedora, podendo crescer em razão de sua eficiência, não levando em consideração entraves concorrenciais.

Importa saber que o controle dos preços do mercado por agentes econômicos representa um sério risco social, uma vez que diz respeito ao bem-estar da coletividade. Quando o mercado produz na qualidade e quantidade correspondentes à procura que os agentes dominadores querem, priorizando interesses privados em detrimento das necessidades coletivas, evidencia-se uma interferência direta nas escolhas particulares.

Na lição de Giovanni Clark,

> A livre concorrência é a garantia da sobrevivência de todos os agentes econômicos que estão ou querem chegar ao mercado, isto é, exprime-se pelos limites impostos, no caso, através de normas legais, para a disputa dos consumidores e dos mercados por aqueles que neles atuam. A livre concorrência destina-se a criar condições possíveis de disputar o mercado (...). Através da regulamentação da luta pelo mercado, ou seja, organizando a sua disputa, a livre concorrência não visa findar o poder econômico privado, mas sim limitar a sua atuação e expansão, definindo o uso e o abuso (...) (CLARK apud SANTIAGO, 2008, p. 46).

A livre concorrência constitui importante princípio para a proteção da sociedade numa economia de mercado, pois impulsiona o aprimoramento tecnológico e a competitividade e força esse mesmo mercado a baixar os preços. Segundo Santiago (2008), protege-se a livre concorrência por ela propiciar vantagens ao consumidor, ao fornecedor, ao mercado e à coletividade e também por razões de ordem pública.

Quando o bem jurídico tutelado é a coletividade, o propósito deverá ser o da proteção à ordem pública contra as influências e ingerências que o poder econômico privado exerce sobre o poder público. O excesso de concentração de poder põe em risco as instituições democráticas, uma vez que este poder tem capacidade de influenciar nas políticas econômicas do Poder Executivo ou mesmo na elaboração de leis pelo Poder Legislativo.

Também se tutela a livre concorrência, dando tratamento diferenciado a setores e agentes economicamente frágeis, compatibilizando os princípios da

igualdade e da livre concorrência, fomentando-se, assim, o desenvolvimento econômico. Criam-se, deste modo, condições possíveis de disputa de mercado, permitindo a existência dos economicamente fracos – como as médias, pequenas e microempresas – o que seria impensável sem que houvesse normas legais de organização.

Na opinião de Luís S. Cabral Moncada,

> Não é só por motivos econômicos que se protege a livre concorrência, mas também por razões de ordem pública. O excesso de concentração de poder econômico privado, decorrente da diminuição ou ausência de livre concorrência, é prejudicial à sociedade, pondo em risco as instituições democráticas, pois aquele poder tem a capacidade de influenciar nas políticas econômicas do Poder Executivo, nas elaborações de lei pelo Poder Legislativo e nas decisões do Poder Judiciário. Além de, sempre, conseguir influir nos processos eleitorais, definindo quem se elege. (MONCADA apud SANTIAGO, 2008, p.31)

É diante desse cenário que a presente pesquisa científica se posiciona, buscando destacar a importância de se defender o princípio constitucional da livre concorrência, haja vista que processos licitatórios eficientes geram amplos benefícios, tanto econômicos como sociais.

2.4 A concorrência condição e a concorrência instrumento

Aos aspectos econômicos da concorrência, preconiza Carlos Alberto de Brito:

> Ao se discutir teoricamente o Direito antitruste, um dos primeiros aspectos a ser explicitado diz respeito ao valor a ser tutelado. Os autores extremam dois posicionamentos a esse respeito: uma corrente (concorrência-condição) aponta a concorrência como um valor a ser perseguido de forma absoluta; a outra (concorrência-instrumento), apesar de ver a concorrência como um meio privilegiado para obter o equilíbrio econômico, não entende que deva ser tomada como um valor em si mesmo (2002, p. 71).

No desempenho praticado pelo agente econômico, poderá surgir o sistema da concorrência-condição, ou seja, como fim a ser alcançado, ou o sistema da concorrência -instrumento, meio de se chegar a um objetivo mais amplo.

Importa saber que a teoria concorrência-condição é aquela em que a concorrência, fim máximo a ser tutelado pela legislação, aparece como um objetivo, ou seja, é um fim em si mesma.

Veja-se nas palavras de Liliane Mayumi Moori Peceguini:

> Estabelece-se uma proibição genérica e a *priori* de todos os acordos e práticas suscetíveis de atingirem a estrutura concorrencial do mercado, combatendo-se, portanto, a concentração por meio da proibição das práticas que a ela possam conduzir. (2007, p. 15)

A segunda forma, qual seja, a concorrência como um instrumento, também chamada de concorrência-meio, é utilizada para se chegar a outro objetivo, ainda maior, quando considerada como um bem entre outros, de acordo com as políticas econômicas aplicadas pelo Estado:

> Esse sistema não pretende, em abstrato, combater os acordos, oligopólios, monopólios ou quaisquer outros fatores de domínio de mercado nos quais venha a se manifestar a concentração econômica. Preocupa-se apenas em reprimir tais atos quando se revelem prejudiciais ao interesse geral, declarando ilícitos os acordos ou práticas que produzam efeitos negativos na concorrência (PECEGUINI, 2007, p. 15).

O jurista e ex-ministro Luiz Fux explica que a ordem econômica, de acordo com o modelo constitucional brasileiro, tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados no artigo 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, a resposta jurídica ao ato praticado pelo agente econômico deverá ser analisada sob a luz da concorrência como instrumento de alcance dos valores constitucionais, inibindo tudo aquilo que possa embaraçar ou, de qualquer modo, impedir o seu livre exercício (FUX apud SANTIAGO, 2008).

Dessa forma, a conclusão a que se pode chegar pela análise do art. 170 da Constituição Federal de 1988, orientador do art. 173 do mesmo diploma, é que a tutela da concorrência não é um fim em si mesmo, tendo em vista que se utiliza o sistema da concorrência-instrumento.

2.5 Violações ao princípio da livre concorrência

O poder econômico público pode violar a livre concorrência quando edita atos normativos que impedem a livre concorrência. Ilustrativamente: a pretexto de resguardar o interesse público, criam-se reservas de mercado, legislando-se normas que coíbem a instalação de estabelecimentos comerciais próximos uns dos outros (GALVÃO apud SANTIAGO, 2008). Santiago acrescenta que "(...) a violação à livre concorrência pode ser praticada tanto pelo poder econômico público como pelo privado." (2008, p. 51).

Desta forma, o Estado que atua em nome do interesse público viola, por consequência, o princípio da neutralidade. A própria lei não pode conduzir a respostas de interesses privados, conduzindo à formação de barreiras à livre iniciativa. Tércio Sampaio Ferraz Junior comenta o assunto:

> Ressalta-se que, em nome da finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, artigo 170 da Constituição Federal, o Estado é obrigado a não privilegiar concorrentes e, desse modo, desequilibrar a igualdade concorrencial, princípio de justiça aplicado à concorrência. A neutralidade concorrencial garante, pois, a igualdade de chances para os agentes econômicos que atuem em igualdade de condições (JÚNIOR FERRAZ apud SANTIAGO, 2008, p. 56).

Por sua vez, a guerra fiscal entre os entes federados acabam por viciar a livre concorrência. Visando a atrair determinada empresa para seu território, o poder público econômico concede incentivos fiscais. Em decorrência dessa prática abominável, essas mesmas empresas poderão estipular preços menores, mais atraentes, e seus concorrentes, por mais eficientes que sejam, não conseguirão competir de forma isonômica, uma vez que têm de suportar toda a carga tributária (CALLIARI apud SANTIAGO, 2008).

Vale lembrar que a própria Constituição da República veda a guerra fiscal entre os estados-membros, impedindo, assim, as máscaras das políticas internas, a teor do disposto no artigo 155 e parágrafos da CF (FIGUEIREDO, 2006). O referido princípio também é violado quando uma dessas empresas comete alguma das hipóteses de infração à ordem econômica, conforme previsto nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Por exemplo, foi noticiado pela imprensa que investigação da Polícia Federal aponta indícios de superfaturamento em cinco obras da Petrobrás, provocando dano ao erário público da ordem de 1,4 bilhão de reais. Segundo a re-

portagem publicada na *Folha de São Paulo*, edição *online* de 02 de maio de 2010, as construtoras envolvidas no superfaturamento participaram, ainda que de forma indireta, da elaboração dos editais, de modo a restringir a quantidade de concorrentes e direcionar os vencedores dos certames, o que demonstra a ingerência do poder econômico público frente ao princípio constitucional da livre concorrência.

Por sua vez, as empresas privadas, no caso em comento, as empreiteiras Camargo Corrêa, Geral Damulakis – GDK e Queiroz Galvão, participam do conluio, combinando previamente o lance vencedor e embutindo um sobrepreço, ou seja, um valor era acordado como pagamento às empresas não vencedoras do certame licitatório, como forma de divisão das vantagens. Tal procedimento configura grave infração contra a ordem econômica, sendo, nas palavras de Luiz Fernando Schuartz, "(...) o vilão por excelência do direito da concorrência" (SHUARTZ apud SANTIAGO, 2008, p. 187).

Já o poder econômico privado macula a livre concorrência quando, por exemplo, estipula prescrições que restringem a concorrência, pela elaboração de normalização técnica e a pretexto de melhorar os padrões de qualidade do produto.

A uniformização de preços seria outra modalidade de infração à ordem econômica, prevista na Lei 8.884/94. Além disso, pode o poder econômico privado se valer do tráfico de influências sobre órgãos do poder público, daí a formulação de atos normativos que, a pretexto de resguardar o interesse público, restringem a livre concorrência (SHUARTZ apud SANTIAGO, 2008).

Existe também a forma de burlar o princípio da livre concorrência praticada pelo poder econômico privado decorrente do cometimento de evasão fiscal, gerando um grande efeito anticompetitivo, uma vez que o não recolhimento do tributo considerado pelo Fisco importa em redução artificial do custo do produto ou do serviço (GRAU apud SANTIAGO, 2008).

3 O direito antitruste como instrumento de políticas públicas

"A expressão 'política pública' designa atuação do Estado, desde pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...) Designa todas as formas de intervenção do poder público na vida social" (GRAU, 2000, p. 21).

Destarte, política pública é uma medida ou conjunto de medidas pratica-

das pelo Estado, com o propósito de efetivar os direitos fundamentais. Vale ressaltar a expressão de Freire Junior: "(...) pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los." (2005, p. 48)

As políticas públicas consistem numa intervenção estatal com a finalidade de alcançar determinados resultados. Há uma diversidade de formas pelas quais, em sua condição-meio, essas atuações do Estado encontram para efetivação dos direitos fundamentais, podendo-se relacionar com saúde, educação, trabalho, entre tantos de impossível enumeração.

Com o advento da Constituição de 1988, modificou-se a orientação do direito da concorrência brasileiro, quando enseja não mais a mera repressão ao abuso do poder econômico, e sim uma efetiva proteção do princípio da livre concorrência.

Há necessidade de estabelecer-se, também por via de legislação ordinária, punições às atitudes econômicas que possam comprometer o equilíbrio desejado. Isso porque a Magna Carta foi especificamente incisiva em prever a proteção à livre concorrência como instrumento condutor dos fins econômicos e sociais desejados.

Sobre essa matéria, veja-se:

> O antitruste já não é visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos de que dispõe o Estado para conduzir o sistema. (...) Oferecer um instrumento para que as administrações públicas possam orientar as decisões dos grandes grupos de empresas para realizar o processo de desenvolvimento tido como possível e desejável (LOMBARDINI apud FORGIONI, 2008, p. 194).

Esse conjunto de medidas, do ponto de vista jurídico-econômico, se ajusta em diversos ramos do Direito, tais como, os que visam ao tratamento de finanças públicas e, evidentemente, àqueles que regem a livre concorrência.

Para tanto, o equilíbrio a ser atingido deverá ser conduzido pela regulação e fiscalização do Estado. Deve-se ter em vista que, em um mercado regido por forças absolutamente livres, há sempre a possibilidade de o agente econômico interferir nesse estado de liberdade, corrompendo o equilíbrio desejado, por sua força econômica superior. Por outro modo, inexiste a concorrência desejada em situações de manipulação do mercado, o que obriga a aplicação de punições previstas legalmente (TAVARES, 2006).

Celso Ribeiro de Bastos assim se manifesta acerca de uma situação de equilíbrio econômico desejado:

> Idealmente falando, a livre concorrência é difícil de ser atingida em sua plenitude. Uma concorrência perfeita significa homogeneidade dos produtos, atomicidade do mercado, mobilidade dos fatores de produção e transparência dos preços. Com muita facilidade, cada um desses pressupostos pode ser afastado, gerando práticas distorsivas. (...) Estamos, pois, diante do que os economistas chamam 'uma concorrência imperfeita'. Isto, contudo, não afasta a vigência de uma livre concorrência, visto que o próprio texto constitucional cuida de proteger o outro lado desfavorecido por estas práticas, qual seja o consumidor [coletividade] (BASTOS apud TAVARES, 2006, p. 263).

Desta forma, a Constituição delegou ao legislador ordinário, conforme alude o *caput* do artigo 173, a competência para puir as diversas situações que comprometem irremediavelmente a livre concorrência.

No ordenamento jurídico nacional, foi necessária a edição de leis ordinárias regulamentadoras dos problemas inerentes à violação do referido princípio da livre concorrência, quando foi elaborada a Lei 8.884/94, a chamada "Lei Antitruste", a qual dispõe sobre prevenção e repressão dos abusos do poder econômico e a efetivação da proteção da concorrência.

Deve-se ter em mente que a coletividade é a titular do bem jurídico protegido pela Lei em comento, uma vez que o mercado não pertence ao agente econômico, mas à sociedade, constituindo assim um verdadeiro patrimônio público. Nesse contexto, a proteção à livre concorrência há que ser compreendida como instrumento regulador da atividade econômica, característica do ramo jurídico voltado à organização da atividade e regulação da política desenvolvimentista da econômica, qual seja, o direito econômico.

Destarte, as políticas públicas, ou seja, as intervenções estatais no domínio econômico e social são o método próprio para alcançar o objetivo da ordem constitucional econômica, qual seja, o de assegurar a todos uma existência digna dentro dos ditames da justiça social.

É a partir dessas premissas, em que o direito concorrencial se mostra como forte instrumento, capaz de promover a perspectiva pública do desenvolvimento social e econômico, que a análise sistemática da aplicabilidade de seus preceitos básicos somados ao processo eficiente de compras públicas se faz necessária no presente trabalho.

A Lei 8.666, de 22 de junho de 1993, veicula as normas gerais sobre

licitações. Habitualmente referida pela doutrina pátria sob o termo Lei Nacional de Licitações, é o instrumento de que a Administração Pública dispõe para avaliar comparativamente as ofertas, julgando-as e, consequentemente, decidindo-se pela mais favorável.

4 O processo licitatório

Conforme os ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,

> Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e com elas travam determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (2008, p. 514).

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens e/ou contratar a execução de obras e/ou serviços, o Poder Público adota o procedimento licitatório, rigorosamente detalhado e preestabelecido pela lei em comento, qual seja, Lei Nacional de Licitação n° 8.666/93 (MELLO, 2008).

Nesse sentido, observa-se:

> Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato (DROMI apud DI PIETRO, 2009, p. 350).

De acordo com o autor supracitado, ao se falar em licitação, é necessário referir-se a procedimento administrativo, que constitui uma série de atos preparatórios para o ato final objetivado, ou seja, a compra ou contratação de bens ou serviços, através da Administração Pública, em que se assegura ampla participação dos interessados, para obtenção da oferta mais vantajosa, conforme os requisitos legais exigidos.

> Segundo Marçal Justen Filho, a licitação consiste num procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público,

> prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura (JUSTEN FILHO apud BRAZ, 2007, p.43).

Desta maneira, o processo de licitação é compreendido como um conjunto ordenado de documentos e atuações que compõem os fundamentos da decisão administrativa e as providências necessárias à sua execução.

Os atos têm por fim estabelecer a autenticidade das propostas, a veracidade do objeto, a igualdade entre os licitantes, o conhecimento dos atos da licitação, o sigilo na apresentação da proposta, o atendimento ao Edital ou Convite, a regular escolha do vencedor e a autorização de contrato, todos para o julgamento pela autoridade competente (BRAZ, 2007).

A licitação pública, desta feita, caracteriza-se pela existência de determinados atos administrativos que buscam, em favor da Administração Pública e atuando pelo interesse público, escolher propostas adequadas à conveniência da entidade governamental, quando da realização de obras, serviços, compras, alienações, permissões, concessões e locações com terceiros, e tendo como intento a racionalização dos recursos econômicos do Estado.

Este procedimento vinculado, fixado através das suas regras, poderá ser mais bem compreendido de acordo com o artigo 3° da Lei 8.666, em comento:

> Art. 3° A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (PLANALTO, 2010).

Por fim, pode-se aduzir que a licitação pública é o procedimento administrativo para obtenção do contrato mais vantajoso, observado o interesse público, o uso eficiente dos recursos públicos e a garantia dos direitos de possíveis contratados.

4.1 A natureza instrumental da licitação

Em matéria de licitação, dada a relevância econômica do instituto, pode-

se dizer que as ideologias contemporâneas pregam a redução do aparato estatal. Dito de outro modo, o Estado, em vez de adquirir a propriedade de bens e instrumentos necessários à execução de serviços e satisfação de necessidades coletivas, recorre à iniciativa privada, ou seja, através do processo licitatório dar-se-á a obtenção de prestação de serviços e objetos.

Por natureza instrumental da licitação entende-se o mecanismo de indução de determinadas práticas de mercado que possam produzir resultados sociais em prol da coletividade, sejam eles imediatos ou futuros. Assim sendo, é possível empregar o procedimento licitatório como forma de regulação econômica, coibindo ações que limitem a competitividade e fomentando práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.

Sabendo-se que os valores desembolsados pelo Estado por meio das licitações e consequentes contratos administrativos são, em geral, vultosos, e tendo em vista o montante de recursos financeiros saídos dos cofres públicos, as contratações administrativas se tornam instrumentos de incentivo e fomento das atividades reputadas como desejáveis.

A esse propósito, Marçal Justen Filho cita a célebre frase de Washington Luís Pereira de Sousa – "Governar é fazer estradas" – numa referência à preocupação consciente de se utilizar de contratos administrativos como instrumentos de promoção de políticas públicas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 12).

Conforme a linha de ampliação da eficiência na utilização de recursos públicos, pode-se inferir que a adequada utilização do orçamento também é um dos fatores essenciais para a promoção do desenvolvimento econômico e social, ou seja, pode-se dizer que existe uma função extraeconômica inerente ao objetivo da licitação, qual seja, o contrato administrativo (JUSTEN FILHO, 2009).

4.2 Importância da defesa da concorrência em licitações

O Estado tem por finalidade maior o atendimento das vontades sociais, ou seja, a busca pela concretização do interesse público. E, nesse sentido, a licitação representa um termômetro para a Administração Pública, porque, quando bem formalizada é uma manifestação fática do emprego regular do dinheiro público (MOTTA, 2008).

Do processo licitatório mal gerenciado, observam-se, no âmbito organi-

zacional e no nível dos participantes do certame, alguns problemas, tais como, demoras e atrasos no procedimento, ausência de competitividade nas propostas, ocorrência de adjudicações indevidas, possibilidade de superfaturamento etc. Para garantir a eficácia da licitação, deve-se, pois, evitar ao máximo tais situações.

De grande valia são os ensinamentos do Ministro Edson Vidigal:

> O dinheiro público resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante tributos que lhes são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum [...]. Uma pessoa investida da autoridade do poder público tem que estar sempre muito atenta para que, nem à sua sombra nem ao seu derredor, prosperem ações que possam comprometer a moral imprescindível do exercício da autoridade (VIDIGAL apud MOTTA, 2008, p.2).

E, em outra oportunidade, a egrégia Corte de Contas, nas palavras do Ministro Fernando Gonçalves, deixa clara a necessidade de saber:

> Lastimo, na qualidade de cidadão brasileiro e Ministro desta Corte, que o presente caso, iniciado com seu Requerimento de f. 01/02, tenha confirmado a tese de que setores da Administração Pública convivem com o descalabro originado da ganância de alguns servidores, conluiados com não menos gananciosos agentes privados que, ao que parece, embora em minoria, são especializados em fraudar o Erário em busca de locupletamento. Dispusemo-nos a investigar um caso que nos parecia nebuloso (...) e nos deparamos com todo um setor de compras eivado de procedimentos incorretos, claramente voltados para o desvio de recursos públicos, camuflados na compra de equipamentos necessários à ação comunitária e ao benefício social (GONÇALVES apud MOTTA, 2008, p. 15).

Destarte, o que se pretende enfatizar é que o fenômeno que ora estudamos não ocorre de maneira esparsa. E, a partir de exemplos de distorção e fraude ao processo licitatório, manifesta-se a responsabilidade de uma nação inteira diante de seus problemas.

O que a doutrina chama de gerenciamento ineficaz, ou seja, da patologia frequente nas organizações públicas brasileiras, é a inépcia na compreensão da lei em sua operacionalização.

Pela importância do tema, é necessário abordar a ação regulatória do Estado, comentando a Lei 8.884/94 na exegese sistemática dos artigos 20 e

21, assim como identificar algumas formas de restrições concorrenciais. Pretende-se assinalar, outrossim, os benefícios econômicos e sociais que a concorrência propicia à coletividade diante de um processo licitatório eficiente.

Importa saber que este breve artigo não se propõe a fazer a interpretação da Lei 8.666/93 nos aspectos atinentes às modalidades, aos limites, à dispensa e inexigibilidade de licitação, à habilitação, ao julgamento das propostas, tampouco, relativamente, à celebração e execução dos contratos. Limita-se a tecer algumas considerações perfunctórias sobre a eficiência almejada através processo de compra pública em respeito ao princípio constitucional da livre concorrência.

5 Comentários acerca da lei antitruste e sua incidência na lei nacional de licitação

A Constituição Federal de 1988 modificou a orientação do direito da concorrência brasileiro: de mera repressão ao abuso do poder econômico a uma efetiva proteção da livre concorrência.

A livre concorrência, compreendida no decorrer deste trabalho como instrumento regulador da atividade econômica, consagra um sistema no qual a concorrência não é tratada como um fim em si mesmo, mas como instrumento. O fundamento constitucional da Lei 8.884/94, mais conhecida como Lei Antitruste, está na efetiva proteção do princípio da Livre Concorrência.

Veja-se os comentários de Luciano Sotero Santiago:

> Importante marco legal para efetivação, proteção e promoção do princípio constitucional da Livre Concorrência no sistema econômico capitalista brasileiro, a Lei n° 8.884/94 foi promulgada em 11 de junho de 1994, com a finalidade de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra ordem econômica (2008, p.81).

Diante do exposto, o estudo do Direito Antitruste é bastante complexo pela necessária interação entre princípios jurídicos e econômicos que exige. Segundo bem esclarece o economista brasileiro e ex-presidente do CADE, Gesner José de Oliveira Filho,

> O estudo do Direito Antitruste possui uma contradição de fundo que marca todos os sistemas concorrenciais. Trata-se de um sistema cuja gênese é voltada à atividade do particular, ou, nas palavras de

> Hayek, a garantir a autorregulamentação dos agentes econômicos através das forças de mercado. Entretanto esse sistema, criado e aplicado pelo Estado, convive com um Estado que geralmente age em sentido contrário a esses princípios, regulamentando a economia sem preocupação com os princípios concorrenciais e/ou incentivando a formação de ajuste entre empresas (1997, p.35).

Por essa razão, parece importante estudar a relação entre atuação do Estado e ilícito antitruste, objeto deste trabalho. O tema é obviamente bastante amplo. Por isso, limitar-se-á o presente estudo a analisar os aspectos de defesa da concorrência no processo licitatório em sentido amplo, regidos pela lei geral de licitações n° 8.666/93, deixando de lado todas as questões peculiares de cada procedimento de compras públicas.

6 Formas de infração à ordem econômica em processos licitatórios

Para que uma infração à Ordem Econômica se configure, é necessário que o ato infracional tenha por objeto ou possa produzir os efeitos previstos nos incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94, ou seja, domine o mercado, elimine a concorrência e/ou aumente arbitrariamente os lucros. Intolerável é a situação, e que merece a intervenção reparadora do Estado, em que há a submissão do mercado à vontade do agente econômico dominante.

Nas palavras de Pontes de Miranda, dominar o mercado é "a situação de poder impor o preço de mão de- obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas" (MIRANDA apud TAVARES, 2006, p. 268). O problema em comento surge quando a conquista do mercado não decorre de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico, e sim no emprego de estratégias empresariais ilícitas ou abusivas.

Cite-se, como exemplo, o agente econômico que conquista o mercado a partir do não recolhimento de tributos, considerados devidos pelo Fisco, e que, assim procedendo, poderá ofertar preços menores com relação às empresas que recolhem suas obrigações tributárias.

A título exemplificativo, nos processos licitatórios desde o momento da habilitação às compras públicas, as empresas interessadas deverão apresentar documento de regularidade fiscal, conforme se observa da leitura do artigo 27 da Lei 8.666/93. Isto demonstra a necessidade de o Estado se ater às condições de atuação no mercado das empresas participantes do certame.

O que se pretende, por meio do dispositivo que diz respeito à elimina-

ção da concorrência, é a manutenção de um mercado no qual se forme a livre competição entre os agentes econômicos (BASTOS apud TAVARES, 2006).

De fato, em toda economia de mercado, não se reproduzem condições ideais, perfeitas de competição, mas é plenamente possível reconhecer uma concorrência relativa. Nas palavras de Paula A. Forgioni, o direito concorrencial nas organizações capitalistas mais consagradas sempre existiu para coibir as práticas abusivas de determinados agentes. Veja-se:

> Nos Estados Unidos, o *Sherman Act*, em seu art. 1.°, declara ilícito todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio (...) Por sua vez, o art. 2.° veda a dominação de mercado. (...) *Omissis.* O Tratado CE, por sua vez, veda os acordos entre empresas que possam prejudicar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum (2008, p.146).

6.1 Eliminação da concorrência

Por sua vez, eliminar a livre concorrência é o impedimento ou dificuldade, mediante atos, que estipulem por força a contratação exclusiva de determinada empresa.

Exemplo atual foi noticiado pelo Jornal Folha de São Paulo, edição online de 02 de maio de 2010, quando foram encontrados indícios de fraude envolvendo empresas da construção civil, quais sejam, Camargo Corrêa, GDK e Queiroz Galvão, as quais ajudavam na elaboração de editais concorrenciais da Petrobras. O que se pretendia, no caso em pauta, era que a especificação técnica resultasse tão precisa que apenas uma das empresas participantes do certame licitatório acabaria por satisfazer os requerimentos do edital (In: FOLHA *ONLINE,* 2010).

O que se vê, portanto, é a ingerência do poder econômico público com relação à defesa e proteção do princípio constitucional da livre concorrência, uma vez que, para locupletamento pessoal ou favorecimento de terceiros, os próprios agentes públicos investidos dos cargos de membros de comissões licitatórias praticam atos que eliminam a concorrência.

Nesse mesmo caso, a Polícia Federal apura danos ao erário público da ordem de R$ 1,4 bilhão, tendo em vista que as empresas supracitadas também

falseavam a livre concorrência, simulando uma situação de competitividade, quando havia entre elas, de fato, um conluio para neutralizar os efeitos positivos da concorrência. Ou seja, deu-se um verdadeiro atentado à própria estrutura de mercado, fazendo da competitividade um jogo previamente combinado, em que as partes abrem mão de sua liberdade econômica em troca de uma vantagem e a fim de prejudicar seus concorrentes. Foi desta forma que os três agentes econômicos privados embutiram um sobrepreço nas ofertas lançadas na sessão pública da concorrência, cujas vantagens dessa falcatrua consequentemente foram divididas entre si.

Na edição *online* da Folha de São Paulo de 27 de abril de 2010, a jornalista Fernanda Odilla publica reportagem sob o título "Ministério Público quer anular implantação do VLT do Distrito Federal por suspeita de fraude". No corpo do texto, lê-se:

> O Ministério Público do Distrito Federal quer anular todo o processo de implantação do VLT (Veículo Leve Sobre Trilhos), obra orçada em R$ 1,5 bilhão. Os responsáveis pela investigação que apura supostas fraudes na licitação afirmam que há "uma trama criminosa" envolvendo empregados públicos e empresas que participaram da concorrência. (...) Quem venceu a licitação do projeto básico foi a Dalcon. Mas a derrotada TCBR é parceira da multinacional francesa Alstom e das construtoras brasileiras Mendes Jr e Via Engenharia no consórcio Brastram, responsável pela execução do projeto. A Alstom, suspeita de pagar propina para vencer concorrências em São Paulo, e as outras duas integrantes do consórcio não foram alvos da Operação Bagre, a primeira de uma série de operações previstas para apurar fraudes na implantação do VLT, previsto para ligar o aeroporto ao metrô de Brasília. "Todo o procedimento de contratação, desde o projeto básico até o projeto executivo, passando pela pré-qualificação, foi conduzido com especial açodamento, o que acabou por revelar uma intrincada trama criminosa, inclusive, que afastou todo o procedimento dos padrões mínimos de decência com que devem ser conduzidos os negócios públicos", escreveram os promotores, no pedido de busca e apreensão (In: FOLHA *ONLINE*, 2010).

Em resumo, pode-se dizer que a livre concorrência é prejudicada quando se embaraça, de qualquer maneira, o exercício de uma atividade econômica (PFEIFFER apud SANTIAGO, 2008).

7 Conclusão

De todas as infinitas manifestações de prejuízo ao desenvolvimento nacional, uma se destaca por sua magnitude e consequências sobre a economia: aquela que afeta licitações públicas.

Em qualquer país capitalista emergente, a vultuosidade orçamentária destinada às compras públicas tende a ser mais elevada, devido ao peso relativamente maior dos investimentos em infraestrutura, por exemplo. Partindo da perspectiva de que o Estado brasileiro é um grande consumidor de bens e serviços, nossa Constituição Federal ordenou o princípio da livre concorrência como base para o progresso da nação.

Para compreender como se combatem as práticas restritivas concorrenciais em processos de compras públicas, o primeiro passo é reconhecer que se trata de um mercado e que ele está regulado por uma legislação específica. Nesse sentido, a análise crítica da Lei Antitruste combinada com a Lei Geral de Licitação fez-se necessária ao longo deste artigo científico.

O aspecto econômico da Constituição Federal demonstra a responsabilidade atribuída pelo Estado para o fomento desejado ao desenvolvimento da economia do país. Surge, então, a defesa da Concorrência, positivada ao artigo 170 da Magna Carta, objetivando a promoção da concorrência e a repressão da atuação abusiva dos agentes econômicos.

Por sua vez, esta regulação se estreita através do processo licitatório, normatizado na Lei Geral 8.666/93, que não se limita a ordenar relações puntiformes entre o Estado e seus fornecedores privados, exatamente por corresponder ao instrumento Estatal para emprego dos investimentos públicos, sendo considerado um elemento crucial para a execução estratégica de desenvolvimento.

É por meio de licitações que se concretiza, por exemplo, o fomento a setores econômicos politicamente escolhidos como prioritários; assim, a correta operacionalização deste processo deverá ser concebida de forma a maximizar a eficiência alocativa do Estado, garantindo que os gastos de investimentos e custeio trabalhem a favor do crescimento econômico.

Quase tudo o que se deve esperar nas licitações públicas pode ser resumido numa frase: a compra deve ser vantajosa para a Administração Pública, ou seja, o processo deve ser eficiente. Deve-se evitar qualquer ato de restrição competitiva que favoreça os agentes públicos ou terceiros, e isso faz sentido não

apenas econômico, mas também no que tange à proteção da coletividade usuária de serviços públicos.

Desta forma, todo o procedimento de compras públicas deverá, com base nos princípios constitucionais e na legislação pertinente, ser conduzido pelo bom administrador público de forma que expresse claramente as condições desejadas ao certame. O edital, por sua vez, não poderá condicionar cláusulas que se traduzam em barreiras à entrada de novos concorrentes, ou seja, deve-se ter em mente a elaboração de regras pró-competitivas. E, na realização do certame, todos, inclusive os cidadãos que assistirem à sessão, deverão estar atentos a eventuais indícios de práticas restritivas à concorrência.

Nesse sentido, o desenvolvimento econômico e social de nossa Nação deverá ser conduzido com base em respeito aos cidadãos brasileiros, contribuintes de pesada carga tributária, e às empresas que fomentam seu crescimento de forma idônea. No que diz respeito ao dinheiro público, ele não deverá ser gasto fora dos parâmetros do bem comum, logo o agente instituído de poder público, no exercício de suas funções, jamais poderá se desvirtuar da vontade legal.

Por sua vez, se uma empresa cumpre com os requisitos necessários para o fornecimento de bens e serviços à Administração Pública, ela deverá sempre participar com tratamento isonômico em procedimentos licitatórios, sem desistir de concorrer e crescer neste mercado.

Nesse sentido, a resposta mais eloquente aos atos que indicam restrições concorrenciais, tais como, o cartel, deverá ser o repúdio; afinal, em nossa conjuntura, tais conchavos empregam cúmplices no Estado para manter posição dominante no mercado e escravizar outras empresas do setor, deixando as margens da subcontratação.

O que se busca, por fim, é que a coletividade, ou seja, todos os brasileiros usuários de serviços públicos da área da saúde, educação, transporte ou qualquer outro tipo, sintam o progresso acontecer e possam beneficiar-se de melhorias em infraestrutura, com mais produtos, e produtos de melhor qualidade sendo ofertados.

Após tais considerações, convém ressaltar que o presente estudo não tem o condão de esgotar o tema, mas manifesta a tentativa de fomentar debates e contribuir para a produção jurídica.

Referências

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 2 maio 2010.

_____. Presidência da República. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 2 maio 2010.

_____._____. *Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia. Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm> Acesso em: 3 maio 2010.

_____. CADE. *Consulta de jurisprudência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6> Acesso em: 12 maio 2010.

_____. *Resolução CADE nº 20 de 09 de junho de 1999.* Publicada no D.O.U. de 28 de jun., 99. Disponível em: <http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Brazil/20.pdf> Acesso em: 12 maio 2010.

BRAZ, Petrônio. *Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2007.

BRITO, Carlos Alberto de. *Controle de ato de concentração*: intervenção do Estado na criação da AMBEV. João Pessoa: Autor Associado/Editora Universitária/UFPB, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico*: aplicação e eficácia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

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

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos.* 11.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Lições de direito administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito econômico.* São Paulo: Academia Brasileira de Direito / MP Editora, 2006.

_____. Teoria do equilíbrio na análise jurídica de ambientes concorrenciais: a contribuição de John Nash para o Direito. In: *Revista da AGU.* Brasília, ano V, n. 10, p. 183-186, ago. 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico.* 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do Antitruste*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOLHA ONLINE. *Fraude na Petrobras provoca rombo de R$ 1,4 bi, aponta PF*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u728980.shtml> Acesso em: 2 maio 2010.

_____. *Ministério Público quer anular implantação do VLT do Distrito Federal por suspeita de fraude.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u726521.shtml> Acesso em: 5 maio 2010.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência.* São Paulo: Malheiros, 1996.

GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual.* 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 10.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____._____. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo.* 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUKAI, Toshio. *Licitações:* as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes (Segundo as leis n. 8.666/93 e 8883/94). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. Atuação estatal e ilícito antitruste. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 36, n. 106, p. 35-47, abr.jun. 1997.

PECEGUINI, Liliane Mayumi Moori. *A implicação do direito da concorrência na defesa comercial*. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/.../liliane-mayumi.pdf> Acesso em: 12 dez., 2009.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência:* doutrina e jurisprudência. Salvador: Podium, 2008.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

VÁRIOS. *Revista da AGU*. Brasília, ano 8, n. 20, abr./jun. 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DA SUA AUTONOMIA FRENTE ÀS INTERVENÇÕES DO PODER EXECUTIVO

Lílian Machado Raimundo de Lima
Bacharela em Direito

Resumo

Esse trabalho tem como principal interesse o exame crítico da autonomia do Ministério Público Brasileiro, buscando investigar até onde as ingerências externas são nocivas ao bom desempenho de sua finalidade. A inspiração motivadora da produção deste artigo adveio de indagações formuladas sobre como forças políticas, apoiadas na essência subjetiva das autoridades que as detêm, têm o poder de desestabilizar a isenção de ânimo necessária aos membros do *Parquet*, nomeadamente da sua chefia. Através de uma pesquisa preponderantemente bibliográfica, asseverou-se a necessidade de mudanças em alguns dispositivos normativos, reguladores das questões ministeriais, por ferirem a imparcialidade e, num segundo plano, os direitos de autogestão do órgão, tão imprescindíveis às funções confiadas, pela Constituição Federal, à Instituição. No intento de propor soluções para o problema, construiremos alternativas para reverter esse panorama, libertando o Ministério Público Brasileiro de tais amarras, por intermédio dos princípios do Estado Democrático de direito, cumulados com aqueles que norteiam a Administração Pública, quais sejam, a Democracia, a Impessoalidade e a Moralidade Administrativa.
Palavras-Chave: Ministério Público. História. Organização. Autonomia.

Abstract

On this work we do a critical analysis on the Brazilian Public Prosecution autonomy. Our focus here is investigating how much harmful are the external interferences to the proper performance and purpose of the organization. Our interest on this subject came from the wondering about how political forces and its subjective judgment have destabilized the deliberate decisions of the *Parquet* members, especially the leadership. Through a bibliography research, we became aware about the need to modify some norms, which rule ministerial issues, because they might affect the impartiality. Nevertheless, they also sway the autonomy rights of the Institution, which are granted by Brazilian Federal Constitution. Intending to solve this panorama, we propose some solutions capable to reverse this tendency, releasing the Brazilian Public Prosecution of

these moorings, supported by the principals of a Democratic State of Rights and those which direct the Public Administration, such are, The Democracy, Impersonality and the Administration Morality.
Keywords: Brazilian Public Prosecution. Autonomy. Organization. History.

1 Introdução

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro passou por um processo de reinvenção interna, com o escopo de se precisar o alcance de suas atribuições, *ante a nova conjuntura política que se instalara com a consolidação da democracia no país.* O *Parquet,* defensor maior do regime democrático, agora detinha rol de atuação muito mais amplo, cujo impacto social seria assaz significativo, caso não fossem suas forças refreadas, de alguma maneira, pelos governantes que se sentissem incomodados pelo fiel desenvolvimento das atividades ministeriais.

Eis-se aí, então, o cerne de nossas reflexões: alguns dispositivos normativos podem, desventuradamente, mitigar a autonomia do Ministério Público. Nossas ponderações, embasadas em uma análise histórica sólida, dar-se-ão no sentido de descobrir se a mera possibilidade de existirem ingerências externas é nociva ao bom desempenho de atividade finalística do órgão em apreciação, formulando-se muitas indagações sobre como forças políticas, fulcradas no âmago subjetivo das autoridades que as detêm, têm o condão de desestabilizar a isenção de ânimo necessária aos membros do *Parquet*, nomeadamente de sua chefia.

No intento de apontar soluções à problemática ora desposada, buscaremos oferecer alternativas portadoras de energia suficiente para reverter o panorama que aqui será delineado, libertando o Ministério Público de amarras invisíveis que se perfizeram através de alguns dispositivos normativos, cuja essência é capaz de ferir a imparcialidade e, num segundo plano, os direitos de autogestão do órgão, tão imprescindíveis às funções confiadas, pela Carta Cidadã. ao *Parquet* brasileiro, que deve ter por único guia os princípios do Estado Democrático de Direitos, cumulados com aqueles que norteiam a Administração Pública, quais sejam: a *impessoalidade e a moralidade administrativa*.

Passemos, então, a nos deter na história e nos meandros próprios do Ministério Público, pois, sem tais conhecimentos, tornar-se-ia impossível alcan-

çar a profundidade da razão de ser da efetiva autonomia ministerial para o ordenamento brasileiro.

2 A sedimentação institucional do Ministério Público

Não é uma tarefa simplória identificar a verdadeira origem do *Parquet*, com os princípios e características que alicerçam seu arcabouço moderno. Como se pôde concluir, após rápida leitura de bibliografia especializada, muitas civilizações, em diferentes momentos históricos, reivindicam o título de predecessor do Ministério Público para algumas funções que demonstraram traços de similitude com as atividades que são inerentes às atribuições ministeriais.

O primeiro registro que merece essa designação ocorreu na França, por volta do século XIV. Entretanto, outra dificuldade se afigura quando partimos para a fixação do marco evolutivo preciso, por se verificar que existem dissidências entre os doutrinadores ao tentarem apontar qual ofício ensejou factualmente a formação da instituição: alguns defendem os *procureur du roi*, expressão traduzida em vernáculo como Procuradores do Rei, como o encargo que consolidou o MP com os com tornos hodiernos, estando outros estudiosos mais propensos a ratificarem os *advocat du roi* na posição de verdadeiros ancestrais do *Parquet*.

Os Procuradores do Rei defendiam os interesses financeiros do soberano, passando a exercer, ainda que de maneira incipiente, a persecução e a execução penal. Desta forma, garantiam o cumprimento das sentenças proferidas pelos juízes, certificando-se de que os delitos fossem efetivamente punidos, embora grande parte das penas possuísse caráter pecuniário, e os fundos obtidos revertessem em proveito do tesouro real.

Já os Advogados do Rei eram causídicos comuns, prestando seus serviços exclusivamente na esfera cível, com vistas a defender os interesses particulares do soberano, materializando mais um instrumento de defesa das prioridades daquele que detinha o poder.

Desta forma, observou-se a necessidade de unificar essas duas vertentes de atuação com o escopo de aperfeiçoar os mecanismos de proteção das aspirações estatais, que em muitos aspectos se confundiam com os desejos pessoais do Rei. Essas exigências motivaram a simbiose das duas esferas de atividades, quais sejam, cível e criminal, num único mecanismo de ação, possibilitando o nascimento do Ministério Público tal qual o conhecemos.

A *Ordonnance*, de Felipe IV, datada de 25 de março de 1302, é o documento que consolida os *procureur du roi* e *advocat du roi* num único tipo de agente público, também chamado de *les gens du roi*, ratificando o Ministério Público como instituição incumbida de tutelar os anseios do "Estado e de seu soberano junto ao Poder Judiciário"[1], bem como desempenhar a persecução e execução penal.

Esse monarca francês fez surgir em seu país, portanto, um grupo de servidores capazes de proteger suas ambições pessoais, pois no estado absolutista não existia segregação entre o déspota e o Estado. Esses funcionários também tinham por obrigação fiscalizar as atividades dos magistrados, possuindo, para viabilizar o exercício dessa atribuição, as mesmas prerrogativas dos juízes, sendo defeso aos membros do recém-criado órgão o patrocínio de qualquer outra demanda que não fosse estatal.

Infelizmente, não se pôde dissociar o tiranismo[2], vigente à época, das atribuições que foram conferidas aos membros do *Parquet*. No princípio, seus integrantes eram apenas meros delegados do Poder Central, funcionando como um instrumento hábil a possibilitar que o Estado arrecadasse os tributos senhoriais, diminuindo a força dos senhores feudais.

Os equívocos na sedimentação do Ministério Público permaneceram amalgamados em sua estrutura até a total consolidação, por parte da Coroa Francesa, do monopólio da jurisdição e o firmamento da *justice retenue*, uma espécie de poder moderador. Apesar de lamentável, é preciso dizer que, inicialmente, o verdadeiro papel do órgão era auxiliar o Executivo na concretização de uma monarquia absolutista.

No entanto, a separação dos interesses reais e o exercício do mister de seus procuradores só viriam a ocorrer em período posterior à Revolução Francesa de 1789, favorecida por um movimento de reforma com nítidas feições liberais e descentralizadoras que, apesar de nunca ter conferido uma desvinculação absoluta entre o *Parquet* e o Poder Executivo, motivou a adoção do perfil ostentado pelo órgão naquele país.

Foi este embrião ministerial francês que viria a se desenvolver, no Brasil, influenciado, entrementes, pelas peculiaridades inerentes a cada povo e à maneira de conduzir sua realidade jurídica.

---

[1]JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o Estado democrático de direito*: perspectivas constitucionais de atuação funcional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 12.

Felipe IV da França é conhecido na história universal como um monarca tirânico, responsável por inúmeras atrocidades jurídicas com requintes de perversidade.

3 A evolução do *parquet* em terras brasileiras

No início do século XVII, só existia, na sistemática jurídica vigente no Brasil, uma única instância judicial, que era viabilizada pelas casas de suplicação. No entanto, a Relação que instituiu o Tribunal da Bahia criou, quando fez consignar que sua composição fosse distribuída entre dez Desembargadores, um Procurador dos Feitos da Coroa e da Fazenda e um Promotor de Justiça, o segundo grau de jurisdição na Colônia.

Tais disposições foram reeditadas em 1751, quando foi fundado o Tribunal da cidade do Rio de Janeiro, possuindo como principal atribuição julgar os recursos advindos do seu congênere baiano. A versão carioca, todavia, implementou uma pequena modificação que repercutiria até os tempos hodiernos: apartou os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e de Promotor de Justiça, determinando o seu exercício por titulares distintos. Esse foi "o primeiro passo para a separação total das funções de Procuradoria Federal (que defende o Estado e o Fisco) e o Ministério Público, somente tornada definitiva com a Constituição Federal de 1988"[2].

Por conseguinte, a Lei Maior de 1824 não trazia, em seu bojo, qualquer referência direta à instituição, limitando-se a proclamar, no art. 48, a competência dos Procuradores da Coroa e Soberania Nacional para a acusação dos crimes comuns. Mas, em 1832, foi editado o Código de Processo Penal do Império, que continha uma seção específica para os promotores, com exigências para o provimento desse cargo, além de enunciar suas principais atribuições.

Alguns anos mais tarde, precisamente em 1841, foi publicada a Lei nº. 261, regulamentada pelo Decreto nº. 120, consignando em seu texto que a nomeação e a demissão dos promotores de públicos seriam realizadas pelo Imperador ou pelos Presidentes de províncias, apesar de, na falta ou impedimento desses, caberia aos Juízes de Direito a designação de alguém para funcionar interinamente no cargo.

Até aqui, nenhuma função revestida do cunho social foi conferida ao ofício em apreço. Tal circunstância só veio a modificar-se quase duas décadas depois, com a edição da Lei do Ventre Livre.

Esse dispositivo legal, datado de 28 de setembro de 1871, outorgou ao

[2]LIMA, Ana Maria Borguignon. *A formação histórica do Ministério Público*: origens do Ministério Público na França, em Portugal e no Brasil. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/Ampem/Artigos2007/ARTIGO%20SOBRE%20MP.pdf.> Acesso em: 13 ago. 2009

Ministério Público a função de "protetor dos fracos e indefesos", determinando que os membros do *Parquet* cuidassem em registrar, através de matrícula especial criada à época, os filhos livres de mulheres escravas. Caso chegasse ao conhecimento dos representantes ministeriais a notícia de que algum infante se encontrava em condições contrárias ao que dispunha a Lei do Ventre Livre, era múnus do órgão diligenciar para que a irregularidade fosse sanada, em similitude de ação com os hodiernos Promotores da Infância e da Juventude.

Outra grande inovação na estrutura organizacional da instituição ocorreu em 1890, por ocasião da Proclamação da República e a instalação do Governo Provisório. Por intermédio dos Decretos nºs 848, de 11 de novembro de 1890, e o 1.030, datado de 14 de novembro do mesmo ano, Campos Sales dedicou um capítulo próprio ao Ministério Público, reconhecendo-o como necessário em toda estrutura democrática, determinando que o órgão estivesse representado nas duas esferas da Justiça Federal.

Esses decretos se tornaram os primeiros textos infraconstitucionais brasileiros a atribuir, dentro da organização estatal, grande destaque à instituição, resguardando sua liberdade de ação ante outros poderes da recém-criada República e reafirmando suas obrigações como fiscal do fiel cumprimento da legislação vigente ao tempo. Por essa postura vanguardista em relação ao órgão, Campos Sales foi erigido à condição de Patrono do Ministério Público.

Apesar dos avanços notáveis, capazes de ensejar uma expressão constitucional mais enfática, no que dissesse respeito à posição ministerial no ordenamento jurídico pátrio, a Lei Maior de 1891 não trouxe grandes disposições acerca do *Parquet*, embora o art. 58, §2º tenha instituído a figura do Procurador-Geral da República, que seria nomeado pelo Presidente do Brasil, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), nada mencionando sobre as atribuições do novo cargo, que ficaria sob responsabilidade de lei posterior que versasse sobre a matéria.

Esse diploma legal tardaria em ser editado, embora os avanços na ampliação dos encargos ministeriais continuassem a ocorrer. Em 1916, com a publicação do Código Civil, a instituição ganhou inúmeras funções, destacando-se, dentre o novo rol de atribuições, a obrigação de velar pelas Fundações, "a legitimidade para propositura da ação de nulidade do casamento e a defesa dos interesses de menores"[3].

[3]JATAHY, op. cit. p. 20. Nota 3.

A Constituição de 1934 foi a mais inovadora no tocante ao tratamento consignado ao Ministério Público brasileiro. Inspirada pela Magna Carta alemã, que preconizava o *Welfare State*, a Lei Maior pátria foi pioneira ao consignar as disposições institucionais em capítulo próprio, absolutamente independente dos poderes estatais, situando entre os "Órgãos de Cooperação nas Actividades Governamentaes", no Capítulo VI, Seção I[4].

Além da ênfase no aspecto social, o texto constitucional fincou os alicerces da instituição ao dispor que o órgão seria o mesmo em todas as esferas de organização. Os membros da instituição também não foram excluídos da Carta de 1934, estabelecendo-se garantias e prerrogativas para os integrantes do *Parquet*, entre as quais se encontrava a estabilidade funcional, bem como determinou que a investidura na carreira se processasse através de concurso público, cingindo a ingerência do Poder Executivo, a quem competia, outrora, nomear e demitir livremente os Promotores de Justiça.

Ainda sobre a égide legal supramencionada, o Ministério Público passou a ter competência para oficiar na Justiça Eleitoral e Militar, permanecendo, na esfera criminal, com as obrigações que lhe competiam anteriormente. Ressalte-se, por fim, a natureza inovadora da Constituição de 1934, quando, em suas disposições, atribuiu ao *Parquet* mecanismos tão vanguardistas que se mantiveram registrados em prescrições normativas até a contemporaneidade.

Infelizmente, quando há reveses na democracia de um país, o Ministério Público passa a existir sem um delineamento mais marcante no ordenamento vigente. Foi assim durante a ditadura de Vargas, época em que a instituição padeceu de dispositivos que favorecessem uma atuação mais efetiva.

As escassas referências na Constituição de 1937 versavam sobre o Procurador-Geral da República, concedendo-lhe, por exemplo, atribuição para atuar no Supremo Tribunal Federal, bem como informando que essa Corte era competente para o seu julgamento (art. 101, I, "b"). Outro regramento que mencionava o órgão tratava sobre o quinto constitucional, forma de provimento derivado na magistratura de segunda instância.

No âmbito processual civil, ocorreu a solidificação do múnus de c*ustus legis*, ao se verificar que o Digesto Processual de 1939 impôs a intervenção ministerial na tutela de alguns interesses interpretados pelo legislador como indispensáveis à harmonia social, como o Direito de Família e o amparo dos incapazes.

[4]CAMPANHOLE, 1994 apud JATAHY, 2007, p. 18.

No entanto, mesmo durante o Estado Novo, o Ministério Público, através da edição do Código de Processo Penal de 1941, com forte ascendência italiana, conquistou algumas prerrogativas, como o poder de requisitar o inquérito policial ou requerer diligências para melhor instruí-lo, além de adquirir a titularidade da ação penal pública.

Na vigência da Lei Maior de 1946, a instituição volta a ser tratada na esfera constitucional, estando regulamentada nos art. 125 a 128, determinando sua organização tanto no âmbito federal quanto no estadual, bem como estabeleceu a instalação de suas atividades junto às Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho.

Foi nessa conjuntura histórica que importantes conquistas funcionais voltaram a ser inscritas no texto da Norma Suprema do ordenamento pátrio, tais como, a estabilidade e a inamovibilidade dos integrantes do Ministério Público em todas as suas vertentes de atuação.

Em 1967, as prescrições da novel Constituição inseriram órgão dentro do Judiciário. Essa medida fomentou a obtenção da autonomia e independência do *Parquet*, dissociando-o do Poder Executivo, além de assemelhar os membros da Instituição aos magistrados. No aspecto estrutural, mencionou a existência de dois ramos, quais sejam, o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados.

Em 1969, houve nova ruptura com os ideais democráticos que vigoravam no país. Os militares assumiram o governo e mantiveram um regime totalitário, determinando o retorno do órgão aos domínios do Poder Executivo, embora tenham mantido, segundo Carlos Roberto de Castro Jatahy[5], a autonomia de organização e a carreira em consonância com os preceitos da ordenação anterior.

Com arrimo na Emenda nº. 1/69, foi publicado o Código de Processo Civil de 1973, sendo o Ministério Público consolidado, dentro das prescrições processuais, nas funções de autor (órgão agente) e fiscal da lei (órgão interveniente), permanecendo com esse *status* até os tempos hodiernos.

Também foi durante a Ditadura Militar que aconteceu a edição da LC nº. 40, de 14 de dezembro de 1981, tornando-se o primeiro enunciado legal a ordenar, em níveis nacionais, os Ministérios Públicos estaduais. Essa lei lançou os alicerces gerais da Instituição em todo o país, criando colegiados internos e dispensando tratamento orgânico a todos os órgãos ministeriais compreendidos em esferas estaduais.

[5]Ibidem, p. 21.

4 A reinvenção da democracia brasileira

As atrocidades cometidas pelos militares durante sua estada no poder fomentaram no povo um desejo de reassumir os desígnios do país, por meio da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Em 1984, com o escopo de gerar um novo e legítimo ordenamento jurídico à nação, uma Comissão de Notáveis formulou o "Anteprojeto Afonso Arinos", enviando-o à chefia do governo.

Nesse ínterim, vários segmentos da sociedade iniciaram uma discussão sobre suas atribuições numa nova conjuntura constitucional. Os membros do *Parquet*, não se furtando a integrar os movimentos por mudanças, realizaram o VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de São Paulo, no ano de 1985, que objetivava elaborar propostas capazes de orientar a reforma porvindoura sobre a situação do órgão na Constituição.

Durante o encontro, a classe ratificou a necessidade de incorporar uma vertente social bem definida, revertendo, através de suas ações, benefícios para a coletividade, consoante os preceitos do Estado Democrático de Direitos. Todavia, o órgão deveria possuir "estrutura e princípios definidos "[6], liberando-o da excessiva subserviência ao Poder Executivo.

Esse entendimento foi corroborado no I Encontro Nacional dos Procuradores e Promotores de Justiça, ocorrido em meados de 1986, ratificando-se o pendor social do Ministério Público, no sentido de firmá-lo como "defensor do povo". O consenso obtido nesse evento foi reduzido a um documento conhecido como "Carta de Curitiba", responsável pelo balizamento da Constituinte no que concernia ao órgão.

Os passos subsequentes tiveram início em 1987, segundo excelente dicção de Carlos Roberto de Castro Jatahy[7], quando historia os acontecimentos predecessores à publicação da Magna Carta de 1988. Senão, vejamos:

> Os trabalhos relativos ao Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte iniciaram-se em 1987, na Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. O relator da matéria foi o constituinte Plínio Arruda Sampaio, que, em seu trabalho, assentou os princípios e garantias essenciais à nova vocação social da

[6]JATAHY, op. cit., p.24. Nota 3.

[7]Idem. Ibidem, p.25.

> Instituição, nos termos da Carta de Curitiba. A seguir, o texto foi encaminhado à Comissão de Organização dos Poderes, que reduziu os avanços sociais. Entretanto, na Comissão de Sistematização, o relator da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, consolidou, em linhas gerais, as teses ministeriais, apresentando texto favorável ao Ministério Público. Forças retrógradas aos avanços sociais idealizados, conhecidas na época como "Centrão", inviabilizaram o texto elaborado pela Relatoria, aprovando substitutivo que não continha as modificações necessárias à consolidação do Parquet como defensor da sociedade. Finalmente, em acirrada sessão realizada em 12 de abril de 1988, foram aprovados inúmeros destaques ao texto então prevalente, consolidando-se, em definitivo, o novo perfil constitucional do Ministério Público Brasileiro.

Portanto, a promulgação da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o surgimento da Lei Complementar nº. 75/93 e da Lei nº. 8.625/93 formalizaram o perfil institucional consolidado atualmente no mundo jurídico-político brasileiro. Contudo, abordaremos, neste trabalho, face à sua especificidade, apenas alguns dos preceitos primordiais, com ênfase especial na autonomia, epicentro axiológico desta obra.

5 A autonomia e os princípios expressos no art. 127, § 1º, de cf/1988

Por motivos de natureza didática e exegética, é indispensável conceituar os enunciados basilares da atuação do *Parquet* brasileiro, quais sejam: *unidade, indivisibilidade e independência funcional.*

A *unidade* informa a existência de um só corpo, diante de uma chefia exclusiva. Esse entendimento, todavia, aplica-se a cada ramo do Ministério Público, em dissociado, uma vez que não é possível a ocorrência de uma única direção para todas as classes ministeriais, tendo em vista as próprias disposições constitucionais e infraconstitucionais, escritas nos diplomas reguladores deste órgão.

A *indivisibilidade* significa a viabilidade absoluta de substituição de uns integrantes por outros, desde que sejam todos membros do mesmo ramo da Instituição, além de obedecidos os critérios legais. Assim, não poderia, *verbi gratia*, um Procurador do Trabalho fazer as vezes de Promotor de Justiça Estadual, por se verificar que essas duas figuras não comungam da mesma subdivisão organizacional. Assim, influi-se deste exemplo a limitação de aplicabilidade da unidade e indivisibilidade entre carreiras distintas do órgão, sendo esses pre-

ceitos, porém, amplamente empregados no interior de cada subdivisão do Ministério Público.

Respeitante a *independência*, contudo, entendermos que, apesar de princípio institucional, o impacto de seus prescritivos é maior na esfera humana do órgão, tendo em vista sua projeção externa nas atribuições do mesmo, pois dotou seus agentes com tanta liberdade, em relação aos desígnios assumidos durante o perfazimento de suas atribuições, que não estão eles adstritos a nenhum tipo de hierarquia, a não ser aquela relativa ao Procurador-Geral e, ainda assim, *em casos específicos, como nas designações legais, na disciplina funcional ou na solução de conflitos de atribuições*[8].

Entretanto, não se deve confundir independência com autonomia, por se verificar que esses substantivos não exprimem significação idêntica. Neste sentido, tornar-se pungente a necessidade de reproduzir as lições de Hely Lopes Meirelles[9] no parecer emitido em *Justicia* nº. 123/185. Examinemos:

> Independência e autonomia, do ponto de vista jurídico-administrativo, são conceitos diversos e com efeitos diferentes. A independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a outro órgão, agente ou Poder. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (Promotores, Procuradores), há independência de atuação e não apenas "autonomia funcional". Os membros do Ministério Público quando desempenham as suas atribuições institucionais não estão sujeitos a qualquer subordinação hierárquica ou supervisão orgânica do Estado a que pertencem. Seus atos funcionais só se submetem ao controle do Poder Judiciário, quando praticados com excesso ou abuso de poder, lesivo de direito individual ou infringente das normas legais que regem a sua conduta. Essa submissão ao controle judicial não descaracteriza a sua independência funcional, pois tem sede constitucional no mandamento universal do artigo 153, § 4º, da Lei Maior (EC nº. 1/1969) abrangente de toda conduta humana abusiva ou ilegal.

Sem embargos das palavras do autor supracitado, gostaríamos de completar a noção de autonomia, acrescentando que esta dirime as feições orgânicas do órgão, atribuindo-lhe capacidade de autogestão e decidindo, em tese, seus destinos estruturais, na esfera funcional, administrativa e financeira.

[8]MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva , 2007. p. 71.
[9]MEIRELLES, 1985 apud GARCIAGARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Essa afirmativa, contudo, não confere superpoderes à Instituição em descortino. Ao contrário: o Ministério Público está submetido a uma complexa sistemática de controle externo de suas atividades e, nem sempre, essa mitigação de sua autonomia é benéfica para a concretização das funções que a Constituição lhe confiou.

Em momento oportuno, discutiremos os excessos existentes no concernente às amarras da faculdade de se autogerir do Ministério Público, revelando que, por vezes, os resquícios de absolutismo despótico ressurgem da Idade Média e, diante do medo de uma fiscalização mais efetiva por parte da Instituição, os governantes atravancam o aparelhamento do mesmo, chegando até a garantir a dependência de alguns Procuradores-Gerais, vinculada ao bel-prazer dos governadores de estado.

5.1 Autonomia financeira

Diferentemente do que ocorre em relação aos outros campos da autonomia, não existiu expressa menção do constituinte, em relação à autonomia financeira do órgão, quando discorreu sobre o *Parquet,* mas o fez com o Poder Judiciário.

Esse fato ensejou verdade incontroversa no tangente à existência dessa prerrogativa ao Ministério Público, tendo em vista, em primeiro plano, a necessidade de submissão aos ditames da paridade entre a Magistratura e o Ministério Público.

Numa segunda análise, através do mandamento advindo do art. 127, § 3º, estende-se igual permissão ao Ministério Público, dispondo sobre a possibilidade efetiva de elaboração de *sua proposta orçamentária*, *dentro dos limites estabelecidos* na *lei de diretrizes orçamentárias.* Não havendo dúvidas sobre a existência da autonomia financeira, convém-nos defini-la, colacionando, mais uma vez, basilar ensinamento de Hely Lopes Meirelles[10], no sentido de estabelecer que a "*autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação*".

[10]MEIRELLES, 1985 apud MAZZILLI, 2007.

5.2 Autonomia administrativa

Neste prisma, é permitido ao Ministério Público realizar atos com vistas a administrar seus quadros de pessoal, a saber, a determinação da oportunidade e da conveniência da realização de concurso público para provimento de vagas, exoneração, aposentadoria, disponibilidade etc.

Já, aqui, vislumbramos as primeiras possibilidades de interferência externa. Como é cediço, no ordenamento jurídico vigente existem os conselhos de controle e, no âmbito ministerial, não ocorre de maneira diversa. O Conselho Superior do Ministério Público tem poder para rever atos de caráter administrativo, segundo se influi da dicção de Carlos Roberto Jatahy[11], ao comentar o alcance desse colegiado na estrutura do Ministério Público Brasileiro.

O referido autor, analisando o rol de atribuições insculpidos no art. 130-A, § 2º, da Carta da República, ratifica a autorização concedida ao CNMP para analisar, através de iniciativa própria ou motivado por provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados em qualquer dos ramos do Ministério Público brasileiro, possuindo até poder para desconstituí-los ou revê-los.

Há, dentro do conjunto de atribuições do conselho ora examinado, a aceitabilidade da prática de atos censórios, além de poderes cognitivos, no tocante às reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público, sem prejuízo da atividade correcional institucional. Existe, ainda, o permissivo legal de avocar processos disciplinares em curso, determinando remoção, disponibilidade ou aposentadoria, com proventos proporcionais, incluindo-se aqui os processos disciplinares de membros do Ministério Público, julgados há menos de um ano, bem como outras sanções administrativas, assegurada sempre a ampla defesa.

Percebe-se, desta feita, a enormidade das faculdades conferidas ao CNMP, tendo este um nível de ingerência tão grande sobre os ramos do Ministério Público que, em algumas situações, chega a macular a autonomia constitucional possuída pelo órgão. Não é razoável afirmar, diante de tudo o que foi exposto, que existe uma versão distorcida do sistema constitucional de freios e contrapesos?

A resposta para essa pergunta é afirmativa, uma vez que, à exceção do Poder Judiciário, nenhum dos outros órgãos indispensáveis ao bom funcionamento do aparelhamento estatal é tão fiscalizado. Será isto mera coincidência ou

[11]JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 467.

resquícios de épocas longínquas, quando a voz do governante era a lei regente do estado?

Infelizmente, o Poder Executivo procura manter, ainda que de maneira indireta, sob o pretexto de obediência aos preceitos constitucionais das "*checks and balances*", algumas pequenas, mas significativas, ingerências nas questões atinentes ao Ministério Público, que se situam no campo da capacidade de auto-gestão funcional do *Parquet*.

5.3 Autonomia funcional

Essa face da autonomia, prevista no art. 3º da Lei nº. 8.625/1993, indica que a Instituição está isenta de pressões externas, no exercício de sua atividade finalística. Assim, tem o agente político, investido do múnus ministerial, o direito de filiar-se a qualquer tipo de posicionamento não defeso pelas prescrições normativas e agir perante quaisquer sujeitos, órgãos ou instituições, de caráter público ou privado, toda vez que esse tipo de atitude for imprescindível.

Vale ratificar aqui a diferença de autonomia e independência funcional: esta está conectada com a liberdade característica dos integrantes do Ministério Público, existente, inclusive, diante da administração superior do órgão; e aquela, por seu turno, é respeitante à incontestável desvinculação desta Instituição, quando desempenha suas atividades típicas, com qualquer outra existente no poder público, embora todos estejam submetidos à soberania estatal.

Explicitados exaustivamente os contornos da definição de autonomia, é oportuno discorrer sobre outra faculdade, pertencente ao chefe da Administração Federal, de escolher dentre os integrantes de carreira, com mais de 35 anos, o Procurador-Geral da República, cujo nome será submetido ao Senado Federal, devendo este aprovar a indicação por maioria absoluta. Vale salientar, também, a inexistência de limitação à recondução, podendo ocorrer diversas vezes, segundo o próprio texto da Carta Cidadã[12].

Na esfera estadual, as coisas não são muito diferentes. O Governador indicará o Procurador-Geral de Justiça, dentre os componentes de uma lista tríplice,

[12]Art. 128, §1º. O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, permitida a recondução precedida de nova decisão do Senado Federal.

formada pelos três integrantes mais votados pela classe, em eleição secreta. A Constituição[13] delega à legislação específica a tarefa de pormenorizar essa matéria.

Necessário dizer que, em se tratando de composição do Conselho Superior do Ministério Público, o PGR é membro nato, cabendo-lhe a presidência do respectivo colegiado. Infelizmente, é forçoso admitir que o Presidente da República acaba por possuir ingerência também no CNMP.

Sem nenhum demérito da Norma Suprema de nossa ordenação legal, não é possível vislumbrar a benesse dessa determinação para a coletividade. Ao inverso: como a escolha, tanto no âmbito federal quando no estadual, é discricionária do Chefe do Executivo, não se pode garantir que essa liberalidade na escolha impedirá a geração de conchavos políticos. De um lado, estão as vaidades pessoais daqueles pleiteadores da ostentação de ocupar o posto máximo de uma carreira. É cediço, no correr de toda de nossa evolução histórica, a índole ambiciosa dos seres humanos, capazes de ceifar vidas para conquistarem suas aspirações.

Doutra banda, estará o governador do estado, possuindo, na direção dos fiscais da lei, verdadeiro aliado. E, na feira das vaidades, estará em jogo a possibilidade de recondução, se o Procurador-Geral escolhido não contrariar nenhum interesse do dirigente da Administração que poderá reconduzi-lo, uma vez mais, ao ápice da carreira ministerial.

Desventuradamente, porém, as implicações não permanecerão apenas no âmago subjetivo dos envolvidos na questão. Os PGJs não funcionam apenas no prisma administrativo dos Ministérios Públicos que dirigem. Atuam, como os demais membros do *Parquet,* em órgãos de execução, segundo prescritivo do art. 29 da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

O inciso VIII do aludido dispositivo determina o exercício das atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação.

O art. 129, II e III, da CF/88 atribui ao Ministério Público a incumbência de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas

[13] § 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

necessárias a sua garantia, encarregando-lhe também da promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como garantir a isenção de ânimo necessária, por parte dos Procuradores-Gerais, quando necessitarem atuar nas situações acima elencadas, ou seja, quando a autoridade questionada for o Governador que, tanto os conduziram ao cargo ocupado quanto podem, se assim desejarem, repetir a mesma decisão? Isso não garantiria, em tese, certa inércia do órgão ministerial? Esse tipo de discricionariedade fere, a nosso sentir, os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, a moralidade e a impessoalidade.

Ora, se no sistema processual vigente, a configuração de vício, quanto à parcialidade do prolator, enseja a possibilidade de anulação da decisão, na esfera governamental, também não seria adequado avançar e munir o sistema de determinações mitigadoras de práticas politiqueiras, em que os únicos lesados, por um Ministério Público inerte e conivente, seria a sociedade?

Desta forma, encerramos as considerações acerca da autonomia funcional do *Parquet* brasileiro, na expectativa de assistirmos, em tempos futuros e não muito distantes, aos avanços ainda maiores do que os atualmente presenciados, com a esperança de vivenciarmos normas de controle absolutamente isentas de qualquer influência contrária ao Estado Democrático de Direitos e, em última instância, fulcradas nos mais lídimos e justos critérios de limitação e fiscalização de poder.

E necessário pontuar, por fim, que o fato de o atual estágio de amadurecimento da democracia brasileira não suportar mais mitigações grosseiras como a escolha do Procurador-Geral por parte do Governador pode se afigurar.

Uma Instituição que sofreu todos os reveses de uma democracia como a brasileira, já possui amadurecimento suficiente para escolher, por meio de seus próprios membros, sua chefia maior, sem nenhum tipo de influência diversa dos promotores de justiça, legitimando-se o apontado pela categoria como seu líder por um determinado interregno temporal.

6 Considerações finais

Verificamos, portanto, a impossibilidade de se conceder ao chefe do Executivo a indicação da direção maior dos órgãos ministeriais. Deste modo, esse precedente cria uma abertura perigosa entre as vontades das autoridades de

gestão governamental e o Ministério Público, porquanto submete a instituição ao bel alvedrio das intempéries políticas próprias da nossa nação.

Ademais, a natureza *sui generis* do *Parquet*, somada às suas atribuições fiscalizatórias como defensor maior da ordem jurídica, são incompatíveis com ingerências politiqueiras, comprometendo, em última instância, a atuação do órgão junto à sociedade.

O guardião da democracia deveria ser a expressão mais lídima da boa aplicação desta. Qual o empecilho para que a escolha do Procurador-Geral da República ou dos Procuradores-Gerais dos Estados ou do Distrito Federal se dê pela própria categoria, entre os candidatos ostentadores dos requisitos exigidos para concorrerem em pleito?

Doutra banda, o Executivo já cumpre os preceitos do sistema de freios e contrapesos, preconizados pelo texto constitucional, quando possui o poder de consolidar as proposta orçamentárias, restringido os valores em desconformidade com os ditames normativos.

O próprio legislador que o concebeu adotou as *check and balances* para coibir práticas espúrias e as manifestações exacerbadas de poder. As circunstâncias que se encontram em consonância com os regramentos normativos prescindem da necessidade de controle externo, competência deferida, a propósito, ao Conselho Nacional do Ministério Público, não demonstrando, desta forma, a pretensão de tornar a Instituição um órgão com "superpoderes".

De toda sorte, a continuidade deste paradigma demonstra similitudes com as transgressões do passado, quando o governante tinha discricionariedade para decidir quase todas as questões concernentes à administração do Estado, colocando na direção das outros centros de competência estatal indivíduos incapazes de contrariar quaisquer de seus interesses, além de retaliar severamente aqueles que o fizessem.

Por todo o exposto, filiamo-nos às vozes defensoras da escolha da chefia do *Parquet* por seus próprios membros, obedecendo à mais límpida vertente da democracia, para entregar às futuras gerações um país desenvolvido através de práticas probas e responsáveis, longe da politicagem que tanto retardou o crescimento efetivo da nação brasileira.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***.** 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/contitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2012.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm.> Acesso em: 1 jan. 2012.

_____. *Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm.> Acesso em: 1 jan. 2012.

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

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o Estado democrático de direito*: perspectivas constitucionais de atuação funcional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lúmen
Júris, 2009.

LIMA, Ana Maria Borguignon. *A formação histórica do Ministério Público*: origens do Ministério Público na França, em Portugal e no Brasil. 04 abril 07. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/Ampem/Artigos2007/ARTIGO%20SOBRE%20MP.pdf.> Acesso em: 1 jan. 2012.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira. *Regras de metodologia científica para produção de trabalhos acadêmicos***.** João Pessoa: UNIPÊ, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4867.> Acesso em: 1 jan. 2012.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS PODERES PERSECUTÓRIOS DIRETOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ESTUDO ACERCA DE SUA ADMISSIBILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pollyana Souza Oliveira
Bacharela em Direito

Lenilma Cristina Sena de F. Meirelles
Professora Assistente de Direito da UFPB

Resumo

O presente trabalho procura analisar a problemática existente em torno do exercício, direto e pessoal, de poderes investigatórios pré-processuais criminais pelo Ministério Público, à luz da Constituição Federal. Com tal escopo, é que, inicialmente, fez-se necessário o exame do conteúdo de algumas decisões judiciais que surgiram frente à eclosão, no cenário político nacional, de uma série de escândalos envolvendo autoridades vultosas do governo federal e banqueiros do mercado financeiro. Nesse contexto, inicialmente serviu de análise a decisão judicial paradigmática - verdadeiro *hard case* - que consistiu, a princípio, em autorização ao Ministério Público Federal para cumprir diretamente diligências determinadas nas residências dos envolvidos nos referidos escândalos e que terminou com a impetração de Mandado de Segurança nº 99.02.27559-1, perante o Tribunal Regional Federal da 2º Região, cuja denegação ocorreu por unanimidade. Após tal fato, a questão tornou-se alvo de calorosas discussões em seios jurisprudencial e doutrinário, motivando o surgimento de um paralelismo de entendimentos. De um lado, juristas defendem a inexistência de amparo constitucional da função persecutória preliminar do órgão ministerial, como que a existir verdadeiro monopólio da iniciativa investigatória por parte da polícia de atribuição judiciária; de outro lado, posiciona-se majoritariamente a doutrina, sob o amparo direto do Superior Tribunal de Justiça que, rumando à pacificação da dissensão em nível infraconstitucional, editou a Súmula nº 234, refutando a tese do prejuízo à imparcialidade - sustentada pelos oposicionistas - que as referidas investigações diretas poderiam provocar. A discussão, ressalte-se, permanece acalorada no âmbito constitucional. No confronto dos argumentos expostos, questiona-se: a persecução penal, em um Estado que se proclama democrático de direito e propugnador da teoria do garantismo penal, é atribuição exclusiva da polícia civil? Se empreendesse, de per se, ditas diligências, estaria o

Parquet exorbitando de suas funções constitucionais, transgredindo direitos e garantias fundamentais? Haveria, de fato, efetivo cumprimento da ordem jurídica e da noção de processo penal justo se a polícia investigasse seus pares – que, infelizmente, não raro estão envolvidos em delitos dos mais repugnantes? Interessa à sociedade um Ministério Público tolhido de suas garantias constitucionais e despido de poderes investigatórios – e, assim, inapto à defesa dos direitos que lhes são confiados? Respostas a tais indagações são oferecidas com fundamento na Constituição Federal, de forma a demonstrar que a investigação direta a cargo do *Parquet* coaduna-se com o imperativo de manutenção e fortalecimento da democracia, firmando o sistema acusatório e contribuindo para a repressão da criminalidade.
Palavras-chave: Investigação criminal direta. Ministério Público. Amparo constitucional. Democracia. Sistema acusatório. Processo justo.

Abstract

The present study aims to analyze the current problematic concerning the direct and personal exercise of criminal pre-procedural investigative powers by the Public Ministry, based on the Federal Constitution. With this scope, initially, it is necessary the content examination of some judicial decisions, which had emerged when, in the national political field, there were many scandals involving important authorities from the federal govern and financial bankers. In this context, firstly, the paradigmatic judicial decision was analyzed, legally authorized by the Federal Public Ministry to directly fulfill the required diligences in the residences of those involved in these scandals, what caused the impetration of the Security Warrant n. 99.02.27559-1 before the Federal Regional Tribunal of the 2sd Region, which denegation occurred by unanimity. After this fact, the question became a target of warming discussions within the doctrinal and jurisprudential fields, motivating the appearance of a parallelism of understandings. From one side, jurists advocate the inexistence of constitutional support for the preliminary persecutory function of the ministerial organ, as well as true monopoly of the investigative initiative by the police of judicial attribution; on the other hand, the doctrine is mainly positioned under direct support of the Superior Court of Justice, that, pacifying the dissention in an infra-constitutional level, edited the Gist n. 234, refuting the thesis of the damage to impartiality – supported by the oppositionists - that the direct investigations may provoke. The discussion remains

warm in the constitutional field. In confront with the exposed arguments, it is questioned: Is the penal persecution, in a State which claims to be democratic and proponent of the penal guarantee theory, exclusively a civil police's attribution? If it undertake, from *per se*, such diligences, would the *Parquet* be exceeding its constitutionals functions, violating fundamental guarantees and rights? In fact, would be possible the effective fulfillment of the juridical order and of the notion of fair penal process if the police investigate its fellows – that, unfortunately, are often involved in repugnant faults? Is interesting to the society a Public Ministry disabled of its constitutional guarantees and investigative powers – and, therefore, inapt to defend the rights that are its responsibilities? Answers to these questions are offered based on the Federal Constitution, demonstrating that the direct investigation by the *Parquet* is related to the imperative of maintenance and strengthening of the democracy, firming the accusatory system and contributing to repress the criminality.
Keywords: Direct criminal investigation. Public Ministry. Constitutional Support. Democracy. "Accusatory System". Fair Process.

1 Introdução

A deflagração da discussão a respeito dos poderes persecutórios diretos do Ministério Público deu-se com os escândalos envolvendo os bancos *Marka* e *FonteCindam,* aos fins da década de 1990. Importante ressaltar, todavia, que somente a *discussão* acerca da investigação criminal direta veio a lume a partir de então: desde há muito, o *Parquet* empreende, direta e pessoalmente, ditas investigações. (Conforme será delineado nas linhas que se seguem, mesmo na década de 1970, em um momento de patente repressão e limitação das funções institucionais, o órgão ministerial já exercia sua função persecutória preliminar direta), mas somente com seu envolvimento nas mencionadas instituições financeiras – vultosas, que seja frisado – é que a doutrina e jurisprudência pátrias passaram a discutir a constitucionalidade da medida.

Enquanto órgão de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deve a atuação criminal do *Parquet* limitar-se à persecução *in judicio*? Sendo destinatário do inquérito policial – que, não se olvide, é peça dispensável diante de informações por outros meios reunidas –, limitado estaria o órgão ministerial

à sua análise, sem que lhe fosse concedido o poder de determinar as diligências imprescindíveis para o deslinde dos contornos do delito praticado? Indo além: O direito à honra e à imagem das pessoas tem contornos absolutos, de maneira a impedir a atuação ministerial tendente a mitigá-los em prol da apuração criminosa? Ao que parece, responder afirmativamente a essas questões conduz à conclusão de que se estaria permitindo aos indivíduos a incursão em empreitadas criminosas, das mais atrozes e vergonhosas, sob o escudo protetor dos direitos e garantias fundamentais previstos no Estatuo Maior e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

A persecução penal pré-processual, em um Estado que se proclama Democrático de Direito e propugnador da Teoria do Garantismo Penal, é atribuição exclusiva da polícia de atividade judiciária? Haveria, de fato, efetivo cumprimento da ordem jurídica e da noção de processo penal justo se a polícia investigasse seus pares – que, infelizmente, não raro estão envolvidos em delitos dos mais repugnantes? Interessa à sociedade um Ministério Público tolhido de suas garantias constitucionais e despido de poderes investigatórios – e, assim, inapto à defesa dos direitos que lhes são confiados?

A fim de que seja respeitada a supremacia da Constituição Federal, partir-se-á de sua análise para, enfim, se chegar à persecução penal exercida, diretamente, pelo *Parquet*, mostrando que há limites, mas não proibição. Tais limites se encontram no bojo do texto da Carta Maior, e seu desrespeito caracteriza violação direta e frontal aos valores escolhidos pela sociedade, no exercício do Poder Constituinte, como dignos de conduzirem a vida política. Da mesma maneira, como será analisado, negar força normativa à dita Lei Máxima – e, por conseguinte, aos poderes persecutórios diretos do MP, extraídos de forma patente de seus dispositivos – é torná-la letra morta, abalando diametralmente a certeza de sua inviolabilidade e esboroando sua força normativa.

Na tentativa de bem deslindar a temática ora apresentada, passa-se à investigação dos princípios e das funções constitucionais do Ministério Público Brasileiro – sem que seja olvidado o delineamento dos antecedentes históricos que confirmam os poderes ministeriais, bem como a análise do tema no Direito Estrangeiro – para que se possa, seguramente, analisar a força normativa de suas atribuições e a corresponde necessidade de seu respeito e concretização na seara criminal.

2 Histórico: deflagração da discussão acerca da investigação criminal direta pelo Ministério Público

Os acontecimentos do cenário político do ano de 1999, envolvendo os bancos *Mark*a e *FonteCindam* – possíveis beneficiários de informações privilegiadas acerca da desvalorização do real em relação ao dólar, além de destinatários de um socorro financeiro perpetrado pelo Banco Central avaliado em 1,5 bilhão de reais – reacenderam a polêmica acerca da constitucionalidade da investigação criminal pré-processual empreendida direta e pessoalmente pelo Ministério Público.

Com efeito, as fundadas suspeitas autorizaram a determinação, pelo Juízo Federal da 6ª Vara do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, da medida de busca e apreensão, com a presença do Ministério Público Federal, nas sedes das ditas instituições bancárias e nas residências de seus dirigentes, levantando dúvidas acerca da legalidade da medida e da legitimidade da atuação do *Parquet* Federal.

À época, o então Ministro da Justiça, posicionando-se contra a atuação do MP, sustentou a sua inconstitucionalidade, porquanto a Carta Maior teria atribuído à polícia, em caráter de monopólio, a função de empreendedora das investigações criminais - somente sendo lícita ao órgão ministerial a condução de inquéritos civis. Em verdade, o parecer do eminente Ministro coadunava-se com o entendimento da Colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 205.473-9 – AL (rel. Sr. Min. Carlos Velloso), por unanimidade, havia propugnado tese contrária à investigação ministerial direta[1].

Diante da controvérsia e em razão do vulto das autoridades envolvidas nos escândalos de 1999, as atribuições investigatórias preliminares do Ministério Público passaram a ser alvo de calorosas discussões. Recentemente, todavia, o Supremo Tribunal Federal parece ter iniciado o caminho rumo à aceitação – e

[1]CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - RE não conhecido. (STF. Recurso Extraordinário nº 205.473/ AL. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU de 19.01.1999)

recomendação, em determinadas circunstâncias – da investigação *sponso próprio* pelo órgão ministerial.

Em verdade, há muito o Ministério Público investiga diretamente casos sem maiores repercussões. Somente, todavia, quando autoridades do sistema financeiro nacional estiveram envolvidas, é que veio à baila a referida discussão. Nessa senda, mister faz-se o esboço, em breves linhas, do famigerado *Caso Fleury.*

O país, ao tempo da década de 1970, experimentava a lamentável ditadura militar. É cediço que ditadura e Ministério Público são conceitos excludentes entre si: regimes autoritários repelem a presença do *Parquet* que, enquanto defensor dos direitos individuais e coletivos, se tornaria seu principal adversário.

Assim é que o dito regime jugulava a independência necessária a uma atuação eficiente do órgão ministerial face às arbitrariedades cometidas contra os direitos civis e políticos da sociedade de então. O caso do Delegado de Polícia Sérgio Fernando Paranhos Fleury é típico da falta de autonomia do Ministério Público da época.

Homem forte no sistema de segurança do estado de São Paulo, Sérgio Fleury liderava o famigerado "Esquadrão da Morte", grupo de extermínio ligado ao tráfico ilícito de entorpecentes e à execução sumária daqueles que se afastavam da confraria.

Diante dos escândalos internacionais gerados pelos crimes cometidos pelo indigitado grupo, a inolvidável e corajosa figurada do Procurador de Justiça Hélio Pereira Bicudo resolveu exigir uma postura do Secretário de Segurança Pública de então, o Des. Hely Lopes Meireles – não obstante o fizesse sem o apoio dos demais membros do *Parquet*, que, pressionados, não viam alternativa além de silenciar diante das atrocidades perpetradas. Foi assim que, de forma inédita, o Ministério Público empreendeu, direta e pessoalmente, as investigações criminais sobre a atividade do grupo[2].

Assim é que se intui que o Ministério Público investiga crimes há décadas, donde se concluir que a discussão trazida a lume, no fim da década de 1990, não diz respeito a uma mobilização dos promotores e

[2]RANGEL, Paulo. *Investigação direta pelo Ministério Público*: visão crítica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 209. p.128.

procuradores para o aumento de seus poderes, mas, tão somente, para a sua manutenção.

A fim de que seja firmada uma correta interpretação acerca do posicionamento que o órgão ministerial deve assumir perante a persecução criminal pré-processual, tratar-se-á, nas linhas que se seguem, de tecer, ainda que brevemente, considerações acerca da tendência internacional contemporânea de incremento da participação da dita Instituição na condução das investigações criminais.

3 Análise do direito comparado: reflexões a partir da Espanha e da Itália

A eficácia do inquérito policial, a adequação das investigações levadas a cabo pelo juizado de instrução[3] e a persecução penal pré-processual realizada *sponso proprio* pelo Ministério Público consubstanciam efervescentes debates jurídicos e políticos em nível mundial.

Com a progressiva prevalência do sistema acusatório, a inadmitir a participação ativa do magistrado na apuração dos fatos, a figura do juiz inquisidor vem sendo jugulada em sua forma pura. Nos países em que esta ainda é adotada, o que se percebe é uma moderna divisão de funções entre o juiz da instrução - *id. est*, o condutor das investigações preliminares, que passa a assumir uma posição patentemente garantista dos direitos do indiciado - e o juiz responsável pelo efetivo julgamento da contenda criminal. Ainda que não pareça haver, com tal sistemática, a necessária imparcialidade do Judiciário - visto que este se imiscui na função de investigador, a qual deveria ser entregue a um órgão independente e desvinculado da função jurisdicional que, como é cediço, deve limitar-se à

[3]O instituto é definido por Adilson Nassaro como "o instrumento destinado à apuração das infrações penais sob presidência de um juiz, o chamado 'juiz instrutor' ou 'juiz de instrução', responsável por colher todos os elementos probatórios para a instrução penal, permanecendo para a polícia as exclusivas funções de prevenção, de repressão imediata e de investigação. Um outro juiz presidiria o julgamento, na falta de saída processualmente viável para a imediata solução do litígio [...] No vislumbrado sistema do juizado de instrução, a denominada "polícia judiciária" não exerce atividade cartorária, dedicando-se especificamente à atividade investigativa e, portanto, com maior possibilidade de êxito, para a efetividade dos trabalhos da Justiça Criminal. Por outro lado, o órgão policial que exerce atividade preventiva restabelece a ordem pública turbada pela prática do delito e conduz as partes envolvidas, além das provas disponíveis, diretamente à autoridade judiciária, sem intermediários, possibilitando uma resposta rápida da Justiça Criminal" NASSARO, Adilson Luís Franco. *Considerações sobre juizado de instrução criminal*. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/9523/consideracoes-sobre-juizado-de-instrucao-criminal. Acesso em: 24 fev. 2011.
Dito sistema investigatório permanece sendo adotado em alguns ordenamentos jurídicos europeus.

aplicação do direito ao caso concreto - é incontrastável o avanço rumo à adequada e almejada divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, divisão esta que satisfaz à incansável busca pelo efetivo processo penal justo. O que se percebe, em verdade, é que quanto maior a tendência democrática do Estado constitucional, maior o espectro de atuação criminal do órgão ministerial - e, consequentemente, menor a atribuição investigatória do juiz instrutor, que passa a assumir funções patentemente garantistas.

Assim é que a tendência, no continente europeu, é a de adoção de um modelo investigatório a cargo do MP, com o escopo de se obter a eficácia necessária à repressão da alta criminalidade, bem como de se garantir, de modo (tanto quanto possível) incorruptível o respeito aos direitos humanos.

Com efeito, na Espanha, o Ministério Público - denominado *Ministerio Fiscal* - passa a ser alvo de discussões doutrinárias no sentido de sua investidura na condução das investigações. Todavia, atualmente, o que se percebe é que as ditas investigações prévias são levadas a cabo por um juiz de instrução auxiliado pela polícia judicial[4].

Em verdade, a polícia, nos termos do art. 238 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*[5], é auxiliar dos juízes e tribunais competentes em matéria penal e do Ministério Público, sendo obrigada a seguir as instruções que recebam daquelas autoridades em relação à investigação dos delitos e à perseguição dos delinquentes.

Percebe-se que há patente entrosamento entre os juízes, a polícia e o Ministério Público. Mas a materialização do sistema acusatório exige que se vá além; assumindo o *Ministerio Fiscal* a condução das investigações, afastar-se-ia o Judiciário dessa fase preliminar, garantindo, pois, sua imparcialidade, pressuposto mais elementar do indigitado sistema.

Na Itália, de outro lado, e em muito maior consonância com o Estado Democrático de Direito e respeitador dos direitos e garantias fundamentais - e, assim, assumindo de maneira ainda mais relevante e irretocável a função de modelo a ser concretizado no Brasil - o Ministério Público exerce a

[4]BARBOSA, Márcio Coutinho. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Disponível em: http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-ministerio-publico-e-a-investigacao-criminal-1083247.html. Acesso em: 14 jan. 2011.

[5]"Artículo 283.*Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes"*

função de dirigente e coordenador das investigações criminais, delimitando todos os atos materiais que devem ser executados pela polícia, a fim de que sejam delineadas todas as circunstâncias e características da infração penal.

Assim é que, tendo a polícia notícia da prática criminosa, deve, no prazo de 48 horas, comunicar ao órgão ministerial todas as informações reunidas até aquele momento. A partir de então, inicia-se uma fase investigatória canalizada em absoluto pela dita Instituição Democrática que, conforme sublinhado, pode utilizar-se dos agentes policiais para assegurar as fontes de prova e a identificação das pessoas objetos da perquirição.

É certo que ainda existe, no processo penal italiano, a figura do juiz das investigações preliminares. Não se pode negar, todavia, que se ao magistrado é incumbida a função de garantidor dos direitos fundamentais do imputado e da vítima, claro está que prejuízo não há à estrutura acusatória: em verdade, o supramencionado juiz somente atuará para decidir alguma medida cautelar requerida no curso da "*indagini preliminari*" que, frise-se, fica a cargo do Ministério Público.

Enquanto fiscal da lei, não cabe somente à Instituição a produção de provas incriminadoras do réu. Deve, ao contrário, atuar em busca da verdade processual, colhendo, se for o caso, informações favoráveis ao réu, visto que "antes de ser autora da ação penal, no sistema acusatório, entre nós adotado no Brasil, é ela defensora da ordem jurídica"[6]. Com maestria, sintetiza Aury Lopes Jr[7].:

> O CPPI [Código de Processo Penal Italiano] pretendeu extinguir os rasgos inquisitivos da fase preliminar, abandonando a figura do juiz de instrução para substituí-la por uma investigação preliminar a cargo do Ministério Publico, chamada de i*ndagini preliminari*. A definição legal vem dada pelo art. 326 do CPPI, como sendo *as investigações e averiguações necessárias para a exercício da ação penal, desenvolvidas pelo Ministério Publico e a Policia Judicial, no âmbito de suas respectivas atribuições*. É importante destacar o conteúdo do art. 358, determinado que o Ministério Publico efetue investigações sobre os fatos e

[6]RANGEL, op. cit., p. 144. Nota 2.

[7]LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal***.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 221.

> circunstâncias que também possam ser favoráveis à pessoa submetida à *indagine preliminare*.

Urge ainda frisar, como característica que rutila no processo penal italiano, a atribuição ao *Parquet* de poderes para a determinação de interceptações telefônicas em caso de extrema urgência. Neste caso, somente ao fim da execução da medida é que caberá a avaliação do magistrado, incumbindo a este último tão somente a sua ratificação ou anulação. Marcelo Batlouni Mendroni[8], nesse sentido, ensina que

> Verificou-se que o tempo perdido na eventualidade de urgência, para elaboração de requerimento ao Juiz, com apresentação de suporte documental, poderia tornar inútil a medida em caso de demora. As conversas entre os criminosos acontecem muito rapidamente, e, por vezes em questão de horas, conversas importantes podem ser perdidas e deixam de ser tornar provas contundentes.

Percebe-se, pois, a tendência – mais consoante, segundo o entendimento majoritário, com o sistema acusatório brasileiro – da instituição de um Ministério Público forte e dirigente das atividades da polícia, que atua como seu subordinado.

4 Teoria do garantismo penal e funções institucionais do Ministério Público enquanto instituição garantidora dos direitos fundamentais

4.1 Poder Constituinte: força normativa da Constituição

Por meio de uma Assembleia Constituinte, eleita pelos titulares do direito natural da organização estatal, é editada a Constituição, Norma Suprema e fundamental do Estado, consubstanciadora dos mais valiosos e insuperáveis princípios adotados por uma sociedade – dentre eles, no caso brasileiro, o direito a uma persecução penal a ser realizada por um órgão distinto daquele encarregado de julgar, e a certeza de que os delitos não hão de se quedar impunes, ainda que praticados por grupos dotados de prestígio –, intangível pelas demais normas do ordenamento jurídico e habitante do vértice da pirâmide normativa Kelseniana.

A intangibilidade angariada pela rigidez constitucional impede qualquer tentativa de se subestimar a superioridade de toda e qualquer norma nela inserida,

[8]MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 157.

superioridade esta dotada do condão de sobrepor-se a quaisquer tendencialismos políticos – e, nesta seara, a quaisquer tentativas de invalidar a atuação ministerial, de raízes insofismavelmente constitucionais e, portanto, inquebrantável diante da alta criminalidade e dos desmandos governamentais[9].

Sendo a Constituição Federal de 1988 delineada à luz do Regime Democrático de Direito, resta cristalina a incontrastável relevância da instituição do Ministério Público. Ora, uma sociedade democrática de direito somente atinge seus fins se aos cidadãos for garantido o direito de serem regidos por um governo sujeito ao império do direito justo – *id. est*., aquele editado em consonância com os anseios de ordem, justiça e paz social; com liberdade e segurança para os indivíduos; responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder; igualdade material de todos e vedação da discriminação de quaisquer indivíduos ou grupos sociais, tudo com supedâneo na Norma Suprema e nos tratados e convenções internacionais de que o Estado seja parte[10]. E, como é cediço, não há justiça sem que seja atribuída a uma instituição independente de quaisquer outros Poderes, autônoma e responsável pela luta incansável rumo à materialização e respeito à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis, o poder de restabelecimento da ordem social violada. Indubitável é, pois, a função de garantia que reveste o Ministério Público no Estado que, após tantas lutas sociais contra épocas tenebrosamente ditatoriais, alcançou o *status* de democrático.

4.2 Direitos e garantias fundamentais: teoria do garantismo penal

O Estado Democrático Constitucional de Direito não tem outro escopo senão mitigar o arbítrio dos detentores de Poder Político a fim de que o objetivo para o qual foi criado, à época do Pacto Social[11], não seja deturpado: há que se garantir a paz de todos e o pleno desfrute do bem comum.

[9]RANGEL, op. cit., p. 152. Nota 2

[10]Idem. Ibidem.

[11]SIEYÉS, Emmanuel Joseph apud SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67.

Estabelecidos os direitos fundamentais[12] em uma Constituição – *in casu,* no Brasil, escrita - mister se faz a criação de meios para a garantia do gozo dos ditos direitos, revestindo-os de caráter de coercibilidade face à atuação estatal e particular.

Assim, uma vez infringida norma jurídica consagradora de direitos fundamentais categorizados como penalmente relevantes, eis que entram em cena o Direito Penal e Processual Penal que, antes de configurarem instrumentos de punição, consubstanciam garantias de restabelecimento da ordem e de um processamento justo do imputado, através da deflagração da persecução penal a ser levada a cabo pelo Ministério Público, instituição isenta de qualquer sentimento que não o de justiça.

Impende ressaltar, todavia, que, em nenhuma hipótese, a fundamentalidade dos direitos pode servir de escudo protetor da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para mitigar ou mesmo anular a responsabilização penal pelos atos criminosos. Em suma: se, de um lado, há que se impedir o despotismo dos governantes pela consagração de direitos com *status* de constitucionalidade, de outro, esses mesmos direitos não podem ser subvertidos para abrigarem a ilicitude - não raro empreendida pelas próprias autoridades governamentais. Brilhante foi a voz, nessa esteira, do Sr. Min. Rel. Pedro Acioli[13], quando da apreciação do RHC nº 2777/RJ na 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas, depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por

[12]Paulo Rangel, com maestria, define os direitos e garantias fundamentais como "aqueles que têm como escopo respeitar a dignidade da pessoa humana, protegendo-a do arbítrio estatal, criando, assim, condições necessárias para uma vida em sociedade livre de preconceitos e visando ao desenvolvimento do ser humano. Trata-se de situações jurídicas de natureza constitucional fundamentadas no princípio da soberania popular e, que, portanto, podem e devem ser exigidas do Estado através do exercício do direito subjetivo público de ação."
RANGEL, op.cit., p. 23. Nota 2.

[13]BRASIL. STJ. Recurso de Habeas Corpus nº 2777/RJ. Voto do Ministro Pedro Acioli. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=27/09/1993&num_registro=199300140353>. Acesso em: 22 dez. 2010.

> aqueles que, impensadamente, comentem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas.

Percebe-se, pois, com meridiana clareza, que não há direitos fundamentais absolutos. Estes encontram limites nos direitos de que o semelhante, por princípio de isonomia, é titular. Invocar, pois, um princípio fundamental em uma situação de violação ao direito alheio não pode configurar exercício, mas, sim, *abuso* de direito. As rodas de uma engrenagem necessitam de lubrificação para que o atrito não as destrua. Tomando-lhe a expressão, o Ministério Público exsurge como instituição necessária para a manutenção da convivência pacífica e restabelecimento da ordem quando das desinteligências ocorridas entre entes sociais – nos quais se inclui o próprio o Estado. É nesta senda que vem à baila a *teoria do garantismo penal.*

Em apertada síntese, o garantismo é um modelo político-jurídico segundo o qual deve ser minimizada a violência sem que, para tanto, seja aumentada a restrição de liberdade dos violadores da ordem penal. É, pois, um sistema de vínculos impostos ao *jus puniendi* estatal a fim de que sejam garantidos, em um processo penal justo, os direitos do imputado[14]

Oriunda de movimento nascido na Itália na década de 1960, por intermédio de juízes do grupo da Magistratura Democrática - dentre eles Luigi Ferrajoli, o grande precursor da doutrina –, a teoria do garantismo penal exsurge como represália a um momento de totalitarismo diametralmente incompatível com a mínima proteção dos direitos humanos fundamentais.

Com maestria, Douglas Fischer delineia as características da teoria geral do garantismo, considerando quatro acepções fundantes: (1) caráter vinculado do poder público ao Estado de Direito; (2) separação entre validade e vigência; (3) distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico); e (4) correspondente divergência entre justiça e validade.[15]

Assim, tem- se que o garantismo - típico de um Estado Constitucional de Direito - configura a acepção do constitucionalismo segundo a qual devem ser formuladas técnicas aptas a assegurar o máximo grau de eficácia dos direitos reconhecidos constitucionalmente.

---

[14]FERRAJOLI, Luigi apud FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)*?. Disponível em: <www.metajus.com.br/.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer.doc.> Acesso em: 4 jan. 2011.

[15]Idem. Ibidem

Nessa esteira e supedaneado por dez pilares fundamentais, o sistema garantista impõe limites vitais à manutenção da dignidade do indivíduo face à aplicação dos Direitos Penal e Processual Penal.

Com efeito, tem-se por axiomas do sistema em questão: a) *principio da sucessividade* da pena em relação ao delito cometido; b) *princípio da legalidade*, que impede a punição despida de supedâneo legal e, mais além, incompatível – ainda que em concordância com norma legal, que, *in casu*, será, indubitavelmente tida como inválida - com o sistema constitucional vigente; c) *princípio da necessidade* ou da economia do Direito Penal, sendo este tido com a *ultima ratio*; d) *princípio da lesividade ou da ofensividade* do ato; e) *princípio da materialidade*; f) *princípio da culpabilidade*, do qual exsurge, por consectário, o aforisma *in dúbio pro réu*; g) *princípio da jurisdicionalidade*; h) *princípio acusatório* ou da separação entre juiz e acusação: o mais eminente de todos os postulados, na proposta do presente trabalho e; i) *princípio d*o *contraditório*.[16]

A Constituição Federal brasileira é, como resta cristalino, *garantista* e assenta seus pilares nos princípios delineadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Sendo assim e baseando-se no conceito da teoria em comento, claro resta que todas as normas de hierarquia inferior devem ser interpretadas e aplicadas segundo os ditames da Carta Maior – e, em especial, segundo os direitos e garantias fundamentais -, invalidando-se aquelas que a contrariem e reduzindo a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade.

Nesse diapasão, urge salientar que, ao contrário do que se possa inferir de uma indiligente interpretação, o garantismo não consubstancia mecanismo de guarida da impunidade. É bem verdade que encontra supedâneo na transmudação do infrator em verdadeiro sujeito de direitos (ao contrário de outrora, quando nada mais era que objeto da atuação irracional do Estado), mas, não só: Estado garantista é aquele que maximiza os direitos de todos os indivíduos - inclusive o da sociedade como um todo, à qual deve ser garantida a prerrogativa de sentir-se *segura* diante das violações de bens penalmente tutelados.

A *segurança*, enquanto dever substancial do Estado, frise-se, não representa apenas a adoção de medidas tendentes à repressão e evitação de condutas criminosas: antes, consubstancia a devida apuração, como o respeito

[16]Idem. Ibidem.

aos direitos do investigado (ou processado) do ato ilícito e, sendo o caso, a punição adequada do culpado.

Incontrastável é que a dita apuração, para que seja, de fato, *devida*, deva ser conduzida, direta e pessoalmente, pelo Ministério Público, em várias circunstâncias. Na inteligência de Paulo Rangel, "investigação criminal séria é garantia de pleno exercício de cidadania. É direito de todos e dever do Estado, através de seu órgão próprio: O Ministério Público"[17].

Se ao órgão ministerial incumbe, privativamente, a ação penal pública, a atribuição dos poderes necessários à realização prévia de diligências com a finalidade de delimitar a autoria, a materialidade e demais circunstâncias do delito deve ser entendida como consectário lógico da referida incumbência. Ora, seria negar efetividade à Carta Magna - e, pois, contrariar o sistema garantista - se se pudesse despir o Ministério Público da prerrogativa de angariar as informações necessárias à deflagração da dita ação: é a Teoria dos Poderes Implícitos, já por vezes adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme delineado adiante.

Luigi Ferrajoli[18], conforme relata Douglas Fischer, defende, de forma hialina, que situações há em que o exercício da investigação pré-processual pela polícia judiciária deturpa a garantia de *segurança* da sociedade, visto que o corporativismo encobridor de crimes praticados pelos próprios agentes impediria qualquer atuação efetiva no sentido da apuração do delito e de responsabilização dos delinquentes. Ademais,

> Ferrajoli defende abertamente que, muitas vezes, é evidente que as investigações da Polícia devem ser efetuadas em segredo, sob a *direção* da acusação pública, mas isso significa apenas que não devem as provas ser realizadas pelo juiz. É o que deflui do oitavo princípio, o princípio acusatório ou da separação do juiz e da acusação.[19]

Para melhor compreensão do tema, mister se faz análise das funções institucionais elencadas no bojo da Carta Magna que regem - e autorizam,

[17]RANGEL, op. cit., p. 49. Nota 2

[18]FERRAJOLI, Luigi apud FISCHER, Douglas, op. cit. Nota 14

[19]Idem. Ibidem.

conforme restará provado - a função persecutória preliminar direta pelo órgão ministerial.

4.3 As funções institucionais penais do Ministério Público na Constituição atual.

4.3.1 Princípio da obrigatoriedade e princípio da privatividade da ação penal pública

A obrigatoriedade da propositura da ação penal tem raízes na vedação à vingança privada, com a correlata atribuição ao Estado do monopólio do *jus persequendi*.

Violada a ordem jurídico-penal, exsurge para o Ministério Público o dever de exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional devida, com vistas ao restabelecimento da paz social.

Não há, pois, discricionariedade no atuar do *Parquet* no sentido da deflagração da ação penal diante de um fato incontestavelmente típico, ilícito e culpável. Trata-se, nas palavras de Paulo Rangel[20], de "*munus* público constitucional, conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do Poder Constituinte Originário"

A privatividade da ação penal pública é consectário lógico do sistema acusatório, que, no escopo de garantir a distinção das atividades de defender, acusar e julgar, impede qualquer atuação inquisitiva do juiz - como outrora era possível no ordenamento pátrio, quando o Código de Processo Penal permitia ao magistrado a promoção, de ofício, da ação em comento. Ressalta-se tratar-se de *privatividade* - e não de *exclusividade* -, sendo ao particular dada, em caráter de excepcionalidade, a oportunidade de deflagrar a ação penal quando da inércia do *Parquet*.

À autoridade policial, igualmente, não mais cabe a atribuição em comento, quedando sua atividade restrita ao deslinde dos fatos que indicam a autoria, a materialidade e as circunstâncias do delito.

Ora, se o MP tem o poder-dever de promover a ação penal pública, resta cristalino seu poder implícito de recolher, de per se, as informações necessárias à formação de sua *opinio delicti.* E, muito embora não o deva fazer como regra (a fim de que não haja conflito de atribuições com a polícia

[20]RANGEL, op. cit., p. 166. Nota 2.

de atividade judiciária), deverá agir sempre que o investigado pertencer aos quadros administrativos da instituição policial ou for figura forte e suficientemente poderosa para exercer pressões políticas e ideológicas sobre aquela instituição administrativa.

Ademais, sendo o MP dotado do poder de requisição, podendo se dirigir diretamente a quaisquer autoridades e funcionários que devam ou possam fornecer-lhe maiores esclarecimentos ("Art. 129. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva"), é intuitivo que pode realizar, pessoal e diretamente, as diligências necessárias para a obtenção de tais informações.

Ainda, dentro da noção da obrigatoriedade da ação penal, se ressalta que o poder-dever de iniciar a persecução em juízo não pode significar a propositura, a qualquer custo, da dita ação. Como requisito indispensável, a justa causa exsurge como mais um argumento favorável à investigação ministerial: há que se propor uma ação fundamentada em um lastro probatório mínimo.

Dito lastro probatório, não se olvide, pode ser angariado por quaisquer peças de informação, o que atesta a dispensabilidade do inquérito policial. Com efeito, não raro o simples depoimento do ofendido ao Promotor de Justiça consubstancia o arcabouço necessário para supedanear a devida ação penal. Corroborando esse entendimento, cite-se a Lei 4898/65, que, em seus arts. 2º, *b*, c/c 12, preleciona:

> Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição: (...) b) dirigida a órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.
> Art. 12. A ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso

Em suma, poder-se-ia concluir que, como consectário lógico da obrigatoriedade e da privatividade, o Ministério Público está autorizado constitucionalmente a empreender a investigação criminal direta.

4.3.2 Atribuição de expedir notificações

O inciso VI do art. 129 da Carta Magna deixa consignado que

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva

Para Hugo Nigro Mazzilli[21], no dito dispositivo,

> (...) cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para formar sua *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inciso III. O inquérito civil nada mais é do que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.

Perceba-se que a referida atribuição também é, por si só, argumento suficiente para afastar os partidários de teses oposicionistas. A requisição de informações e documentos pelo Ministério Público para embasar procedimentos investigatórios próprios não pode, em nenhuma hipótese, ser restrita ao âmbito cível. Mesmo porque, como entende Mazzilli, o inciso em comento não é o que se destina ao delineamento do inquérito civil. Ademais, como é sabido, normas consagradoras de direitos fundamentais não podem ter interpretação restritiva – e não há dúvidas de que é direito da sociedade a investigação criminal pelo MP, à medida em que dito órgão, em conjunto com a polícia e seguindo a tendência internacional, garante uma apuração das condutas lesivas tão pertinente quanto possível .

Ademais, frise-se, situações há em que a atuação policial é inviabilizada em razão da posição ocupada pelo suspeito da prática da infração penal. É o caso, *v.g*, dos magistrados, que, detentores de foro por prerrogativa de função, não devem ser investigados pela polícia, por força da respectiva Lei Orgânica (LC 35/79). A atribuição da atividade investigatória ao próprio conselho da magistratura feriria de morte o sistema acusatório, além do que dito órgão tem

[21]MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 72

sua atuação restrita à correção disciplinar, conforme preleciona Rangel.[22]

Havendo, assim, notícia da prática criminosa pelos ditos juízes, deve o MP instalar procedimento administrativo interno para a apuração dos contornos da suposta conduta delituosa, nos termos do supramencionado inciso VI do art. 129, CF.

Por fim, não é demais reafirmar a incompatibilidade entre a investigação deslindada pela entidade policial quando a prática delituosa é atribuída aos seus próprios agentes.

4.3.3 Atribuição de exercer o controle externo da atividade policial

Dita atribuição, ao que nos parece, subsumir-se-ia, de acordo com a Teoria dos Poderes Implícitos, na própria privatividade da ação penal pública. Ora, sendo o MP o destinatário da investigação policial, a fim de possa formar sua *opinio deliciti* para a deflagração da ação penal, claro está que pode - e deve – controlar a atividade fim da polícia judiciária, com o escopo de determinar as diligências que julga imprescindíveis ao desempenho de sua função.

Mas a Carta Política, a fim de espancar qualquer dúvida, elencou expressamente o poder de exercício do controle externo[23]. Frise-se que tal controle é *externo*, não podendo assumir o órgão ministerial a função de corregedor *interna corporis* para fiscalizar a disciplina policial.

O inciso VII do art. 129 da CF determina que a atribuição em comento seja realizada nos termos da Lei Complementar . Esta é, no âmbito federal, a LC 75/93[24], aplicável de forma subsidiária aos estados que não possuem leis orgânicas.

Sendo assim, se pode o *Parquet* exercer o controle externo da atividade fim policial, qual seja, a investigação criminal, não parece lícito não concluir pelo

[22]RANGEL, op. cit. p. 174. Nota 2.

[23]Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

[24]Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:
I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
V - promover a ação penal por abuso de poder.

consequente poder de realizar diretamente qualquer diligência investigatória necessária ao embasamento da ação penal.

5 Poder investigatório do Ministério Público à luz da doutrina e jurisprudência nacionais

5.1 Posição da doutrina: crítica às asserções pela sua inadmissibilidade

Grande parte da doutrina posiciona-se no sentido defendido no presente trabalho, *id est*, pela possibilidade, desde que dentro dos limites constitucionais da vedação da prova ilícita e dos demais direitos fundamentais, da realização da investigação direta pelo Ministério Público. É o caso, *v.g*, de Paulo Rangel, Luís Guilherme Vieira, José Afonso da Silva, Eduardo Reale, Miguel Reale Júnior, José Carlos Fragoso, Hugo Nigro Mazzili e Antônio Evaristo de Moraes Filho.

Sérgio Demoro Hamilton[25], com meridiana clareza, argumenta fundamentadamente a insubsistência da tese contrária ao poder investigatório ministerial:

> Por que o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial (que, obviamente, não podem ser desatendidas) e não dispõe do poder de, ele mesmo, realizá-las? [...]
> Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas (documental, pericial, etc.), mas lhe seria vedada a colheita direta da prova oral? Qual a diferença de essência que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Título da Prova (art. 155 a 250 do CPP)?

Com efeito, importa ressaltar, na linha de entendimento de Alexandre de Moraes[26], que o rol de atribuições elencado no art. 129 da Carta Magna não possui contornos de exaustividade, sendo permitida à lei a ampliação das funções ministeriais, com o elenco de novos atributos, desde que, como é cediço, sejam compatíveis com as finalidades precípuas da instituição. Assim é que, *v.g*, o CDC (Lei nº 8.079/90) incluiu os interesses individuais

[25]HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.p. 215

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

homogêneos sob a proteção ministerial (art. 82, I, c/c art. 81, parágrafo único, III).

De acordo com o estágio de apuração dos fatos, Cristiane Pereira Machado[27] classifica a investigação ministerial em três categorias, a saber,

1) *investigação direta originária*, dada quando o *Parquet* inicia, *sponte sua*, a apuração delituosa.

Blindado pelas garantias constitucionais e independência funcional, o Ministério Público pode apurar o crime por conta própria nas situações em que o autor do fato é autoridade dotada de poderes suficientes para exercer pressões sobre a polícia. Não se subestima, aqui, a seriedade policial. Ocorre que a vinculação da corporação ao Poder Executivo, sem a independência de que é dotado o *Parquet,* pode comprometer o sucesso das apurações criminosas. Para não mais citar o já explanado caso Fleury, atente-se para o recente caso envolvendo o marketeiro do ex-presidente Lula, o Sr. Duda Mendonça: após sua prisão em razão da promoção e participação de uma rinha de galo, o delegado de polícia que presidia as investigações, Antônio Rayol, foi afastado do cargo e indiciado pela Polícia Federal sob a acusação de concorrer para o escândalo público e arranhar publicamente a reputação da referida PF.[28]

Ainda, como exemplo da investigação originária, cite-se a hipótese de a *notitia criminis c*hegar diretamente ao Promotor de Justiça por uma testemunha ameaçada pelo autor do fato que, aflita, não recorre à corporação policial. Não se olvide, ainda, das situações em que a polícia se nega à deflagração da persecução pré-processual, por motivos vários. Por fim, mister lembrar-se das hipóteses em que a apuração demanda conhecimentos técnicos altamente especializados, cabendo somente ao Ministério Público a busca de auxílio nos órgãos públicos detentores da dita especialização.

2) *investigação direta derivada*, deflagrada, igualmente, pelo *Parquet,* mas, diferentemente da originária, é oriunda do recolhimento de indícios criminosos através de outro tipo de procedimento decorrente de sua atuação, seja de natureza cível ou criminal.

Cite-se, a título de ilustração, a hipótese em que o Promotor de Justiça,

---

[25]HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.p.
[27]MACHADO, Cristiane Pereira. *A controvertida questão do poder de investigação do Ministério Público*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17275>. Acesso em: 15 fev. 2011.

[28]HADDAD, Ucho. *A virulenta e irresponsável rinha do poder***.** Disponível em: <http://www.ucho.info/Entrevista/rph_01.htm>. Acesso em: 20 fev. 2011.

na realização de investigação de natureza cível, acaba por tomar conhecimento da prática de um crime. Nesse caso, não parece necessário o envio dos indícios recolhidos à Polícia, podendo o MP, de per se, investigar diretamente o envolvido.

3) *investigação direta revisora*. Esta ocorre quando, já concluído o inquérito e devidamente encaminhado ao *Parquet,* resta ainda alguma dúvida, claramente espancada com uma simples oitiva de uma testemunha, *v.g*. Não parece sensato - até por uma questão de economia processual - devolver os autos à polícia. O Ministério Público pode realizar, *in casu*, diretamente todas as diligências que entender necessárias. Ainda, comum é a situação em que o Promotor desconfia de prevaricação ou de direcionamento da investigação por parte da polícia, cabendo-lhe revisar os indícios recolhidos.

Percebe-se, pois, que, não raro, a polícia de atividade judiciária encontra-se impedida de, de forma técnica e isenta, conduzir a contento a persecução pré-processual. No caso do *Esquadrão da Morte*, para exemplificar, tendo sido um Delegado o alvo das investigações, claro restou a existência de interesses subalternos na não apuração do delito pelos agentes executivos policiais.

Que fique claro: não se quer, com isso, afirmar deva o Ministério Público usurpar as atribuições constitucionais das polícias civis e federais. Em verdade, a investigação direta ministerial configura exceção, encontrando fundamento no controle externo imposto ao MP, pela própria Constituição Federal, sobre a atividade policial.

Assim é que não deve prosperar o argumento segundo o qual os atos de investigação configuram monopólio policial, como pretendem alguns[29]. E tal

[29]Conferir, nesse sentido, o parecer do Procurador da República Dr. Juarez Tavares, exarado nos autos do HC 1137 - TRF 2ª Região: "A ação de *Habeas Corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validez do procedimento de que possa resultar a restrição desse direito. A função da polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis. Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias. Diante de tais informações e do precedente invocado, entendemos que, ao realizar uma investigação criminal, na sede da Procuradoria da República, fazendo requisições, intimações e tomada de depoimentos, ou seja, tudo o que não se inclui na sua competência institucional, o órgão do Ministério Público denunciante agiu ilicitamente." FRAGOSO, José Carlos. *São ilegais os 'procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo60.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2011.

interpretação pode ser extraída da simples leitura do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
> Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Nessa linha, José Frederico Marques[30] explica que

> Além da Polícia Judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo art. 4º, parágrafo único, do CPP.
> É o que se verifica, por exemplo, com as comissões parlamentares de inquérito. As investigações por elas efetuadas podem ser remetidas ao juízo competente para conhecer dos fatos delituosos ali apurados, ou ao Ministério Público, a fim de ser instaurada a instância penal.

Julgar-se-ia inconstitucional a atuação das CPIs? Não parece lógico. Na mesma medida e pelas mesmas razões, parece despida de razão a inteligência segundo a qual fere o Texto Maior a atuação direta do Ministério Público na captação de indícios criminosos. Mesmo porque, como é cediço, a autorização para referida investigação não encontra supedâneo somente no CPP, sendo, antes, oriunda do regramento máximo elencado na Constituição.

Quando a Carta Magna dispõe, em seu art. 144, §4º[31], competir às polícias civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, não o faz no intuito de atribuir à dita instituição o monopólio dessas funções. O que se pretende, segundo a melhor doutrina, é excluir da atividade investigatória as polícias militares que, em afronta à Lei Suprema, vêm, com frequência, se imiscuindo na função persecutória.

[30]MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 138. 2v.

[31]Art. 144, §4º: "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares"

> No Brasil, hodiernamente, em especial do Estado do Rio de Janeiro, há casos de exercício da polícia de atividade judiciária sendo feito pela Polícia Militar, em verdadeira afronta á Constituição. Inclusive, há delegacias de polícia que já contam com certo número efetivo de policiais militares realizando investigação criminal como se integrantes da polícia judiciária fossem. A matéria é constitucional e não pode ser tratada em nível estadual, mas, sim, somente pela União, através do Congresso Nacional (arts. 22, I, c/c 24, VXI, c/c 144,§4º, CFRB).[32]

Ainda, não se pode olvidar da validade das normas infraconstitucionais (Lei nº 8625/93 e Lei Complementar nº 75/93) que legitimam a atuação direta do MP nas situações que elencam. A Lei Orgânica do Ministério Público (LC 75/93) estatui, em seu art. 8º, V, que "para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência (...): V - realizar inspeções e diligências investigatórias".

A conjugação da atividade policial com a atividade ministerial não representa senão ganhos à sociedade, que passa a ser resguardada por uma atuação conjunta - e, consequentemente, mais eficiente no combate à criminalidade.

O próprio inciso VI do art. 129[33] da Carta Máxima não parece deixar dúvidas: da mais literal interpretação é possível extrair a capacidade atribuída ao órgão ministerial para a instauração de procedimentos administrativos, que podem ter por conteúdo a coleta de provas e a investigação da ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação *in judicio* na seara criminal - e não somente cível, visto que não há restrição constitucional. Onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir.

Os dissidentes da tese ora defendida alegam, ainda, a ofensa ao princípio da equidade. Afirmam que, tendo o MP angariado, *sponso próprio*, os indícios delitivos, parcial seria sua atuação *in judicio*.

O Ministério Público, como é cediço, não atua com parcialidade, pois que não há dita parcialidade em um sistema garantista, em que, antes de assumir a postura de titular da pretensão acusatória, tem o *Parquet* o dever de prezar

[32]RANGEL, op. cit. p. 199. Nota 2.

[33]"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: - VI: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;"

pela concretização da efetiva JUSTIÇA - a qual pode exigir o pleito pela absolvição do acusado.

Ademais, como ensina Frederico Marques[34], pouco importa o órgão – seja ele o MP, seja a polícia - encarregado da investigação pré-processual, posto que todos representam partes do mesmo Estado-Administração.

A doutrina, assim, vem cada vez mais se posicionando em favor da constitucionalidade e da moralidade do atuar pré-processual criminal do *Parquet* em prol da satisfação plena e necessária do interesse público. Os entendimentos exarados ultimamente pelos Tribunais Superiores têm contribuído para o engrandecimento dessa inteligência, conforme será delineado nas linhas que se seguem.

5.2 Posição da jurisprudência

A adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula nº 234, parece ter pacificado a questão em nível infraconstitucional. Para a melhor compreensão do enunciado, mister faz-se a análise dos julgados que lhe deram origem.

Com efeito, no RHC 3586/PA,[35] o STJ manifestou-se de forma cristalina pela investigação criminal a ser levada a efeito pelo Ministério Público. Eis a Ementa:

> PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. IMPEDIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO.
> I- a atuação do promotor na fase investigatória - pré-processual não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.
> II- não causa nulidade o fato de o promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal.
> III- recurso improvido.

[34]MARQUES, op. cit., p. 86-87. Nota 30.

[35]BRASIL. STJ. Recurso ordinário em *Habeas Corpus* nº 3586/PA. Voto do Sr. Min Relato Pedro Acioli. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((‘RHC’.clap.+ou+’RHC’.clas.)+e+@num =’3586')+ou+(‘RHC’+adj+’3586'.suce.)>. Acesso em: 25 fev. 2011.

O Sr. Min. Relator Pedro Acioli[36], em seu voto, prelecionou que

> A atuação do Promotor, na fase investigatória pré-processual não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. Estranho seria que não pudesse o promotor, para a formação da *opinio delict*, colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal.

Na mesma esteira foi a decisão prolatada no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 892[37], rel. Sr. Min. José Dantas:

> PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. IMPEDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DA AÇÃO.
> Nulidade inexiste. Não impede o promotor para a denúncia o fato de sua designação para participar da coleta de provas informativas, nem a iniciativa de diligências investigatórias do crime.

Concluiu-se, pois, que se, de qualquer forma, participou o *Parquet* da fase investigatória - da qual, como resta evidente, é plenamente lícito participar -, autorizado está a oferecer a denúncia, não subsistindo qualquer argumentação relativa à mácula da imparcialidade da instituição.

No Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* nº 4072-2[38], o Sr. Min. Rel. Pedro Acioli, com inigualável maestria, prelecionou que

> Considerando que o inquérito policial tem como destinatário o Ministério Público, depreende-se que ele pode nele interferir.
> Se é levada ao Promotor de Justiça, por pessoa do povo, denúncias de práticas delituosas e sendo impossível suas inquirições pelas autoridades policiais, poderiam tais pessoas serem ouvidas por ele.

Diante de tantas manifestações no mesmo sentido, o Superior Tribunal de

[36]Idem. Ibidem.

[37]BRASIL. STJ. *Recurso ordinário em Habeas Corpus* nº 892. Acórdão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=892&dt_publicacao=&num_registro>. Acesso em: 25 fev. 2011.

[38]BRASIL. STJ. *Recurso ordinário em Habeas Corpus* nº 4072-2. Voto do Sr. Min. Relator Pedro Acioli. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=892&dt_publicacao=&num_registro=>. Acesso em: 25 fev. 201

Justiça editou a Súmula nº 234, que diz: "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia."

Em uma interpretação indiligente, poder-se-ia crer que o referido enunciado restringiu sua aplicação às situações de suspeição ou impedimento, no sentido de não estar impedido de atuar na corresponde persecução penal *in judicio* o membro do MP que, por qualquer motivo, tenha participado da fase pré-processual. Ocorre que da análise dos acórdãos lhe deram origem, é de se concluir que seu âmbito vai além: em todos os julgados, percebeu-se a investigação criminal direta pelo Ministério Público que, diante das informações colhidas, formou sua *opinio deliciti* e ofereceu denúncia. Os acusados impetraram *Habeas Corpus* e o STJ denegou todos os pedidos, demonstrando, conforme consignado nas ementas colacionadas, que não restam dúvidas da consagração da tese neste trabalho defendida no âmbito daquela Corte Superior.

No seio do Supremo Tribunal Federal, todavia, conforme dantes mencionado, vem prevalecendo o entendimento contrário à atuação direta e pessoal do órgão ministerial na fase pré-processual criminal. Foi o que restou cristalino no julgamento do Recurso Extraordinário nº 205.473-9[39], rel. Sr. Min. Carlos Velloso. Da mesma maneira, ao julgar o Recurso Extraordinário n° 233.072-4-RJ[40], 2a. Turma, Relator para o acórdão Min. Nelson Jobim, manifestou-se parcialmente o STF pela "incompetência" (*rectius*: atribuição) do Ministério Público para realizar a investigação criminal *sponso próprio*.

Em sentido oposto, a Colenda Primeira Turma da Corte Máxima, no seio do HC nº 75.769-MG[41], rel. Sr. Min. Octavio Gallotti entendeu que não configura usurpação da função policial ou, ainda, mácula à imparcialidade do Promotor de Justiça, sua atuação direta e pessoal na coleta de elementos indispensáveis à formação de seu convencimento para a deflagração da ação penal.

Embargos de divergência foram opostos pelo *Parquet* Federal, diante da patente dissensão. No entanto, tiveram seu seguimento negado, confirmando a ausência de parâmetros seguros no entendimento da Suprema Corte.

---

[39]Cf. Nota 1.

[40]BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário nº 233.072*. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254242 . Acesso em: 25 fev. 2011

[41]BRASIL. STF. *Habeas Corpus nº 75.769/MG*. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>. Acesso em: 4 mar. 2011

Data vênia do Supremo Tribunal Federal, seu entendimento prevalente até o momento não encontra guarida na sistemática constitucional. Se, conforme já salientado, pode o *Parquet* requisitar diligências investigatórias, o que poderia impedi-lo de, quando necessário, realizá-las diretamente? Ademais, o entendimento segundo o qual há exclusividade por parte da polícia para a apuração de infrações penais é derrubado pela própria sistemática processual infraconstitucional, como se infere do art. 4º do Código de Processo Penal. Nas palavras de Dra. Zani Tobias de Souza[42],

> A apuração de infrações penais, lado outro, é possível por diversas outras instituições (art. 4º CPP). Como bem asseveram Mirabete e, lembrando Tourinho Filho, Sérgio Demoro Hamilton, há exemplos na Lei de Falências, arts. 103 e ss.; nas já referidas CPIs; Lei nº 4.771/65, art. 33, b; art. 43, do Regimento do STF; crimes contra a saúde pública, em determinadas infrações ocorridas nas áreas alfandegárias, em que as autoridades administrativas ficam revestidas de poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia, nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, no inquérito policial militar, isto sem mencionar as investigações conduzidas pelo ESPEI/RF e BACEN/DECIF

Maior contra senso não haveria ao afirmar que o *Parquet* pode tornar o indivíduo sujeito de direitos e obrigações no curso de um processo judicial, mas não poderia transformá-lo em objeto das correlatas investigações na fase preliminar.

Assim é que a Suprema Corte, em decisão memorável prolatada no seio do *Habeas Corpus* nº 91661/PE, rel. Sra. Min. Ellen Gracie[43], deu um inolvidável passo rumo à total e fiel observância da razoabilidade e - com a devida vênia - da supremacia da Ordem Constitucional que, conforme restou demonstrado no presente trabalho, permite e, em dadas situações, exige, em prol de uma investigação tão isenta e eficiente quanto possível, a persecução pré-processual criminal direta e pessoal pelo Ministério Público.

Restou assim consignada a ementa:

> *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE

[42]SOUZA, Zani Tobias de. *O papel do Ministério Público na investigação criminal*. Disponível em: <http://www2.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

[43]BRASIL. STF. *Habeas Corpus nº 91661/PE*. Acórdão. Disponível em: <*http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=584784*>. Acesso em: 4 mar. 2011.

> PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. *POSSIBLIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO*. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA (...). 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.
> 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.
> 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.
> 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (grifo nosso)

Insigne, excelso, reverendíssimo o posicionamento adotado da Colenda 2ª Turma da Corte Máxima. O voto da Sra. Min. Relatora Ellen Gracie[44], com insofismável maestria e vanguardismo, merece ser colacionado. *In verbis*:

> A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.
> É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições

[44]Idem. Ibidem.

> *previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las* para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti. Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal* (...)
> O art. 129, inciso 1, da Constituição Federal, atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. *Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.*
> *Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público.* (grifo nosso)

Consignou-se, em suma, que a investigação criminal direta pelo Ministério Público é garantia constitucional da sociedade, que tem o direito de exigir do Estado as medidas necessárias para a repressão e o combate das condutas lesivas à ordem jurídica.

Sendo diametralmente oposto ao Estado Constitucional Democrático de Direito o princípio do retrocesso social, resta à sociedade a torcida pela manutenção e ampliação do pensamento ora encetado pela Excelsa Corte, sob pena do esboroamento da força normativa da Constituição e da confirmação de um interesse minoritário e deletério de se manter a impunidade que, infelizmente, ainda grassa o país.

6 Considerações finais

Diante de todo exposto, passa-se à súmula do que foi explanado a fim que se possa concluir pela correta função a ser desempenhada pelo Ministério Público na seara criminal do direito pátrio.

A sociedade brasileira, através do exercício do Poder Constituinte, elencou

os direitos e garantias fundamentais que julga indispensáveis para a concretização de um real Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, estruturou também os órgãos desempenhadores da função de garantidor do respeito a ditos direitos.

O Ministério Público exerce a atribuição da defesa da sociedade, em juízo ou fora deste, a fim de que haja a reparação de toda e qualquer lesão a direitos constitucionalmente protegidos, resguardando, assim, a ordem jurídica vigente. Tendo sua atuação balizada pelos princípios da legalidade e impessoalidade, busca a aplicação da lei justa em um *processo justo*, diante de cada caso concreto.

Cada indivíduo encontra limites em seu atuar nas regras constitucionais. Não há, pois, direitos absolutos, sendo cada um balizado nos direitos correlatos do semelhante. Havendo desobediências dos ditames legais e constitucionais, com o cerceamento de bens tutelados criminalmente, mister faz-se a instauração da competente ação penal – que, como é consabido, tem por titular privativo o *Parquet.*

Sendo dito órgão o titular da ação penal pública, seu é o ônus da prova; assim, deve haver por supedâneo da *persecutio in judicio* provas idôneas, colhidas mediante investigação garantista, protetora dos direitos dos envolvidos.

À polícia de atuação judiciária incumbe dita colheita. Todavia, nem sempre sua atuação poderá ser isenta, subordinada que é aos ditames do Poder Executivo. Assim é que, na maioria dos países do continente europeu, há forte tendência no sentido de deixarem-se as investigações criminais a cargo do Ministério Público, colocando a polícia como sua auxiliar.

Não se olvide, ainda, da prescindibilidade do inquérito policial que, sendo peça meramente informativa, poderá ser substituída por quaisquer outros elementos aptos a auxiliar o *Parquet* na formação de sua *opinio delicti*, a fim de que deflagre ou não o processo em juízo.

É forçoso concluir que, sendo o MP o responsável constitucional pela manutenção da ordem jurídica e possuindo os poderes de deflagração da ação penal, decorre daí, pela Teoria dos Poderes Implícitos, que – em consonância com o interesse social de ver-se devidamente apurado um fato criminoso – a investigação criminal direta é corolário lógico da sistemática constitucional vigente.

Dar-lhe, na fase processual, a totalidade do ônus, mas negar-lhe a investigação criminal é fazer da Carta Maior letra morta e apostar na falência da Instituição – consequências que somente interessam aos ricos e poderosos, que vivem à margem da apuração criminal.

A investigação criminal direta é, assim, garantia constitucional da sociedade, que possui o direito subjetivo de exigir do Estado as medidas necessárias ao combate à alta criminalidade que ainda grassa o País.

Referências

BARBOSA, Márcio Coutinho. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Disponível em:<http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-ministerio-publico-e-a-investigacao-criminal-1083247.html>. Acesso em: 14 jan. 2011.

BRASIL. *Código de processo penal.* Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 194. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 fev. 2011.

_____. *Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

_____. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993***.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 1 mar. 2011.

_____. *Lei nº 4898 de 9 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>. Acesso em: 24 fev. 2011.

_____. STJ. *Recurso de Habeas corpus nº 2777/RJ*. Voto do Ministro Pedro Acioli. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=27/09/1993&num_registro=199300140353>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____._____. *Recurso ordinário em Habeas corpus nº 892*. Acórdão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=892&dt_publicacao=&num_registro=>. Acesso em: 25 fev. 2011.

_____._____. *Recurso ordinário em Habeas corpus nº 3586/PA*. Voto do Sr. Min Relato Pedro Acioli. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((‘RHC’.clap.+ou+’RHC’.clas.)+e+@num=’3586')+ou+(‘RHC’+adj+’3586'.suce.)>. Acesso em: 25 fev. 2011

_____._____. *Recurso ordinário em Habeas corpus* nº 4072-2. Voto do Sr. Min. Relator Pedro Acioli. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=892&dt_publicacao=&num_registro=>. Acesso em: 25 fev. 2011

_____._____. *Habeas corpus nº 75.769/MG*. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>. Acesso em: 4 mar. 2011.

_____._____. *Habeas corpus nº 91661/PE*. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=584784>. Acesso em: 4 mar. 2011.

_____._____. *Recurso extraordinário nº 205.473/AL*. Acórdão. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>. Acesso em: 22 jan. 2011.

_____._____. *Recurso extraordinário nº 233.072*. Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254242>. Acesso em 25 fev. 2011.

ESPANHA. *Ley de enjuiciamiento criminal***.** Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html>. Acesso em: 22 fev. 2011.

FERRAJOLI, Luigi apud FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Disponível em:.

<www.metajus.com.br/.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer>. doc. Acesso em: 4 jan. 2011.

FRAGOSO, José Carlos. *São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal.* Disponível em:<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo60.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2011.

HADDAD, Ucho. *A virulenta e irresponsável rinha do poder*. Disponível em: <http://www.ucho.info/Entrevista/rph_01.htm>. Acesso em: 20 fev. 2011.
HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MACHADO, Cristiane Pereira. *A controvertida questão do poder de investigação do Ministério Público*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17275>. Acesso em: 15 fev. 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. 2v.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

NASSARO, Adilson Luís Franco. *Considerações sobre juizado de instrução criminal*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9523/consideracoes-sobre-juizado-de-instrucao-criminal>. Acesso em: 24 fev. 2011.

RANGEL, Paulo. *Investigação direta pelo Ministério Público*: visão crítica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph apud SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Zani Tobias de. *O papel do Ministério Público na investigação criminal*. Disponível em: < http://www2.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

O FUNCIONALISMO E O PROBLEMA DO CONTEÚDO DO DIREITO

Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado

Resumo

O presente texto consiste numa breve investigação sobre o modelo metodológico conhecido como funcionalismo aplicado ao direito. A exposição divide-se em três momentos distintos: a exposição do normativismo de Hans Kelsen, suas teses centrais e a superação de tal modelo: o funcionalismo sistêmico com uma sintética exposição desse novo modelo metodológico por meio das ideias de Niklas Luhmann, e, por fim, a exposição da necessidade de um modelo metodológico para o direito pautado nos valores (abertura axiológico-normativa).
Palavras-chave: Filosofia do direito. Funcionalismo. Jurisprudencialismo. Metodologia. Normativismo.

Abstract

This text is a short inquiry into the methodological model known as applied to civil law. The exhibition is divided into three distinct periods, exposure normativism Hans Kelsen, its central thesis and the overcoming of such a model, the functional system with a synthetic exposure to this new model through the methodological ideas of Niklas Luhmann, and finally, exposure of the need for a methodological model for the tariff values (opening axiological-normative).
Keywords: Funcionalism. Jurisprudencialism. Methodology. Normativism. Philosophy of Law.

1 Introdução e colocação do problema

Na atualidade, a sociedade ocidental encontra-se imersa em imensa crise, crise esta generalizada e instalada em todos os setores do que conhecemos como sistema social.

O direito, por sua vez, não está imune a esta crise. Pode-se até chegar a afirmar que a crise do direito é ainda mais intensa. Analisando o direito na era pós-moderna (independentemente do que tal expressão possa significar na atualidade), perceber-se-á que a crise é generalizada: crise do entendimento do direito como ciência, crise de legitimação, crise da jurisdição, dentre outras.

Em tal panorama, no mínimo sombrio, é uma constante a busca de novos paradigmas nas Ciências Sociais no intuito de solucionar a crise generalizada que se instalou a partir dos anos 1990. Ressalte-se, por oportuno, que a crise "não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo, a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas"[1].

Desta forma, observando a ineficiência do paradigma ainda vigente - mas que se mostra não ser eficaz -, inicia-se a busca de um outro que possa resolver os problemas que se instalaram no sistema jurídico e que repercutem perante toda a sociedade.

Analisando as teorias sociais que vêm tentando acrescentar algo novo à compreensão da sociedade e sua atual hipercomplexidade, destaca-se a Teoria dos Sistemas, capitaneada por Niklas Luhmann (1927-1998), conhecida também como funcionalismo sistêmico, não obstante as duras críticas feitas a esta escola de pensamento[2].

O presente trabalho visa esclarecer alguns pontos essenciais, quais sejam, I) apontar as razões pelas quais o normativismo como preconizado por Hans Kelsen (1881-1973) hoje é um modelo metodológico do direito superado e quais seus principais vícios; II) de forma sucinta (até pela necessidade de síntese do presente trabalho) tentar expor os principais pontos do funcionalismo e a compreensão do direito, III) expor a necessidade de um direito orientado necessariamente por valores.

[1]CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXIV, p. 2. 1998.

[2]Entre os mais célebres, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa.* Madrid: Trotta, 2010. Com ênfase no tomo II (crítica de la razón funcionalista).

2 O normativismo jurídico e sua necessária superação[3]

O normativismo jurídico (uma das facções do positivismo jurídico) surge em fins do século XIX e se firmou como principal modelo metodológico no pensamento jurídico nas duas primeiras décadas do século - embora não totalmente livre de críticas - e experimentou um acentuado decréscimo em seu prestígio após o final da II Guerra Mundial (1939-1945). Contudo, tal vertente do pensamento jurídico, apesar de ser vista como uma visão superada e anacrônica por seções mais 'sofisticadas'[4] do pensamento jurídico, ainda não conseguiu ser totalmente superada na atualidade.

Não obstante, apesar de alguns problemas estruturais a serem apontados mais à frente, não devemos ignorar o grande papel que o normativismo cumpriu em seus primeiros anos.

Em fins do século XIX e início do século XX - esplendor do conceito positivista de ciência na Europa -, o direito possuía uma posição subalterna em relação a outras ciências, em especial à Sociologia. Obter um objeto de estudo e, como isso, adquirir o estatuto epistemológico de ciência[5] era o grande desafio do direito.

Neste sentido, eis o grande mérito do normativismo jurídico, principalmente a luta intelectual empreendida por Hans Kelsen: dar ao direito o *status* de uma verdadeira ciência e buscar descrever o seu objeto de estudos, ou, nas palavras de Karl Larenz,

> A sua teoria pura do Direito constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência - mantendo-se

[3]Por questões práticas, no presente trabalho abordaremos apenas o positivismo jurídico em sua versão mais versátil e sofisticada, ou seja, a Teoria pura do direito preconizada por Kelsen. Contudo, outras concepções podem ser encontradas em BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2009. ; WEINBERGER, Ota. *Norm und instituition.* As ideias de Kelsen a serem tomadas como paradigmas na feitura de seu trabalho são as posições "relativamente acabadas" presentes na segunda edição de sua *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito), onde empreende o desenvolvimento das teses da primeira edição de sua *magnus opus* e do passo inicial na busca de uma ciência do direito pura, *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* (Problemas capitais da teoria do direito e do estado).

[4]Dentre muitos, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. pp. 59 e ss.

[5]É importante ressaltar que, segundo o pensamento dominante no século XIX (e hoje não mais vigente), só poderia galgar o *status* de ciência uma seção do conhecimento humano que pudesse se adequar à metodologia das ciências naturais, ou seja, baseada na ideia de demonstração e, principalmente, a exposição de um objeto de estudo.

> embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações - que o nosso século veio até hoje a conhecer[6].

Como um legítimo fruto de sua época e busca de autonomia científica, Kelsen objetivou uma rigorosa separação do Direito das demais ciências, buscando concebê-lo de forma estritamente pura. Tal pureza será o seu dogma metodológico mais rígido e a chave para a compreensão de sua Teoria Pura do Direito.

A ideia de pureza é resgatada por Kelsen de um iluminista, Immanuel Kant (1724-1804), que a buscou justamente para a concepção de sua "Metafísica dos Costumes".

Mas, o que vem a ser tal ideal de pureza? Zygmunt Bauman define a pureza como um ideal, uma visão da condição que ainda precisa ser criada, ou da que precisa ser diligentemente protegida contra as disparidades genuínas ou imaginadas. Sem essa visão, tampouco o conceito de pureza faz sentido, nem a distinção entre pureza e impureza pode ser sensivelmente delineada[7].

No caso de Kelsen, ele chamou para si a responsabilidade de criar e, diligentemente, proteger a pureza necessária para a criação de uma autêntica Ciência do Direito. Mas, quando se fala em uma efetiva criação e proteção de tal pureza, indaga-se: ela seria mesmo necessária?

Como já referido anteriormente, em fins do século XIX o direito encontrava-se extremamente influenciado pela política, religião, ética, economia, sociologia e outras ciências. A busca inicial que Kelsen seria a concepção do direito como uma ciência autorreferencial, que tivesse apenas o próprio direito como paradigma para sua própria construção, ou nas palavras do próprio teórico austríaco, a teoria pura do direito "se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito"[8].

---

[6]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito.* 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. p. 92.

[7]BAUMAN, Zygmunt. O Sonho da pureza. In: BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 15-16.

[8]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

Na concepção de uma autêntica Ciência do Direito, Kelsen recorre ao sistema de lógica formal, ou seja, não importa o conteúdo que o direito possa ter ("não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito"[9]), mas tão somente responder duas questões básicas: o que é e como é o Direito.

A partir da ideia do direito como relação normativa formal, Kelsen estabelece uma rígida distinção entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sitten*). A preocupação do direito seria essencial às prescrições normativas, o dever ser, ou seja, não uma ciência factual como a sociologia, mas uma ciência de prescrições, seja qual for tal prescrição.

Apesar de ser um sistema extremamente estável e com fonte normativa preponderante (a lei), o normativismo kelseniano possui alguns problemas estruturais que podem - e devem - ser apontados.

O normativismo - como um bom representante da filosofia positivista – visa extirpar qualquer tipo de metafísica do chamado conhecimento científico. Seguindo tal proposta, o normativismo reivindica para si o posto de maior inimigo declarado do direito natural na sua busca de construção de uma verdadeira ciência do direito. Desta ferrenha oposição ao direito natural, surge, com Kelsen, a procura de construção do direito como ciência autônoma sem qualquer traço de metafísica, característica esta que abriria as portas para a contaminação do direito e fá-lo-ia perder totalmente sua cientificidade.

Desta forma, surge o problema: como o direito é fundado? Se não é mais possível recorrer ao direito natural e sua ideia de direitos inatos para legitimar e fundar o direito, qual seria a saída?

No intuito de resolver tal aporia, Kelsen imagina o direito como um sistema de normas onde uma norma de nível inferior sempre é autorizada/legitimada por uma norma de hierarquia mais elevada.

No entanto, este modelo forçaria um modelo de legitimação que causaria um regresso *ad infinitum* onde sempre haveria uma norma legitimadora de *status* superior para autorizar uma inferior.

Kelsen resolve tal aporia com um polêmico "remendo" à sua Teoria Pura, resolução que denominou "Norma Hipotética Fundamental" (*Grundnorm*), uma norma que seria a categoria normativa mais elevada de todo o sistema jurídico e impediria o regresso infinito de normas superiores legitimadoras de normas

[9]Idem. Ibidem, p. 1.

inferiores de forma que não seja uma norma posta, mas 'pressuposta', um imperativo categórico no sentido kantiano da palavra[10] que fornece fundamento a todo o sistema normativo kelseniano.

A concepção da norma fundamental apresenta alguns problemas que fazem toda doutrina proposta por Kelsen desmoronar. Admiti-la como postulado fundante do sistema jurídico seria um imenso paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que o positivismo tenta banir a metafísica do âmbito das ciências, a norma fundamental funciona como o "mínimo de metafísica (de direito natural), sem o qual não é possível o conhecimento do direito"[11].

Além do contrassenso que seria admitir "um mínimo de metafísica" num sistema lógico que preconiza a cientificidade do direito a partir verificabilidade de suas normas, a irresponsabilidade do normativismo quanto ao conteúdo do direito (vez que há uma rígida separação entre direito e moral) é uma questão merecedora de censura, pois a construção de uma ciência do direito baseada apenas numa lógica formal sem atentar-se para seus conteúdos - em especial o valor ético que o direito deve possuir - torna-o alvo fácil de instrumentalizações de natureza ideológica, ou seja, o que o próprio Kelsen situava como a "negação do dever-ser". A penetração de conteúdos ideológicos no direito pode ser facilmente proporcionada por uma metodologia que despreza a importância dos conteúdos na formação do direito.

Como uma síntese das críticas ao normativismo, não poderíamos deixar de invocar o célebre jurista português Antonio Castanheira Neves, um contumaz crítico desta forma de pensamento:

> Com efeito, o normativismo legalista permitia afirmar uma autonomia (sistemático-dogmática) ao direito. Só que uma tal autonomia sustentava-se numa normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria; e nesse seu isolamento alienava-se de uma realidade social que evoluía e furtava-se também aos compromissos político-sociais, econômicos, etc., que essa nova realidade exigia[12].

[10]Imperativo categórico: representa uma ação necessária como fim em si próprio, sem relação com nenhuma outra ação. Para maiores esclarecimentos sobre os imperativos kantianos, cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Lisboa: Edições 70, 2011.

[11]KELSEN, Hans. *Die philosophischen grundlagen der naturrechtslehre und des rechtpositivismus*, 1928. p. 66 Apud KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 24.

[12]CASTANHEIRA NEVES, op. cit. p. 22. Nota 1.

Por fim, percebe-se que o normativismo, ante uma imensa vontade de conferir cientificidade e autonomia ao direito, cegou-se para inúmeros problemas - que não nos cabe aqui apontar -, tornando-o uma forma 'engessada' de pensamento, estéril ante a evolução (ou desenvolvimento) social, fato este que mostra a sua necessária superação na busca de um paradigma que possa fornecer um direito dinâmico, em consonância com a velocíssima sociedade complexa da atualidade.

3 O direito como sistema autopoiético: análise do funcionalismo sistêmico e suas implicações à ciência do direito

A partir da crise do sistema então vigente (normativismo legalista) surge a necessidade de idealizar um novo paradigma com pretensão de reger o sistema social.

Daí que vem a ideia de autopoiese sistemática dos sistemas sociais - com repercussão em todas as ciências humanas - surgida com mais força na Alemanha nos *anos* 60 com Niklas Luhmann (1927-1998) a partir das ideias de Talcott Parsons (1902-1979), Humberto Maturana (1928-) e Franscisco Varela (1946-2001).

Para compreender o direito em sua abordagem autopoiética, faz-se necessária uma digressão pelo pensamento do funcionalismo sistêmico elaborado por Luhmann[13].

Pode-se afirmar que o funcionalismo se estrutura em torno de três ideias centrais, quais sejam, a funcionalidade (pensamento com base em utilidade ou inutilidade de certa ação/dado ao sistema), razão instrumental (adequação de meios a fins) e o compromisso ideológico (uso de ferramentas como instrumentos de governo).

Luhmann, nos últimos trinta anos de sua vida, empreendeu um esforço hercúleo no intuito de construir uma nova teoria da sociedade. Em tal empreendimento, bate de frente com pressupostos consolidados na Sociologia que, segundo o próprio, seriam tais obstáculos e sua superação a essência de sua pesquisa:

[13]O grande problema do pensamento funcionalista é sua imensa fragmentação sendo que, muitas vezes dois pensadores considerados funcionalistas podem ter ideias totalmente contraditórias entre si, motivo pelo qual o que chama mais atenção são a teorias de Niklas Luhmann pela recepção que tiveram em todas as ciências sociais a partir dos anos 1970.

> (1) que a sociedade é constituída por homens concretos e por relações entre seres humanos; (2) (...) que a sociedade se estabelece – ou pelo menos se integra – através do consenso entre seres humanos, da concordância de suas opiniões e da complementaridade de seus objetivos; (3) que as sociedades são unidades regionais, territorialmente delimitadas (...) e (4) e que, portanto, as sociedades podem ser observadas desde o exterior como grupos de seres humanos ou como territórios[14].

O objetivo de Luhmann é justamente subverter tais conceitos sociológicos clássicos, mas daí emerge a dúvida: como?

O primeiro passo do empreendimento do sociólogo alemão foi o de excluir da compreensão do sistema social a visão antropocêntrica das ciências, e, ao retirar o homem do centro das atenções do sistema social, passa a enxergar o mesmo como uma "conexão autorrefencialmente fechada de comunicações"[15]. Neste contexto, algumas vezes recebeu a alcunha de anti-humanista ao afirmar que "a sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade"[16].

O paradigma central da teoria social de Luhmann é a distinção entre sistema e ambiente como criadora do sistema social[17]. Mas, como funcionaria tal dinâmica?

Sistema e ambiente são elementos centrais da teoria social de Luhmann, referindo-se à forma (uma das preocupações centrais do funcionalismo juntamente com a função em si), podem ser vistos como "os dois lados de uma forma, estão sem dúvida separados, mas não podem existir sem estar referidos um ao outro"[18].

A ideia de diferenciação entre sistema/ambiente é o marco inicial de um sistema (ou subsistema) social a partir do que é possível, por meio da observação, diferenciar a "sociedade, como unidade de reprodução de

[14]LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Barcelona: Herder, 2006. p. 11-12.

[15]NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã:* uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhman e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

[16]BECHMAN, Gotthard; STHER, Nico. Niklas Luhmann. Tempo social. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo (USP).* São Paulo, 13(2), p. 8, nov. 2001.

[17]A distinção entre sistema e ambiente ocupa posição central na teoria de Luhmann da mesma forma a distinção entre sistema e mundo da vida tem preponderância na Teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

[18]LUHMANN, op. cit., p. 43. Nota 14.

comunicações, do seu ambiente psíquico, orgânico e físico, no qual não existe comunicação"[19].

A partir deste horizonte de autorreprodução e fechamento, ganha relevância a ideia de autopoiese. Entender que um sistema (neste caso o sistema social e seus subsistemas que conseguiram, de forma inovadora, distinguir-se do ambiente no qual estão insertos) é autopoiético significa defini-los como aqueles que "por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos quais estão constituídos"[20].

Tomando como ponto inicial a ideia de autoprodução e circularidade, percebe-se que as ideias do funcionalismo luhmanniano terão um influxo direto no direito, o qual possui uma determinação de reflexividade ou circularidade no sentido de que os problemas que a ele são impostos na práxis usual, ele busca em si mesmo as respostas aos problemas postos.

A autopoiese no direito, em seu fechamento operacional e abertura cognitiva (esta, segundo Luhmann, uma característica inerente dos sistemas sociais) funciona por meio de um código binário (legal/ilegal - *Recht/Unrecht*). O direito, na visão da teoria dos sistemas, trata-se essencialmente de uma "concepção baseada na visão do direito como instrumento de intervenção social direta, comparável à concepção análoga de outros instrumentos de intervenção"[21], concepção esta que imporá alguns problemas ao conceito funcionalista de direito.

A partir do momento em que o funcionalismo não abre espaço para uma concepção humanista das ciências sociais, ele cria uma sociedade voltada intrinsecamente para sua própria estrutura, privilegiando seus processos no intuito de simples conservação do sistema.

Desta forma, a teoria dos sistemas, da mesma forma que atribui ao sistema social um caráter vazio (e até certo ponto niilista[22]) de qualquer teleologia ou

[19]LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme: g*rundriâ einer allgemeinen theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1987. pp. 60 e ss. Apud NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã:* uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas, op. cit. p. 60.

[20]Idem. Ibidem, p. 44-45. Nota 18.

[21]TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopiético.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 30.

[22]Seria o niilismo uma espécie de descrença absoluta direcionada ao objetivo de questionar os fundamentos mais sólidos de algum pensar sistemático, ou seja, uma descrença direcionada no sentido de questionar verdades absolutas previamente estabelecidas.

ideia de evolução (no sentido progressista da palavra), esvazia o direito como mera ferramenta sistêmica em troca de uma pretensa autonomia.

Assim sendo, a proposta funcionalista para o direito joga-o no mesmo abismo paradoxal em que ele se encontrava no normativismo: o problema do conteúdo que o direito deverá assumir.

Para o funcionalismo, pouco importa a matéria contida nas normas jurídicas, desde que tal direito - reconhecido pelo sistema através da operação do código binário - seja 'útil' ao próprio sistema social.

No aspecto da utilidade, a ênfase do direito frente ao funcionalismo é essencialmente decisória, na qual se vincula a uma

> racionalidade estratégica, (...) orientada por um princípio de optimização na realização de um certo objetivo, em que a escolha da solução ou da ação entre as soluções ou ações possíveis se determina pelos efeitos, lográveis nas circunstâncias, que melhor que melhor realizem esse objetivo[23].

Em síntese, apesar de conferir ao direito a tão buscada autonomia científica, o funcionalismo abre paradoxos quanto a uma 'necessária irresponsabilidade' do direito frente aos conteúdos, reduzindo o mesmo ao procedimento de verificação da situação fática ao código binário legal/ilegal condicionado ao binômio necessidade/utilidade, independentemente dos conteúdos que esse direito possa assumir, servindo apenas como uma ferramenta de planificação e controle social.

Uma visão de direito assim não pode ser recepcionada hoje em dia, pois, não obstante a importância do procedimento no direito na atualidade, também é grande a preocupação no tocante aos seus conteúdos, visto que a pós-modernidade, apesar de ainda estar em construção, requer a fundação de uma ciência do direito axiologicamente situada e extremamente preocupada não só com a forma, mas também com o conteúdo que esse direito venha a assumir.

4 A necessidade de uma jurisprudência axiologicamente situada

Como bem se sabe, o direito encontra-se imerso numa imensa crise de sentido que desencadeia várias outras crises que põem em risco a própria

[23]CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 28. Nota 1.

existência do direito, pois como defender a necessidade de um sistema que não mais consegue resolver os problemas antes solvidos?

A atual fase da modernidade (ou pós-modernidade) faz surgir um mundo reduzido à simples reprodução de processos tecnológicos e quantitativos, ou seja, um mundo sem espaço para o próprio homem, ou ainda,

> o homem converte-se a uma objectiva exterioridade que totalmente, na sua interna pessoalidade, o anula. Trata-se, pois, de um mundo este, que tende a ser o nosso, de uma autossubsistência tecnológica, em que a qualidade se quantifica e tudo é função de mecanismos operatórios e, bem assim, dos objectivos que se admitem apenas em termos de produção; em que o espiritual abdicou no puro racional e a redução formalizante se tem mesmo pela única estrutura da razão; em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este, quando não é supérfluo, se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de global integração[24].

A partir de tais reflexões, percebe-se um horizonte de um acentuado declínio do homem, onde a criatura (ciência/tecnologia/razão instrumental) autonomiza-se de seu criador e torna-o mera peça de seu instrumental.

Em tal cenário, como podemos recuperar o sentido do direito como instrumento social para resolução das problemáticas humanas se tal instrumentação tecnológica, hoje mais do que nunca, transforma o direito em produto de consumo, em mero expediente "regulativo-organi-zatório (...) que de todo lhe subtrai valores e fins próprios e que lhe impõe uma índole tão só programático-regulamentar"[25], como vislumbrar uma solução para tal problema?

É justamente em tal momento que o homem - e, consequentemente, o próprio direito - situam-se à beira do abismo, refletindo se busca uma recuperação de seu sentido como homem (e o direito da mesma forma, pensando reflexivamente sobre a possibilidade da recuperação de um sentido) ou ceder frente ao tecnicismo da razão instrumental (e no âmbito do direito, ceder a outras formas de conhecimento e solução de problemas pelo fato de, assim como o homem, já ser antiquado).

Defendemos que a solução para o reerguimento do direito passa,

[24]CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O Direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. *Digesta.* Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 1, p. 291-292, 1995.

[25]Idem. Ibidem, p. 294.

necessariamente, pelo ressurgimento do homem como figura central do sistema jurídico ao invés da compreensão do direito como simples sistema lógico de normas ou como instrumento de intervenção social. Tal antropologia jurídica implica também a abertura axiológica do direito como ferramenta de pacificação social e instrumento viabilizador da convivência, além do retorno com a preocupação da justiça que andava esquecida como figura central do direito desde o final do século XIX.

Em termos práticos, o legislador "que estatui uma norma (...) deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça ou de oportunidade, às quais subjazem em última instância determinadas valorações"[26], ou seja, a criação de um direito que tenha como premissa essencial uma pretensão de validade (e corretude) não pode escusar-se da utilização de valores na definição de conteúdo, quer na aplicação prática (jurisdição), quer na sua própria formação como norma (dogmática jurídica).

Daí, concluímos que o direito apenas estará preparado para os desafios impostos pela pós-modernidade cujo risco e medo são palavras de ordem se o mesmo conseguir fixar o homem e os valores como marco principal de suas preocupações, isto é, o direito só será uma solução possível para a atual crise geral da sociedade humana se "a sua constitutiva emergência depende de que o homem se assuma como sujeito ético mediante o seu próprio reconhecimento como pessoa, é esta uma condição que pode se verificar ou não"[27].

5 Considerações finais

Chegando ao final desta breve exposição, é preciso ressaltar que não se tem a ambição de que, por meio do presente texto, sejam obtidas soluções para o grave problema no qual não só o direito se encontra imerso, mas um mero exercício teórico no intuito de buscar linhas gerais para a solução de tal problemática no futuro.

Em relação ao normativismo jurídico, o mesmo foi produto de uma época, funcionou bem por algum tempo, mas, ao final, mostrou-se desastrosa a construção de um direito alheio a qualquer tipo de valor. O normativismo, incorporando espírito de uma época predominada pelo cientificismo, construiu

[26]Idem. Ibidem, p. 297-298.

[27]Idem. Ibidem, p. 299.

um projeto de uma "autêntica" ciência do direito, contudo, sustentar a autonomia do direito como um saber "puro" trouxe a tragédia da II Guerra Mundial para que se pudesse aprender o resultado de um direito plasmado exclusivamente na lógica, sem a responsável preocupação dos conteúdos que o mesmo possa assumir.

O funcionalismo, não obstante objetive também a construção de uma ciência do direito autônoma, ao fechar-se em sua autorreferência, enxerga apenas problemas 'funcionais' voltados para a utilidade, manutenção e preservação do sistema. O funcionalismo entende os valores como algo estranho ao sistema jurídico, a não ser que o reconhecimento de tais valores - com base na operação do sistema por meio do código binário direito/não direito, legal/ilegal - seja instrumentalmente válido para o sistema. A compreensão do direito como ferramenta de controle social não mais satisfaz às necessidades de recuperação do sentido direito que hoje se impõe como premissa para o não desaparecimento do mesmo.

Por fim, mostra-se como uma saída razoável e necessária à compreensão direito por meio de uma axiologia humanista, que leve em consideração os mais diversos valores para a moldagem do direito, com especial preocupação com a ideia de justiça.

Pensar de tal forma claramente implica a perda de autonomia do direito. Tal resultado implicaria que, para a sobrevivência do direito como a mais viável "alternativa humana", ele teria de renunciar ao seu caráter científico? Se estivermos a pensar como teóricos do século XIX, sim. Contudo, se nos atentarmos que a crise instalada em todos os ramos do saber humanos impõe a reconstrução de conceitos epistemológicos, não se pode afirmar de plano que a sobrevivência do direito passa pela renúncia ao seu *status* de ciência. Ao mesmo tempo em que se repensa o direito em busca de recuperação de seu sentido, a espistemologia (que o diga Thomas Kuhn) e a filosofia também vivem crises semelhantes no intuito de reafirmar o que pode ser considerado como ciência ou conhecimento científico.

A construção de um direito axiologicamente fundamentado abre as portas para a preocupação com os conteúdos, juízos de validade e até mesmo a justiça. Um direito com tal fundamentação é o que entendemos como o mais adequado para enfrentar os desafios da pós-modernidade (não desabalizando as opiniões em contrário) e promover uma tentativa de regulação convivencial com base não em supremacia de uns sobre os outros (como necessariamente acontece em

ambos os modelos anteriormente investigados), mas visando à reafirmação da dignidade humana, das pessoas como titulares de direitos e obrigações (já que a construção liberal de direito sem obrigações - bônus sem ônus - também se mostrou extremamente complicada) tendo como horizonte sempre a construção da igualdade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* 2 .ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar na pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECHMAN, Gotthard; STHER, Nico. *Niklas Luhmann.* Tempo social. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo (USP),* São Paulo, 13(2), p.185-200, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. *Digesta.* Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. 1*v.* Coimbra,1995.

_____. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXXIV, 1998.

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

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Barcelona: Herder, 2006.

_____. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: UNB, 1980.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Madrid: Tecnos, 1996.

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoiético.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

POR UMA AXIOLOGIA DA SANÇÃO NO DIREITO: O CASO DA SANÇÃO POSITIVA

Rafael Cruz Bandeira
Bacharel em Direito

Resumo

A sanção é um dos principais aspectos das normas jurídicas e bastante importante para o Direito, no entanto, com utilização amplamente impositiva e autoritária, ao invés de buscar formas mais suaves e receptivas de fazer cumprir as normas.

A sanção positiva relaciona-se com o Direito de sorte a interferir e ser valorada conforme as diferentes concepções dele, sua ideologia e forma de tratamento da sociedade e do cidadão.

Além do que, na escolha da sanção positiva ou negativa descortinam-se valores implícitos, havendo vantagens na utilização da forma positiva da sanção como meio de gerar adesão, efetuando-se direcionamento social por via menos gravosa, mais espontânea e integrando os cidadãos ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Sanção positiva. Teoria geral do direito. Estado. Axiologia.

Abstract

Sanction is one of the main aspects of norms and very important for the law, however widely using forceful and authoritative, instead of seeking ways smoother and responsive to enforce the rules.

The positive sanction relates to the law so as to interfere and be valued according to different conceptions of it, it´s ideology and way of treating society and citizen.

Besides, in choosing between negative or positive sanction default values unfolds, with advantages in the use of positive sanctions as a means to generate support, making up social direction through less onerous and more spontaneous way and integrating citizens into the legal system.

Key-words: Positive sanction. General theory of law. State. Axiology.

1 Introdução

A Ciência do Direito, bem como sua práxis, desde suas construções iniciais até o presente, utiliza-se do instituto da sanção para lhe dar efetividade, cogência e credibilidade. Construção teórica que é, faz-se sentir por suas disposições ou, na sua contrariedade, via de regra, por sanções correlatas.

Com efeito, parece-nos que nenhum sistema ou microssistema jurídico prescinde da sanção estatal. Até no plano internacional, onde falta, muitas vezes, o poder da coação para impor determinados Tratados (normas) a que os Estados se obrigaram, não falta a sanção. Esta pode ser econômica, moral, restritiva de direitos, etc.

Insta pontuar que a sanção é tratada na Filosofia do Direito com destaque, uma vez que descortina ideologias, relaciona-se com o poder, com as normas e com o próprio conceito de Direito. Nesse sentido, grandes jusfilósofos como Reale, Bobbio, Kelsen, Hobbes, Kant, Beccaria, Jhering, Ross, Hart, entre outros, disputam o tema das implicações da sanção no Direito, Estado e sociedade.

Ao percebermos a ubiquidade da sanção nas ciências jurídicas, vemos que ela tem largo espectro, pois ela aplica-se em variados contextos, apresenta-se de diferentes formas e conteúdos, e com múltiplos objetivos práticos finais, mas sempre visando incentivar ou reprimir uma conduta humana conforme desejado pelo legislador [1].

Na Teoria Geral do Direito, o tema da sanção é de grande importância para gerar adesão à conduta estimulada ou dissuasão da conduta proibida, independentemente da concepção de Direito adotada. Seguindo entendimento de Bobbio (2001), a sanção não está presente em toda norma jurídica, fato este observável[2], porém entende-se majoritariamente que ela está presente em todos os ordenamentos jurídicos. Ao menos até o estágio atual da humanidade, temos que concordar com esta visão.

A sanção no Direito é vista mais notoriamente no seu viés negativo, ou seja, proibindo conduta sancionada, do que positivamente com a também chamada sanção premial, assim, nas palavras de Kelsen (2000, p. 17),

> "A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer

[1]Especialmente para Kelsen (1998, p. 27-28) através da "ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária".

[2]Para Bobbio (2001, p. 166): "A presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável.".

> consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa".

Agindo com o mesmo intuito, porém atuando em extremos opostos, a sanção negativa e a premial (positiva) revelam também, axiologicamente, as características do Direito em que atuam, uma vez que o Direito não é apenas lógica jurídica formal, mas é permeado de valoração. Dessarte, ao lado de Cóssio (1964), visualiza-se a distinção entre elementos necessários do Direito, estrutura lógica e valoração jurídica, e elemento contingente, a dogmática, na sua Teoria Egológica do Direito[3]

De sorte que, o uso da sanção premial, sempre que possível, demonstra uma escolha por valores de integração do indivíduo na sociedade, utilizando de inclusão para conduzir conduta humana. Assim, vemos uma opção, em parte valorativa, para uso deste instrumento poderoso do Direito que é a Sanção.

Esquematicamente, em Bobbio, vemos que o enfoque na sanção negativa denota uma carga ideológica, partindo de pressupostos muitas vezes não explicitados, como a necessidade do monopólio da força pelo Estado e seu uso pela correção, que o homem precisa ser sancionado ou que a sanção negativa é meio de trazer paz social[4].

---

[3]Em Cossio, (1964, p. 142): *"Todo esto hacer ver que la valoración jurídica es, al proprio tiempo que elemento material, elemento necesario de la experiencia jurídica. Ella, en tanto que contenido constante del dato, es el sentido del Derecho porque el Derecho es conducta; por eso no puede desaparecer de la manera contingente con que pueden hacerlo las figuras dogmáticas; ella desaparece con el Derecho mismo; no antes ni después; no adentro ni afuera del Derecho mientras el Derecho subsista"*.

[4]"Para Bobbio, uma teoria do Direito que tenha enfoque na sanção negativa apresenta uma carga ideológica, pois foca-se em um elemento que é a pena e não o prêmio. Assim, essa teoria parte de alguns pressupostos, que muitas vezes não são explicitados, como: a) o homem precisa ser sancionado em suas condutas, b) é necessário um Estado que tenha o monopólio da força e o exerça através da correção, c) a sanção negativa tem um efeito de manter a paz social etc. Todos esses elementos são apresentados pelo juspositivismo como aspectos naturais e pertencentes ao próprio conceito de Direito. Porém, essa postura é ideológica, na medida em que se vale de uma visão de mundo particular. Para Bobbio, o grande problema não parece ser o de tomar uma posição quanto à sanção, bem porque é impossível um estudo 'neutro', mas sim de não explicitá-la". (SALGADO, 2008, p. 36)

2 Direito, norma e sanção

Para Jhering (1963, p. 37), um papel importante do Estado é a organização da coerção. Diz ele: "Para realizar seus fins, o Estado limita a natureza: procede pela coação direta ou mecânica, e pela coação indireta ou psicológica". Para este autor, a coação é integrante do Direito, pois a força existe sem o Direito, mas o contrário não pode ser.

Reale (1999) trata da diferenciação entre sanção e coação, de certa forma, como gênero para espécie, uma vez que são múltiplas as sanções que visam manter a observância das normas jurídicas e exemplo de nulidades, ressarcimentos e prêmios. Entretanto, não havendo obediência, deve o Estado substituir-se ao indivíduo e praticar os atos a que este estaria obrigado; esta é a coação, que é sanção pela via da força de órgãos estatais[5].

Quanto ao diálogo a ser estabelecido entre o editor da norma e os receptadores, ele não necessita ser de total consenso ou apoio, já que se apresenta a obrigatoriedade da norma pela via da autoridade contida nos ditames normativos. Todavia, não se pode conceber um total desrespeito à norma, sob pena de descrédito e rompimento de comunicação. Não se fala aqui em transgressão pontual à norma, o que, por via da sanção, somente se reforçaria sua obrigatoriedade. Neste ponto, veja-se Ferraz Júnior [6].

[5]"Sanção e coação são duas noções distintas que estão uma para a outra, de certa forma, como o gênero está para a espécie. São múltiplas as sanções, ou seja, as medidas tendentes a assegurar a execução das regras de direito, desde a declaração da nulidade de um contrato ao protesto de uma letra de câmbio; desde o ressarcimento de perdas e danos sob forma de equivalente indenização até ao afastamento de funções públicas ou privadas; desde a limitação de direitos até à outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de preceitos. Ora, tais medidas, que podem ser preventivas, repressivas ou premiais, como o diz a Teoria Geral do Direito, podem contar ou não com a obediência e a execução espontânea dos obrigados. No primeiro caso, *tollitur quoestio*; no segundo, o Poder Público, a serviço do Direito, prossegue em suas exigências, substitui-se ao indivíduo recalcitrante ou materialmente impossibilitado de cumprir o devido, obriga-o pela força a praticar certos atos, apreende-lhe bens ou priva-o de sua liberdade. Eis aí a coação de que trata o jurista: é a sanção física, ou melhor, a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito".(REALE, 1999, p. 674-675).

[6]"Sanção e coação são duas noções distintas que estão uma para a outra, de certa forma, como o gênero está para a espécie. São múltiplas as sanções, ou seja, as medidas tendentes a assegurar a execução das regras de direito, desde a declaração da nulidade de um contrato ao protesto de uma letra de câmbio; desde o ressarcimento de perdas e danos sob forma de equivalente indenização até ao afastamento de funções públicas ou privadas; desde a limitação de direitos até à outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de preceitos. Ora, tais medidas, que podem ser preventivas, repressivas ou premiais, como o diz a Teoria Geral do Direito, podem contar ou não com a obediência e a execução espontânea dos obrigados. No primeiro caso, *tollitur quoestio*; no segundo, o Poder Público, a serviço do Direito, prossegue em suas exigências, substitui-se ao indivíduo recalcitrante ou materialmente impossibilitado de cumprir o devido, obriga-o pela força a praticar certos atos, apreende-lhe bens ou priva-o de sua liberdade. Eis aí a coação de que trata o jurista: é a sanção física, ou melhor, a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito".(REALE, 1999, p. 674-675).

Isso quer dizer que, por mais que o Estado detenha o poder de sanção e coação, assim como monopólio da força, existem também limites ao seu poder de mando e à sua forma de condução de condutas, que se mantém mais bem integradas à sociedade quando contam com comunicação, entendimento e suporte, fortalecendo as relações e legitimando eventual uso da força contra as condutas desviantes.

Percebe-se, outrossim, a necessidade da comunicação no processo normativo e, especialmente, sancionatório, estabelecimento de diálogo e relativo consenso. De sorte que cabem, na análise da sanção negativa e positiva, considerações acerca da retórica e argumentação estatal, além do seu posicionamento finalístico e valorativo.

De outra parte, Ferraz Júnior, acreditando na coercitividade de todo discurso normativo, critica a posição assumida pelos que adotam a sanção como centro do Direito, haja vista que buscam fazer conexões entre normas para que a todas corresponda uma sanção e justamente põem a sanção como criadora do Direito, o que leva a conflito com outras normas que, embora não jurídicas, impõem sanção, como *"ordem de um bandoleiro que ameaça a sua vítima"* (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 69).

Para aquele jusfilósofo brasileiro, a sanção participa, sim, de toda norma, ainda que indiretamente referenciada e mesmo não sendo causalidade genética do Direito. A norma indica diretamente a qualidade de estar ou não de acordo com o Direito, legitimando a sanção como jurídica. A sanção é a forma para manter autoridade e suspendê-la até o acontecimento da situação prescrita, fazendo com que o discurso normativo seja prospectivo e se mantenha contrafaticamente.

Nessa visão, a sanção é de natureza psicossociológica, determinada axiologicamente. Ela não deve ser vista como estado de coisas, mas como ameaça de sanção, despertando uma expectativa de estar sendo ameaçado, e não propriamente a coação em si[7]. Neste sentido, inclui-se a sanção na função linguística de atos perlocucionários, que visam a certos efeitos, atingimento de fins, no caso, o de ameaça.

[7]"Neste sentido, normas não são discursos indicativos que preveem uma ocorrência futura condicionada - dado tal comportamento ocorrerá uma sanção - mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos como jurídicos (qualificação de um comportamento e estabelecimento da relação meta-complementar). A sanção do ângulo linguístico, é, assim, ameaça de sanção: trata-se de um fato linguístico e não de um fato empírico. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça".(FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 70)

Cabe pontuar que, para o autor em comento, com vistas a não confundir significados de suas explanações, a "ameaça de sanção não deve ser confundida com fórmulas premiais, através das quais o editor normativo pode motivar um comportamento qualificado como indiferente por uma norma permissiva"(FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 71). Então, mesmo utilizando designação sanção positiva como forma de expressar um dos meios de estímulo a condutas, não há nela qualquer ameaça de coação.

O Direito, aos olhos do positivismo, é visto como norma que, por sua vez, tem como característica intrínseca a sanção, sendo esta inclusive a norma primária dentro da proposição jurídica traçada por Kelsen: "Se não A, deve ser B".

Pode-se notar que o próprio conceito de Direito está afeto à sanção que, no seu sentido amplo, contempla também a coação e a coercibilidade. De modo que, para o positivismo, em linhas aproximadas, tem-se o Direito como ordem de ameaças sancionatórias a condutas indesejadas, visando, então, obter uma conduta social adequada (KELSEN, 1998).

Bobbio (1995, p. 66) também demonstra, numa de suas fases, posteriormente ultrapassada, um entendimento estritamente positivista do Direito sem referência à função ou a valores no Direito, fundado nas normas sancionatórias como exercício de poder:

> "Dizendo que o Direito é fundado em última instância sobre o poder e entendendo por poder o poder coercitivo, quer dizer, o poder de fazer respeitar, também recorrendo à força, as normas estabelecidas, não dizemos nada de diferente daquilo que temos repetidamente afirmado em relação ao Direito como conjunto de regras com eficácia reforçada."

No entanto, autores que fogem do paradigma positivista de Direito como norma elaboram outros conceitos de Direito que não atrelados à coerção e à norma exclusivamente.

Neste grupo, podemos incluir Cóssio e Machado Neto, entendendo o Direito como conduta em interferência intersubjetiva, na teoria egológica. Nesta concepção, a conduta é que é interpretada, e não a norma, nas palavras de Machado Neto (1958, p. 138): "A relação entre norma e conduta é, pois, para Cóssio e sua escola, uma relação de conceito a objeto, a norma sendo o conceito

que pensa a conduta em sua liberdade". Em explicação conclusiva do tema, Pinto (1997/1998, p. 80) afirma:

> "Em outras palavras: a norma não é o objeto do pensamento jurídico, mas o modo peculiar do raciocínio do jurista, e a razão normativa não se relaciona com seu objeto (= conduta humana compartida) como algo externo a ele, mas como dimensão gnosiológica de uma especial estrutura ôntica: a da liberdade humana.
> Aí reside a base para o entendimento do processo de compreensão jurídica como o movimento circular da inteligência entre o substrato da conduta (aspectos materiais do comportamento perceptíveis aos sentidos) e o seu significado, isto é, o valor que a conduta apresenta, em um dado contexto sociocultural".

Também Reale traz concepção alargada do Direito como fato, valor e norma, em sua teoria tridimensional, sendo para ele a sanção uma possibilidade, mas não uma certeza[8]. Até mesmo porque o Direito não é somente norma e fato, mas também, valor.

De modo que o Direito não é visto apenas de perspectiva da norma e da sanção, mas também numa perspectiva axiológica, *in litteris*: "A norma envolve o fato e, por envolvê-lo, valora-o, mede-o em seu significado, baliza-o em suas consequências, tutela o seu conteúdo, realizando uma mediação entre o valor e o fato" (REALE, 1999, p. 262).

Habermas, por sua vez, propõe construção do Direito com nexo em racionalidade comunicativa, incluindo democracia e agir comunicativo. O Direito mantém característica da coerção, mas também da autolegislação, onde terá função precípua de realizar integração social, pois devem-se entender as normas feitas através de participação democrática e consenso no agir comunicativo.

Assim, Habermas irá focar a dialógica do conhecimento jurídico, em contraponto à monológica teoria do Direito de Dworkin, baseado em discussão e razão consensual pela organização de procedimentos sociais[9].

---

[8]"Quantas e quantas violações da lei jurídica não são perpetradas sem consequências! Não nos referimos só aos crimes impunes por ignorados, mas às lesões jurídicas que se verificam no plano do Direito Civil ou do Direito Comercial, e que passam, muitas vezes, desapercebidas ou sem qualquer emenda ou sanção ".(REALE, 1999, p. 262).

[9]Nas palavras de Pinto (1997/1998): "Habermas chama a atenção para o caráter solipsista do Hércules dworkiano, contrapondo ao estilo monológico da teoria do direito de Dworkin uma concepção dialógica do conhecimento jurídico, fundada numa teoria da discussão, sob cuja ótica a organização de procedimentos sociais é a base de uma razão consensual, intersubjetiva e formada a partir do mundo vivido (*lebenswelt*) dentro do qual os sujeitos elaboram tanto suas crenças e valores quanto os argumentos com que buscam justificá-lo.".

Insta pontuar que a doutrina não é unânime quanto ao uso da sanção em todas as normas nem que ela é imprescindível no Direito. No entanto, nestes pontos ficamos com a maioria que entende não ser a sanção elemento necessário a todas as normas, porém, sim, ao ordenamento jurídico como um todo.

De fato, parece que a corrente não coativista do Direito é pouco aceita, até pela ampla utilização da sanção e sua imprescindibilidade nos sistemas normativos em concreto.

2.1 Sanção e valor

A sanção no Direito nem sempre é vista de forma valorada, por vezes como numa lógica formal; é vista a sanção como mero instrumento do Direito a ser utilizada de forma instrumental e sem visualização axiológica de seu uso.

Dessa forma, para não perder de vista que o sistema jurídico comporta apreciação de valores e não lógica formal apenas, como pontuado por Cóssio, faz-se válida análise de axiologia e ontologia presentes na sanção jurídica.

Ross (2000), para além da teoria kelseniana, demonstra relação do Direito com o poder através da política, daí seu célebre entendimento de que o poder não está por trás do Direito, mas, sim, opera através dele. Na mesma obra, o autor ressalta ideologia presente no Direito como condicionante do exercício da força estatal [10].

Nesse raciocínio, o uso de sanção positiva viria demonstrar uma maior consideração pela integração das pessoas ao Direito e não somente imposição pura e simples de poder e ideologia pela força, o que não resolve questão democrática de conteúdo, mas inicia considerações de ordem valorativa e menos incisiva no estabelecimento da forma mais consensual no uso da sanção.

Por sua vez, Hart (2001, p. 310) não entende que o Direito gira em torno da coerção e da sua justificação, contrariando Dworkin, onde analisa que "De facto, penso que é totalmente despiciendo procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta".

Posiciona-se aquele autor no sentido de admitir valores em sua teoria,

[10]"O poder político ou poder do Estado é o poder exercido mediante a técnica do Direito ou, em outras palavras,
mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função desse aparato está, como vimos, condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. (...) Não existe poder 'nu', independente do Direito e de sua base." (ROSS, 2000, p. 84).

afirmando que "Em primeiro lugar, como já deixei afirmado, a minha teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, uma vez que, entre os critérios do direito, admite valores, e não apenas meros factos."(HART, 2001, p. 310).

Uma sanção positiva encaixa-se, então, na teoria de Hart, quando, além de admitir valores no Direito, encara-o como forma de orientar condutas humanas.

Acrescentamos que a diferenciação entre sanção positiva e negativa também envolve valoração, de forma que a sanção teria dupla valoração, ao menos: inicialmente, quando se escolhe o comportamento a incentivar, reprimir ou obrigar; a segunda seria a escolha da sanção negativa ou positiva, quando possível, já que a sanção positiva, por seu modo de ação premial, estimulando condutas, não terá aplicação em muitos casos em que apenas se pode agir repressivamente.

Nesta escolha da sanção, cabe lembrar as ideias de socialização de Bobbio e de persuasão e educação em Hobbes, para também avaliar outros fatores sociais e ideológicos de fazer valer o comportamento tido como adequado.

Em Hobbes (1999), importante a ideia de que a coação, via força física, não é sozinha o sustentáculo do soberano. Deve haver também poder de convencimento através da linguagem, ou seja, a persuasão e a educação.

Acertada também, a nosso ver, a ideia de Bobbio de que transformações no Estado levam a novas concepções no Direito, como a evolução do Estado até o Estado do bem-estar social e democrático de direito, no que ocorreram também evoluções na postura sancionadora, com evolução de punições do âmbito Penal para o Civil.

Entretanto, sabe aquele jusfilósofo também das limitações atuais da sanção positiva: "longe de mim a ideia de inverter a tese tradicional, sustentando que as sanções positivas são tão importantes quanto as negativas" (BOBBIO, 2007, p. 67).

Na sanção, em que são demonstrados os aparatos coercitivos do Estado e sua coação efetiva no caso da sanção negativa, deve-se pesar a técnica a ser utilizada para conseguir comportamentos pretendidos, buscando-se evitar destinar caro, importante e robusto aparato estatal para reprimir condutas que, de outro modo, pudessem ser direcionadas. Até para que não sejam utilizados recursos indistintamente, e falte efetividade ao controle das condutas mais perniciosas e difíceis de serem guiadas.

Noutra visão, também a sanção e, por consequência última, a força física,

não devem ser utilizadas em casos em que, *a priori,* tenham soluções mais modestas, interferindo assim no mínimo dos direitos fundamentais, como propugnam doutrinadores de escol, numa valoração robusta e acertada de proteção destes direitos.

3 A sanção premial ou positiva

É a utilização positiva da sanção pelo Estado, sem viés penalizador, ao contrário com intuito congratulante. É a mudança da forma de exercer o controle social e o dirigismo da conduta humana, papel do Estado de repressor para o de promotor de ações de afirmação de boas condutas.

Também é visto como sistema de incentivos do Estado visando à promoção de condutas socialmente queridas.

Para Bobbio, o tema das sanções premiais já havia sido levantado por Bentham e Hobbes, além de Jhering e Kelsen. Entretanto, Bobbio dará mais atenção ao tema por crê-lo relegado a tema de menor importância por juristas.

Kelsen já previa a sanção negativa e a positiva, porém relatava a importância muito maior da penalização que da premiação, como citado. Ocorre que, como a valoração e a ideologia não fazem parte de uma Teoria Pura do Direito, o assunto não prosperou em suas análises.

Como grande estudioso e incentivador da sanção positiva, Bobbio (2007) comenta que a sanção positiva é mesmo o oposto da negativa, como reação à ação boa, e não à má, restituindo, assim, bem ao bem e não mal ao mal, como no caso da sanção negativa[11].

Neste passo, ele nota que, se de um lado a sanção negativa visa tornar a conduta difícil, desvantajosa ou impossível, por outro, na sanção premial, o fim será de tornar a conduta fácil, vantajosa ou necessária (desejada).

O papel educativo do Direito ressalta-se com a sanção positiva que representa tipo direto de direcionamento social. Seu uso não é possível para qualquer comportamento, sendo mais visto no âmbito econômico, o que não impede sua utilização mais costumeira noutros âmbitos.

De fato, este tipo de sanção não tem a mesma carga repressiva do que a sanção negativa, que pode vir a estabelecer punições severíssimas como a

[11]"A noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação à ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo o bem ao bem". (BOBBIO, 2007, p.24)

restrição de liberdade em local insalubre e sem a menor segurança da incolumidade física.

No entanto, a sanção positiva não é sucedânea da negativa, mas apenas mais uma forma justa, útil e, quem sabe, eficaz de direcionamento social para atingimento dos fins desejados pela sociedade através do legislador.

Como formas de direção social, Bobbio pensa na sanção e na socialização, numa relação de expansão ou diminuição do uso da coação, quando podemos, sem perda, adicionar o uso da sanção positiva como forma também de diminuição da coação, dentro da própria estrutura normativa. Assim (BOBBIO, 2007, p. 90),

> "socialização e controle dos comportamentos são os dois meios alternativos e que, onde se amplia o primeiro, tende-se a restringir o segundo. Do ponto de vista de uma análise funcional, isto significa que o aumento dos meios de socialização e de condicionamento psicológico - e de sua eficácia - avança em prejuízo da função tradicionalmente exercida pelos meios de coação"

Importante notar, desta feita, a importância dada a formas de condicionamento social que não a penalização, inclusive, pensamos, para a diminuição de custos estatais com a imposição de sanções negativas que muitas vezes são exorbitantes, penalizando toda a sociedade por consumir recursos que poderiam ser utilizado em prol dela mesmo.

Outro ponto importante é a não interferência estatal direta na esfera individual de forma coativa nas sanções positivas, estimulando, à primeira vista, a liberdade de cada um em suas ações e a educação coletiva através dos incentivos dados.

Citando Salgado (2008, p. 127), em seu trabalho: "Na mesma linha, entende que uma sociedade que só se utiliza de sanções negativas é menos desenvolvida ou avançada que outra que prevê sanções positivas.". Disto resulta a expressão "sociedades tecnicamente avançadas" utilizada por Bobbio.

Com utilização de sanção positiva, aponta-se, então, para uma diminuição da coerção estatal e menor uso da força pelo Estado, o que diminui a coercitividade do Direito, fato de consequências positivamente valoradas. Até porque não se diminuiu o controle ou direcionamento do Estado, mas, sim, a forma de utilização é que variou, trazendo mais direcionamento e menos coação.

Nisto, aqui discordamos de Salgado[12] em sua tese, quando afirma que não há diferença no caráter da coação se a sanção é positiva ou negativa, apenas uma mudança em sua forma. Mas concordamos quanto ao restante: que o incentivo não deixa de ser controle social, ligado também ao poder, mas que há mais ganho em ser direcionado do que coagido ou reprimido.

Em que pese serem as análises discursivas aqui expostas pouco diferentes da apresentada pela estudiosa da obra de Bobbio, mantém-se a ideia fundamental de que há ganho à sociedade se mantém, além de nos parecer ser correta, a análise da passagem da força ao poder, o que não desqualifica a utilização da sanção positiva de nenhum modo.

Isto porque o Estado, como detentor de poder emanado pela própria sociedade, não está axiologicamente limitado no uso de poder numa perspectiva quantitativa, pensamos, mas, sim, no aspecto qualitativo.

O poder deve (e não pode) ser visto como dever, conceito este bem trabalhado no Direito Administrativo, numa análise muito mais axiológica do Estado Democrático de Direito que puramente dogmática, dever estatal para poder agir de maneira a melhor atender aos anseios e necessidades da sociedade detentora do Poder.

Com base nisto, não há falar em rubor do Estado em manifestar o poder, mas, sim, em utilizá-lo de forma a realizar o avanço social valorado de forma positiva. Desta forma, falar em utilização do poder consentânea com respeito à pessoa, mínima intrusão nos direitos fundamentais, ocasionando segurança jurídica, é forma de valorar o uso da sanção positiva sem precisar adentrar na dogmática jurídica para fazer essa análise.

Em que pese a positivação no ordenamento jurídico, em especial o constitucional, de valores sensíveis ao mundo ontológico e axiológico do homem, ao falar-se em dignidade da pessoa, direito à vida, intimidade, democracia, entre outros, estamos tratando de valoração que existe de forma autônoma aos ordenamentos jurídicos, valoração esta que mudará conforme a análise empírico-dialética que se fizer (COSSIO, 1964).

[12]Na opinião de SALGADO (2008, p. 129): "O que se propõe nesta tese é que a coação não tem caráter diverso, se a sanção é positiva ou negativa, somente a forma dessa coação é diferente. A sanção mudou, pois mudaram os objetivos ao punir. A sanção negativa é típica de um Estado que exerce um controle fino sobre seus cidadãos, para direcioná-los a cumprir e a agir de um determinado modo. O incentivo não deixa de ser uma forma de controle social que está mais ligado ao poder do que à força. A persuasão, o direcionamento a uma postura desejada pelo Estado, também é uma forma de poder. Não se pode negar que há um ganho nesse tipo de sanção, uma vez que é melhor ser direcionado do que coagido ou mesmo reprimido. Há uma transformação de mecanismos de controle, para se adequar a uma sociedade mais complexa e difusa, em que a dominação não pode se dar de forma direta e explicita".

Isto posto, a técnica de direção social, via sanção premial, demonstra um maior grau de evolução social consentâneo com a valoração atualmente levada em consideração, tais como, principiologia no Direito, respeito a direitos fundamentais, teorias da argumentação e discussão e consensualismo na racionalidade jurídica.

Nesses aspectos, a sanção positiva não só tem maior abertura, como circula tranquilamente na razão consensual, trabalhada por Habermas e na compreensão da norma positiva para Machado Neto (1977), numa perspectiva egológica, como: "um instantâneo do entendimento societário daquele momento", entendimentos peculiarmente aproximados em análise de Pinto[13].

Uma vez que sanção positiva é possibilidade de um certo acordo fundado no incentivo à adesão, ela encaixa-se no âmbito dos conceitos trazidos. Não queremos dizer que seja acordo completamente consensual, porém é o que mais se aproxima dele na dogmática jurídica como norma plasmada no ordenamento, devendo, sim, haver momento anterior (legislativo) de construção da norma onde se debateu, aí sim, de forma quanto mais dialógica e aberta à sociedade melhor.

De forma que, mesmo acreditando ser a sanção positiva instrumento de coação, porém de forma diferente da habitual, Salgado vê ainda algumas peculiaridades mais favoráveis à sanção positiva, como ser esta instrumento de direção social do indivíduo para o Estado, e não somente o inverso, como nas sanções negativas. Assim, a sanção premial está afeta também à conquista de direitos e estabelecimento de garantias, o que "não retira a possibilidade da sanção positiva advir de uma força de pressão" (SALGADO, 2008, p. 130).

A sanção positiva demanda forma mais participativa de sociedade, de negociação entre sociedade civil, Estado e instituições. Incentivam-se discussões sobre Direito e política, mesmo que através de interesses inicialmente egoísticos, mas que geram relevância social, na medida em que o estímulo das participações individuais ou setoriais propicia comunicação e argumentação das políticas públicas, sobrelevando democracia e bom nível da legislação.

Outrossim, quer na visão de Bobbio ou de Habermas, vislumbra-se maior importância e participação do sujeito destinatário da norma, quando da sua elaboração, o que é alcançado com a utilização da sanção positiva.

[13]"Esta análise sociológica do mundo jurídico normativo, que Machado aprofunda no trabalho *"Sobre a Intersubjetividade da Compreensão",* ao salientar a comunicação entre os conceitos husseliano de *'lebenswelf'*, *'everyday life'* na Etnometodologia de Cicourel, Garfinkel e Douglas, e 'construção social da realidade' em Berger e Luckman constitui uma via nitidamente assemelhada ao percurso desenvolvido por Habermas em sua teoria da discussão e na ideia de acordo consensual como base da racionalidade jurídica".(PINTO, 1997-1998, p. 87).

Considerando a função promocional do Direito, restando viável o alcance da sanção positiva com resultados próximos ao da utilização da sanção negativa, repressiva, são visíveis os ganhos qualitativos, teleológicos e axiológicos do uso da forma positiva nas áreas que o Direito vise tutelar.

3.1 A contraposição à sanção como punição

Relativamente ao vocábulo *sanção*, muitos autores o têm por sinônimo de sanção negativa, o que está corriqueiramente estabelecido.

No entanto, ao tratar-se de sanção positiva, o sentido comum da sanção é invertido, o que não parece questão mais relevante que estilo, desde que entendamos os pressupostos e consequências de cada tipo de sanção, onde a sanção positiva inverte a lógica da sanção e se aproxima apenas no objetivo de conduzir condutas ou, como chamado alhures, direcionar comportamentos.

Assim é que, como tratado, a sanção positiva dá prêmios, incentivos e facilidades ao aderir-se à conduta desejada.

Destarte, temos um contraponto à sanção negativa, que, pesados os casos de sua utilização, pode ser alternativa para novos rumos de substituição da utilização de castigos *a posteriori* por incentivos *a priori*.

Mesmo porque o Estado gasta bastante para punir, com oportunização de ampla defesa, produção de provas, estrutura voltada à punição, funcionários, etc. No que uma análise econômica da substituição de uso da sanção negativa pela positiva, onde for viável, importaria interessantes argumentos para a escolha consciente do uso da sanção.

No âmbito das sanções negativas, mais especificamente da punição estatal que visa reprimir condutas, utilizando de estabelecimento de um mal ao indivíduo sancionado, ao invadir bem da vida que lhe está afeto, como punições econômicas, restritivas de direitos, privativas de liberdade, etc., vemos que muito do seu esforço resta infrutífero.

Tanto porque as taxas de criminalidade dificilmente cedam por estabelecimento de sanções penais ou porque também não se respeitam condutas administrativamente puníveis; salvo quando importem quaisquer dos tipos em fiscalização assídua e certeza da punição, é de se notar a falta de efetividade de tais reprimendas. De forma que muitos autores comentam da falência das penas de prisão.

Vemos da doutrina um esforço grande para buscar novas tendências e alternativas às punições, uma vez que admite sua falta de efetividade e, por

vezes, utilidade, como nas críticas à pena de prisão e tentativas de ressocialização, buscando-se menor utilização do Direito Penal, formas graduais de sanção e minimalização da atuação punitiva estatal [14].

Pode-se verificar assim que, em que pese a discussão desse tema ser antiga, a sua atualidade é notória. Problemas antigos, muitas teses e livros escritos, porém poucos problemas resolvidos de fato.

No caminho aqui traçado, propugnando por valores a serem considerados quando da inovação legislativa na propositura de novas punições, Carvalho (1992) também ressalta caráter promocional do Direito[15]. Deste ângulo, pode-se dar maior valor ainda às sanções positivas, que não geram o tipo de problema que geram as sanções negativas, em que pesem suas distinções de aplicações, mormente em casos mais graves do Direito Penal.

Em tempos de transformações, onde dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais aportam novo sentido ao Direito, trazendo-lhe indicativo de valor para complementar sua estrutura formal e instrumentalização, bem a calhar a mudança de enfoque na sanção negativa para a positiva, do homem mau para o homem inerte, respectivamente, no dizer de Bobbio (2007, p. 79):

> "a concepção tradicional do Direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau, cujas tendências antissociais devem, exatamente, ser controladas. Podemos dizer que a consideração do Direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado".

[14]"Assim, a pena privativa de liberdade, instrumento que fracassou nos mais diversos países, na busca da ressocialização do criminoso, começa a ser substituída por mecanismos outros, como as alternativas assim mencionadas, e a descriminalização de condutas, tratando-as como sanções administrativas. Várias são as propostas mundiais na busca de inovações para o sistema penal, dentre as quais podemos citar: a descriminalização das contravenções; mais intensa utilização do sistema de penas alternativas; a utilização de sanções de natureza administrativa; e a descriminalização, que representam a adoção de um sistema racional e proporcional, no caminho da minimalização da atuação estatal penal." NOGUEIRA NETO, 2005).

[15] "Das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal. Não se pode olvidar que este, mormente em um Estado promocional, é, por natureza, um de seus instrumentos mais eficazes. [...]. A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal." (CARVALHO, 1992).

4 Considerações finais

A sanção é um dos instrumentos de maior importância e atuação no Direito, sendo estudada tanto na Teoria Geral do Direito quanto em seus ramos, com profundidade e atenção, de forma que o seu papel promocional apenas agrega mais uma via na busca da direção social, sem pretensão de abarcar todas as situações a serem sancionadas pelo Estado.

No amplo horizonte do pós-positivismo e das discussões fecundas sobre valores na sociedade contemporânea, a sanção positiva tem seu merecimento ao lado das sanções negativas, por mais que, no atual estágio social, estas últimas sejam maioria.

No entanto, deve-se levar em consideração o rápido desenvolvimento econômico e social atuais como processo de inclusão dos cidadãos e, consequentemente, de oportunidade para o Direito buscar a promoção de condutas e de valores, inserindo o indivíduo no contexto desejado, pelo estímulo a condutas socialmente adequadas.

Em excerto significativo da participação do sujeito receptor da norma, além de demonstrativo da importância dos valores de liberdade e consenso, Habermas (1997, p. 307-308) aponta que o direito moderno se funda em normas positivas e impositivas para garantir a liberdade. A tais normas, tradicionalmente asseguradas através de ameaça de sanção (negativa) pelo Estado, vem associadas pretensão de legitimidade, uma vez que se espera que elas possam salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito:

> "Tal expectativa de legitimidade acompanha os passos concretos da criação e da imposição do direito... Noutras palavras, o direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face: eles podem tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, as quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as consequências que podem resultar de urna infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece "por respeito à lei". Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei. Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político?"

São ideias particularmente ligadas a uma integração do indivíduo ao ordenamento, com aceitação das normas e posicionamento conforme o Direito, sem a necessidade de imposição forçada de normas modificáveis pelo legislador, que minaria sua legitimidade, forçando a uma intrusão nos direitos da pessoa, se utilizada uma sanção negativa. Pelo aspecto positivo, então, a sanção aqui proposta incentivaria aquela integração e pacificação social por via de adesão ao ordenamento, sem necessidade, ao menos imediata, de intrusão em direitos e uso da coação, ficando tais instrumentos para uso em última hipótese.

A sanção premial ou positiva cumpre o papel, no contexto apresentado, de ser ao menos: 1- incentivador da adesão à conduta querida (papel da sanção); 2- fortificadora de ideais de construção, de integração e premial, ideias construtivas e ideologicamente positivas, ao invés de penalizadoras; 3- não invasivas de direitos fundamentais; 4- uma mostra de papel axiológico da sanção e da norma no Direito**;** 5- papel de consensualidade na comunidade.

No mais, cabe à sociedade e ao Estado, por meio da política, buscarem efetivar a sanção positiva nos âmbitos em que for possível ou até necessária sua utilização.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

COSSIO, Carlos. *La teoria egológica y su concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS. Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou a matéria forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999

JHERING, Rudolf von. *A Evolução do direito*. Lisboa: José Bastos & Cia.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Para uma eidética sociológica*. Salvador: Pós-graduação em Ciências Sociais da UFBA, 1977.

_____. *O Problema da ciência do direito*. Salvador: Progresso, 1958.

NOGUEIRA NETO, João Baptista. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras*: instrumento de prevenção da criminalidade econômica. Curitiba: 2005. Tese (Mestrado) UFPR.

PINTO, Marília M. M. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v.37 , p.69-91, 1997-1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

SALGADO, Gisele M. *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*. São Paulo: [s.n], 2008. Tese (Doutorado) PUC-SP.

3 DIREITOS HUMANOS

Edgardo Ferreira Soares - Posse de Chefe da Casa Civil no Governo de Pedro Gondim - 1963-1964 (Acervo Memorial do MPPB)

DO VALOR DO HOMEM À HIPOCRISIA DOS DIREITOS HUMANOS

Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento Silva
Bacharel em Direito

Resumo

O presente artigo decorre de pesquisas realizadas junto ao Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba. Utiliza-se de uma abordagem dialética que contrapõe os fundamentos modernos da dignidade humana e sua tradição ocidental às críticas pós-modernas que conduzem à perda das justificativas morais dos direitos humanos, em busca de uma síntese que conduza ao reconhecimento do fim dos direitos humanos em sua dimensão universalista e natural, em favor de um corpo de direitos enquanto esperança e, instrumento de resistência contra-hegemônica dos excluídos e oprimidos. Para tanto, reconstrói-se a concepção moderna de direitos humanos como um mínimo moral comum das sociedades democráticas e finalmente, alcança o debate atual acerca da hipocrisia dos direitos, elevados à condição de elemento estratégico dos novos mecanismos globalizados de poder.
Palavras-Chave: Dignidade humana. Direitos humanos. Pós-modernidade.

Abstract

This article derives from research conducted by the Center for Citizenship and Human Rights at the Federal University of Paraíba. Uses a dialectical approach that contrasts the modern foundations of human dignity and tradition to Western post-modern criticism that lead to loss of the moral justification of human rights, seeking a synthesis that leads to the recognition of human rights in order of their size universal and natural in favor of a body of rights as an instrument of hope and counter-hegemonic resistance of the excluded and oppressed. To this end, reconstructs the modern conception of human rights as a minimum common morality of democratic societies and finally reaches the current debate about the hypocrisy of the rights, elevated to the status of a strategic element of the new globalized mechanisms of power.
Keywords: Human dignity. Human rights. Post-modernity.

1 Introdução

O mundo atual vive um momento de transformações sociais, culturais, científicas e políticas que demandam novos olhares, novas reflexões, novos discursos e práticas que, apesar dos incansáveis debates no campo da teoria social acerca dos limites conceituais desses tempos, numa simplificação teórico-metodológica drástica, se apresenta sobre o vocábulo pós-modernidade. Se a modernidade implica características como a universalidade, a individualidade e a autonomia do sujeito, uma análise pós-moderna, como a que se pretende nas linhas que seguem, propõe-se ao questionamento desses pilares, como crítica à razão, à moralidade e à ciência dos ilustrados.

Nesse sentido, quando pensamos em direitos humanos e no valor do homem nos tempos atuais, se, por um lado, não se podem negar as consideráveis contribuições da tradição ocidental moderna que se verifica nas inúmeras declarações de direitos, tratados e protocolos nacionais e internacionais, por outro, uma das contradições mais evidentes da atualidade é o vigor com que os direitos humanos se tornaram discurso de resistência contra a opressão ao mesmo tempo em que se amontoam os casos de violação, sobretudo em decorrência das novas configurações e tendências econômicas e políticas internacionais. Eis o paradoxo dos direitos humanos na pós-modernidade.

Como ensina Lindgren Alves, enquanto, para a sociedade moderna, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência – daí o porquê do *Welfare State*, para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna – o homem é responsabilizado e estigmatizado pela sua própria desumanidade, associado ideologicamente ao que há de mais negativo, como superpopulação, tráfico de drogas, violência criminal, epidemias, destruição ambiental e outros males. O Estado, por sua vez, antes arauto de ideais igualitários e emancipadores da dignidade pessoal no socialismo e no liberalismo, agora se torna simples gestor da competitividade e dos interesses internacionais, sem o mínimo de identificação com o compromisso do desenvolvimento humano.

Nesse contexto, como justificar o fundamento moral dos direitos humanos? Como continuar a acreditar no valor absoluto do homem? Como defender a ideia de um corpo de direitos universais e inalienáveis como um fim existencial maior a ser buscado pela sociedade? Subsistem a dignidade humana e os direitos

humanos, enquanto esse mínimo ético comum ou não passariam de estratégia, como explicaria Foucault, das novas estruturas de poder? Esta é a reflexão: a hipocrisia dos direitos humanos que se provoca nas linhas que seguem, não na busca por respostas, mas por um novo olhar acerca da realidade.

2 Dignidade: valor do homem

No cerne do entendimento acerca dos direitos humanos, está intrínseca a ideia de dignidade[1] humana bem como os esforços empreendidos no sentido do seu reconhecimento. Contudo, as questões sobre o que vem a ser a dignidade humana suscitam inúmeros desafios e conduzem a uma discussão de caráter metafísico que se revela imprópria em face dos objetivos do presente texto. Daí que se faz conveniente a afirmação de Pequeno (2007, p.195) de que é desnecessária a apreensão exata e aprofundada da noção de dignidade humana para entender sua importância no sentido do respeito ao ser humano e em defesa de sua não degradação.

Ensina o filósofo que, apesar das dificuldades de se fornecer uma definição satisfatória da dignidade humana, é comum designá-la como aquele elemento fundamental que define a essência do homem, ou ainda, o atributo responsável por conferir humanidade aos indivíduos. Tratar-se-ia, pois, de um valor ou qualidade inata dos sujeitos, incondicional, incomensurável e inalienável, capaz de tornar todos os homens idênticos em suas desigualdades (PEQUENO, 2007, p.194) ou, ainda, nas palavras de Rabenhorst (2001, p.15), uma categoria moral atribuída aos homens para posicioná-los na escala dos seres.

No mais, comporia a amplitude da dignidade humana, um conjunto de necessidades básicas, objetivas e universais, que funcionariam como condições prévias para o *status* de ser humano (RABENHORST, 2008, p.57).

Tais necessidades, nos ensinamentos de Roig (1992, p.103), seriam entendidas como predicados indissociáveis das pessoas, cuja privação repercutiria diretamente no desenvolvimento de suas vidas, tal como as exigências de manutenção física do organismo (saúde biológica) e as garantias de autonomia (sem as quais o homem perderia sua condição de ser racional e livre).

Ora, não que existam homens destituídos de valor, ou ainda, não que se negue a importância de um mínimo existencial humano, mas, diante de tal

[1]Originado do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima.

convicção, quais seriam os fundamentos capazes de justificar a necessidade de igual tratamento ou de uma idêntica consideração para cidadãos e malfeitores, tendo em vista que seus atributos individuais tanto divergem no que diz respeito aos papéis que desempenham na sociedade?

De fato, ocorre que a tese de que os homens compartilham de uma idêntica humanidade e que, por tal razão, devem ser tratados igualmente não se constitui, efetivamente, como um universal cultural, mas, ao contrário, é a desigualdade entre os homens que parece apresentar um caráter óbvio ao longo da história, dado que uma grande parcela do gênero humano viveu, e continua vivendo, das maneiras mais indignas possíveis (RABENHORST, 2001, p.9).

Em todo caso, ainda que o argumento da igualdade natural entre os homens se revista de certo grau de fragilidade por sua característica eminentemente abstracionista, há de convir-se que, ao menos por ocasião de uma massificação de atos atentatórios ao ser humano ou, melhor dizendo, do recrudescimento dos casos de violência[2] e desrespeito entre os indivíduos, é forçoso admitir, por contraste, que todos os homens são detentores de um valor semelhante, sendo, portanto, merecedores de um mínimo de reconhecimento e proteção.

Tem-se então a perspectiva de dignidade humana, enquanto fundamento de uma moralidade democrática, na medida em que todos os homens fazem parte, indistintamente, de uma mesma comunidade, não por explicações metafísicas, mas como resultado de decisões e conquistas históricas que atribuíram a cada cidadão o mesmo direito de defender seus interesses, na exata medida da consideração e do respeito que deve ter para com seus pares (RABENHORST, 2001, p.45).

Daí ser a dignidade humana um princípio de prudência que visa garantir um mínimo moral comum capaz de manter a diversidade cultural e o pluralismo de valores que caracterizam as sociedades democráticas; nas palavras de Tosi (2002, p.110), o conteúdo material de uma ética pública, que visa conciliar e garantir o espaço privado de cada sujeito, a esfera pluralista de suas escolhas e o conjunto de valores coletivos compartilhado por todos.

Mas o que vem a ser esse homem-sujeito detentor de dignidade?

Legado da filosofia moderna e um dos principais valores do mundo

[2]Ensina Pequeno (2002, p.129) que a violência atinge a dimensão psíquica e moral dos seres humanos, e se afigura como um dispositivo destinado a coisificar o outro, a violar os seus direitos ou a negar a sua humana condição. O recurso à violência implica um processo de desumanização do próximo, tornando-o uma simples coisa ou um ser desprovido de toda qualidade humana superior.

ocidental, o sujeito apresenta-se como um ser dotado de consciência e razão, elementos estes que lhe conferem a capacidade de conhecer, tanto ao mundo quanto a si mesmo, mas não só isso. Como ensina Carbonari (2007, p.177), a noção de sujeito designa também uma construção relacional, ou seja, "é intersubjetividade que se constrói na presença do outro e tendo a alteridade como presença". Por isso, explica Pequeno (2007, p.189):

> O ser-para-outro impõe à consciência uma nova modalidade de ser: aquele fundado no dever-ser, ou seja, na obrigação de reconhecer valores e seguir regras. A ideia de sujeito adquire, com efeito, uma dimensão moral representada pela faculdade que lhe permite agir com liberdade, respeitar os direitos alheios e cumprir os deveres inerentes à vida em sociedade. A subjetividade passa a também se definir pelos padrões compartilhados de comportamento e pelas obrigações que contrai em sua existência com os outros. Trata-se aqui do indivíduo capaz de viver em companhia dos demais, definir os rumos de sua própria história e, finalmente, deliberar, decidir ou escolher, com base em regras, valores e princípios morais.

Dessa forma, se a identidade humana só existe diante desse princípio de reciprocidade que une um sujeito a outro, a dignidade humana, vale lembrar, o mínimo moral democrático, traduz com eficiência esse princípio de reciprocidade, na medida em que atribui a todos os sujeitos um idêntico valor, um mesmo direito de igualdade, sem o qual não seria possível exigir outros direitos (RABENHORST, 2001, p.47).

Impende destacar também que a ideia de dignidade humana está contida no conjunto de direitos de caráter positivo trazidos no bojo de inúmeros tratados, convenções, protocolos internacionais e cartas constitucionais que se multiplicaram a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948[3], de forma que esse valor democrático se ampliou, passando de uma dimensão ética (ou moral) para uma dimensão jurídica. Assim, a ideia de dignidade humana passa a ser um critério para a determinação e avaliação da legitimidade da política, da justiça do direito e das decisões relevantes para a humanidade (BITTAR, 2010, p.249).

O que se deve entender, portanto, como dignidade humana é

[3]Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2008, p.63).

Contudo, diante dos reiterados exemplos de desconsideração da condição humana que se observa ao longo da história, como os horrores dos campos de concentração de Auschwitz ou, ainda, a arbitrariedade dos governos militares no Brasil, torna-se fácil perceber que a dignidade humana não é um dado natural, nem tampouco um bem universal alcançado pelas democracias.

É a dignidade do homem, com efeito, como se desprende dos ensinamentos de Carbonari (2008, p.15), que vive em luta permanente pela construção do reconhecimento e contra a exploração, o domínio, a vitimização e a exclusão. É com o que concorda Comparato (2008, p.38), ao afirmar que a compreensão da dignidade da pessoa humana e de seus direitos, no decorrer da história, tem sido fruto da "dor física e do sofrimento moral", uma vez que, diante dos surtos de violência, massacres e explorações em massa, tende a nascer na consciência de todos a exigência de novas regras para uma vida digna.

3 A tradição ocidental da dignidade humana

A convicção ética coletiva de que todos os seres humanos têm direito de ser igualmente respeitados, pelo simples fato de seu valor de dignidade, ou seja, por sua condição humana, a despeito das diferenças biológicas, culturais ou qualitativas que os distinguem entre si, vem se expandindo e aprofundando progressivamente na história (COMPARATO, 2008, p.60).

Não que haja um consenso em torno das etapas precisas dessa história, mas sabe-se,, com efeito, tratar-se de um processo que se robustece na cultura ocidental[4] e que contempla duas perspectivas que se entrelaçam: uma história

[4]Foi no Ocidente que se operou o reconhecimento de uma unidade entre todos os seres humanos, concebidos como sujeitos livres e iguais em dignidade e direitos. Em regra, as sociedades não ocidentais são hierárquicas ou verticais, e os seus membros são detentores de diferentes graus de dignidade, pureza ou sacralidade.

social, que diz respeito aos fatos, acontecimentos, as lutas e as revoluções de afirmação da dignidade do homem; e uma história conceitual, que enfatiza as doutrinas filosóficas, éticas, políticas e religiosas que influenciaram as concepções acerca do homem, do mundo e do poder (TOSI, 2005, p.15) e que será tratada de maneira particular nas linhas que seguem.

As primeiras justificativas da preeminência do homem no mundo surgem com a afirmação da fé monoteísta do povo da Bíblia (COMPARATO, 2008, p.1). Não que se possa atribuir aos hebreus a criação do monoteísmo, uma vez que vários outros povos da antiguidade acreditavam num só deus – de contornos tribais e cuja função era a de proteger seus seguidores e auxiliar nas batalhas contra os inimigos –, mas seu grande legado à humanidade foi a ideia de um Deus único e transcendente, que não se satisfazia em ajudar os guerreiros, mas que exigia uma conduta ética e solidária de seus seguidores (PINSKY, 2008, p.16).[5]

Assim, *Iahweh* (aquele que é) seria o criador do universo e do homem, e este último ocuparia uma posição eminente na ordem da criação em decorrência da vontade suprema de Deus e de sua semelhança para com ele:

> No princípio criou Deus os céus e a terra (Gênesis, 1,1) (...) E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme à nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. (Gênesis, 1, 26).

Mais adiante, a filosofia grega, partindo de um modo de pensar racional, introduz uma nova justificativa para a posição ímpar do homem no universo. Assim, num diálogo acerca do conceito de conhecimento, Platão narra na obra *Teeteto* a definição de Protágoras, a saber, "o homem é a medida de todas as coisas, da existência das que existem e da existência das que não existem" (PLATÃO, 2001, p.49).

[5]O chamado monoteísmo ético surgiu da doutrinação dos profetas sociais, a exemplo de Isaías e Amós, já no período de decadência da monarquia, após a divisão dos reinos de Judá e Israel, e serviu de base para as grandes religiões do ocidente (cristianismo, islamismo e judaísmo, mantendo seus valores ao longo de mais de 25 séculos.

No mais, as reflexões[6] narradas na tragédia Antígona, de Sófocles (442 a.C.), revelam a ideia do homem como exceção dentro do conjunto de seres que compõe a natureza (RABENHOSRT, 2001, p.15), a saber,

> Muitas são as coisas prodigiosas sobre a terra, mas nenhuma mais prodigiosa do que o próprio homem. Quando as tempestades do sul varrem o oceano, ele abre um caminho audacioso no meio das ondas gigantescas que em vão procuram amedrontá-lo: à mais velha das deusas, à Terra eterna e infatigável, ano após ano ele lhe rasga o ventre com a charrua, obrigando-a a maior fertilidade. A raça volátil dos pássaros captura, muita vez, em pleno voo. Caça as bestas selvagens e atrai para suas redes habilmente tecidas e astuciosamente estendidas a fauna múltipla do mar, tudo isso ele faz, o homem, esse supremo engenho. Doma a fera agressiva acostumada à luta, coloca a sela no cavalo bravo e mete a canga no pescoço do furioso touro da montanha. A palavra, o jogo fugaz do pensamento, as leis que regem o Estado, tudo ele aprendeu, a si próprio ensinou. Como aprendeu também a se defender do inverno insuportável e das chuvas malsãs. Vive o presente, recorda o passado, antevê o futuro. Tudo lhe é possível. Na criação que o cerca, só dois mistérios terríveis, dois limites. Um, a morte, da qual em vão tenta escapar. Outro, seu próprio irmão e semelhante, o qual não vê e não entende.

Infere-se do fragmento a clara superioridade do homem em relação às outras espécies, sobretudo no que diz respeito às suas habilidades, contudo há de se destacar também a passagem final do texto, na qual o trágico grego chama atenção para um dos males que aflige a humanidade: a dificuldade do homem em reconhecer o valor de seu semelhante que, como já explicado neste trabalho, constitui um dos elementos motivadores da dignidade humana enquanto consciência moral e histórica.

De maneira geral, ensina Comparato (2008, p.10) que as tragédias gregas representaram "a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana", de forma que o homem aparece como um problema em face dele próprio, um algo a investigar imposto à razão. Daí que os gregos

[6]Outra reflexão grega acerca da especificidade do homem em face dos seres é encontrada no diálogo Protágoras, de Platão, no qual a origem da humanidade dos homens é ilustrada a partir do mito de Prometeu. Descreve o sofista que Prometeu e Epimeteu foram encarregados pelos deuses de distribuir entre as espécies da terra as diversas qualidades existentes, e em tendo Epimeteu, responsável pela parte do mundo em que se encontrava o homem, esquecido deste – vindo a presentear exclusivamente as demais criaturas – Prometeu decide furtar dos deuses o fogo e a habilidade artística e atribuí-los ao homem, cuja espécie passou assim a ocupar um lugar de destaque, intermediário entre os seres e os deuses. (PLATÃO, 1986, p.103).

da antiguidade acreditavam que a diferença dos homens em relação aos outros animais e, consequentemente, o fundamento de sua dignidade, dava-se pelo uso da razão, ou seja, pela capacidade humana de compreender o mundo, de questionar a si próprio e de elaborar um pensamento lógico.

Contudo, destaca Rabenhorst (2001, p.16) que a dignidade humana, segundo essa concepção racional clássica, não se manifestava da mesma forma em todos os indivíduos. No mesmo sentido, explica Sarlet (2008, p.30) que, no pensamento filosófico antigo, a dignidade da pessoa humana dizia respeito à posição social ocupada pelo indivíduo e o seu respectivo grau de reconhecimento por parte dos demais membros da comunidade, daí porque se podia falar na quantificação e modulação da dignidade, de forma a admitir-se a existência de pessoas mais ou menos dignas[7].

Essa concepção de dignidade humana, elaborada pelos filósofos da Grécia Antiga, viria a ser ampliada pelos estoicos, no período que se passa entre a *polis* grega e a *cosmópolis* romana. Ensina Comparato (2008, p.16) que a filosofia estoica, ainda que não gozasse de um caráter sistemático, organizou-se em torno da ideia central de uma unidade moral do ser humano, cuja dignidade seria decorrente de sua filiação a Zeus, daí ensejando uma identidade de direitos naturais entre os indivíduos.

Assim, para os estoicos, todos os homens seriam livres e iguais em decorrência de uma idêntica capacidade de pensar (razão), e por isso seriam eles membros de uma mesma comunidade civil mundial (unida por uma fraternidade universal), composta por deuses e homens e regida por uma mesma lei natural emanada por Zeus (governante e ordenador do universo), sendo, portanto, superior a qualquer lei positiva (TOSI, 2005, p.101). Dessa forma, é nesse momento que a ideia de dignidade humana se aproxima do sentido que lhe

[7]A própria cidade-estado de Atenas (VI a.C.), mesmo durante o auge de seu período democrático, era rigidamente estratificada, e o processo inclusivo de constituição de sua comunidade forjou-se de maneira simultânea com uma intensa exclusão social interna (GUARINELLO, 2008, p.36). Tratava-se, pois, como ensina Rabenhorst (2001, p.16), de uma democracia aristocrática, privilegiada, que dizia respeito unicamente aos indivíduos de sexo masculino, filhos de atenienses e no pleno gozo de suas liberdades – os cidadãos – portanto, desconsiderando mulheres, imigrantes e escravos, que não participavam da vida pública por serem considerados naturalmente inferiores. Essa diferenciação de papéis sociais foi defendida por quase todos os filósofos gregos, com exceção dos sofistas. Assim, Platão defendeu a ideia de que a república dependeria de uma organização hierárquica da sociedade com base nos valores dos indivíduos, na qual os filósofos estariam no topo e seriam responsáveis pela condução da cidade, no meio estariam os guardiões, e na base, os lavradores, artesãos e demais componentes da classe econômica. Cada uma dessas classes seria possuidora de uma virtude específica: "Vós sois efetivamente todos irmãos nesta cidade, mas o deus que vos modelou, àqueles dentre vós que eram aptos a governar, misturou-lhes ouro na sua composição, motivo por que são mais preciosos; aos auxiliares, prata; ferro e bronze aos lavradores e demais artífices" (PLATÃO, 2009, p.109).

é atribuído hoje, compreendendo uma dimensão moral e uma dimensão sociopolítica (SARLET, 2008, p.31).

Mais tarde, coube aos estoicos refletir sobre os fundamentos do cosmopolitismo que caracterizou a instauração do imperialismo romano (RABENHORST, 2001, p.23), sendo que, a partir dessa filosofia, os teólogos aprofundariam a concepção de uma natureza comum entre todos os homens, que viria a constituir a tese do universalismo cristão[8].

O cristianismo subjacente à doutrina estoica, tendo como base o monoteísmo judaico, opera uma síntese entre estas duas tradições, de forma que a lei natural passaria a identificar-se com o decálogo, e este tornaria explicitas as normas universais escritas por Deus no interior dos homens. O cristianismo concilia, então, a tradição judaica - que limitava a entrega da lei divina somente ao povo eleito - com a tradição do direito natural grego, (TOSI, 2005, p.102).

Para essa crença religiosa, o homem seria digno em razão de sua origem divina e de sua semelhança com Deus, o criador do universo, e, se todos os homens são obra de um mesmo criador, seriam iguais enquanto criaturas (RABENHORST, 2010, p.26). Daí que a dignidade humana assume a partir do cristianismo um caráter qualitativo, deixando de ser uma honraria ou privilégio proveniente da condição social de cada indivíduo – abordagem típica do mundo antigo – para tornar-se o resultado lógico de uma idêntica estrutura espiritual entre os homens. Jesus de Nazaré, enquanto parte do dogma da Santíssima Trindade (Criador, Criaturas e Espírito Santo, unidos numa só substância) viria a concretizar o modelo ético e espiritual de pessoa (COMPARATO, 2008, p.17), e sua crucificação, como ensina Sarlet (2008, p.31), serviria para revigorar a relação entre Deus e os homens[9].

[8]Ao contrário dos Gregos, os romanos utilizaram dos direitos de cidadania como mecanismo de cooptação da lealdade de outros povos; assim, a concessão de cidadania a aliados era um fator importante para a acomodação das elites nas terras conquistadas.

[9]Apesar de o homem ocupar um lugar privilegiado na hierarquia da criação divina, é forçoso reconhecer que o pensamento cristão, durante a época medieval, se assemelhava ao pensamento das culturais mais tradicionais, uma vez que o ponto central do sistema era a existência de uma ordem cósmica, universal e imutável, estabelecida por Deus, na qual o homem permanecia ligado à natureza, numa visão organicista da sociedade. O pensamento cristão conclui a prevalência na história da chamada doutrina clássica do direito natural, iniciada por Sócrates, desenvolvida por Platão e Aristóteles, e que precede o nascimento da moderna doutrina do direito natural no século XVII. Impende ainda destacar que o conceito de pessoa formulado por Anício Boécio e, posteriormente, reformado por Tomás de Aquino foi fundamental na construção da ideia de dignidade humana. Partindo da discussão acerca da natureza de Jesus Cristo, realizada no primeiro concílio ecumênico em Niceia 325, Boécio utilizou-se dos conceitos estoicos de *hypóstasis* (substância) e *prósopon* (papel ou máscara) para definir a pessoa como substância individual de natureza racional.

Embora essa concepção cristã de universalidade do gênero humano não tenha sido plenamente efetivada na prática, foi a partir dela que teve inicio a elaboração do princípio da igualdade essencial de todos os seres humanos, que viria a formar o núcleo do conceito de direitos humanos enquanto direitos comuns a toda espécie humana em decorrência de uma mesma natureza, uma vez que foi desse fundamento que os escolásticos e canonistas medievais chegaram à conclusão lógica de que todas as leis (positivas), contrárias ao direito natural (que se confundia com a lei divina proveniente da sabedoria do criador), careceriam de validade (COMPARATO, 2008, p.20)[10].

A partir do final da Idade Média e início do Renascimento, a noção de gênero humano começou a se afirmar de maneira mais clara no pensamento ocidental, como parte da revolução antropocêntrica que se operava em todos os campos do saber.

Já ao término do século XIV, sob a nova atmosfera intelectual que se desenvolveu principalmente em Florença, Milão e Salamanca, o florentino Giovanni Pico della Mirandola, no seu opúsculo sobre a dignidade humana, ao discutir as razões da superioridade do homem em relação aos demais seres, defendeu que a este, ao contrário dos animais, foi outorgada por Deus uma natureza indefinida, para que tivesse a capacidade soberana sobre seu próprio destino (SARLET, 2008, p.32). Assim, caracterizaria, a partir de então, o novo humanismo, a afirmação do valor do homem enquanto homem e o reconhecimento de sua natureza inacabada (RABENHOSRT, 2010, p.28).

A partir do século XVI, durante os debates sobre a humanidade dos povos encontrados com a conquista do Novo Mundo, preciosas foram as contribuições dos teólogos de Salamanca, a exemplo de Domingos de Soto, Bartolomé de Las Casas e Francisco de Vitoria (TOSI, 2005, p.105). Este último, no limiar da expansão colonial espanhola e diante do processo de aniquilação dos nativos, baseou-se no pensamento estoico e cristão para defender a liberdade e a igualdade dos novos povos explorados, em função de sua natureza humana e da existência de um direito natural.

Com efeito, como relata Rabenhorst (2001, p.27), o estoicismo e o cristianismo forneceriam as bases do jusnaturalismo moderno, ou seja, a

[10]Durante toda a Idade Média, a religião cristã, apesar de seus contributos ao desenvolvimento da noção de dignidade humana, legitimou todo um sistema de estratificação social que vigorou na época do feudalismo, pautado no estabelecimento de papéis sociais diferenciados e no tratamento jurídico distinto para cada categoria de indivíduos.

concepção da existência de um direito natural, anterior e superior ao direito positivo, que asseguraria a igualdade e a liberdade dos homens, unificando assim a ordem jurídica e moral com a finalidade do cosmo ou da natureza humana. Nasce então, conforme explica Tosi (2005, p.104), a concepção subjetiva dos direitos naturais, que vai desvinculando progressivamente o indivíduo da sujeição a uma ordem objetiva (natural e divina) e reconhecendo no homem um poder autônomo, próprio e original, limitado apenas pelo poder de cada um de seus pares. Mais tarde, com as contribuições de Francis Bacon e René Descartes, o homem passaria então a ser reconhecido enquanto sujeito, sendo a natureza um mero objeto a ser explicado a partir do conhecimento humano.

Daí que, partindo desse novo direito natural e afastado paulatinamente o aspecto sagrado do homem, os filósofos modernos viriam a estabelecer, como justificativa para a atribuição de um valor intrínseco a todos os seres humanos, um complexo relacionamento entre racionalidade, autonomia e moralidade (RABENHORST, 2010, p.29).

Não que se pretenda descrever aqui todas as etapas da construção moderna da noção de direitos naturais e seus desdobramentos no que concerne ao desenvolvimento do conceito de dignidade humana, que passaria necessariamente pela análise dos pensamentos de Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, para citar apenas os mais conhecidos. Contudo, impende destacar os principais elementos constitutivos do modelo jusnaturalista moderno, sobretudo no que diz respeito ao movimento intelectual, político e cultural da Ilustração[11] cujas ideias estão diretamente relacionadas à reinterpretação da conceitualidade antiga e medieval.

Em primeiro lugar, tem-se a valorização do homem enquanto indivíduo sujeito de sua própria história. Com o individualismo, o homem, possuidor de autonomia e capacidade para construir sua própria realidade, se liberta da concepção organicista e imutável da sociedade e passa a se autodeterminar a partir das suas ações (CAVALCANTI, 2005, p.61).

O segundo pressuposto é a existência de um Estado de Natureza anterior ao Estado Civil, onde os homens, originalmente livres e iguais, gozariam de direitos

[11]Os termos Ilustração e Iluminismo remetem à ideia de luzes que se contrapõem às trevas atribuídas à mentalidade e à sociedade medievais, quais sejam, a autoridade da revelação divina e da Igreja como base para o conhecimento, a primazia da fé sobre a razão, a compreensão mítico-religiosa do mundo, o poder absoluto dos reis com base no poder divino, os privilégios da nobreza (CAVALCANTI, 2005, p.60).

naturais inerentes e inalienáveis à sua humana condição. Daí que, em função da preservação desses direitos naturais, que não estariam plenamente seguros no estado de natureza, os homens, mediante um Pacto ou Contrato Social - terceiro elemento essencial do jusnaturalismo moderno - transfeririam parte de suas liberdades individuais a um poder soberano para a constituição de uma sociedade civil, onde os direitos pudessem ser garantidos.

É, seguramente, a partir desses argumentos - alicerces das revoluções burguesas que levaram às declarações de direitos dos séculos XVII e XVIII - que a dignidade humana abandona o viés teológico herdado do cristianismo. O valor do ser humano advém, agora, não em decorrência de sua criação feita à imagem e semelhança de Deus, mas pelo fato de o criador ter-lhe conferido razão e autonomia para que se determinasse conforme uma lei própria. (RABENHORST, 2001, p.32).

Essa relação entre autonomia e dignidade humana seria fundamentada com propriedade por Kant, em sua metafísica dos costumes, onde discutiu os princípios supremos de uma moralidade que obrigasse racionalmente os homens, independentemente de seus desejos e inclinações naturais.

Ensinava o filósofo alemão que, ao contrário dos animais, que agiriam conforme os determinismos naturais, o homem agiria conforme os fins e valores atribuídos por ele próprio, daí ser o homem um ente racional e autônomo. Para Kant, todas as coisas da natureza atuariam segundo certas leis, mas só um ser racional, como homem, teria a capacidade de agir racionalmente segundo a representação que ele próprio faz dessas leis, ou seja, por princípios oriundos de uma vontade, uma razão prática (KANT, 2008, p.57).

Daí que o filósofo desenvolve sua teoria sobre a dignidade do homem. Ensina que, se o mundo fosse formado exclusivamente por seres irracionais, não possuiria qualquer valor, pois não haveria quem, partindo das inclinações dos princípios de vontade, o valorasse. Assim,

> Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. (...) Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a

> sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (KANT, 2008, p.58).

Portanto, para Kant, a dignidade humana seria um atributo do homem enquanto ser racional, autônomo e insubstituível, isto é, o único ser capaz de fixar livremente seus planos de vida, daí por que não pode o homem ser tratado como um meio para obtenção de algo, mas deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo.

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (...) A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional (KANT, 2008, p.66).

E é justamente o ensinamento de Kant que continua a exercer forte influência sobre o pensamento contemporâneo no que diz respeito a uma fundamentação da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008, p.34) e, principalmente, no que concerne à teoria dos direitos humanos (RABENHORST, 2010, p.31).

Com efeito, a afirmação de Kant do valor relativo das coisas em oposição ao valor absoluto do homem, como ensina Comparato (2008, p.24-26), inaugura uma nova etapa histórica no desenvolvimento do conceito de dignidade humana, a descoberta de uma realidade e de um mundo axiológico, nos quais os direitos humanos foram elevados à condição de valores fundamentais da convivência humana, sem os quais as sociedades pereceriam por um processo de autodegradação.

4 Aproximações à concepção moderna de direitos humanos

O termo direitos humanos é, sem dúvida, um dos mais usados na cultura

política e jurídica contemporânea, tanto pelos cientistas e filósofos que se debruçam aos estudos sobre o homem, o estado e o direito, quanto pelos cidadãos que alimentam, a partir dele, uma convicção de garantia da dignidade (PECES-BARBA, 2004, p.19).

Contudo, ensina Fuster (1992, p.42) que qualquer análise conceitual dos direitos humanos é cercada de dificuldades, sobretudo devido à multiplicidade e heterogeneidade de significações que a expressão tem assumido nos diversos momentos históricos e, ainda hoje, nos igualmente diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo. Nesse sentido, Maia (2005, p.7) ousou afirmar que, atualmente, tem sido mais fácil apresentar uma relação de direitos qualificados como humanos do que indicar um conceito de direitos humanos.

Considerando unicamente a dimensão linguística, destaca Peces-Barba (2004, p.20) que existem incontáveis expressões que denotam o conceito de direitos humanos, como *direitos naturais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades públicas*, *direitos morais*, *direitos fundamentais*, *direitos individuais*, *direitos inatos*, *direitos do cidadão*, *direitos da pessoa humana*, dentre tantos, porém, que se relacionam com um contexto histórico-cultural específico, a Europa moderna.

Com efeito, ensina Bobbio (2004, p.2-5) que os direitos humanos são um construído histórico e nascem no início da era moderna junto com a concepção individualista[12] da sociedade, fruto de um processo gradual de luta contra os poderes do antigo regime. Assim, a modernidade instaura uma inversão radical na perspectiva das relações políticas, os direitos dos cidadãos surgem como prioridade em face dos deveres dos súditos, e a sociedade passa a ser compreendida a partir dos indivíduos, detentores de certas liberdades fundamentais e naturais (pois que não dependem do soberano, mas decorrem da humana condição).

Daí por que o que se pretende, verdadeiramente, é a defesa dos direitos do homem enquanto um algo desejável, historicamente afirmado e fundamentalmente necessário, como ensinara Bobbio (2004, p.1-15), para a constituição de uma "sociedade dos cidadãos" (democracia) e uma paz perpétua[13] entre os homens e nações.

[12]Entende-se por concepção individualista uma cultura antropocêntrica em que o indivíduo tem valor em si mesmo, e não em função de seu pertencimento a um todo, como ocorrera na cultura organicista vigente até o período medieval.

[13]No modelo proposto por Kant em opúsculo de nome análogo, constituindo-se assim um momento em que a humanidade alcançaria a máxima expressão de um progresso moral.

Todavia, um debate central que se impõe quando das tentativas de aproximação ao conceito de direitos humanos diz respeito às buscas por um fundamento absoluto de tais direitos – assim entendidas as razões e argumentos irresistíveis – opostas pelas chamadas doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas, e que, segundo Bobbio (2004, p.17), tratar-se-ia de uma ilusão e de uma missão infundada[14].

Sob a rubrica de "modelos reducionistas", Peces-Barba (2004, p.49) apresenta as concepções de direitos humanos a partir da perspectiva das teorias mais relevantes na história da cultura jurídica ocidental. Em síntese, ensina o catedrático que o reducionismo jusnaturalista concebe os direitos humanos como direitos abstratos, decorrentes da razão e da condição humana, presentes num estado de natureza anteriores ao Estado e ao direito positivo, daí serem universais, inalienáveis e imprescritíveis.

> *Se trata de posiciones que, geralmente, se apoyan em el pensamiento contractualista. El objetivo central del pacto social, en virtud del cual los ciudadanos convienen em la formación del Poder, será proteger y garantizar eficazmente esos derechos. Por la posición que ocupan en el pacto, los derechos se configuran como límites al Poder político, y consiguientemente pretenden asegurar la no interferencia de los poderes públicos en el ámbito de la autonomía de la voluntad, en la concepción negativa del Derecho, própria del pensamiento y del Estado liberal. Sus contenidos son principalmente los derechos más vinculados a la propria persona, como los referentes a la vida, al pensamiento y a la conciencia, a uma participación politica limitada y a la seguridad jurídica (PECES-BARBA, 2004, p.52).*

Por sua vez, sob a dimensão do reducionismo juspositivista, os direitos humanos só existem quando criados pelo direito positivo, de forma que, só seriam considerados como humanos aqueles direitos expressamente consagrados nos textos internacionais e legais, dotados a partir daí de valor e força jurídica.

É supérfluo discorrer, por ora, acerca das críticas dirigidas especificamente em desfavor de uma ou outra concepção apresentada, porém há de se invocar Bobbio (2004, p.26) para se afirmar que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em

[14]Infundada, pois segundo Bobbio, a expressão direitos humanos é muito vaga, sendo, portanto, indefinível; por que os direitos do homem constituem uma classe variável, sujeitos às variações históricas; e por que os direitos humanos são heterogêneos, contemplando pretensões diversas e incompatíveis entre si.

1948, o problema do fundamento dos direitos humanos encontra-se superado, restando a necessidade do emprego de esforços no sentido da garantia de tais direitos.

Com efeito, ensina o filósofo italiano que a Declaração Universal foi a manifestação inequívoca da adoção de um sistema de valores que tem no reconhecimento e no consenso em torno da dignidade humana o seu ponto de convergência. Nas palavras do doutrinador:

> Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre a sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha de alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (...) Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (BOBBIO, 2004, p.27-30).

Isto posto, entende-se por direitos humanos o conjunto de instituições e faculdades que objetivam concretizar as principais exigências relacionadas ao reconhecimento da dignidade humana, exigências estas que se apresentam inicialmente como princípios morais e que aos poucos foram sendo incorporadas pelo direito positivo. São, portanto, direitos legais, pois consignados em preceitos de determinada ordem jurídica; e direitos morais, na medida em que atribuem ao indivíduo certo valor intrínseco, enquanto ser livre e racional (RABENHORST, 2010, p.22).

Daí que, como explica Peces-Barba (2004, p.44), os direitos humanos contemplam ao mesmo tempo uma pretensão moral justificada, que reforça a autonomia, a liberdade e a igualdade dos sujeitos; um subsistema dentro do sistema jurídico, quando essa pretensão moral é incorporada a uma norma e ganha força jurídica coercitiva; e, por fim, uma realidade social, que condiciona

sua existência e efetividade a uma série de fatores de caráter econômico, social e cultural.

5 A hipocrisia dos direitos humanos

Por mais entusiasta que a concepção moderna e ocidental dos direitos humanos como corolário máximo do valor e da preeminência do homem no mundo possa parecer, hoje, há de se considerá-la extremamente frágil e ingênua.

Ocorre que, a partir do século XIX, se inicia um processo de declínio dos fundamentos morais e naturais dos direitos humanos. O Positivismo e o empirismo passaram a minar a liberdade e o livre arbítrio, que constituem as bases da tradição moderna ocidental, e a tecnologia da legislação passa a criar um Estado com força ilimitada capaz de moldar os indivíduos e a vida social conforme as suas necessidades. O Historicismo de Hegel, o utilitarismo de Bentham, a teoria das classes sociais de Marx, as críticas ao abstracionismo de Burke e outros, pouco a pouco, eliminam a utopia dos direitos naturais.

Nesse contexto, os direitos individuais cedem espaço às estruturas sociais que moldam as subjetividades e a sociedade passa a ser objeto prioritário de atenção e não mais resulta do contrato social. O indivíduo passa então da condição de sujeito de direitos a objeto de controle, disciplina e normatização, e os direitos humanos passam a ser vistos como ilusões ideológicas locais, o último grito de grupos específicos, mas que podem ser facilmente manipulados a fim de que se obedeça aos objetivos do estado.

Mais adiante, já no período pós-guerra, um outro obstáculo se impõe aos fundamentos morais dos direitos humanos. As instituições internacionais se fortalecem e substituem o legislador divino e o contrato social como fontes de direitos, e, assim, a suposta universalidade dos direitos humanos passa a ser entendidas não em sua moral ou sua substância, mas de maneira empírica, baseada unicamente na solidariedade competitiva dos governos e nos interesses e cálculos da política internacional (DOUZINAS, 2009, p. 96)

Daí que os direitos humanos surgem como discurso de legitimação dos Estados vencedores no pós-guerra, discurso esse tão sutil e influente, que se torna, aos poucos, facilmente aceito pelos que contra ele poderiam se rebelar, ou seja, preenchendo uma lacuna existente entre a realidade empírica e a realidade ideal. Dessa forma, os direitos humanos se apresentam como uma estratégia dos vitoriosos para esconder as violações à dignidade humana que eles próprios encabeçam.

Com efeito, hoje há de se entenderem os direitos humanos também como instrumentos para impor vontades das soberanias nacionais, vontades essas que surgem como o verdadeiro e novo fundamento dos direitos, sendo que a moralidade só aparece quando utilizada em face de adversários políticos como forma de deslegitimar suas ações.

Por tudo isso, tem-se que a concepção moral kantiana dos direitos humanos revela-se, atualmente, ingênua, pois que os direitos humanos possuem uma vertente que os transforma em veículos para ajudar os amigos e prejudicar os inimigos. Assim, revelam-se ineficientes contra as desumanidades dos novos tempos, pois a política internacional é guiada por interesses e alienada de consideração ética. A título de exemplo, basta a verificação dos casos em que os direitos humanos foram utilizados como instrumento de imposição da força, como as situações ocorridas no Kosovo, Timor Leste, Iraque, Egito, América Latina e tantos outros.

A aplicação moderna dos direitos humanos nos novos tempos conduz à reflexão no sentido de que o homem não é mais possuidor de direitos, mas é a distribuição seletiva de direitos conforme conveniências político-internacionais que constroem o humano. Isto posto, como ensina Douzinas (2009, p.122), a hipocrisia ou o fim dos direitos humanos revela-se justamente no fim da utopia moral de seus fundamentos, na substituição do valor do homem pelo valor das coisas.

6 Considerações finais

Não há como negar que os direitos humanos é uma das principais promessas e um dos maiores legados da modernidade e que, pelo menos aparentemente, alcançaram um nível considerável de aceitação, cuja prova é o consenso internacional que hoje lhes é característico. Com efeito, apesar das diferentes culturas, ideologias e concepções de mundo, hoje é extremamente difícil apontar alguém que se declare expressamente contrário aos direitos humanos, pelo menos quando tomados em sua generalidade.

Contudo, se o projeto de direitos da modernidade verificou-se revolucionário em face do antigo regime, hoje, diante da queda dos fundamentos morais de tais direitos e de sua hipocrisia declarada, há de se buscar uma nova revolução, não de caráter teórico que objetive novas justificativas abstracionistas, mas de caráter pragmático que, considerando a realidade social, encontre meios

para uma eficiente aplicabilidade. Afinal, como defendeu Bobbio em sua "Era dos Direitos", o problema central dos direitos humanos não consiste em encontrar seus fundamentos absolutos, mas sim formas reais de efetivação.

Quando se fala em pós-modernidade, fala-se na realidade desta sensação de que a modernidade está irremediavelmente esgotada, e, com ela, os direitos humanos, seu maior projeto de triunfo, não foram capazes de cumprir com o que prometeram. Os interesses econômicos internacionais transformaram os direitos humanos numa estratégia política para contenção e assistencialismo dos que realmente tem sua dignidade violada.

Mas a crise pós-moderna dos direitos humanos significa a perda total de sua razão de ser? Será o fim de tais direitos? Certamente, não.

Se a pós-modernidade não se contenta com verdades absolutas, sendo crítica, inclusive de si mesma, não há de reduzir-se a uma visão finalista dos direitos humanos. E, nesse sentido, qual seria o novo espaço social dos direitos humanos? O valor simbólico que representam para os verdadeiramente excluídos, dominados, oprimidos; o último fio de esperança daqueles que, no âmbito local e particular de suas lutas em favor da dignidade, desconhecem os complexos processos de construção econômica globalizada, mas que são doutores na construção da cidadania, em todas as suas dimensões.

Se o realismo pós-moderno pôs fim ao fundamento moral dos direitos humanos, que não se perca o realismo-utópico, em busca do que Kant um dia chamou de "Paz Perpétua", em busca do que um dia Paulo Freire anunciou como "a vocação ontológica do homem ser mais", ser mais humano.

Referências

ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: A Dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana:* fundamentos e Critérios Interpretativos**.** São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos***.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARBONARI, Paulo César. Democracia e direitos humanos: reflexões para uma agenda substantiva e abusada. In: TOSI, Giuseppe; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

_____. Sujeito de direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. *Educação em direitos humanos*: Fundamentos teórico-metodológicos**.** João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

CAVALCANTI, Carlos André. História moderna dos direitos humanos: uma noção em construção. In: TOSI, Giuseppe (Org.). *Direitos humanos*: história, teoria e prática**.** João Pessoa: Universitária, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos

fundamentales – del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: BALLESTEROS, Jesús. *Derechos humanos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org). *História da cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos***.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAIA, Luciano Mariz. Prefácio. In: TOSI, Giuseppe. *Direitos humanos*: história, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2004.

PEQUENO, Marconi. Sujeito, autonomia e moral. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *Educação em direitos humanos*: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007.

_____. Violência e direitos humanos. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Direitos humanos*: os desafios do século XXI, uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org). *História da Cidadania.* 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. *Protágoras*. Tradução de Eleavar Magalhães Texeira. Fortaleza: Edições UFC, 1986.

_____. *Teeteto*: crátilo. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: UFPA, 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática***.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

_____. Necessidades básicas e direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe; BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

_____. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana*: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROIG, María José Añón. Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías com problemas de concepto, fundamento y validez. In: BALLESTEROS, Jesús. *Derechos humanos.* Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos como ética republicana. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Direitos humanos*: os desafios do século XXI, uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. Direitos humanos: reflexões iniciais. In: _____ (Org). *Direitos humanos*: história, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005.

_____. História conceitual dos direitos humanos. In:_____. *Direitos humanos***:** história, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005.

O DIREITO À DIGNIDADE NO FIM DA VIDA: QUESTÕES ÉTICO-LEGAIS

Larissa de Melo Torres
Bacharela em Direito

Resumo

Com a intensa evolução tecnológica, especialmente na área da medicina, tornou-se possível prolongar a vida de um doente em fase terminal, ainda que tal prolongamento não traga efetivamente nenhum benefício para o enfermo. Portanto, diante deste quadro, este estudo se propõe a discutir os conceitos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, abordando os diversos aspectos éticos e legais dessas intervenções no final da vida. Esta investigação também analisa a polêmica acerca do impacto que tais intervenções podem causar em face do principio da dignidade humana e ainda observa a configuração legal da eutanásia e ortotanásia no sistema penal brasileiro. Para a elaboração do presente trabalho, a metodologia utilizada foi exclusivamente a pesquisa bibliográfica, com consulta em diversas obras, em textos doutrinários, leis e artigos publicados sobre o tema. Destarte, é possível afirmar de maneira conclusiva que a ortotanásia é a única prática completamente ética por parte dos médicos, além de ser juridicamente irreprovável. A distanásia constitui uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando feita contra a vontade do paciente. A eutanásia, por sua vez, é tema complexo, e nossa sociedade não está pronta para sua legalização, devendo, portanto, constituir crime de homicídio, no entanto, com uma penalização mais branda.
Palavras-chave: Eutanásia. Ortotanásia. Distanásia. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract

With the intense technological change, especially on the medicine field, it became possible to extend the life of a terminally ill, although such an extension does not really bring any benefit to the patient. Therefore, with this framework, this study aims to discuss the concepts of euthanasia, dysthanasia and orthothanasia, addressing the many ethical and legal aspects of these interventions in later life. This research also examines the controversy about the impact that such interventions can cause in face of the principle of human dignity and still observes the legal configuration of euthanasia and orthotha-

nasia in the brazilian criminal system. For the development of this work, the methodology used was exclusively bibliographical research, with consultation in several doctrines, laws, and published articles on the subject. Thus, it is possible to state conclusively that orthothanasia is the only completely ethical practice by physicians, in addition to being legally irreproachable. The dysthanasia is an affront to the principle of human dignity, when done against the wishes of the patient. Euthanasia, in turn, is a complex issue, and our society is not ready for its legalization and, therefore, must constitute the crime of murder, however, with a softer penalty.
Keywords: Euthanasia. Orthothanasia. Dysthanasia. Principle of human dignity.

1 Introdução

As pessoas, no mundo de hoje, querem ter total controle sobre suas vidas. Querem poder decidir sobre sua aparência, através de cirurgias plásticas, querem escolher o sexo dos seus bebês, através dos avanços da genética... Parece que nada está fora do nosso alcance. Por que não, então, controlar também a morte? Decidir como e quando vamos morrer parece ser algo razoável para alguns e inconcebível para outros.

Discutir a problemática da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia é a intenção deste trabalho, com preocupação primordial sobre as suas repercussões na área do Direito e no campo da Ética.

Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica, tendo como referências a Constituição Federal e o Código Penal, assim como obras de diversos autores de renome.

O trabalho é formado por três capítulos: o primeiro aborda a diferenciação de conceitos básicos, necessários para o total entendimento da obra; o segundo trata do princípio da dignidade da pessoa humana e o seu papel no tratamento dado aos pacientes terminais; e, por fim, o terceiro traz uma visão de como a eutanásia e a ortotanásia são tratadas no nosso atual sistema penal e mostra quais mudanças poderiam e/ou deveriam acontecer na ótica penal dessas práticas.

Desta maneira, é possível se questionar: ortotanásia e eutanásia passiva são expressões sinônimas? O direito à vida é absoluto, ou poderia ele ser relativizado pela dignidade humana? Eutanásia é tipo de homicídio? Ortotanásia é crime?

Mostraremos, ao longo do trabalho, o entendimento de vários autores acerca do tema e exporemos nossas próprias convicções, apresentando os motivos pelos quais adotamos determinado pensamento.

Seja realçado o desafio enfrentado para o trato do tema. Embora hodiernamente abordado em vários países, trata-se de matéria nova. É verdade que a bibliografia sobre ele é muito restrita ainda, inclusive pela dificuldade que sofrem os sistemas legais para a sua regulamentação, com inevitável influência sobre os seus aspectos doutrinários.

2 Diferenciando conceitos

Para a total compreensão do estudo que segue, é necessário, em princípio, que se saibam diferenciar os conceitos de eutanásia, auxílio ao suicídio, distanásia, e ortotanásia.

2.1 Eutanásia

A expressão *eutanásia* deriva do grego, a partir da junção dos radicais *eu* (bom/boa ou tranquilo) e *thanatos* (morte). Eutanásia seria, desta forma, a boa morte. Esse termo foi utilizado pela primeira vez na Inglaterra do século XVII pelo político e filósofo Francis Bacon, ao designar a ação do médico que *"fornece ao doente, quando já não há esperança, uma morte doce e pacífica"* [1].

Com o passar dos anos, foi com esse significado que ficou consagrado o termo. Não apenas como uma morte boa e tranquila, mas como uma morte acelerada, misericordiosa, diante de uma doença sem cura, que proporcionaria um fim lento e doloroso ao enfermo.

O primeiro relato de eutanásia de que se tem notícia é encontrado na Bíblia Sagrada, ao contar-se a morte do Rei Saul que, após ser gravemente ferido em batalha e não querendo ser capturado como prisioneiro, pede a uma amalecita que o mate.

A eutanásia também teria sido utilizada na época de Cristo. Para

[1] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética.* Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1998. p. 226, apud VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

entorpecer o corpo e acelerar a morte dos crucificados, era-lhes oferecida uma esponja embebida em uma mistura, que poderia ser composta de vinagre e fel ou do sumo da raiz de mandrágora. Essa mistura era denominada "vinho da morte".

Mais adiante na História, registra-se que os guerreiros das Cruzadas portavam uma lâmina chamada de *misericórdia*, para que, ao serem feridos pelo inimigo, pudessem acabar logo com o seu sofrimento e de seus companheiros.

Também na História do Brasil, há relatos de tribos indígenas nas quais os anciãos, já moribundos, pediam para que seus filhos os matassem logo, e estes tinham por dever atendê-los. Havia casos, também, em que não era o doente que decidia seu destino, como nas tribos dos tupis-guaranis, nas quais, quando a doença era caracterizada como grave e não havia mais esperanças na cura do enfermo, simplesmente lhe eram negados alimentos e remédios.

Ainda, percorrendo a História, é possível encontrar exemplos de condutas que foram taxadas de eutanásia, mas que, na verdade, não o são, como é o caso do extermínio patrocinado por Hitler, na Alemanha nazista. Essa eutanásia eliminadora ou eugênica, que visa à supressão de determinado grupo de pessoas (no caso, judeus e doentes) por considerá-los indignos de viver, não é eutanásia própria. É, isso sim, genocídio.

Só podemos chamar de eutanásia o patrocínio da morte por relevante valor moral, qual seja, a vontade de pôr fim ao sofrimento de uma pessoa. É, portanto, a morte acelerada, provocada pelo sentimento de piedade por aquela pessoa que se encontra em grande sofrimento.

A eutanásia pode ser ativa ou passiva: ativa é aquela em que a morte do doente se dá mediante uma conduta comissiva por parte do agente; já a eutanásia passiva, ou por omissão,

> [...] consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos cuja manutenção poderia prolongar a vida do enfermo de forma desproporcionada, e cuja ausência acarreta sua morte. É sempre voluntária e direta, pois não se confunde com as omissões de tratamentos médicos vitais, que se caracterizam pela expressa recusa do paciente a submeter-se aos cuidados médicos imprescindíveis para sua saúde e que podem levar, indiretamente, à morte do enfermo. [2]

[2]CARVALHO, Gisele Mendes de. *Ortotanásia é Eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código penal). Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 07 jun. 2011.

Vale salientar que essa conduta é tratada pelo Código Penal Brasileiro como crime de homicídio, podendo, se restarem comprovadas as circunstâncias subjetivas do fato, o agente ser beneficiado com a diminuição da pena de um sexto até um terço. É o chamado homicídio privilegiado.

Algumas questões atinentes ao aspecto penal da eutanásia serão tratadas no capitulo quarto deste estudo.

2.2 Auxílio ao suicídio

O auxílio ao suicídio ocorre quando alguém ajuda a vítima a se matar, oferecendo-lhe meios para que realize tal conduta. Auxiliar quer dizer dar apoio material à vítima suicida. Nota-se a diferença entre o suicídio assistido e a eutanásia: nesta, a morte ocorre por uma conduta exclusiva de terceiro, enquanto naquele o resultado morte é alcançado pela própria vítima que apenas recebe ajuda de alguém para alcançá-lo. A vítima é quem provoca, por seus próprios atos, sua morte.

O auxílio pode se dar, também, de maneira omissiva. Apesar de parte da doutrina não aceitar essa modalidade - como é o caso de Damásio de Jesus, por achar que, quando o tipo penal mencionou a expressão "prestar auxílio", ele quis tipificar apenas uma conduta comissiva por parte do agente - não acreditamos seja razoável excluir a modalidade omissiva do tipo penal, devendo, sim, o agente ser responsabilizado pelo suicídio quando possuía o dever legal de impedi-lo, como é o caso de uma mãe para com o filho menor, ou de uma enfermeira para com o paciente.

Como dito acima, o auxílio pressupõe apoio material ao suicida. É dar a corda para que ele se enforque; fornecer-lhe o veneno para que beba; municiar a arma para que atire. Desta forma, se um familiar, por saber que seu parente doente se encontra em grande sofrimento, deixa ao seu alcance um pote de remédio que sabe ser capaz de matar quando tomado em alta dosagem, e o enfermo o ingere e morre, ocorre auxílio ao suicídio. Se, de maneira diversa, o mesmo familiar tivesse, propositadamente, dado ao doente esse medicamento na dosagem letal pelo mesmo motivo, qual seja, para abreviar sua agonia, ocorreria eutanásia. Percebe-se, desta maneira, que, apesar de a motivação ser a mesma, causada por piedade, o que é relevante para diferenciar o suicídio assistido da eutanásia é a atuação da vítima, respectivamente, se ela tiver praticado atos que a levaram à morte ou não.

2.3 Distanásia

A distanásia é exatamente o contrário da eutanásia. Se esta é a morte acelerada, abreviando o sofrimento do doente sem esperanças, aquela é o prolongamento artificial da vida.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci[3], distanásia é a *"morte lenta e sofrida de uma pessoa, prolongada pelos recursos que a medicina oferece. [...] é forma de prolongar o sofrimento até o fim natural da pessoa humana"*.

A distanásia tem sido chamada por autores da área do Biodireito de encarniçamento terapêutico. Pode-se dizer que, ao invés de um prolongamento artificial da vida, é, na verdade, um prolongamento artificial do processo de morte, já que o paciente não possui nenhuma expectativa de cura e continua sendo submetido a tratamentos, por vezes, dolorosos, que têm como único fim adiar um pouco mais a morte iminente.

É importante dizer que, se este for o desejo do enfermo, não há problema algum. A questão é que, com tanta tecnologia, os médicos não aceitam deixar que o doente se vá sem poder dizer, de consciência tranquila, que tentaram de tudo. Deste modo, a distanásia acaba sendo muito mais uma forma de trazer uma paz espiritual para os médicos, que vão utilizar todo o seu conhecimento e toda a tecnologia à disposição para manter aquela pessoa viva, mesmo que ela esteja padecendo de dor.

As inúmeras possibilidades de tratamento disponíveis atualmente exigem conhecimentos muito especializados e retiram o doente de sua casa e de sua família, forçando uma permanência em um hospital. São tantos os recursos, que o direito de a pessoa escolher como prefere morrer soa como uma afronta à proteção devida à vida humana. No entanto, acreditamos que, se pelo fato de o tratamento ser fútil ou possuir mais prejuízos do que benefícios, se ter a vida prolongada o máximo possível não for a vontade do paciente (ou de sua família, já que em muitos casos o paciente está inconsciente e, portanto, impedido de escolher o próprio destino), a distanásia torna-se uma conduta antiética por parte dos médicos e, pode-se dizer, inadequada do ponto de vista jurídico, já que constrange o doente (e sua família) a se submeter a sofrimento que a lei não obriga.

Maria Elisa Villas-Bôas cita, em seu livro *Da Eutanásia ao*

[3]NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 542.

Prolongamento Artificial da Vida, o primeiro caso de distanásia conhecido na História do Brasil:

> Tancredo Neves foi o primeiro presidente civil eleito, em 15 de janeiro de 1985, ainda por sufrágio indireto, após vinte anos de período militar no Brasil. Teve como vice-presidente o maranhense José Sarney e, como candidato opositor, Paulo Maluf. No dia 14 de março de 1985, véspera da data prevista para a posse, o presidente eleito sofreu um quadro de diverticulite aguda (uma espécie de inflamação em trecho do aparelho digestivo), tendo sido internado no Hospital de Base de Brasília, onde sofreu sete intervenções cirúrgicas, seguindo-se um quadro de infecções graves que o levaram à morte em 21 de abril de 1985. A este tempo, já havia José Sarney tomado posse, legitimando a sucessão. Apesar de cercada de mistério, diz-se que a morte de Tancredo Neves foi protelada tanto quanto possível, tencionando-se estabilizar politicamente o país, tumultuado pelas recentes campanhas em prol das eleições diretas. Para essa finalidade, produziram-se fotos nas quais se buscava passar a imagem de que Tancredo estava convalescendo, embora se achasse, na verdade, desenganado e moribundo. Comenta-se mesmo que a data da morte foi significativamente escolhida para que se desse a 'permissão' de morte, mediante a suspensão do suporte artificial de vida, excessivo e infrutífero, em dia alusivo a um herói da pátria, Tiradentes[4].

Como se vê nesse exemplo citado da morte do presidente Tancredo Neves, a distanásia é a face inversa e cruel da eutanásia, na qual se lança mão de todos os recursos médico-tecnológicos possíveis para adiar o fim inevitável, sem levar em consideração a vontade ou o conforto do paciente.

2.4 Ortotanásia

A ortotanásia se encontra entre a eutanásia e a distanásia. Se eutanásia é a antecipação da morte, e distanásia é o prolongamento da vida, a ortotanásia é a morte em seu tempo natural.

A palavra ortotanásia deriva dos radicais gregos *orthos* (certo) e *thanatos* (morte). Seria, portanto, o não adiamento da morte além do seu tempo natural, ou seja, a morte ao seu tempo certo.

[4]VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

Nas palavras de Guilherme Nucci[5], ocorre ortotanásia quando deixa *"o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina"*.

Vale salientar que a ortotanásia só pode ser praticada pelo médico. Quando o doente já se encontra em processo natural de morte, o médico deixa que esse processo siga seu curso. O médico não está obrigado a prolongar, por meios artificiais, a existência do paciente que não tem mais nenhuma expectativa de vida. Ao contrário, ele não deve fazê-lo, a menos que seja um desejo expresso do enfermo.

Sobre a ausência dessa obrigação médica de insistir em tratamentos infrutíferos, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução CFM nº 1.805/2006, publicada no Diário Oficial da União em 29/11/2006. Resumidamente, essa Resolução orienta que não há violação ética quando o médico limita, suspende, ou não inicia tratamento inútil e doloroso que prolongue a vida de doente em fase terminal, respeitada sua vontade ou da família. Tendo em vista a grande importância dessa Resolução, transcrevemos parte de seu texto:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
> § 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Nota-se que a Resolução citada tomou todos os cuidados para que a ortotanásia não fosse feita de maneira genérica ou abrangente. Ela permitiu ao médico, e somente a ele, limitar ou suspender os tratamentos infrutíferos. Além do

[5]Op. cit., p. 542.

mais, estabeleceu que o doente deve estar em fase terminal, ou deve ser portador de doença grave e incurável[6]. Por fim, e esse é o ponto de maior importância, essa deve ser a vontade do doente ou, na impossibilidade de este se manifestar, da sua família. O médico não pode tomar essa decisão sozinho ou de maneira arbitrária. O seu dever é o de dar sua opinião profissional, indicar se o tratamento é indicado para o caso ou não, se vai trazer benefícios para o paciente ou não.

Se a decisão tomada for pela ortotanásia, ela terá que ser fundamentada e registrada no prontuário. Esta é mais uma proteção para o paciente contra a arbitrariedade dos médicos.

Ao se decidir por esse caminho, o enfermo continuará recebendo todos os cuidados necessários para lhe trazer conforto. Será providenciado que o doente não sinta nenhum sofrimento, mas não haverá mais nenhuma interferência médica com vistas a tratar sua enfermidade, podendo, inclusive, o paciente receber alta para poder passar seus últimos dias no aconchego do seu lar, rodeado pela sua família.

Maria Elisa Villas-Bôas[7] explica que, em razão dessa falta de interferência médica, é comum que se confunda ortotanásia com eutanásia passiva, podendo-se encontrar muitas obras em que seus autores apresentam essas expressões como sinônimas. Ela explica que

> Esse não é o entendimento mais preciso, uma vez que a eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão. Nem todo paciente em uso de suporte artificial de vida é terminal ou não tem indicação da medida. A eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, *por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra*.

Na ortotanásia, não há o encurtamento do período natural da vida, apenas não existe o seu prolongamento. Além disso, ela só tem lugar nos casos em que a cura se demonstra impossível, e os procedimentos médicos trazem mais sofrimento do que alívio para o paciente terminal.

Infelizmente, a Resolução nº 1.805/2006 foi suspensa por decisão liminar dada pelo Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Em sua decisão, ele afirma

[6]Não basta que a doença seja grave, ou que seja incurável. Para que possa ocorrer a ortotanásia, essas duas situações devem ser concomitantes, sendo o doente portador de doença grave **e** incurável.

[7]Op. cit., p. 73-74.

acreditar que a prática da ortotanásia caracteriza crime no Brasil, estando contida no tipo do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, ou seja, constituindo prática de homicídio. Ele justifica ainda a decisão ao dizer que

> [...] a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina. [...] Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento, havendo inclusive projeto de lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional. Em última análise, para suprir a ausência de lei específica, a glosa pode ser "judicializada" mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal [...].

Porém, no decorrer do processo, a discussão sofreu uma virada quando, em suas alegações finais, o próprio Ministério Público Federal - que questionou a citada Resolução por meio de Ação Civil Pública - pediu a improcedência da ação em uma petição ricamente fundamentada, que partiu das seguintes premissas:

> 1) O CFM tem competência para editar a resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia a dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis para as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

Ao julgar o mérito, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo acatou integralmente os argumentos expostos pelo MPF, decidindo pelo indeferimento da ação. Assim, em dezembro de 2010, a Resolução nº 1.805/2006 voltou a ter total aplicação.

Vale salientar que, antes mesmo desta lide chegar ao seu fim, havia entrado em vigor, em abril de 2010, o novo Código de Ética Médica, no qual o Conselho Federal de Medicina mais uma vez se mostrava a favor da ortotanásia e liberava

eticamente os médicos para a sua prática, afirmando, no Capítulo que trata dos Princípios Fundamentais, o seguinte:

> XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Percebemos, então, que, por alguns meses, a orientação dada pelo Código de Ética Médica ia de encontro a uma decisão judicial, o que deve ter causado grande insegurança entre os médicos, que poderiam ficar sem saber que posição tomar, com receio de estar praticando uma conduta ilegal.

Das alegações finais do MPF, podem ser extraídas partes de depoimentos colhidos na audiência de instrução da Ação Civil Pública que demonstra o prejuízo trazido pela suspensão da Resolução nº 1805/2006 para o cotidiano dos médicos que lidam com pacientes terminais.

Vários médicos afirmaram que, após a suspensão da Resolução, não deixaram de praticar a ortotanásia, mas deixaram de registrá-la no prontuário, por medo das consequências que poderiam enfrentar. Assim, muitas vezes registravam no prontuário procedimentos que não tinham sido realmente realizados, como o de ressuscitação, por exemplo.

Atualmente, entretanto, com a coincidência entre o posicionamento da classe e a sentença proferida, médicos e pacientes podem ficar mais aliviados e optar pela ortotanásia sem nenhum receio ou dúvida.

Com certeza, estamos testemunhando progresso. Mas acredito que ainda devemos ir mais longe. A ortotanásia deve ser formalmente legalizada, porque materialmente não constitui crime.

No entanto, esse é um assunto que aprofundaremos no capítulo quarto deste trabalho.

3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito.

Mas o que significa dizer que o Brasil é uma República Federativa que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana? Para Fernando Ferreira

Santos[8], em seu artigo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

> Importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idEia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana [...].

Dessa forma, todos os demais dispositivos constitucionais, assim como os infraconstitucionais, devem ser interpretados de acordo com a dignidade humana.

Essa questão é de particular importância quando tratamos do tema do final da vida, e quais tratamentos devem ser conferidos ao indivíduo neste instante. Isso ocorre porque, nesse momento, o princípio da dignidade da pessoa humana é confrontado com outro princípio estabelecido pela nossa Constituição, no seu artigo 5º, qual seja o direito à vida.

Afinal, o direito à vida é absoluto? Não poderia esse direito ser relativizado pela dignidade humana? Como distinguir, entre princípios constitucionais, qual deles deve preponderar sobre o outro?

A valoração de princípios é diferente da valoração de normas. Ensina-nos Dworkin, citado por Waldo Fazzio Júnior[9]:

> Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...]. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra

[8]SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 1998. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/160>. Acesso em: 8 jun. 2011.

[9]FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Dworkin e o império dos princípio*s. Disponível em: <http://fundamentosjuridicos.com.br/dworkin-o-imperio-dos-principios/>. Acesso em: 06 jun. 2011.

> estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Assim, se uma norma entra em conflito com outra, avalia-se qual delas é hierarquicamente superior, e esta será a aplicada ao caso concreto. No entanto, não é assim que se procede quanto aos princípios, já que todos eles possuem igual valor. Não há hierarquia entre princípios. Um princípio não é mais importante ou mais forte que outro. Por isso, quando nos deparamos com um confronto entre eles, a solução não é pesá-los, mas conciliá-los, já que, se duas regras entram em conflito, uma delas será invalidada, mas o mesmo não ocorre com os princípios, pois que estes podem coexistir.

Desta maneira, não nos preocupamos em pensar qual princípio deve prevalecer sobre o outro, se a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida, mas juntamos os dois, e entendemos que a nossa Constituição garante o direito a uma vida digna.

O respeito ao ser humano, sua dignidade, deve também abranger o respeito pela sua forma e hora de morrer. No fim da vida, o indivíduo já se encontra privado de exercer em plenitude seus direitos. Seria razoável que lhe fosse garantido, ao menos, o direito à sua dignidade.

Sobre o tema, Maria Elisa Villas-Bôas[10] indaga: *"Acaso o direito à vida importa um dever de viver mesmo contra a vontade do titular do direito?"* Ao que ela mesma responde: *"[...] manter alguém prisioneiro indefinidamente de máquinas que, sem lhe restaurarem a saúde, atrelam-no, impotente, a um sofrimento sem perspectiva, é condenar a uma vida desumana e degradante"*.

Luiz Flávio Gomes[11], ao tratar do assunto, ensina que

> Não resta dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: "Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[10] Op. cit., p. 138-139.

[11] GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 290. 2v . E seg. Material da 1ª aula da disciplina tutela penal dos bens jurídicos individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* Tele Virtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG.

O mesmo autor ainda cita parte de um voto do Ministro Gilmar Mendes (STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso) em consonância com o seu posicionamento: *"O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deve ser protegido por lei, e ninguém pode ser arbitrariamente privado dele"*.

De fato, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. No nosso próprio ordenamento, encontramos exceções a essa regra, como no caso da pena de morte nos tempos de guerra, ou no caso do aborto legal. Se permitimos que um feto, que teria uma vida inteira pela frente, morra para que se preserve a vida da mãe, por que obrigamos um enfermo no fim da vida a permanecer preso ao seu sofrimento? Não nos parece justo que um paciente terminal seja obrigado a se submeter a tratamentos infrutíferos, por vezes dolorosos, para que tenha prolongada a sua existência por mais algumas semanas, se não for esta a sua vontade.

A distanásia não foi apelidada de encarniçamento terapêutico à toa. Roxana Cardoso Brasileiro Borges[12], em seu artigo *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*, define a distanásia como

> uma prática médica excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma teimosia de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente.

A autora nos lembra ainda que a diferenciação entre o "direito de morrer" e o "direito de morrer dignamente" existe e é perfeitamente aceitável, e que a distanásia fere a dignidade ao tratar o homem como "objeto da ciência", e não como "sujeito da existência".

Fica claro, portanto, que a aplicação de recursos disponíveis com o fim único de adiar a morte iminente configura a chamada obstinação terapêutica, o que deve ser evitado por médicos, por ser antiético, e por juristas, por ser inadequado. A aplicação de um tratamento, quando fútil, não deve ser obrigada, e sua suspensão não deve ser encarada como tipo de homicídio ou de omissão de socorro. Até porque, nos casos dos pacientes terminais, tais práticas não podem sequer ser chamadas de tratamentos, pois, por não haver esperanças de

[12]BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia:* breves considerações a partir do biodireito brasileiro. apud BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris: Press Universitaires de France, 1993. p.89. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7571>. Acesso em: 8 jun. 2011.

cura para o doente, não há em verdade o que tratar. Portanto, o simples fato de existirem recursos médicos não torna obrigatória a sua utilização em todos os casos, mas apenas naqueles em que a terapêutica será útil e proporcionará benefícios para o doente.

Maria Elisa Villas-Bôas[13], ao abordar o assunto dos pacientes terminais, explica que

> Diante de tais pacientes, três são as opções de conduta: prolongar a existência terminal mediante uso maciço de drogas e aparelhos, embora isso signifique também prolongar e intensificar a agonia; apressar o fim, mediante conduta ativa ou passiva de interrupção da vida; ou promover cuidados paliativos, tencionando tornar os momentos finais menos dolorosos, sem, todavia, investimentos técnico-medicamentosos que visem a conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode mais melhorar. Entendemos que somente a última alternativa obedece aos preceitos da preservação da dignidade humana, já de si afetada pela doença, que tira do indivíduo sua autonomia, sua capacidade física e psíquica de zelar por si mesmo.

A opinião da autora encontra total consonância com o nosso entendimento. A concepção de dignidade que possuímos está intimamente ligada a uma noção de autonomia. No fim da vida, deve-se respeitar essa autonomia, dando-se ao doente a opção de escolher o seu desfecho. Quando impossível, nos casos do enfermo estar inconsciente, deve-se dar essa opção à sua família. No entanto, nos casos de doenças graves e sem cura, de pacientes em estado terminal, o médico deve sempre defender a ortotanásia, ou seja, defender que sejam suspensos os tratamentos supérfluos, e que tomem seu lugar os cuidados paliativos, que garantirão conforto ao paciente nos seus últimos dias.

Enfim, não se defende aqui um direito de morrer. Defende-se um direito de morrer com dignidade, no uso da autonomia a ela inerente; um direito de querer morrer no tempo natural, sem intervenção médica para antecipar ou prolatar a morte. Afinal, entendemos que o direito à vida não abrange um dever de viver além do tempo natural, mediante recursos que muitas vezes são mais dolorosos e desgastantes que a própria doença enfrentada, pois essas situações ameaçam seriamente a dignidade da pessoa humana.

[13]Op. cit., p. 37.

4 Eutanásia e Ortotanásia no Direito penal brasileiro

Não há previsão legal, no Direito brasileiro atual, para a eutanásia e a ortotanásia. O nosso Código Penal entrou em vigor em 1940, e não era possível ao legislador daquela época antever o grande desenvolvimento que ocorreria na área da medicina. Maria Elisa Villas-Bôas[14] nos conta que, apenas nas décadas de 50 e 60, surgiram as técnicas de reanimação cardiorrespiratórias e as UTIs (Unidades de Terapia Intensiva), e só a partir desse momento surgem o conceito de morte encefálica e os dilemas quanto aos tratamentos que se devem conferir aos pacientes terminais.

No entanto, com a evolução diária da sociedade, o aplicador do Direito tem que encontrar saídas para as situações que lhe são apresentadas. O juiz não pode se abster de julgar. Por isso, ao ser confrontado com um caso cuja solução não pode ser encontrada na legislação, ele deve procurar encontrá-la por outros meios: através da analogia, dos princípios gerais do direito, dos costumes e do direito comparado.

4.1 A eutanásia como tipo privilegiado do delito de homicídio

Já sabemos que eutanásia é a morte piedosa. Nucci[15], ao citar Hungria, conceitua eutanásia como o homicídio cometido "*para abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável*".

A eutanásia é um tema muito complicado, por envolver valores éticos e religiosos. No entanto, não é o intuito desse estudo abordar o lado religioso da questão, pelo que nos prenderemos aos aspectos éticos e legais.

Quanto à questão ética, é difícil manifestar-se sobre o assunto de maneira genérica. É preciso analisar cada caso concretamente, observando a situação real e as partes envolvidas para, ainda assim de maneira difícil, posicionar-se sobre o aspecto ético da prática.

No tocante à questão legal da eutanásia, tem-se aplicado a esta prática

[14]Op. cit., p. 177.

[15]NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 542.

o artigo 121, §1º do Código Penal. Nesse parágrafo, encontra-se a figura do homicídio privilegiado, que é aquele em que o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Havendo uma dessas condições subjetivas, o juiz poderá diminuir a pena de um sexto a um terço.

A eutanásia foi enquadrada como homicídio privilegiado devido ao relevante valor moral da conduta do agente, que tira a vida do doente por compaixão, visando apenas pôr fim ao seu sofrimento.

Sobre o assunto, Rogério Greco[16] nos diz que

> Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença da qual está acometido, impelido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena.

Para a configuração da eutanásia, assim como no delito de homicídio, deve estar presente o *animus necandi*. Nota-se que o ponto chave da diferenciação entre o homicídio simples e o homicídio eutanásico (privilegiado) é a motivação do agente. Ao atuar movido por relevante valor moral, qual seja a piedade pelo estado de sofrimento irremediável do enfermo, o agente faz jus a uma pena menos rigorosa, abrandada pela sua motivação nobre.

Para que a eutanásia seja considerada delito privilegiado, ela não precisa ser praticada por médico. Embora o sujeito passivo desse delito deva ser paciente terminal ou portador de enfermidade grave, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Até porque os médicos, pelo próprio dia a dia da profissão, se acostumam com situações extremas e não se comovem com tanta facilidade quanto uma pessoa que não é da área, sendo muito mais fácil para um leigo se compadecer com a situação e praticar tal delito.

A esse respeito, Maria Elisa Villas-Bôas[17] assevera que

[16]GRECO, Rogério. *Direito penal:* parte especial, introdução à teoria geral da parte especial, crimes contra a pessoa. Niterói: Impetus, 2005. p.175.

[17]Op. cit., p. 181.

> É acertado que o sujeito ativo seja comum nesse caso, pois a capacidade de empatia ante o sofrimento do doente acomete, em regra, mais intensamente, os parentes, sujeitos a se condoerem a tal ponto que terminem por acelerar-lhe a morte, apesar do risco pessoal de serem acusados penalmente.

Portanto, no atual sistema penal brasileiro não existe o crime de eutanásia. Dessa forma, aquele que se utilizar dessa prática será processado e julgado pelo crime de homicídio, podendo, no entanto, ter sua pena atenuada devido ao privilégio do relevante valor moral da sua motivação.

4.2 A licitude da ortotanásia

A ortotanásia é o ato médico praticado para evitar a distanásia. É a morte no tempo certo. "*Significa a interrupção, feita pelo médico, da manutenção artificial de uma vida, sem perspectiva de cura ou melhora, ou melhor, significa o não prolongamento artificial do processo de morte*[18]".

No final do ano de 2006, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução nº 1.805/06, disciplinando a ortotanásia. De acordo com essa Resolução, seria ético por parte dos médicos suspender ou não iniciar procedimentos supérfluos que prolonguem futilmente o processo de morte além do seu curso natural.

A citada Resolução causou grande polêmica no mundo jurídico e passou mais de três anos suspensa pela decisão em tutela antecipada do Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, até que, no mérito, o citado Juiz decidiu pela sua validade.

Como demonstrado no item 2.4 desta obra, a Procuradora da República, Luciana Loureiro Oliveira, ao rebater, em suas alegações finais, a referida decisão liminar, afirma que o Conselho Federal de Medicina poderia abordar a ortotanásia por meio de Resolução, por se tratar de ética médica, e não de Direito Penal. No entanto, como já foi asseverado, acreditamos que isso não basta. O Direito Penal tem que falar sobre esse assunto, a ortotanásia tem que ser legalizada, porque não constitui crime materialmente.

Vamos, então, abordar o aspecto material dessa prática.

Um dos grandes argumentos contra a ortotanásia (e a eutanásia) é a

[18]SANTOS. Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

indisponibilidade do direito à vida. No entanto, a Constituição Federal garante um *direito* à vida, e não um *dever* de viver a qualquer custo. Além disso, como já dissemos acima, nenhum direito é absoluto, e a indisponibilidade da vida pode ser relativizada. Sobre o assunto, Maria Elisa Villas-Bôas[19] explica:

> Veja-se que dispor não é apenas renunciar, mas sim fazer uso do modo como entender conveniente; assim, é de se verificar que, ao protelar arbitrariamente a morte de alguém, sem indicação médica ou humanitária de fazê-lo, deteriorando o final daquela existência, mesmo contra a vontade do titular, está-se também dispondo da vida de outrem e, se ele mesmo não pode dispor dela, questiona-se por que a outros é dado, decidindo por ele, mantê-lo atrelado artificialmente a uma vida que se esgota ao natural, sem lhe oferecer, com isso, qualquer benefício efetivo ou desejado.

De fato, na distanásia, retira-se do paciente a autonomia de decidir sobre seu destino, e se entrega esse poder de decisão ao médico, que irá dispor da vida do paciente como melhor entender.

Abordando o aspecto jurídico-penal da ortotanásia, temos que o Código Penal a ela não se refere.

Não acreditamos que, assim como ocorre com a eutanásia, possa ser aplicado à ortotanásia o artigo 121, que trata do homicídio. Esse tipo penal traz no seu *caput* a conduta "matar alguém". No caso da ortotanásia, o médico, ao praticá-la, não possui o dolo de causar a morte do paciente, não possui o *animus necandi*, elemento subjetivo do tipo. Sua intenção não é a de matar o doente, mas a de evitar a distanásia. Além do mais, não é a conduta do médico, ao suspender ou não iniciar tratamento fútil, que causará a morte do doente, mas sim a enfermidade que ele já possui.

Para os seguidores da teoria finalista do crime, defendida por Welzel, a conduta tratada não seria típica. Para o finalismo, o fato típico possui duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. A parte objetiva tem, como requisitos, conduta, resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexo de causalidade e adequação típica. Já a parte subjetiva é composta pelo dolo e pela culpa. Dessa forma, para o finalismo, dolo e culpa fazem parte da tipicidade. Por não haver dolo de matar na conduta do médico, essa conduta seria atípica.

Já para os adeptos do funcionalismo moderado de Roxin, a tipicidade

[19]Op. cit., p. 139.

possui três dimensões: a objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica); a subjetiva (dolo e intenções especiais) e a normativa ou valorativa (teoria da imputação objetiva). Para essa corrente, a conduta e o resultado são valorados a partir da criação de um risco proibido e relevante. Se a conduta cria um risco permitido, não é típica do ponto de vista valorativo. Nesse sentido, Maria Elisa Villas-Bôas[20] afirma que

> Pela teoria da imputação objetiva, por sua vez, é possível dizer que ao se adotar uma conduta médica restritiva, não se estará incrementando o risco que a doença já representava, atendo-se aos limites do risco permitido ao exercício profissional de decidir a terapêutica, com bom senso e lastro científico.

Percebe-se pela afirmação supracitada que, pela teoria da imputação objetiva, a prática de ortotanásia também seria atípica.

Temos ainda a teoria da tipicidade conglobante. De acordo com essa teoria, defendida por Zaffaroni, se existe uma norma que permite uma conduta, outra norma não pode proibi-la dentro do mesmo ordenamento. Como o próprio nome indica, essa teoria examina todas as normas de um ordenamento de forma conglobante. Rogério Greco[21], ao tratar sobre o tema, cita as palavras de Zaffaroni e Pierangeli: "*Não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomente*".

No caso da legislação pátria, encontramos, no artigo 15 do Código Civil, a figura da recusa terapêutica, ao dizer que "*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*".

A esse respeito, assevera Maria Elisa Villas-Bôas:

> O Código Civil de 2002 já esclareceu que não haverá submissão de paciente capaz, sem consentimento, a procedimentos que impliquem risco de vida (ressalvado o perigo iminente de vida, no sentido penal da expressão), ainda que estas visem, por pressuposto, à recuperação do paciente, com boa chance de sucesso.

Desta maneira, pela teoria da tipicidade conglobante, não se poderia tipificar penalmente a ortotanásia, já que, no nosso ordenamento, há norma permissiva

[20]Op. cit., p 190.

[21]GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.166.

da conduta. Norma esta, inclusive, muito mais abrangente que a ortotanásia, já que a recusa terapêutica, como visto na citação acima, pode se dar ainda que o paciente possua boa chance de sucesso, enquanto que a ortotanásia só é aplicada quando não há mais esperanças para o doente, e tratamento algum poderá trazer benefícios para ele.

Assim, é a opinião desta autora que a ortotanásia não pode configurar delito de homicídio, ainda que na sua modalidade omissiva. Primeiramente, para que o agente tenha responsabilidade pela omissão, é necessário que ele possua o dever jurídico de agir para evitar o resultado. Nas palavras de Rogério Greco, o crime de homicídio pode ser cometido de maneira omissiva quando o autor *"deixa de fazer aquilo a que estava obrigado em virtude da sua qualidade de garantidor"*[22].

Maria Elisa Villas-Bôas[23], ao citar Fernando Capez, assevera que esse dever de ação deve estar acompanhado da possibilidade real e física de o agente impedir a ocorrência do resultado. Essa definição tem grande importância no tocante à ortotanásia, já que o médico possui a qualidade de garantidor em relação ao paciente e tem a possibilidade de agir, não tendo, no entanto, o poder de evitar o resultado, qual seja a morte iminente.

Desta forma, não consideramos que a ortotanásia constitua uma prática juridicamente reprovável e pensamos ser uma conduta ética por parte dos médicos que deve ser fomentada pela classe. Por isso, aplaudimos o atual entendimento médico e jurídico sobre a sua realização, pois configura um grande passo a favor da sua legalização.

4.3 Eutanásia e Ortotanásia no anteprojeto do Código penal

Tramita no Congresso Nacional o anteprojeto que alteraria a parte especial do Código Penal Brasileiro. Dentre outras disposições, esse anteprojeto traz como novidade o acréscimo de dois parágrafos ao artigo 121: no §3º, ele apresenta a eutanásia como tipo autônomo e, no §4º, ele nos traz a ortotanásia como uma excludente de ilicitude. Vejamos:

> Art. 121 Matar alguém:
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

[22]Op. cit., p. 171.

[23]Op. cit., p. 183.

> §1º [...]
> §2º [...]
> §3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave.
> Pena - reclusão de três a seis anos.
> §4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

No caso do §3º, é nossa opinião que há uma falha na sua elaboração, que deverá ser corrigida caso venha a entrar em vigor. O aludido parágrafo traz como requisito para a configuração da eutanásia que o paciente seja vítima de enfermidade grave. No entanto, entendemos que a doença deve também ser incurável, e estar o paciente em estado terminal. Uma doença grave, simplesmente, não é motivo para caracterizar a eutanásia, se o doente tem chance de cura. Além da doença ser grave e incurável, o paciente deve estar em fase terminal. Caso contrário, abriria caminho para que portadores do vírus HIV, por exemplo, pudessem ser mortos sob o pretexto da compaixão, quando sabemos que os portadores dessa síndrome, se estiverem fazendo o tratamento, podem viver por vários e vários anos, apesar de se tratar de doença grave e incurável.

Sobre a ortotanásia, acreditamos que faltaria ao legislador estabelecer uma ordem de preferência entre ascendente, descendente, cônjuge e irmão. Na impossibilidade de manifestação da vontade pelo paciente, indaga-nos Maria de Fátima Freire de Sá[24]: *"Haveria necessidade de concordância conjunta? Em caso contrário, quem teria prioridade na tomada de decisão?"*. Esse seria um ponto que deveria ser especificado pelo legislador no caso de promulgação da lei.

No mais, entendemos válida a iniciativa do legislador ao tratar especificamente da eutanásia e da ortotanásia e ficamos na espera de que a alteração da parte especial do Código Penal realmente venha a ocorrer.

Por fim, gostaríamos de registrar, como ilustração, que o Estado de São Paulo já deu o primeiro passo sobre a matéria, pois, através da Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999, autorizou, no seu Artigo 2º, inciso XXIII, a ortotanásia

[24]SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.130.

no Estado. Inclusive, o Governador Mário Covas, ao sancionar a Lei, declarou que o estava fazendo não como Governador, mas como um paciente.

E, já no fim da sua vida, fez a opção pela ortotanásia, acolhendo o direito a uma morte natural, ao seu tempo certo, e assim, pondo em prática aquilo que defendera.

5 Conclusões

Eutanásia, ortotanásia e distanásia são conceitos que se relacionam, mas que em nada se assemelham. Eutanásia é a morte antecipada, provocada pela compaixão de quem não suporta mais ver o sofrimento do paciente. Ortotanásia é a morte correta, que ocorre no momento natural, sem antecipação ou prolongamento do período de vida do enfermo. Já a distanásia é o adiamento da morte, tanto quanto o possível, através da utilização de todos os recursos de que a medicina dispuser.

Na verdade, são muitos os opositores à eutanásia. E dentre os vários argumentos contrários à referida prática, identificamos alguns como a possibilidade de existir sérios abusos que venham a ser praticados por médicos inescrupulosos ou familiares igualmente desumanos, interferindo, camuflando ou até mesmo manipulando a vontade do paciente sobre o destino de sua vida. Dois outros argumentos que também merecem ser destacados e são levantados por alguns autores dizem respeito: um, à possibilidade real de existir, em determinados casos, uma firme reação orgânica do paciente (os ditos milagres) ao ponto de doente conseguir restabelecer a sua saúde; o outro, porque também é possível que, em algumas situações, se verifique falha em diagnósticos ou surgimento de novos medicamentos viáveis a combater o mal enfrentado.

De fato, as questões atinentes à eutanásia são verdadeiramente complexas, e sua permissão traria muitos dilemas e teria que ser regulamentada de maneira minuciosa para evitar abusos. Por isso mesmo, não foi nossa intenção, nesse estudo, defender sua legalização, mas apenas sua tipificação, como modalidade própria de homicídio – o homicídio eutanásico –, possuindo uma penalização bem mais branda que o homicídio comum, devido à motivação nobre do agente.

No que toca à distanásia, ao nos posicionarmos contra a prática, não estamos querendo dizer que a manutenção artificial da vida é má. Ao contrário, ela é resultado de grandes conquistas científicas. No entanto, ela pode tornar-se má a depender de como for utilizada. Quando ela deixa de ser um benefício e se

torna um sofrimento para o paciente, transforma-se em uma conduta antiética, que retira toda a autonomia do paciente sobre seu corpo, sua saúde e sua vontade.

A ortotanásia, por outro lado, deve ser legalizada. Trata-se de conduta ética por parte dos médicos, irreprovável do ponto de vista jurídico, por não atingir diretamente o bem vida - já que não há o encurtamento do seu período natural – e que respeita a dignidade da pessoa humana. Deve, desta forma, ser incluída no artigo 121 do Código Penal como uma excludente de ilicitude.

Se este trabalho despertar reflexões sobre tema tão complexo e melindroso, entendo ter alcançado os meus objetivos.

Referências

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7571>. Acesso em: 8 jun. 2011.

BRASIL. *Código civil, Código de processo civil, Código comercial, Legislação civil, Processual civil e empresarial, Constituição Federal* / organização Yussef Said Cahali. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Constituição Federal, Código penal, Código de processo penal* / organizador Luiz Flávio Gomes, obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 07 jun. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2v. 2007. e seg. Material da 1ª aulada disciplina tutela penal dos bens jurídicos individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera - UNIDERP/REDE LFG.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Direito penal*: parte especial, Introdução à teoria da parte especial, crimes contra a pessoa. Rio Janeiro: Impetus, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Dworkin e o império dos princípios.* Disponível em:< http://fundamentosjuridicos.com.br/dworkin-o-imperio-dos-principios>. Acesso em: 06 jun. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer:* eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/160>. Acesso em: 8 jun. 2011.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005

Chefe da Casa Civil Edgardo Ferreira Soares, Governador Pedro Gondim e o Ministro José Américo de Almeida - Parada do Dia 7 de Setembro
(Acervo Memorial do MPPB)

A LUTA CONTRA A DELIQUÊNCIA ORGANIZADA: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Lorena de Albuquerque Rangel Moreira
Bacharela em Direito

Resumo

O presente artigo analisa, em linhas gerais, uma série de críticas que foram atribuídas à teoria do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, que vai desde a despersonalização do ser humano a uma prévia culpabilidade, denotando-se o Direito Penal de autor, e, sobretudo, infligindo-se os direitos fundamentais do ser humano. Especificamente, será realizado um estudo crítico-expositivo dos caminhos adotados pelos legisladores penais na luta contra a criminalidade organizada, evidenciando-se as principais questões conflitantes relativas à aplicação destas leis que são consideradas frutos desta teoria.
Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Direito penal do autor. Segurança *versus* liberdade. Crime organizado.

Abstract

This paper's aim is to examine some critics addressed to Jakobs' Enemy Criminal Law theory, from the lack of personification of the human been, previously to any conviction, to the lack of respect for the fundamental rights. Therefore, will be made a critical and expositive study on the paths followed by the criminal legislators whose follow this theory and the laws created by them in the struggle against the organized crime and the conflictive aspects of the application of those laws.
Keywords: Criminal law for the enemy. Criminal law of the author. Security versus freedom. Organized crime.

1 Introdução

Diversos fatores políticos, tecnológicos, sociais e culturais influíram para a supressão de fronteiras comerciais e a consequente expansão das atividades econômicas em nível mundial. Este fenômeno globalizador dos mercados

repercutiu na criminalidade organizada, pois o que antes se considerava como um problema individualizado no interior dos países, agora a moderna delinquência se caracteriza por sua transnacionalidade.

A crescente preocupação da sociedade com relação a esse tipo de delinquência se vê refletida no aumento de medidas de prevenção e repressão do crime organizado, que, em muitos casos, rompem com os princípios do Direito Penal e, em conseqüência, faz questionáveis a legitimidade de sua aplicação. Encontramo-nos, então, diante da problemática de uma realidade jurídica que, por um lado, busca a eficácia no combate ao crime, mas, por outro, para a consecução de tal fim, deve flexibilizar vários princípios fundamentais do Direito.

Assim, analisar os problemas enfrentados pelo sistema penal, quando busca prevenir e sancionar o crime organizado, não é uma tarefa simples: primeiro, pela complexidade que reveste tanto as organizações criminosas como sua atividade delitiva; segundo, porque as organizações delitivas encontraram diversas formas de atuação que revelaram sérias deficiências do Direito Penal, principalmente na parte dogmática.

Atualmente, a política criminal se desenvolve no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, substituindo-as ou flexibilizando-as pelo interesse na segurança do cidadão. O propósito é resolver de maneira imediata a pluralidade de aspectos que não se acomodam ao sistema penal tradicional e garantir a *tranquilidade* pública o que se traduz nos discursos políticos sobre segurança pública e na multiplicação de leis penais no sentido de frear a *crescente* criminalidade.

No entanto, a mescla abusiva de Política com Direito gera leis simbólicas que são ditadas para dar uma resposta que satisfaça à sociedade. Sob estas bases, estudamos o fundamento do Estado na luta contra o crime organizado, confrontando dois polos, um marcado pela eficiência, e outro, pelas garantias, buscando-se, ao final, um critério de política criminal que determine o ilícito penal, baseando-se nos princípios gerais que legitimam a intervenção penal pela ideia de lesão a um bem jurídico.

Frente a essas dificuldades e à insuficiência dos meios de persecução do delito, os sistemas penais vieram empregando diferentes fórmulas penais como, por exemplo, técnicas legislativas como o adiantamento da barreira de punibilidade, tipificando cada vez mais formas de perigos abstratos e flexibilizando determinadas categorias dogmáticas, tudo isso aliado ao endurecimento das penas, representações do denominado Direito Penal do inimigo.

Adotaram-se, nos últimos anos, medidas severas destinadas a combater a criminalidade. Foram introduzidas nas legislações algumas providências visando à maior punição para os delitos, a fim de que se proporcione uma maior segurança na sociedade. Com a criminalidade organizada e outros delitos de especial gravidade, tornou-se evidente a necessidade de um tratamento diferenciado para aqueles indivíduos que não passam a segurança cognitiva mínima de que podem ser fiéis a norma. Assim, questiona-se a viabilidade de imporem-se medidas de segurança para que tais indivíduos perigosos não ponham em risco a sociedade ou mesmo o Estado.

Tomando-se como exemplo a alteração da lei de execução penal do Brasil, revelam-se as origens da política criminal que norteia a legislação brasileira, aproximando-se das bases teóricas do Direito Penal do inimigo. Ademais de apreciá-la, no que se refere à possível violação de direitos e garantias fundamentais, também se analisa a práxis, ou seja, se esta Lei é imprescindível (útil) para a prevenção e repressão do crime organizado e se, realmente, é eficiente.

Constatam-se, nas legislações, muitas evidências da referida teoria. Em consequência, indaga-se acerca de um certo fundo político na criação de tais normas. Certamente, advêm da necessidade de criação de uma identidade social (Direito Penal simbólico), associada ao *punitivismo exarcebado*, concebido pela ideia de que o aumento da pena é a solução para conter a criminalidade, gerando-se, assim, o endurecimento de penas para as normas já existentes ou mesmo a tipificação de novos delitos.

Precisamente, o objetivo do trabalho será submeter à crítica o poder de legitimação da teoria do Direito Penal do inimigo nas legislações penais modernas. Questões como "Quem seria o inimigo?", ou, mais bem dito, "Qual é o parâmetro utilizado para etiquetar uma pessoa como inimiga?" são questões que não se tornam claras e que geram muitas discussões. A partir da nomenclatura mencionada por Jakobs, produziu-se uma série de críticas que vão desde a despersonalização do ser humano até uma prévia culpabilidade, denotando-se o Direito Penal do autor, e, sobretudo, infligindo-se os direitos fundamentais do ser humano.

Não obstante, sem que sirva de impedimento, não se trata somente de rejeitar a teoria proposta na sua totalidade, mas sim de aclarar ou projetar uma forma de resolver o problema da criminalidade organizada, do terrorismo e dos demais delitos de especial gravidade. São novas

formas de criminalidade contra os quais necessitamos reagir em nome da segurança. Não se propõe que a liberdade de uma pessoa, ainda que contraposta à segurança de todos, seja prescindida, mas sim que se tem que valorar melhor as "armas" utilizadas pelo Estado para reagir frente a essas pessoas.

2 Imprecisão conceitual

Com a denominação Direito Penal do inimigo, conceito este utilizado para mencionar ou idealizar um Direito Penal diferenciado para determinadas pessoas consideradas inimigas, isto é, pessoas que são consideradas fontes de perigo para o Estado, põe-se em dúvida sua utilização no discurso punitivo, ou seja, seu ponto de vista pragmático.

No entendimento de Ferrajoli[1], convém distinguir dois usos diversos dessa fórmula: um, do tipo empírico-descritivo, e outro, do tipo teórico. O primeiro se entende como uma perversão do Direito Penal, ou seja, de práticas punitivas e repressivas que cobrem com o manto do Direito Penal e são, pelo contrário, sua negação, isso porque se cobrem com o manto da legalidade, mas são práticas que não condizem com os Direitos humanos. O segundo resulta apresentado ou recomendado como um novo paradigma, um novo modelo, como tal normativo, de Direito Penal.

Na realidade, busca-se sua real pretensão, isto é, como se pode interpretar tal teoria desde o ponto de vista prático. Também Greco[2] visualiza o Direito Penal do inimigo sob três perspectivas distintas: uma de caráter descritivo, outra de caráter crítico-denunciador e uma última de caráter legitimador-afirmativo. Para ele, de maneira menos contundente, é descritivo quando se entende como mais um *"instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo"* [3]. No que concerne ao emprego como sendo uma crítica, utiliza-se quando se caracterizam certos dispositivos do Direito Penal como contrários ao Estado Democrático de Direito. A terceira forma de interpretação do conceito de Direito Penal do inimigo traria consigo pressupostos de legitimidade.

[1]FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 236.

[2]GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 13, n. 56, , p. 93-94, set.-out. 2005.

[3]Idem. Ibidem, p. 94.

Na discussão com respeito ao tema, com frequência comprovamos os distintos matizes a que se dedicam os autores: uns estão atinados a constatar dispositivos penais nas legislações e criticá-las, declarando-as inconstitucionais e reivindicando reformas; outros a nada mais se dedicam do que a descrever o tema evidenciando tais anormalidades.

Sem embargo, o que causa mais clamor é a categórica declaração do Direito Penal do inimigo como um conceito legitimador, que, segundo entende Greco, *"não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do Direito penal do cidadão"*[4].

Na verdade, com a elucidação do tema, vieram à tona diversos temas polêmicos. O fato de pôr em risco o que já se tinha como pacífico, como os direitos individuais da pessoa humana, é um tema que traz um certo estímulo à discussão. Ademais, tal tema se remete a crimes para os quais ainda não se conhece maneira eficaz de solucioná-los (prevenir e castigar). O fato de encontrar-se, nos agentes envolvidos na criminalidade organizada, terrorismo, tráfico internacional de drogas, etc., como presas, modelo para que se identifiquem prováveis inimigos, pode ser um tanto quanto persuasivo ao consentimento de tal conceito. Não se sabe ao certo como se deve proceder para que se previnam e se punam estes delitos.

Com a globalização, vários tipos penais que antes não existiam passaram a fazer parte de nosso cotidiano. Está claro que o Estado tem que buscar ferramentas práticas e eficazes para pontuar tais crimes e preveni-los. O crime organizado atrai cada vez mais adeptos e aumenta sua projeção internacional. Torna-se compreensível que se invoque um desenlace para esse problema.

Em nossa opinião, a nomenclatura especificada por Jakobs exterioriza uma realidade que estamos vivendo. O Direito Penal do inimigo é um fato. É evidente que toda legislação atualmente vigente, que impõe pena privativa de liberdade de longa duração a criminosos considerados perigosos, adiantando-se barreiras punitivas, flexibilizando-se garantias e direitos fundamentais e instituindo-se penas desproporcionais, é uma legislação que não condiz com o Estado Democrático de Direito. Ainda que se lhe atribua uma mera legalidade[5], são leis aprovadas por um processo legislativo legítimo e que têm plena validez.

[4]Idem. Ibidem, p. 94.

[5]FERRAJOLI, op. cit., p.176-177.

Jakobs busca no termo uma justificativa filosófica para descrever toda essa mudança que está sucedendo na legislação. Não se trata de dizer que o Direito Penal do inimigo é ou não é legítimo. Tampouco de justificar a razão dessa criminalidade. Está claro que toda legislação, tanto no Brasil como nos demais países, está sendo modificada no sentido de endurecer as penas e restringir cada vez mais as garantias penais e processuais, assim como também sucede com a execução penal.

O poder de legitimação dessa nova e duvidosa legislação, não resta dúvida de que pode levar a um caminho sem volta ou até mesmo a um fracasso do sistema penal. No entanto, é o que está sucedendo.

Trata-se, pois, segundo Ferrajoli[6], da autolegitimação como Direito das práticas contrastantes com o modelo normativo do Direito Penal, em nome da eficiência. Para o autor, a ata de nascimento do Direito Penal do inimigo está na legitimação política dessas práticas punitivas. Confunde-se Direito Penal e guerra, assim como se o Direito é a negação da guerra, isto é, com ele se sai do estado de natureza e a sociedade selvagem se civiliza, o Estado está atuando com desigualdade, pois a um crime, por mais grave que seja, responde-se com o Direito Penal, assim como à guerra se responde com a guerra de defesa, uma mobilização contra o Estado agressor.

Então, o poder de legitimação do Direito Penal do inimigo não se concebe pela declaração atual de Jakobs, mas sim pelo panorama de guerra em que estamos vivendo no que se refere ao crime organizado e, sobretudo, pela maneira ineficaz como está atuando o Estado. O crime, disseminado em todos os níveis sociais, já foge do controle estatal, ademais de não se limitar a uma infração individual.

3 Direito penal do inimigo: marco da teoria funcionalista

A proteção do bem jurídico, como um instrumento para restringir a intervenção jurídico-penal, já não é dominantemente aceita[7]. Jakobs, em especial, considera que a finalidade do Direito Penal é contradizer a

[6]Idem. Ibidem, p.236.

[7]Autores como Hirsch, Stratenwerth e Jakobs consideram impossível restringir o âmbito de atuação do Direito Penal a lesões de bens jurídicos. Em contrapartida, autores como Roxin, Hassemer e Schünemann são defensores do conceito.

contradição das normas determinantes da identidade social[8] e assim confirmar sua vigência. Por outro lado, Roxin parte de um conceito de bem jurídico como resultado de uma função social do Direito Penal[9]. Assim, para este, a função do Direito Penal se atém a garantir às pessoas uma convivência pacífica, livre e socialmente segura, isto quando não possa ser obtido com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos[10].

Não obstante, esse entendimento é inconcebível na visão de Jakobs, uma vez que ele figura que o Direito Penal é uma estrutura da relação entre pessoas, o Direito como espírito normativo, não podendo, portanto, ser representado em um objeto físico[11].

Desde a concepção do bem jurídico, surgem diferentes conceitos, entre eles, o desenvolvimento da tese do Direito Penal do inimigo. Entendendo-se que o bem jurídico tem a finalidade de assegurar a vida em sociedade, esta nova teoria é pasmosa. Sem embargo, acreditando-se no conjunto de mudanças ou modificações sucessivas nas legislações modernas, fez-se surgir algo que, a princípio, era apenas potencial, as leis penais simbólicas, estas sendo necessárias para assegurar a vida em comum das pessoas.

Dessa maneira, os poderes estatais recorrem ao Direito Penal como forma de tutela antes mesmo de uma efetiva agressão aos bens jurídicos contemplados no ordenamento constitucional. A "funcionalização" do Direito Penal consiste em que este não tutela somente as vítimas de agressões concretas, mas sim "novos fenômenos sociais"[12], pois, segundo Jakobs:

---

[8]JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005. p. 33.

[9]ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

[10]Idem, Ibidem, p 16-17.

[11]JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. E Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

[12]SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 313.

> "un comportamiento no constituye una perturbación solamente cuando se produce completamente un daño al bien jurídico, o el autor abandonó irreversiblemente su papel, o cuando ocurre por completo un suceso perturbador de la paz pública. Bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan el debido respeto a los bienes y a la paz pública. Esta validad se ve deteriorada cuando por el comportamiento del autor, se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración"[13].

A partir daí, foram constatadas várias indicações positivadas de um Direito Penal que está dirigido à luta contra essa criminalidade que vem assombrando a sociedade. Esta tendência afeta, sobretudo, o legislador penal, uma vez que é este quem deve resolver quais condutas devem ser selecionadas como relevantes para o Direito Penal e que tipo de consequências jurídicas devem ser estabelecidas para as mesmas[14]. O problema que se constata nessa luta é justamente a adaptação dessas leis aos princípios da intervenção penal, pois estes devem ser estáticos, ao contrário das inovações legislativo-repressivas, que são dinâmicas, e, portanto, passam a modificar os princípios a fim de se autolegitimarem.

4 A clara tendência de um direito penal do autor

Uma das primeiras observações que se pode fazer sobre o Direito Penal do inimigo é justamente sua tendência a um Direito Penal de autor, que, como se pode comprovar ao longo da história, sempre existiu, e, inclusive, tal qual Direito Penal excepcional, faz-se recordar muito ao propugnado pelos penalistas do nazismo[15].

Dessa maneira, não se sobressai o fato cometido pelo autor, mas sim sua forma de vida, sua perversão, sua periculosidade criminal e sua "vocação" para cometer delitos. Isso se torna evidente pela forma como se reputam os indivíduos passíveis de que sejam considerados inimigos[16].

---

[13]JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Trad. De Juaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 58.

[14]NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul.-ago. 2006.

[15]MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo". In: *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006., p. 339-370. p. 345. 2v.

[16]Sobre el Derecho penal de autor, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho penal de autor.* Valencia: Tirant to Blanch, 2007.

Com efeito, há uma valorização excessiva da segurança, e são castigados indivíduos pela mera suspeita de envolvimento em organizações criminosas. O fato é que as razões se dão a partir de um juízo de valor que pouco ou nada tem a ver com um Direito Penal do fato e muito mais com um Direito Penal de autor[17]. Sucede que a doutrina dominante rejeita, por razões próprias do Estado de Direito, todas essas teorias que vão mais além da culpabilidade pelo fato concreto[18]. Ainda que contrariamente ao Estado de Direito Liberal, "las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho Penal alemán, presionan en la dirección del Derecho Penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual"[19].

No que contempla Ferrajoli[20] quanto ao paradigma do inimigo, ele encontra duas deformações: a primeira, na concepção do tipo penal, e a segunda, na concepção do juízo. Com relação à primeira, ele encontra uma deformação no princípio da legalidade, na determinação do punível, que, no Direito Penal do inimigo, já não é o delito, mas sim o réu, com independência de delito: "En él, la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos".

Quanto à segunda deformação, o resultado é a quebra de todas as garantias processuais, em que o processo é um momento de luta contra o crime organizado, buscando-se não a verdade do fato, mas sim o delito no encarcerado, ou seja, primeiro se detém a pessoa considerada perigosa, e logo se investigam os fatos cometidos por ela. Assim se deduz que, se pretende se castigar "pelo que se faz" e não "pelo que se é", fatalmente "…el proceso deja de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona…"[21].

---

[17]BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 137-145. 2004.

[18]ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, fundamentos, a estrutura da teoria do delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et al. 4. Ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 181, t. I.

[19]FERRAJOLI, op. cit., p. 177.

[20]Idem. Ibidem, p. 236.

[21]Idem. Ibidem, p. 236

Como exemplo, podemos citar a lei que introduz o regime disciplinar diferenciado na legislação penal brasileira: ao submeter ao regime presos em consequência de um "alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade", está claro que não se trata de uma punição por um fato concreto, pois disso já trata o *caput* do art.52 da Lei de Execução penal brasileira[22]. Trata-se, na verdade, de punir certos autores que representam risco para a sociedade ou ao estabelecimento penal, isto é, cuida-se de autores entendidos como perigosos, autores que não demonstram uma suficiente segurança cognitiva de que vão respeitar a norma.

Nesse contexto, ainda quando a lei fala da submissão ao regime dos presos que "recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas,…", está clara a intenção do legislador em evidenciar o Direito Penal de autor, ao passo que se faz um juízo de suspeita, não importando o que o autor fez, mas sim a forma como conduz sua vida, isto é, aquele indivíduo perigoso que põe em risco a vida da sociedade e a própria existência do Estado.

Ainda que seja uma maneira de proporcionar segurança, é uma situação que inspira cuidado na medida que esse juízo de suspeita se faz *a priori*, podendo recair em um juízo sem que o indivíduo saiba de que o acusam[23]. Manifesta-se, então, um Direito Penal que raciocina, priorizando a eficácia e a segurança em detrimento dos direitos e garantias individuais. Resta, sem embargo, arrazoar até que ponto se pode dar prioridade à eficácia frente à constante violação de princípios e garantias penais e processuais, ademais do acometimento dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

5 A ideia de segurança em contraposição à ideia de liberdade

Com a globalização e consequente expansão do Direito Penal, surgiram diversos delitos que mais bem objetivam a segurança da coletividade à proteção de bens jurídicos. No entanto, essa ideia de expansão é antagônica às ideias e propostas reducionistas do sistema penal, Pois, ao contrário de buscar medidas despenalizadoras e alternativas à pena privativa de liberdade,

[22]"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: …"

[23]Cfr. DEMETRIO CRESPO. El "Derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006.

recorrem a penas mais severas, relaxando garantias em busca de uma pretendida eficácia.

Por fim, o que antes se discutia entre a legitimidade de propostas abolicionistas e propostas reducionistas, atualmente aparece como debate o binômio *reducionismo* versus *expansão*, o que se denominaria de modernização do Direito Penal[24]. Tal modernização traz o discurso do Direito Penal do inimigo, em que, justificando-se na ideia de segurança, despersonaliza parcialmente[25] indivíduos que são considerados fontes de perigo. Assim, por não passarem uma segurança íntima de procedimento, são neutralizados, a fim de evitarem-se futuros delitos.

O problema concerne, então, na preferência de segurança da coletividade em contraposição à liberdade do indivíduo. Em que pese a tomada de posição *segurança/liberdade*, trata-se de interesses em conflito que, apesar de aparentemente propender a um fundamento nos Direitos fundamentais da pessoa humana, obedecendo ao discurso internacional dos Direitos Humanos, pugna pela liberdade individual. Não é o que vem sucedendo com as legislações tanto da Europa quanto Latino America, que atuam conforme a realidade vivida no tocante à criminalidade.

Como assegura Demetrio Crespo[26], "la idea de "seguridad" que justifica el recrudecimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar", pois, da mesma maneira que se pode entender a segurança como necessária para os que não delinquem, também se pode entender que seria uma insegurança se considerasse que qualquer cidadão pode delinquir em algum momento e do que se trata é de proteger bens jurídicos.

É certo que, se se parte da ideia de que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos, não há espaço para que se legitime o recrudescimento do Direito Penal baseado na segurança. Isso levaria a uma insegurança jurídica, em que haveria indefinição de bens jurídicos, indeterminação na tipificação de condutas e adiantamento da barreira de punibilidade com os delitos de perigo[27].

---

[24]DEMETRIO CRESPO. El "Derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006. p. 431.

[25]JAKOBS, op. cit., p. 173.

[26]DEMETRIO CRESPO. El "Derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 430.

[27]Op. cit., p. 430.

6 O inimigo como uma ameaça ao estado democrático de direito

O discurso do "Direito Penal do inimigo", por constatar-se, com prontidão, violações de direitos humanos, é objeto de crítica e, ao mesmo tempo, é combatido veementemente pela doutrina. Tal violação vai desde os direitos fundamentais da pessoa humana à supressão de garantias constitucionais, como o devido processo legal, presunção de inocência, legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, etc. que são conferidas ao imputado. Tais garantias lhe são asseguradas em um Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, é iminente a indagação a respeito da justificação desse Direito Penal específico para inimigos no âmbito de um Estado de Direito. Seria possível compatibilizá-lo e torná-lo legítimo?

Em princípio, pode parecer um retrocesso diante da luta para o reconhecimento de tais garantias. Também se pode concluir que se estaria abrindo precedentes para que qualquer tipo de abuso seja praticado sob o argumento de proteção aos cidadãos[28]. No entanto, nas legislações penais atuais, é clara a validez destas leis, ainda que seja constantemente objeto de críticas.

Ferrajoli[29], analisando, teoricamente e em profundidade, o fenômeno da violência legal, identifica dois modelos contraditórios de legalidade: a estrita legalidade e a mera legalidade. A primeira constitui uma norma metalegal que submete a validez das leis que autorizam o exercício da violência a uma série de requisitos que correspondem às garantias penais e processuais. A segunda é um meio para legitimar a violência institucional fora dos parâmetros da estrita legalidade, isto é, consiste em uma autorização legal para utilizar a violência, sem uma rígida vinculação à lei mesma.

O fato é que estas normas autorizam, mas não está baseado nele o modelo constitucional do Estado de Direito. Por sua vez, a violência legal para controlar outras formas de violência é maior que a que devera existir, havendo uma violência legal supérflua. Assim se deduz que, se o Estado tem a pretensão de excluir ou, ao menos, minimizar a violência nas relações interpessoais, fica no vago, sem o logro de seu fim.

De fato, seria um tanto quanto difícil adequar um Direito Penal do inimigo

[28]CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisafer, 2006. p. 325-340.

[29]FERRAJOLI, op. cit., p.176-177.

ao Estado de Direito sem infringir e desvirtuar alguns preceitos básicos já amplamente acolhidos. Seria necessário aceitar a despersonalização de determinados cidadãos que são julgados, o que seria uma afronta ao Estado por não passar a confiança indispensável a seu tratamento como pessoa.

Sem embargo, justifica Jakobs que, tratando-se de inimigos, tal despersonalização, como diz, "se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad"[30]. Isso significa que tal despersonalização da pessoa seria parcial, ou seja, a personalidade jurídica permaneceria incólume[31], o delinquente se manteria como pessoa, ainda que seu tratamento real seria o dispensado a um inimigo, pois, nas palavras de JAKOBS, "quien es sometido a la custodia de seguridad no es privado de libertad por causa de su realidad personal desarrollada, sino por sus presumibles delitos futuros"[32]. E ainda diz que "la confirmación de la norma cede ante la administración de la seguridad".

Também na Espanha[33], podemos citar, como exemplo, a liberdade vigiada, recém-aprovada pelo Congresso, e que consiste em uma medida de segurança que o Tribunal impõe, de maneira facultativa ou preceptiva, segundo a própria norma mostra em cada caso, e cujo conteúdo se concretiza em uma série de

[30]JAKOBS, op. cit., p. 173.

[31]Idem. Ibidem, p. 173.

[32]Idem. Ibidem, p. 172.

[33]A Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, que modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal espanhol, introduziu a liberdade vigiada. É uma opção inoquizadora em determinados supostos de especial gravidade em que o efeito reabilitador da pena se vê dificultado na medida que esta não resulta suficiente ou adequada para excluir um elevado risco de reincidência. A lei introduz, mediante a modificação parcial e uma leve reordenação do Título IV do Livro Primeiro do Código Penal, esta medida que se inserta naturalmente no regime geral de ditas medidas de segurança, algumas das quais se integram e refundem nesse conceito comum (artigo 106). A novidade substancial que incorpora a liberdade vigiada é que resulta aplicável não só quando o prognóstico de periculosidade do indivíduo se relaciona com estados patológicos que determinaram sua inimputabilidade ou semi-inimputabilidade, mas sim também quando a periculosidade deriva do específico prognóstico do sujeito imputável em relação com a natureza do fato cometido, sempre e quando o próprio legislador assim o haja previsto de maneira expressa. A medida não tem caráter alternativo à pena de prisão e não é executada previamente a esta, mas sim se impõe na sentença junto à pena privativa de liberdade para sua execução posterior a desencarceramento, e far-se-á ou não efetiva justamente em função desse prognóstico de periculosidade, formulado quando se acerca dito momento extintivo da pena e reconsiderado depois com cadencia como mínimo anual (Artículo 98.1). Sua duração se mantém em geral em um máximo de cinco anos, que é o que estabelecia até agora o Código para as medidas de segurança não privativas de liberdade que se refundem sob o conceito de liberdade vigiada, mas a isso se acrescenta, certamente pensando nesta nova modalidade pós-penitenciária, a possibilidade de que o próprio Código Penal a estenda até os dez anos (artigo 105.2), como, de fato, esta mesma Lei dispõe para os delitos contra a liberdade e integridade sexual e de terrorismo.

limitações, obrigações, proibições ou regras de conduta, aplicáveis separada ou conjuntamente, tendentes não só a proteger as vítimas e a sociedade em geral, mas também à reabilitação e à reinserção social do delinquente.

Com efeito, o uso defeituoso da liberdade é o que faz com que o cidadão não passe a confiança necessária para que se viva de modo pacífico em uma sociedade. É evidente que, ao conviver com demais pessoas, é razoável ter o mínimo de confiança de que um não vai a atuar de modo inconcebível. Efetivamente, não se propõe a hipótese de que as pessoas atuem de forma mecânica, no entanto tampouco se pode esperar ou aceitar uma ação descontrolada e inconsequente que desperte insegurança daqueles que mantêm estáveis seu comportamento, passando a devida confiança de que não vão a atuar em desconformidade com o Direito.

É neste sentido que Jakobs justifica sua inquietude com respeito à afronta do inimigo diante do Estado, uma vez que, ante tais inimigos (cidadãos perigosos), se indaga o que deve fazer o Estado. Se existem pessoas que não prestam a garantia cognitiva mínima para que sejam tratadas como pessoas em Direito, deve o Estado tratá-las igualmente aos cidadãos? Se a estes se lhes impõem penas, devidamente legitimadas, pela colocação em perigo da norma, ocasionada por um fato cometido, seria razoável compreender que a tais inimigos também deveriam ter legitimadas uma medida de segurança por não passar a confiança necessária que serão fiéis à norma?

Seria, de fato, considerar a possibilidade de impor uma medida de segurança para aqueles inimigos para quem ao Estado não bastasse impor uma pena, por ocasião de violação da norma, percebendo a necessidade de assegurá-la àquele individuo, acolhendo a probabilidade de fatos que hão de acontecer.

Assim ocorrendo, tal dicotomia "cidadão *versus* inimigo" gera vários problemas, principalmente no que se refere ao princípio do fato, largamente admitido no Estado de Direito. No entanto, ainda que se trate de um Direito Penal de autor, não se pode ignorar a real afronta da criminalidade ao Estado. Cada vez mais aumenta a criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de drogas, desafiando o próprio Estado. Este já não tem controle nem recurso para conter o profissionalismo de tais crimes, e as medidas tomadas não alcançam a eficiência e rapidez em que se estrutura o crime.

Por outro lado, quando chega o momento de intervir, o Estado não pode

retribuir na mesma moeda, com a mesma perversidade em que se sucede o crime. Aquele, sendo um Estado que respeita os Direitos fundamentais e está de acordo com os diversos tratados de Direitos Humanos, não pode atuar, medindo forças e na mesma proporção em que atua a criminalidade.

Ainda que se adote a justificativa da segurança coletiva, ao Estado, isto não lhe convém porque o discurso internacional dos Direitos Humanos é no sentido de preservar os Direitos individuais da pessoa humana. Toda atitude que o Estado venha a tomar, propondo conter o crime e que, eventualmente, não respeite garantias individuais, será considerado vigorosamente uma violação ao princípio de dignidade do ser humano.

Obviamente, o tema da segurança não pode ser ignorado nem subestimado pelo Estado, sem embargo, não se pode reagir de uma forma inconsciente politicamente. Ou melhor dizendo, não se pode reagir com um vazio quase total de política, ou seja, de falta de capacidade de projeção e inovação. Esse vazio colmado por intervenções conjunturais e demagógicas é o terreno privilegiado dessa política de segurança[34].

Com efeito, somente com a observância das garantias individuais e coletivas asseguradas nos sistemas constitucionais e penais é que se poderá legitimar a produção legal e jurídico-penal em um Estado Democrático de Direito. A inadequação das novas exigências de tutela às garantias constitucionais e penais não permite que estas sejam mitigadas, mas sim evidencia que o Estado deve incumbir-se da tarefa de controlar o desvio social, fazendo uso de outros mecanismos de controle *a priori* que não o Direito Penal[35].

Assim, ainda que o inimigo seja uma afronta ao Estado, suas justificativas para combatê-lo não são aceitas. Seria oportuna uma política de combate a criminalidade, estabelecendo os limites a que o Estado pode chegar. Possivelmente, seria necessária a relativização de certas garantias, no entanto poder-se-iam estabelecer critérios para punir-se o inimigo sem que o convertera em um objeto do Estado, a fim de facilitar a luta contra a criminalidade, tornando eficiente as medidas adotadas por ele.

[34]FERRAJOLI, op. cit., p. 236.

[35]SCHMIDT, op. cit., p. 315-316.

7 O crime organizado é mitigado pelas novas legislações penais?

Evidenciada a inflação legislativa que se deu nos últimos anos, não mais que especializando os tipos penais e endurecendo ainda mais as penas, questiona-se a respeito da eficácia dessa luta, que, identificada como uma luta contra "inimigos", ainda delineou muito bem o correto caminho para que se logrem seus fins, qual seja, combater a moderna criminalidade.

Precisamente, nas palavras de Ferrajoli[36], nessa luta nomeada de Direito Penal do inimigo, o Direito Penal perde não só sua legitimidade, mas também sua eficácia, pois perde sua assimetria com o crime. O autor explica, comparando o terrorismo e a guerra, que a resposta ao terrorismo será tanto mais eficaz quanto mais assimétrica resulte. Assim, a guerra se repele com a guerra de defesa ou com a mobilização geral contra o Estado agressor, enquanto que aquele, considerado como um crime, ainda que seja grave, é respondido com a punição dos culpados, que pode ser muito severa[37].

Se o Estado responde ao crime com a lógica primitiva da guerra, ou seja, o Direito Penal do inimigo, está equiparando-o inevitavelmente à categoria de um Estado antagonista, isto é, está tratando-o simetricamente e, ao anular a assimetria entre instituições públicas e organizações terroristas, privou as primeiras de sua maior força política, degradando-as ao nível das segundas ou, o que é o mesmo, elevando as segundas ao nível das primeiras como Estados inimigos e beligerantes[38].

Sem embargo, quando se analisa a prática, é certo que estamos diante de um esquema de crimes equiparados à guerra e, para contê-la de imediato, professa-se na suposta efetividade da reação de emergência.

Por exemplo, como expusemos em tópicos anteriores, o RDD pode ser aplicado com caráter punitivo e também cautelar. Para os criminais, que reconhecidamente participam do crime organizado, é necessário um plano ordenado de transformação dos instrumentos de que o Estado tem para

[36]FERRAJOLI, op. cit., p. 243.

[37]Com relação ao crime de terrorismo, Ferrajoli diz que ele deve ser afrontado politicamente, "Pero es justo en la asimetría respecto a él convencionalmente establecida por su calificación jurídica como "crimen" donde reside el secreto de su pérdida de fuerza y de su aislamiento y por ello el papel del Derecho Penal como factor de paz y de civilización, es decir, instrumento del tránsito del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil". (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 245).

[38]FERRAJOLI, op. cit., p. 247.

diferenciar a realidade em que se encontra em regime carcerário. O regime carcerário mais duro, mais diferenciado, é importante para a luta contra o crime organizado, uma vez que distancia e neutraliza os presos envolvidos em estas organizações, cortando o ciclo e evitando-se que se comandem crimes de dentro das prisões.

No entanto, é necessário ressaltar, com veemência, que não se está defendendo aqui que o RDD seria a resolução para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento de lei e ordem ou do expansionismo punitivo. Trata-se, igualmente, de uma medida conveniente para o problema da criminalidade desenfreada que afronta nossas instituições.

Na realidade, trata-se de indivíduos que não querem se ressocializar. Então, não há que se falar em finalidade da pena. Por mais que não convenha tratá-los de *não pessoas* como são denominados por Jakobs, é necessário precaver-se dos atos inconsequentes destes indivíduos perigosos e utilizar-se de medidas de segurança, pois a maioria não pode ficar detida e atemorizada diante da minoria que infringe reiteradamente as normas ditadas pelo Estado.

No entanto, ainda que se verifique a necessidade e a efetividade de tais medidas, não raro há rejeição com respeito ao RDD, por ser um instituto que, de certa forma, diminui as garantias do indivíduo, impondo-se medidas cautelares e antecipando as barreiras de punição, isto é, punindo-se atos preparatórios, ou ainda, meras suspeitas.

8 Conclusão

Diante de tal conjuntura apresentada, evidencia-se a procedência do movimento de Lei e Ordem, que conduz a máxima intervenção do Direito Penal. Prioriza-se a repressão ao crime com o objetivo de dar uma resposta ao medo da sociedade. O Estado social é deixado para dar lugar a um Estado penal, resultando no surgimento do chamado "Direito Penal do inimigo" como um Direito Penal máximo.

Fica claro que as mais recentes elaborações legislativas, seja em matéria substantiva, processual ou de execução penal, são vinculadas a uma política criminal respaldada em uma concepção dogmática em que se esquece da condição humana do autor do delito, permitindo a formulação de um Direito Penal do inimigo, em que se abrem portas às construções legislativas de matizes menos garantistas.

No entanto, as legislações trazem consigo uma mera legalidade e, por isso, são legitimantes, sendo aplicadas quando demandadas pelas circunstâncias do caso concreto, tanto como sanção, quanto em razão de medida cautelar de asseguramento. Logicamente, por tratar-se de privação de liberdade, as autoridades competentes devem empregá-la com cuidado, muito embora sem receio, quando tal instrumento se mostre útil, não permitindo que tais indivíduos perigosos venham a por em risco a segurança das demais pessoas, assim como a do próprio Estado.

Desta maneira, diante da criminalidade organizada, do terrorismo e de outras infrações penais perigosas, evidencia-se um Direito Penal de luta contra esses indivíduos envolvidos. Não obstante, ainda que isso seja exteriorizado através de normas, não se pode legitimá-lo como um Direito Penal do inimigo, pois este é um conceito doutrinal, crítico, mas não dogmático.

É possível afirmar que o Direito Penal de urgência perde a essência de seus fundamentos, deixa de ser um instrumento de proteção do cidadão para se tornar um mero instrumento de contenção social e gestão de riscos. O aumento de tipos penais e o endurecimento das penas são resultados de um Direito Penal simbólico que, ademais de tentar noticiar segurança para a sociedade, passa a ideia de que o Estado está ponderado ao aumento da criminalidade.

Diante deste cenário, não há dúvida de que a questão é relevante e remete a um dilema: ou as autoridades estatais utilizam métodos rigorosos, mas assimétricos, de luta contra o crime organizado, sendo capazes de cessar a continuidade de agressões à paz social ou estamos todos predestinados a assistir, de forma tímida e passiva, ao desmoronamento do Estado Democrático de Direito ante comportamentos criminosamente ousados.

Referências

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 137-145, 2004.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales. In: *Derecho Penal del Enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisafer, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

DEMETRIO CRESPO. El "Derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho penal de autor.* Valencia: Tirant to Blanch, 2007.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 13, n. 56, set./out. 2005.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. E Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Derecho penal*: parte general. Trad. De Juaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el "Derecho penal del

enemigo". In: *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul./ago. 2006.

ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho penal*: parte general, fundamentos, a estrutura da teoria do delito, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et al. 4 ed. Madrid: Civitas , 2006. t.I.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

O FENÔMENO DA CIBERCRIMINALIDADE NO MUNDO ATUAL E OS CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS NA INTERNET

Ricardo José de M. e Silva
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

A humanidade, como um todo, passa por um processo rápido e contínuo de mudança nas esferas social, econômica e política. A realidade mundial já se transformou. O que outrora parecia lento e perdurava décadas para mudar, hoje avança com um simples apertar de um botão de computador. Vivemos atualmente um processo evolutivo da sociedade mundial em torno da globalização cultural e econômica em que o caminho mais rápido se faz por meio do mundo virtual da Internet. A Internet, rede das redes, já impacta o universo humano em proporções jamais imagináveis, através de um processo de convergência digital em que o homem cada vez mais interage com outro homem por entre um espaço virtual infinito que não respeita as diferenças culturais, geográficas ou de soberanias de Estado. A globalização das sociedades também exige a globalização do pensamento jurídico, de modo que possamos encontrar mecanismos eficientes de aplicação de normas que vigorem além dos princípios da territorialidade, sobremaneira no tocante ao Direito Penal. Neste diapasão, o presente trabalho objetivou analisar as circunstâncias que envolvem os crimes contra a honra praticados no âmbito da Internet. Do ponto de vista do aplicador do Direito, as dificuldades são enormes no sentido de que a Internet é um fenômeno mundial, homogêneo, apátrida, sem qualquer delimitação espacial ou geográfica e de consistência imaterial. É um universo que não foi previsto pela tradicional realidade histórico-cultural do Direito. O fenômeno da Internet ainda é pouco conhecido entre nós, mas o Direito tem que se adequar rapidamente a essa nova era da virtualidade. É dessa capacidade de adequação e de projeção de normas válidas e eficazes para o universo virtual da rede das redes que decorre a segurança jurídica necessária aos ordenamentos jurídicos nacionais de cada país. Este artigo visa a contribuir singularmente com a discussão e as possíveis e viáveis soluções para o deslinde de questões que envolvem a prática de crimes contra a honra das pessoas perpetradas por meio da rede mundial de computadores. A Internet, como até o momento sabemos, é a tecnologia da liberdade, e isso é bom. O que se tenta discutir e combater é o risco da não efetividade do Direito em abranger comportamentos e condutas ilícitas, velhas e novas, que ocorrem diariamente no

âmbito da virtualidade da rede e que, se não reprimidos, geram prejuízos sociais, desconforto e insegurança jurídica a milhões de pessoas.
Palavras-chave: O fenômeno da cibercriminalidade. Regulamentação jurídica da rede mundial de computadores. Crimes contra a honra praticados na Internet.

Abstract

The humankind as a whole goes through a quick and continuous process of change in the social, economic and politic spheres. The world reality has already transformed itself. What once in the past looked lame and took decades to change, now changes with a single click of a computer keyboard. We live nowadays a constant process of evolution of the world society where cultural and economic globalization makes its path into the virtual world of the Internet. The Internet, called Web of webs, already impacts the human universe in unimaginable proportions through a digital convergence process where man interacts with another man, each time and more through an infinite virtual space that respects no cultural differences, geographical limits or State Sovereignties. The globalization of the societies also requires the globalization of the juridical thought as a whole in order to find efficient mechanisms and apply legal norms that last and endure beyond the territorial principles, especially when it concerns to Penal Law Law. In these terms, the present work intended to analyze the circumstances that involve the crimes against the honor perpetrated on the Internet. From the law operator´s point of view the difficulties are enormous, even because Internet is a world phenomenon, homogeneous, countrywide and landless, with no spatial or geographical delimitations, and with immaterial consistency. It is a universe which has not been predicted by the traditional historic cultural reality of Law. The Internet phenomenon is still little known among us, but Law has to adapt as fast as possible to this new Era of virtuality. It is from this adjustment capacity and projection of valid and efficient legal norms to the virtual universe of the Web of webs that emerges the necessary juridical safety to the national judicial systems of each country in the world. This article aims to contribute uniquely with the discussion and the possible and viable solutions of questions related to the practice of crimes against the honor of people through the World Wide Web. The Internet, as we know it today, represents the technology of freedom, and this is good. What brings up such discussions and what one tries to avoid is the risk of the

ineffectiveness of Law towards the illicit conducts and the old and new outlaw behaviors that currently occur in its virtual space that if not hold back, cause social injuries which bring discomfort and juridical insecurity to millions of people.
Keywords: The cybercrime phenomenon. Juridical regulation of the world wide Web. Crimes against the honor committed on Internet.

A discussão acerca do problema contemporâneo conhecido por "cibercriminalidade", embora ainda em fase embrionária de estudos em nosso país, já caminha a passos largos nos países mais desenvolvidos. Diferentemente do governo dos Estados Unidos, que tem procurado intensificar a sua atuação em prol da segurança cibernética, as autoridades políticas e governamentais brasileiras deveriam assumir um papel mais ativo na questão da segurança na Internet, uma vez que a possibilidade de ataques oriundos da rede mundial de computadores é hoje uma ameaça constante na vida de milhões de brasileiros e também questão de segurança nacional, sobremaneira no que diz respeito aos setores de energia, os sistemas financeiros, a inovação empresarial, a livre concorrência e a segurança dos mercados, fatores basilares na formação econômica de uma nação que se propõe a dar um salto de qualidade e riqueza na nova era da cibernética.

A Internet, maior fenômeno de comunicação em massa que o homem já experimentou em sua história na face da Terra, pensada e gerada nas bases militares americanas em plena guerra fria dos idos da década de 1960, passa a ser, neste século XXI, o azimute de uma nova geração cuja vida se insere cada vez mais na esfera da virtualidade, tornando-se mais e mais dela dependente e usuária.

É esse tempo que vivemos atualmente. Apesar de já adentrados no século da convivência virtual, trata-se tal fenômeno da Terceira Revolução Industrial que, segundo Eros Grau, trouxe junto a globalização, a revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações.[1] E é justamente na ascensão dessa tecnologia digital, com a inclusão dos elementos velocidade de informação, descentralização no processamento de dados eletrônicos e ausência de delimitações físicas e espaciais, que surge a Internet como ponto culminante e consolidador da Terceira Onda.

[1]GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p.55.

Difícil adentrar na problemática atual da rede mundial de computadores, com o seu silencioso e revolucionário crescimento, sem ventilar um pouco alguns de seus dados atuais, uma vez que tal assunto não é objeto específico deste trabalho. Cabe-nos, sim, adiantar, que, nos dias de hoje, a rede virtual já contém mais de um trilhão de endereços eletrônicos, configurando com isso a cifra monumental de mais endereços *web* do que pessoas na face da Terra (cerca de sete bilhões de habitantes). Isso significa que existem cerca de 150 endereços da *web* por pessoa no mundo e que, se uma pessoa pudesse gastar um singelo minuto para proceder à leitura dos *web sites* já existentes, teria que permanecer ocupado por 31.000 (trinta e uma mil) horas sem dormir.

Com isso, estima-se que hoje já há aproximadamente um bilhão e meio de pessoas com acesso à rede mundial de computadores, representando mais de 1/7 (um sétimo) da população do globo conectada virtualmente. Há ainda uma projeção no sentido de que dentro de dez anos deverão estar conectados à rede mundial de computadores cerca de sete trilhões de computadores, celulares, geladeiras, carros, aviões, dentre outros equipamentos eletrônicos e não eletrônicos de uso do nosso cotidiano. Por ultimo, existe uma tecnologia recente que vem sendo implantada aos poucos na seara de armazenamento e processamento de informações na imensa teia tecnológica. É a chamada "computação em nuvem", cujo objetivo é justamente aperfeiçoar a capacidade de armazenamento de dados na própria rede, ou seja, sem que haja a necessidade do represamento das informações e dos arquivos digitais nos discos rígidos dos computadores. Tal avanço permitirá que o usuário possa acessar os seus arquivos de qualquer lugar, pois as informações ali necessárias não estarão atreladas à memória de seu computador pessoal. Esta última tecnologia deve permitir ainda o processamento de programas sem que as pessoas precisem estar com os seus computadores ligados, facilitando sobremaneira o acesso rápido a dados pessoais, agora armazenados não no computador de casa, mas em gigantescos e super potentes *data centers* que transformam *softwares* em serviços, reconfigurando e descentralizando com isso a relação "PC-cêntrica" existente entre o usuário da Internet e o seu computador

Por outra banda, como todo processo de evolução técnica que se dá na história da civilização humana somente é alcançado mediante um considerável preço social - fato já vivenciado em outras épocas nos países ocidentais durante as primeiras revoluções industriais -, a terceira Revolução Industrial (informática, microeletrônica e telecomunicações), representada pelo fato histórico da

globalização cuja Internet está inserida, traz consigo a semente de uma das mais conhecidas e temidas facetas do ser humano: o crime.

É fato que, com o advento das novas tecnologias da comunicação, em especial com o surgimento da rede mundial de computadores, surgem novas e constantes questões aos operadores do Direito acerca do hiato existente entre a ciência jurídica e os avanços dessa nova sociedade virtual. Tais perguntas merecem respostas rápidas e que acompanhem a velocidade das inovações tecnológicas que vislumbramos no mundo contemporâneo.

Nesse contexto, parte dos problemas que se apresentam diz respeito à necessidade de uma legislação penal adequada para a proteção dos bens jurídicos informáticos e de outros que, igualmente, ou até mais relevantes, geram prejuízos econômicos de naturezas diversas, face, muitas vezes, ao caráter da "transnacionalidade" que assumem os crimes cibernéticos.

Importante ressaltar que, muito antes do advento do fenômeno da Internet, as pessoas já sentiam as consequências desagradáveis e prejudiciais do que já se chamava de vírus de computador. Ainda na época pré-rede esses vírus se espraiavam e contaminavam sistemas e programas computacionais através do uso compartilhado de disquetes e outra formas de arquivo até então existentes.

Com o surgimento do ambiente integrado em rede, surgiram os temidos piratas de computador, ou conhecidos *hackers* que, por sua vez, eram pessoas que trabalhavam originalmente de forma lícita, elaborando e modificando programas e componentes eletrônicos de computadores e que, com a evolução de seus conhecimentos cibernéticos e as facilidades encontradas neste mundo novo e inóspito, do ponto de vista legislativo, enveredaram para a esfera da ilicitude com o bônus de todas as vantagens existentes no vasto universo virtual.

É relevante registrar o impacto e a sensação de insegurança gerados ao público na década de 1990, ainda neófito e ávido pela nova tecnologia virtual, em especial no que tange ao comércio eletrônico. Tais acontecimentos, de fato, fomentaram os primeiros debates acerca da até hoje discutida regulamentação jurídica da rede mundial de computadores.

Pensar a Internet sob a ótica da rede como instrumento de crime não é por si só uma proposição simples. Tal afirmação implica a questão primeira que deve permear a cabeça dos estudiosos e aplicadores do direito: a Internet é um meio novo de execução de velhos crimes ou é, por si mesma, uma realidade geradora de novos delitos? A resposta, segundo o professor Ivan Lira de

Carvalho[2], pode ser fragmentada no sentido de que há, de fato, novos crimes sendo perpetrados por meio da rede mundial de computadores, que são os chamados crimes cibernéticos ou *cyber crimes*. Por outro lado, há também os velhos crimes que, por demais conhecidos da sociedade e do mundo jurídico, também são lançados no meio virtual no afã de garantir o êxito da sua consumação com as facilidades desse novo instrumento tecnológico e do ambiente interligado em rede.

A Internet, atualmente presente na vida de bilhões de pessoas ao redor do mundo, não obstante não se prestar originariamente à prática de delitos, merece ser estudada sob a ótica da criminologia haja vista ser o crime uma faceta real do comportamento humano. O crime é um fenômeno humano; a Internet, maior ferramenta de comunicação desse novo milênio, mostra-se apenas como um instrumento por meio do qual os crimes são perpetrados.

A questão que realmente atormenta a sociedade contemporânea, quando o assunto diz respeito à criminalidade virtual, é justamente o efeito potencializador que a rede produz em um ambiente de proporções geográficas indefinidas, cujos delineamentos não podem ser configurados do ponto de vista físico.

A toda essa problemática, somam-se a existência dos crimes já tipificados nos diversos sistemas jurídicos nacionais, os novos crimes cibernéticos - de consistência legal indefinida - bem como a superexposição natural que as pessoas sofrem quando se integram à rede mundial de computadores. Tais circunstâncias, somadas, acabam por transformar a Internet em um espaço extremamente propício a velhos e novos comportamentos antissociais que encontram, na vulnerabilidade de seus usuários, o seu maior estímulo.

Hoje, uma das formas de interação virtual mais desenvolvida na rede faz-se por meio dos *sites* de relacionamentos, ou mais fielmente chamados de "redes sociais". No Brasil, por exemplo, mais de 29 milhões de pessoas já frequentam mensalmente as redes sociais *on-line*, tais como, *orkut*, *twitter facebook*, dentre outras. Segundo matéria publicada na revista Veja, em 08 de julho de 2009[3], "em nenhum outro país, as redes sociais *on-line* têm alcance tão grande quanto no Brasil". Isso significa que oito em cada dez brasileiros que se conectam à

[2]CARVALHO, Ivan Lira de. Crimes na Internet: há como puni-los. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2081>. Acesso em: 12 maio 2010.

[3]SCHELP Diogo. Nos laços (francos) da Internet. *Revista Veja*, São Paulo, ano 42, n. 27, p. 94-102, 2009.

Internet de alguma forma possuem seu perfil exposto em algum *site* de relacionamentos.

Os crimes da era digital, ou cibercrimes, ou crimes cibernéticos, quando vistos sob uma ótica mais descompromissada, podem-se dizer crimes de meio, pois simplesmente utilizam o espaço virtual disponível por meio da rede mundial de computadores para alcançarem o seu intento real, no mundo físico, material. Tal assertiva, entretanto, de certa forma dissociada da complexidade com que se dá a conduta ilícita perpetrada na Rede das redes, despreza o pensamento mais acurado a respeito do tema, suas circunstâncias e das consequências jurídicas que dele derivam.

Em que pese o mencionado, é justamente o advento das tecnologias eletrônicas de comunicação em massa, em especial o surgimento da Internet, que traz consigo as novas e constantes questões impingidas aos operadores do Direito acerca do real hiato existente entre a ciência jurídica e os avanços dessa sociedade virtual contemporânea. A complexidade do tema, não obstante impossibilitar o apropriado deleite neste breve ensaio, não foge ao compromisso de mencionarmos, de forma sucinta, a sua problemática essencial.

Em primeiro, a questão que atormenta a sociedade dos dias atuais, quando o assunto diz respeito à criminalidade virtual, é o *efeito potencializado* que a rede produz em um ambiente virtual de proporções geográficas indefinidas, cujos delineamentos físicos não podem ser configurados do ponto de vista material. Isso por si só traz consigo a problemática, já por demais discutida e irresoluta no meio jurídico, acerca dos institutos da "jurisdição" e da "territorialidade" no ciberespaço. Como processar e julgar, por exemplo, um crime perpetrado em um ambiente cuja intangibilidade natural transcende as clássicas delimitações físicas e geográficas introduzidas pelo nosso Direito Penal através das Teorias da *territorialidade* e da *ubiquidade*? Nessa seara, abre-se a temática também para a questão, não menos importante, da "competência" para o julgamento de tais crimes. Quanto a este instituto, os nossos Tribunais já têm se pronunciado, de forma pontual e tímida em casos que ameaçam ferir o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, basilar da jurisdição e do próprio *princípio da legalidade*, sustentáculo do estado democrático de direito.

A potencialização do crime virtual ainda possui um fator exógeno fortíssimo, que se traduz no estímulo proporcionado pelo *anonimato* de quem o pratica. Tal fato, analisado de forma isolada, constitui por si só um elemento perigoso e fomentador da elevação dos índices de criminalidade cibernética de toda a

natureza, onde a informática e a Internet se transformam em meios propícios para toda a espécie de crime, desde os crimes mais antigos, até os mais novos e os que ainda estão por vir.

Pode-se dizer que há hoje uma verdadeira democratização da prática de crimes no espaço virtual desde o surgimento da era da informática. É difícil ou até impossível identificar o criminoso da informática porque ele não possui sequer um perfil definido. Atualmente, o homem comum é o criminoso cibernético. Seu perfil tanto pode corresponder ao de alguém que muito sabe sobre informática ou, pelo contrário, saber apenas o suficiente para a prática de determinados delitos através do uso do computador.

O anonimato oferecido pela rede virtual aos seus usuários, conforme acima dito, tornou-se o maior aliado àqueles que se utilizam do ciberespaço para a prática de crimes. Nesse mesmo, Borja Jiménez[4] ensina:

> Esse anonimato dos usuários das redes informáticas também determina que alguns aproveitem o desconhecimento público de sua identidade para fazer valer seus instintos mais perversos. Internet é um mundo de sonhos feito de realidade, mas também em seu universo podemos encontrar os mais terríveis pesadelos. É um veículo de transmissão de pornografia infantil. Grupos racistas e xenófobos do pior nível encontram aí um lugar adequado para verter suas mensagens que instigam ao ódio, à violência e à discriminação racial. As organizações terroristas empregam suas múltiplas portas para conectar uns comandos com outros, associando e colaborando com diferentes grupos armados para alcançar seus fins de terror. Tráfico de órgãos, vídeos que transmitem torturas a assassinatos de seres humanos e outras cenas que somente são imagináveis nas mentes mais depravadas podem ser encontradas em portais distintos na rede das redes. Também se transmitem vírus, destroem-se base de

[4]JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. p.300.

Texto original: *"Ese anonimato de los usuários de las redes informáticas, también determina que algunos aprovechen el desconocimiento publico de su identidad para hacer valer sus instintos más perversos. Internet es um mundo de sueños hecho realidad,pero también en su universo podemos encontrar las más terribles pesadillas. És un vehículo de transmissión de pornografia infantil. Grupos racistas y xonófobos de la peor calaña encuentram ahí un lugar adecuado para verter sus mensajes que instigan a odio, a la violência y la discriminación racial Las organizaciones terroristas emplean sus múltiples puertas para conectar unos comandos con otros, o asociarse y colaborar com diferentes bandas armadas para alcanzar sus fines de terror. Tráfico de órganos, vídeos que transmiten torturas y asesinatos de seres humanos, y otras escenas que solo son imaginables em las mentes más depravadas, pueden encontrarse en distintos portales de la red de redes. También se transmiten virus, se destrozan bases de datos, se atacan los sistemas de seguridad de los ejércitos, se realizan transacciones econômicas suplantando a sus titulares (...). Esta nueva criminalidad há sido creada o fomentada por las nuevas tecnologias".*

> dados, atacam-se os sistemas de segurança dos exércitos, realizam-se transações econômicas suplantando-se os seus titulares... Esta nova criminalidade tem sido criada ou fomentada pelas novas tecnologias (Tradução nossa).

Pode-se afirmar que a *web* favorece a comunicação de forma desinibida e inescrupulosa, pois não há contato físico ou barreiras visuais. No que tange, sobremaneira, às minorias e aos grupos sociais oprimidos, formam-se todos os dias debates de conotação política e em outros assuntos, justamente por ser o anonimato um grande aliado no afrouxamento das regras mínimas de convivência e responsabilidade da rede.

O anonimato da rede certamente fornece a liberdade de expressão e de comunicação. O problema é quando o anonimato é utilizado para a prática de crimes.

Outra problemática que se deve começar a discutir amplamente a respeito do tema da cibercriminalidade é não só a da tipificação dos crimes praticados no universo virtual, mas, sobretudo, a das categorias propriamente ditas de crimes no espaço cibernético. Em uma análise superficial para um ensaio meramente introdutório a respeito do tema, pode-se mencionar que os autores divergem a esse respeito. Descartada a visão simplista de que os cibercrimes seriam meramente os mesmos praticados no mundo real, pode-se mencionar que existem diversas especificidades que ampliam o leque da tipologia delitiva relacionada ao espaço da virtualidade. *Ad argumentandum*, há que se diferenciarem preliminarmente os crimes puros (próprios) e os impuros (impróprios), sendo os primeiros perpetrados por computador que se consumem no próprio meio eletrônico, sendo a informática (segurança dos sistemas, titularidades das informações, integridade dos dados, da máquina e periféricos) o próprio objeto jurídico tutelado. Os crimes eletrônicos impuros, por sua vez, são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir o resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço real.

Deixada um pouco de lado a fase discursiva, divergente e complexa acerca da taxiologia mais aceita entre os estudiosos do tema, importante valorar a conceituação propugnada por Hervé Croze e Yes Bismuth, que distingue as duas categorias de crimes informáticos: os crimes cometidos contra um sistema de informática, tendo o computador e seus dados periféricos como os meios e as metas em si, e os crimes informáticos cujas ferramentas tecnológicas representam apenas o meio para a consumação de um crime fim.

Para nós, o estudo do tema através de uma teoria mais decantada e acessível à realidade do Direito brasileiro, tal como a de Croze e Bismuth, favorece o importante questionamento, do ponto de vista legislativo, acerca da viabilidade de, diante do surgimento da Internet, criarem-se novas categorias de tipificações de crimes especificamente vigentes para o universo da virtualidade cujo tempo é real, e o espaço não possui fronteiras físicas previamente estabelecidas. Exemplo disso, podem-se citar as condutas ilícitas ainda não satisfatoriamente tipificadas no Direito pátrio e nas leis esparsas (algumas já não mais vigentes, como é o caso da Lei de Imprensa), como a *interceptação e o acesso ilícito de dados, os danos perpetrados no ciberespaço, a destruição, supressão ou alteração de dados informáticos, a pirataria virtual, o terrorismo cibernético, a violação de correspondência* e muitas outras, todas alteradas na sua essência quando a prática se dá na Internet, ambiente onde os crimes, tipificados ou não no Código Penal brasileiro e nas demais leis infraconstitucionais, adquirem o caráter da "transnacionalidade".

Quando Castells[5] alardeou em seu livro, *A Galáxia da Internet*, que os governos do mundo já temiam a ameaça dos cibercrimes no ano 2000, restou claro à época que a criminalidade virtual estava se desenhando como um dos principais problemas a ser discutido no limiar do século XXI:

> No ano 2000, governos do mundo já levavam a sério a ameaça do que rotularam de "cibercrime". Tornara-se claro que a infra- -estrutura das comunicações por computador, de que a riqueza, a informação e o poder em nosso mundo dependem, era extremamente vulnerável à invasão, interferência e destruição. Ondas incessantes de vírus e vermes vagam pela Internet, *crackers* rompem *firewalls*, números de cartão de crédito são roubados, ativistas políticos assumem o controle de *websites*, arquivos de computadores militares são transferidos de um lado para outro no mundo, e consegue-se extrair *software* confidencial até da rede interna da Microsoft.

O Capítulo V do Código Penal brasileiro define os crimes que atentam contra a honra, ou seja, os que atingem a integridade ou incolumidade moral da pessoa humana. A honra pode ser definida como o conjunto de atributos morais, intelectuais e físicos referentes a uma pessoa ou, como o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e

[5]CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet:* reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

estima própria. Nos termos do art. 11.1. Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6-11-92, "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Os delitos contra a honra são a injúria, a difamação e a calúnia e encontram-se capitulados nos arts. 138, 139 e 140, do Código Penal brasileiro. Caluniar alguém é imputar-lhe falsamente fato definido como crime. Difama quem atribui a alguém fato ofensivo à sua reputação. A injúria, diferente dos demais delitos, configura-se na conduta de ofender a dignidade ou o decoro de alguém. Tais crimes violentam a honra objetiva e subjetiva da vítima.

Tem-se por honra objetiva a reputação da vítima, a sua moral perante a sociedade. Honra subjetiva, por sua vez, é o sentimento da pessoa a respeito da sua conduta moral e intelectual. Tal diferenciação se mostra importante na medida em que tanto a calúnia quanto a difamação atingem a honra objetiva da vítima. A injúria, por sua vez, viola a honra subjetiva da pessoa, pois o agente propala qualidade negativa da mesma, seja com relação a seus atributos morais, físicos ou intelectuais.

Relevante ainda destacar ainda que o dano à honra de uma pessoa, uma vez praticado por meio da rede mundial de computadores, configura por si só uma conduta mais gravosa, tanto do ponto de vista criminal como civil.

No âmbito da esfera criminal, tem-se o art. 141, III, que reza:

> "Art. 141. As penas cominadas neste capítulo se aumentam de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
>
> (...)
>
> III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Neste patamar, os tribunais vêm reconhecendo a citada causa de aumento de pena nas situações de veiculação de *e-mails* com conteúdo ofensivo a diversos destinatários ou simplesmente veiculados na rede, por representarem meio facilitador da divulgação do ilícito. Afirma Gabriel Zaccaria Inellas[6] que

[6]INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. *Crimes na Internet*. 2. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p.76.

> Para que ocorram a calúnia e a difamação, o correio eletrônico deve ser enviado a pessoas, diversas da vítima, imputando a esta fato concreto com ofensa à sua honra objetiva. Para a caracterização da injúria, basta a remessa de correio eletrônico à própria vítima, irrogando-lhe qualquer ofensa à sua honra subjetiva.

Os crimes contra a honra, praticados na rede mundial de computadores, são mais comuns do que se pode Imaginar. Todos os dias são cometidos inúmeros crimes contra a honra das pessoas, incluindo-se as personalidades públicas, por meio da Internet. Essa facilidade se deve ao anonimato oferecido pela rede a seus usuários que, pode-se dizer, é o maior combustível à prática de tais delitos na esfera da virtualidade.

Para a configuração de uma calúnia contra alguém, por exemplo, basta, para tanto, que um usuário impute a alguém um fato tido como crime e disponibilize a informação na rede. Tal fato pode ocorrer em uma sala de bate-papo da Internet, em redes sociais, em *e-mails* ou em grupos virtuais de discussão etc.

É forçoso reconhecer que nossos tribunais ainda têm dificuldades no julgamento de matérias afeitas a questões que envolvem condutas ilícitas praticadas na Internet. Por outro lado, a justiça brasileira tem se empenhado de forma meritória neste assunto, pois se sabe que as decisões que enfrentam a matéria servem de precedentes a ações já em trâmite e em outras por vir. Exemplo disso ocorreu na Comarca de Anaurilândia, Estado do Mato Grosso do Sul, onde o magistrado Fábio Henrique Calazans Ramos decretou a prisão preventiva do ex-marido da juíza Margarida Elizabeth Weiler por calúnia, injúria e difamação praticados em *blogs, e-mails* e *sites* de relacionamentos. Interessante observar que, em casos dessa natureza, é necessário que o judiciário permita a quebra do sigilo de dados, a fim de que o provedor de Internet identifique a origem do *e-mail* ou *site*.

Tal decisão motivou o recurso de agravo de instrumento de nº 70000708065 que, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2000, decidiu que o provedor do *hotmail* deveria identificar o usuário ofensor. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR INOMINADA – DIVULGAÇÃO, VIA INTERNET, ATRAVÉS DO SERVIÇO DE CORREIO ELETRÔNICO *HOTMAIL*, DE MENSAGENS DIFAMATÓRIAS ANÔNIMAS – MEDIDA DIRIGIDA CONTRA O PRESTADOR DO SERVIÇO DE CORREIO ELETRÔNICO E OBJETIVANDO, ENTRE AS PROVIDÊNCIAS, A IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM – CABIMENTO –

> Demonstrada a ocorrência de propagação de mensagens ofensivas a terceiros, difamando e caluniando o agravante, divulgadas através da Internet, via serviço de correio eletrônico, e anônimas, caracterizada a fumaça do bom direito e risco de lesão irreparável, é de ser concedida medida liminar dirigida ao prestador de serviço para que proceda a identificação do remetente, seu usuário, inviabilizada pelos meios comuns, e que bloqueie a fonte. Agravo provido.[7]

No mesmo sentido, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2006, condenou à indenização de trinta mil reais a um homem que fez uso de endereço eletrônico com o nome da namorada, divulgado profissão, telefone e outras informações, ao mesmo tempo em que postava fotos de outra mulher em posições eróticas. Com isso, a moça verdadeira passou a receber telefonemas e convites para o sexo, como se garota de programa fosse. Neste caso, foi movida uma ação cautelar contra o provedor para que expusesse os arquivos e documentos, descobrindo-se com isso que o endereço pertencia ao acusado e o assinante do provedor era irmão deste. A vítima, em princípio, requereu a indenização em relação aos dois, sendo, porém, extinta a ação com relação ao irmão do acusado em face do reconhecimento da ilegitimidade passiva do mesmo. A justiça entendeu que este último seria tão somente o contratante dos serviços do provedor, e não o autor e remetente das mensagens ofensivas à honra da postulante. A seguir a ementa do Acórdão:

> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA MATÉRIA DE OFÍCIO.
> A averiguação da legitimidade da parte demandada para tomar parte na lide passa pela análise dos fundamentos nos quais baseia o demandante sua pretensão.
> Figurando um dos réus como mero contratante do serviço de acesso à Internet, é de ser declarada sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação.
> ENVIO DE *E-MAIL* CONTENDO DADOS DA DEMANDANTE EM CONJUNTO COM INFORMAÇÃO DE QUE SERIA "GAROTA DE PROGRAMA". REMETENTE EX-NAMORADO. RECEBIMENTO DE LIGAÇÕES INTERESSADAS NOS

[7]Dano moral praticado por e-mail: crime de injúria e responsabilidade civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 193, 15 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=590>. Acesso em: 08 jul. 2010.

> *SERVIÇOS SEXUAIS*. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA CONFIGURADA. DANOS MORAIS EVIDENTES. Existindo nos autos declaração firmada pelos provedores de acesso à Internet, no sentido de que o *e-mail* se originou em endereço eletrônico que pertencia ao réu, e tendo este falhado em comprovar fato que pudesse afastar sua responsabilização, é de ser julgada procedente a demanda.
> *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO.
> A indenização a título de reparação por dano moral deve levar em conta não apenas a mitigação da ofensa, devendo atender a cunho de penalidade e coerção, a fim de que funcione na repreensão do lesante. Indenização fixada em valor que não configura enriquecimento indevido por parte da autora e, ao mesmo tempo, cumpre com a função repressivo-pedagógica típica dos danos morais.
> JUROS LEGAIS. TERMO INICIAL.
> Nas ações indenizatórias o termo inicial da contagem dos juros legais é fixado, levando-se em conta a natureza do ilícito. Na responsabilidade civil por danos morais, onde a definição da extensão dos ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MBB Nº 70015438997 2006/CÍVEL 2 danos e do valor ressarcitório provém da análise e do prudente arbítrio do julgador, não há incorreção em fixar-se o início da incidência em qualquer momento desde a ocorrência do fato ou a contar da citação e até mesmo do trânsito em julgado da decisão.
> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONVALIDAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA SENTENÇA. MANUTENÇÃO.
> AÇÃO EXTINTA, DE OFÍCIO, EM RELAÇÃO AO CORRÉU MAX HELLER.
> APELO DESPROVIDO.
> RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.[8]

A ofensa à honra via Internet é, de fato, um problema a ser considerado em primeiro plano pelos nossos legisladores. Em que pese parte dos estudiosos afirmar que a legislação aplicável a outras esferas do direito pode servir ao mundo da virtualidade, há que se admitir que é necessária a regulamentação da rede. No Brasil, conforme mencionado, enquanto carente de regras efetivas

[8]BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível e recurso adesivo, responsabilidade Civil, danos morais. Envio de e-mail contendo dados da demandante de que seria "garota de programa". Responsabilidade subjetiva. Culpa configurada. Danos morais evidentes. Apelação cível nº 70015438997. Apelantes/Recorridos/Adesivo Gunter Heller e Max Heller. Recorrente/Adesivo/Apelado Bruna Rodrigues Fronza. Desembargadora Relatora Marilene Bonzanini Bernardi. 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/wp-content/uploads/2007/06/tjrs70015438997.pdf.> Acesso em: 10 jul. 2010.

que integrem o ordenamento jurídico-normativo sobre a Internet, tem-se a menção ao direito à honra no Código Penal, no Pacto de San Jose da Costa Rica, no Código Civil e na já revogada (ou retirada do ordenamento jurídico) Lei nº 5.250, de 9 de setembro de 1967 - Lei de Imprensa.

O fato que merece destaque, em nosso sentir, é que há, de fato, a necessidade de uma revigorada tutela legislativa que diga respeito à honra para que esta possa ser defendida de forma eficaz e atual, sobremaneira na esfera da virtualidade presente e imposta pela Internet. A honra não pode ser considerada como algo de menor relevância ou encarada de forma banal, sob pena de mostrar-se enfraquecida e poder ser usurpada a qualquer instante. Jeová dos Santos[9], adotando as palavras de Concepción Rodrigues, diz que a honra possui um conceito universal e que "é a alma da sociedade, cujo corpo visível é composto por todos os indivíduos que nela estiverem inseridos". E continua Jeová Santos[10]:

> O amparo jurídico à proteção da honra deve possuir amplo espectro, já que o homem é merecedor de tutela ante as atividades agressivas à honra. A preservação integral e plena é assegurada, porque a sociedade precisa aquilatar e avaliar os méritos de seus membros.

Importante frisar que a proteção à honra, além do viés penal impingido à tipificação de uma conduta que a viola, possui forte suporte jurídico na legislação substantiva civil. O Código Civil, em seu art. 953, aduz que "a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido".

Com isso, é de ser entendido, não obstante a ampla difusão dos conceitos de calúnia e injúria na esfera penal, que o legislador cível não alheou tais conceitos de seu campo de atuação jurídica. Ao contrário disso, é fácil perceber que o Código Civil, interpretado propriamente, imprimiu relevância a indenizações de outras modalidades de violação à honra que não sejam injúria ou calúnia. Qualquer imputação, seja a mendaz denunciação caluniosa, ou outra manifestação qualquer que cause ofensa ao conceito de alguém, ensejará, da mesma forma, um dano moral. A jurisprudência pátria, por sua vez, é clara nesse sentido:

> A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, sendo bastante a demonstração do ato ilícito praticado. Ademais, nos casos

[9]SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo. Método, 2001. p. 223.

[10]Idem. Ibidem, p. 223.

> de indenização por dano moral, é suficiente a demonstração do ato irregular. STJ 4ª T.REsp 163221-ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (, v.u., j.14.3.2000).[11]

Na presente época, quando a informação virtual da rede possui força e rápida penetração universal, não é difícil perceber que a Internet, mais do que qualquer outro meio de comunicação de massa, perscruta a intimidade das pessoas e pode agravar a honra destas. Existe, em verdade, uma aparente desordem na forma com que tudo é disposto na rede das redes, dada a pluralidade de seus elementos. Essa liberdade infinita de informações e dados é, infelizmente, muitas vezes confundida por muitos que fazem uso do ciberespaço para praticarem crimes e desenvolverem atividades ilícitas de naturezas diversas.

Pode-se dizer, no tocante à violação e ao agravo à honra das pessoas, que a rede mundial de computadores se torna, além de tudo, um terreno fecundo para tais condutas, haja vista a constante interação entre os indivíduos que, em tempo real, podem cometer desde atos irregulares, ilícitos, até crimes propriamente ditos nessa seara. Importante ressaltar, para efeitos jurídicos de indenização de atos ilícitos ou crimes que violem a honra das pessoas na rede, que a Internet não é uma pessoa jurídica, não possui endereço ou qualificação, nem CNPJ, muito menos conselho fiscal ou administrativo. A Internet não existe juridicamente. Apesar de toda a revolução cultural, nas comunicações etc., trazida pela rede mundial de computadores, ela permanece apenas como um conjunto de computadores conectados por linha telefônica ou por cabo e que utilizam uma linguagem comum para o recebimento e envio de informações.

Em sendo assim, por essa supressão do esquema espaço-tempo na Internet, pelo desconhecimento de distâncias e pela ausência de um corpo físico que faz com que tudo seja baseado em imagens, texto e som, o ataque à honra das pessoas é infinitamente apetecível no ambiente virtual da rede. Há ainda o fato da ausência total de parâmetros éticos no ciberespaço, o que aumenta sobremaneira a probabilidade de comportamentos e atos ilícitos violadores da honra alheia.

A falta de inibição natural pela ausência de contato físico ou de qualquer

[11]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial,* responsabilidade civil, indenização por dano moral. Recurso especial n° 163.221 - ES (1998/0007471-6). Recorrente Sergio Basto dos Santos e Recorrido Luciano Moreira Vasconcelos. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 28 de junho de 2001. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=2745&nreg =199800074716&dt=20020805&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2010.

outra vigilância porventura existente na rede reforça o anonimato dos usuários e alimenta a personalidade de quem intenciona praticar um ato ilícito qualquer, gerando com isso um incentivo à ilegalidade. Antônio Jeová dos Santos[12], ao comentar em tópico específico sobre a ofensa à honra via Internet, afirma que

> Quando está *online*, uma pessoa pode dizer a outra certas coisas que jamais diria se estivesse diante da presença física de alguém. Isso ocorre porque o suporte, a Internet, o permite. O anonimato transforma a personalidade. O outrora sério e incapaz de um palavrão, quando diante da tela de um computador, é capaz dos mais severos agravos e de fazer o denominado sexo virtual. As regras éticas e de moral observadas no mundo físico, nas relações interpessoais, ficam emasculadas na Internet. Além de fugir da responsabilidade de algum ato que menoscabe outra pessoa, o anonimato permite que a conduta seja pervertida, fato difícil de acontecer no mundo real porque todos se sentem ameaçados com as pessoas que estão ao redor e sobre o que imaginarão se tiver uma conduta eticamente reprovável. No mundo virtual e, ainda, sob o anonimato, a sensação de segurança quanto a jamais ser descoberto permite o envio de termos chulos, de ofensas gratuitas e de discriminações inimagináveis se a vítima estivesse à sua frente.

O autor, estudioso no assunto, destaca que o fato gerador do grande medo da internet, no que tange à violação da honra das pessoas, é a ampla gama de agravos que podem ser causados por qualquer dos meios ali disponíveis. Como se não bastasse toda a proteção da virtualidade oferecida na rede, o efeito da transnacionalidade se faz sempre presente, *v.g.*, no caso de alguém que se esconda no anonimato e se utilize de provedor em país distante que não aceite cumprimento de cartas rogatórias para a responsabilização por ofensas veiculadas na Internet.

Aspecto também de fundamental importância, ainda na linha do estudo e reflexão acerca da prática de condutas ilícitas violadoras da honra no ciberespaço, sobremaneira os crimes contra a honra praticados na Internet, é a amplitude das circunstâncias que dizem respeito à continuidade dessas condutas. É sabido que a consumação dos crimes contra a honra se dá quando alguém toma conhecimento das ofensas. Por outro lado, isso não significa que toda vez que uma página virtual divulgadora de ofensas for acessada estará ocorrendo uma repetição do crime ou um novo crime.

[12]SANTOS, op.cit., p. 226.

O fato consiste em que a consumação do crime ocorre com a publicidade da ofensa, e não com cada conhecimento da ofensa. Estes crimes seriam caracterizados como crimes permanentes, que são aqueles que se prolongam no tempo em decorrência da vontade do autor em mantê-los. Em sendo assim, o múltiplo acesso a estas páginas não implica necessariamente o cometimento de novas infrações por parte daquele que publicou as ofensas em primeira mão. Há de observar-se, porém, que, se a mesma página for publicada em endereços diferentes ou, caso uma mensagem de correio eletrônico seja enviada mais de uma vez, estará o autor cometendo um crime continuado. Isso porque a repetição do cometimento do crime demonstra ser uma condição que, na prática, aumenta a pena do crime, sem caracterizar um novo crime separado do inicial. O art. 71 do Código Penal traz claramente esta previsão quando "o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie".

Nesse diapasão, se o autor enviar uma mesma mensagem de correio eletrônico para vários destinatários, mas fizer isto no mesmo ato de envio, não estará praticando o crime continuado, uma vez que a ação será única, não importando em repetição do crime.

Por fim, há grande discussão acerca da possibilidade de responsabilização dos provedores do espaço virtual (provedores de acesso e provedores de serviços) por condutas ilícitas ou crimes perpetrados por meio da Internet. Grande parte dos doutrinadores e julgadores, em princípio, têm se posicionado no sentido da não responsabilização do provedor perante os seus usuários. O fundamento seria o fato de que os provedores somente cederiam o espaço virtual para que os verdadeiros autores de atos ilícitos possam depositar os seus arquivos. Em suma, aqueles somente responderiam em caso de omissão, quando notificados a retirarem da Internet o conteúdo ofensivo de suas páginas e, porventura, se negarem.

No entanto, é forte o pensamento atual de que os provedores de Internet não devem ser comandados por pessoas leigas, e estas não podem se eximir de responsabilidade sob o fundamento de que desconhecem as ferramentas das novas tecnologias.

Em que pese não se tratar o tema de matéria específica do presente trabalho, vale citar alguns autores que encabeçam a discussão, como o Prof. Doutor Fernando Vasconcelos, que, sob a acurada visão de um estudioso na área cível, em especial o Direito do Consumidor, enxerga a possibilidade de

responsabilizar-se o provedor de Internet sempre que este descuidar de suas obrigações contratuais para com o usuário. Assim, Vasconcelos[13] categoriza:

> Quando o usuário contrata com um provedor de Internet, mesmo que seja por telefone, fax ou *e-mail*, estão ambos sujeitos às regras inseridas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade contratual, seja decorrente do acesso ao provedor, seja dos posteriores atos do usuário na Internet, deverá ser apurada em toda a sua extensão, pois a lei dispõe de instrumentos suficientes para essa apuração.

Em semelhante linha de pensamento, o Prof. Luiz Olavo Baptista[14] entende que os provedores de acesso devem ser responsabilizados, se agirem com imprudência, negligência e imperícia, na medida em que entregam para alguém o instrumento para causar dano a outros. Já Damásio de Jesus[15], podemos também citar, ao tratar da co-autoria e da participação nesta seara, conclui que seja necessária a existência de um elemento subjetivo, da vontade de agir, para que a pessoa possa ter uma conduta relevante e ser considerada, de fato, partícipe do ato ilícito. Em tal assertiva, incluir-se-ia a figura do provedor de Internet.

[13]VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet*: responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003. p. 221.

[14]BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os provedores que se cuidem, 1999*. Endereço eletrônico. Disponível em:<http://www.matemart.com.br/arrastao/balanca/bal4.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.

[15]JESUS, Damásio E. de. *Direito penal:* parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Referências

BATISTA, Luiz Olavo. *Os provedores que se cuidem, 1999*. Endereço Eletrônico. Disponível em:<http://www.matemart.com.br/arrastao/balanca/bal4.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação cível e recurso adesivo, responsabilidade civil, danos morais.* Envio de e-mail contendo dados da demandante de que seria "garota de programa". Responsabilidade subjetiva. Culpa configurada. Danos morais evidentes. Apelação cível nº 70015438997. Apelantes/Recorridos/Adesivo Gunter Heller e Max Heller. Recorrente/Adesivo/Apelado Bruna Rodrigues Fronza. Desembargadora Relatora Marilene Bonzanini Bernardi. 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/wpcontent/uploads/2007/06/tjrs70015438997.pdf.> Acesso em: 10 jul. 2010.

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial, responsabilidade civil, indenização por dano moral.* Recurso especial n° 163.221 - ES (1998/0007471-6). Recorrente Sergio Basto dos Santos e Recorrido Luciano Moreira Vasconcelos. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 28 de junho de 2001. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=2745&nreg=199800074716&dt=20020805&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2010.

CARVALHO, Ivan Lira de. Crimes na Internet: há como puni-los. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2081>. Acesso em: 12 maio 2010.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet:* reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DANO MORAL PRATICADO POR E-MAIL: crime de injúria e responsabilidade civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 193, 15 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=590>. Acesso em: 08 jul. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. *Crimes na Internet*. 2. ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001.

SCHELP Diogo. Nos laços (francos) da Internet. *Revista Veja*, São Paulo, ano 42, n. 27, p. 94-102, 2009.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet*: responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

RESPOSTA À ACUSAÇÃO OU DEFESA PRELIMINAR?

Marcus da Costa Fernandes
Bacharel em Direito

Resumo

Este trabalho trata das formas de defesa *resposta à acusação* e *defesa preliminar*, previstas no processo penal brasileiro, em procedimentos comum e especial, respectivamente. Este estudo tem como objetivo principal apontar as principais particularidades, momento adequado de utilização no processo e principais diferenças desses instrumentos jurídicos. Utilizando uma metodologia de abordagem dedutiva, esclarecendo ideias por intermédio de uma cadeia de raciocínio, ou seja, do geral para o particular, a partir de uma pesquisa doutrinária atinente à matéria e da análise prática de processos criminais, pudemos perceber que a utilização da terminologia adequada e a espécie de defesa cabível, pelos operadores do direito, faz-se relevante no processo penal, precipuamente em virtude das características distintas desses institutos jurídicos.
Palavras-chave: Defesa. Antecipada. Instrumentos. Criminal.

Abstract

This paper deals with the ways of defense response to the prosecution and preliminary criminal defense, predicted in Brazilian criminal proceedings, in common and special procedures, respectively. This study's main objective is to land the main peculiarities, proper time of use in the process and the main differences of these legal instruments. Using a methodology of deductive approach, clarifying ideas through a chain of reasoning, ie, from general to particular, from a doctrinaire study referent to the matter and analysis of criminal practice, we realize that the use of terminology adequate and appropriate kind of defense, by the operators of law, it is relevant in criminal proceedings, primarily because of the distinct characteristics of legal institutions.
Keywords: Defense. In advance. Instruments. Criminal.

1 Introdução

Nos procedimentos criminais, previstos na legislação processual penal e em leis especiais, existem instrumentos jurídicos que podem ser utilizados pela defesa, objetivando repelir antecipadamente as acusações contra si imputadas, a fim de propiciar a absolvição sumária ou a rejeição da denúncia ou da queixa, apresentando ao magistrado causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade, de tipicidade e de punibilidade ou maiores elementos que subsidiem o juízo de inadmissibilidade da peça inicial acusatória, evitando-se lide prejudicial e temerária ao denunciado. Esses elementos são formas de oportunizar e consagrar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, apresentando-se de forma relevante no contexto do processo penal brasileiro.

A *resposta à acusação* é prevista no procedimento comum ordinário e sumário, conforme se depreende da literalidade do art. 396, *caput* do Código de Processo Penal, tratando-se de meio de defesa obrigatório em que se oferece oportunidade para que o acusado, em dez dias, possa retorquir às acusações por meio da arguição de preliminares, documentos, testemunhas, provas e alegações fundamentadas em geral. Nesses ritos, a formação do processo penal e o início da ação penal já estarão completados pela citação do acusado, conforme o comando inserto no art. 363 do CPP, uma vez que a resposta à acusação ocorre posteriormente à citação.

O instituto da *defesa preliminar* é previsto em procedimentos especiais, apresentando a denominação de *resposta por escrito*, nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos (art. 514 do CPP); de *defesa prévia* e *defesa preliminar* na legislação de drogas (Lei nº 11.343/06); de *responder à acusação* no procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95); e de *oferecimento de resposta* no que tange à competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90) . Trata-se de mecanismo de defesa previsto no nosso ordenamento jurídico que pode ser aplicado, entre o oferecimento e o recebimento da peça inicial acusatória, antes da formação completa do processo por meio da citação, a fim de que a defesa possa apresentar argumentos que deem causa ao afastamento do início da ação penal, com a rejeição da denúncia ou da queixa.

Em virtude de inovação ocorrida na legislação processual penal, que inseriu o termo resposta à acusação, não possuindo este semelhança com a antiga defesa prévia, regrada anteriormente no Código de Processo Penal, necessário se faz

compreender as características e peculiaridades desta forma de defesa, assim como nos permitir diferenciá-la e conhecer a aplicação da defesa preliminar, a serem analisadas nas linhas seguintes.

2 Resposta à acusação

Com o advento da Lei nº 11.719/08, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, trazendo uma reformulação nos procedimentos para processo e julgamento de infrações penais, foi dada nova redação ao art. 396 e inserido o art. 396-A que expressam:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, 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. (destacado)
> Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.
>
> Art. 396-A. *Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa*, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (destacado)
> § 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.
> § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

A referida lei, com a inserção dos dispositivos acima transcritos, afastou a antiga *defesa prévia*, anteriormente utilizada na instrução processual penal, que tinha a finalidade precípua de apresentar o rol de testemunhas, após o interrogatório do réu.

No contexto atual, oferecida a peça processual da ação penal, o magistrado, em caso de recebimento, citará o acusado para *responder à acusação*. Percebe-se que, neste momento, o réu tomará conhecimento de todos os termos da acusação, cientificando-se do processo e da acusação que lhe é dirigida, formando-se a ação penal, conforme a dicção do art. 363

do CPP que disciplina "O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado".

Nesse passo, verifica-se que, para se chegar ao momento da defesa manifestar-se em forma de *resposta à acusação*, anteriormente deverá ocorrer o recebimento da denúncia ou da queixa, bem como a citação do acusado, conforme se depreende do alcance dos artigos 396 e 396-A, acima citados. Porquanto, ao promover sua primeira manifestação de defesa, já haverá para o acusado a ação penal devidamente constituída.

Nesse raciocínio, é de todo oportuno gizar o magistério dos ínclitos autores, Távora e Alencar (2011, p. 732/733), os quais expressam:

> Com a reforma processual penal, o rito ordinário foi invertido. O despacho de recebimento da petição acusatória (causa interruptiva da prescrição) importará no começo de uma fase preliminar de defesa, que se inicia com a citação do acusado para apresentar resposta, no gojo da qual poderá 'arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação quando necessário' (art. 396-A, CPP). Se o réu excepcionar (exceção de incompetência, de suspeição, etc.), o incidente deve ser processado em apartado na forma dos artigos 95 a 112, do Código.
>
> A resposta à inicial acusatória é peça obrigatória. Não tem similitude com a defesa prévia, antes regrada pelo CPP, que não tinha outra finalidade senão a de apresentar rol de testemunhas. Agora, o juiz tem autorizativo legal expresso para julgar antecipadamente o mérito penal quanto estiver comprovada situação fática ou jurídica que autorize provimento que afaste o pedido condenatório (art. 397, CPP).

A obrigatoriedade da manifestação da defesa é verificada no § 2º do art. 369-A do CPP, uma vez que, se não houver a constituição de defensor por parte do réu, o juiz nomear-lhe-á defensor para oferecê-la no prazo de dez dias.

A finalidade da *resposta à acusação* é de permitir que o acusado apresente argumentos de defesa, na forma do art. 396-A, *caput* do CPP, visando a afastar o desenvolvimento da ação penal, convencendo o julgador que incidem, naquela ação, causas permissivas da absolvição sumária, *ex vi* do disposto na literalidade do art. 397 do CPP, extinguindo-se o processo.

Veja-se que, em casos de excludente de ilicitude, de culpabilidade, de tipicidade e de punibilidade, é extremamente benéfico ao denunciado afastar a ação penal, em sede de fase preliminar de defesa, por meio da *resposta à acusação*, recebendo, *ab initio*, resposta estatal favorável ao que lhe é atribuído, evitando-se o prosseguimento do processo para, somente ao final, receber uma decisão absolutória.

O oferecimento de *resposta à acusação* e a consequente possibilidade do acusado ser absolvido sumariamente, antes da realização da audiência, prevista nos artigos 399 e 400 do CPP, apresentam-se como aspectos inovadores trazidos pela reforma do Código de Processo Penal.

Diante da recente mudança, ainda é perceptível em processos criminais a utilização indevida do termo *defesa prévia* ao invés de *resposta à acusação*. Esta imperfeição técnica deve ser afastada pelos operadores do direito ao atuarem na ação penal, especificamente nos ritos ordinário e sumário, considerando a exclusão daquela e a inserção desta, por intermédio das modificações trazidas pela Lei nº 11.719/08.

A antiga defesa prévia era prevista no antigo art. 395 do CPP, para o procedimento comum ordinário e também no art. 537 do mesmo texto legal, para o procedimento comum sumário. Com a vigência da Lei nº 11.719/08, o primeiro dispositivo acima referido sofreu alteração, passando a tratar da rejeição da denúncia ou da queixa, enquanto que o segundo foi totalmente revogado. Esse meio disponível para a defesa, antes da reforma, consistia em uma inicial peça técnica que poderia ser produzida pelo defensor objetivando, preponderantemente, arrolar testemunhas e comumente indicar a pretensão de demonstrar a veracidade dos fatos ou a inocência do réu ao longo da instrução.

Percebia-se, nas hipóteses acima, que precedia a defesa prévia o recebimento da denúncia ou da queixa, a citação do réu, a notificação da acusação, bem como a realização do interrogatório, já estando formada ação penal.

É o que se extrai, consoante a inteligência dos artigos do Código de Processo Penal, vigentes antes das modificações:

> Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente.
> Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório

> ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.
> Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar.
> Parágrafo único. Se o réu não comparecer, sem motivo justificado, no dia e à hora designados, o prazo para a defesa será concedido ao defensor nomeado pelo juiz.
> Art. 537. Interrogado o réu, ser-lhe-á concedido, se o requerer, o prazo de três dias para apresentar defesa, arrolar testemunhas até o máximo de três e requerer diligências.
> Parágrafo único. Não comparecendo o réu, o prazo será concedido ao defensor nomeado, se o requerer.

A corroborar o exposto acima, merece ser trazido a lume o magistério do renomado doutrinador Nucci (2007a, p. 629) que preleciona, *ad litteram*:

> A defesa prévia é a primeira peça de defesa escrita, produzida pela defesa técnica. Note-se que, no interrogatório, pode o réu ter fornecido ao juiz, se não se valeu do direito ao silêncio, a primeira versão oral da sua defesa, considerada a autodefesa. Na defesa prévia, não costumam os defensores adiantar suas teses, limitando-se a alegar que a inocência do réu será demonstrada ao final da instrução. É o momento, no entanto, de arrolar testemunhas.
> Ultrapassada essa fase, está precluído esse direito, nunca se devendo olvidar, no entanto, que, em nome dos princípios da verdade real e da ampla defesa, pode a defesa solicitar, posteriormente, a inquirição de alguma testemunha indispensável para a prova da inocência do acusado. Se deferido pleito, será essa pessoa ouvida como testemunha do juízo. Outras provas podem ser, também, requeridas na defesa prévia, tal como a requisição de documentos ou a realização de perícia.
> A ausência de defesa prévia não é causa de nulidade, desde que se tenha dado a oportunidade para a sua apresentação. Afinal, como se disse, o mais importante nessa fase é o oferecimento do rol de testemunhas. Se não houver interesse na prova testemunhal, é possível fique a defesa inerte. Aliás, note-se o dispositivo no início do art. 396 do CPP: "Apresentada ou não a defesa", demonstrando o seu caráter de facultatividade.

A *resposta à acusação* também não pode ser confundida com manifestações preliminares ocorridas em procedimentos especiais, como as previstas nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, na lei de drogas, nos juizados especiais criminais e nos processos de competência originária dos

tribunais, haja vista que estes possuem aspectos e momentos distintos da resposta à acusação.

São elementos caracterizadores da *resposta à acusação*, o que a diferencia do que ocorre na *defesa preliminar*, adiante tratada: a existência do recebimento da denúncia, que é marco interruptivo da prescrição; a citação do acusado, com o início da ação penal; prazo de dez dias, contados do efetivo cumprimento do mandado de citação; apresentação do rol de testemunhas, sendo 8 (oito) no rito ordinário e 5 (cinco) no rito sumário; arguição de preliminares; dedução de alegações que interessam à defesa do acusado; apresentação de documentos e justificações; especificação de provas a serem produzidas; possibilidade da arguição de exceção que deverá ser processada em autos apartados.

Nessa fase, preconiza-se a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo penal, como se segue:

> O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo* e *equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 32)

Entretanto, não necessariamente o acusado, por intermédio de seu procurador particular ou defensor, apresentará todos os elementos de sua defesa, podendo se limitar na apresentação de resposta à acusação sucinta e genérica, como estratégia de defesa, evitando antecipar seus argumentos e facilitar o tralhado da acusação. Todavia, havendo viabilidade de uma argumentação mais contundente, a ser analisada no caso concreto, poderá ensejar, de início, uma absolvição sumária nos autos.

3 Defesa preliminar

3.1 Crimes de responsabilidade de funcionários públicos

O procedimento dos crimes praticados por funcionários públicos no exercício da função é disciplinado nos artigos 513 a 518 do CPP, aplicável aos

crimes funcionais dos artigos 312 a 326 do Código Penal, dentre aqueles considerados afiançáveis.

Nesse procedimento especial, há a previsão da *defesa preliminar*, sob a denominação de *resposta por escrito* ou *resposta preliminar*, conforme se depreende do alcance do art. 514, *caput* e parágrafo único do CPP, que expressam:

> Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a *notificação do acusado*, para *responder por escrito*, dentro do prazo de quinze dias. (destacado)
> Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a *resposta preliminar*. (destacado)

Analisando o texto legal acima, infere-se que, nesse rito, é dada oportunidade ao denunciado por crime funcional de ser notificado para apresentar *defesa preliminar*, no prazo de quinze dias, ficando os autos à disposição em cartório e podendo apresentar documentos e justificações nas suas manifestações.

Evidencia-se que a legislação trouxe um tratamento especial ao funcionário público que foi denunciado por crime funcional, permitindo uma manifestação de defesa antes mesmo da formação da relação processual.

Nesse raciocínio, o renomado autor Mirabete (2003, p. 559), assevera que

> Excepcionalmente, nos crimes de responsabilidade de funcionário público se prevê a possibilidade do contraditório antes do recebimento da denúncia ou da queixa com a apresentação do que se denomina *defesa preliminar, resposta preliminar, contraditório vestibular ou audiência prévia do acusado*. (destacado)
> [...] Assim, a notificação prévia é indispensável em qualquer ação penal movida ao funcionário pelos delitos funcionais. Tem se entendido, porém, que não é ela devida se houver conexão com crime comum, imputado na mesma denúncia. Deve porém ser possibilitada a defesa preliminar ao acusado a quem é atribuída a prática do crime de responsabilidade pelo aditamento da denúncia. Como a notificação para a defesa preliminar foi instruída para as hipóteses em que a ação penal contra funcionário público pela prática de crime funcional foi instaurada em virtude de representação, é ela dispensável quando a exordial tem apoio em inquérito policial.

Dessa forma, diversos julgados já decidiram no sentido de que a falta da concessão de prazo para o oferecimento da defesa preliminar é causa de nulidade relativa, a depender da prova de prejuízo, sendo desnecessária quando consubstanciar em inquérito policial, consoante a Súmula 330 do STJ, que assevera: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída por inquérito policial".

A corroborar com o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Nucci (2007, p. 651) que expressa: "A justificativa para haver a defesa preliminar, adotando-se procedimento especial, é a ausência de inquérito policial, dando sustentação à denúncia, razão pela qual, quando o inquérito for feito, inexiste razão para seguir este rito".

Note-se que a *resposta por escrito* ocorre entre o oferecimento e o recebimento da denúncia ou da queixa, podendo estas serem rejeitadas fundamentadamente pela autoridade judicial, se ficar convencido da inexistência de crime ou da improcedência do pedido condenatório da ação penal. Nesse contexto, a ação penal somente se formará posteriormente, com a citação e após o recebimento da peça acusatória, caso não seja rejeitada, segundo o comando inserto nos artigos 515 a 517 do CPP.

Destarte, com a *defesa preliminar*, no procedimento especial dos crimes funcionais, pode ser evitada uma situação de constrangimento ilegal, baseado em informações infundadas em desfavor do funcionário público denunciado, assim como pode ser evitado o recebimento da peça processual da ação penal em questão e o consequente afastamento desta, sendo meio disponível e benéfico à defesa.

3.2 Legislação de drogas

A Lei nº 11.343/06 que estabeleceu, dentre outras diretrizes, normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas previu, nos artigos 54 a 59, procedimento especial na instrução criminal voltado à persecução penal de ilícitos dessa natureza, possibilitando ao acusado a denominada *defesa preliminar* ou *defesa prévia*.

Segundo Silva (2008, p. 206), "A nova lei acabou com o interrogatório duplo que existia sob a égide da Lei nº 10.409/02, não obstante mantivera a defesa prévia, após o oferecimento da denúncia, e antes do seu recebimento".

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o disposto nos artigos 55 e 56 da Lei nº 11.343/06, *ipsis litteris*:

> Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
> § 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.
> § 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.
> § 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.
> § 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.
> § 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.
>
> Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

Acerca dos termos *defesa prévia*, *defesa preliminar* e *razões de defesa*, insertas no art. 55, *caput* e § 1º, da precitada norma, necessário se faz trazer à baila os ensinamentos do eminente Nucci (2007b, p. 361/362), *verbo ad verbum*:

> Resposta do denunciado: a redação do § 1º deste artigo é defeituosa. No *caput*, o legislador menciona o oferecimento de defesa prévia, passando, neste parágrafo, a denominá-la de preliminar. Por outro lado, explicita que o *acusado* (termo impróprio), pois a denúncia ainda não foi recebida; cuida-se de denunciado) pode apresentar resposta, consistente em *defesa preliminar* e *exceções*. A primeira expressão é dispensável (defesa preliminar), pois já consta do *caput*, embora em outras palavras. […] Sob outro aspecto, se quis mencionar o termo *justificação*, como razão de defesa, incidiu em mera repetição. Se a finalidade era propor o termo como sinônimo de excludente de ilicitude, que, em direito penal, também se denomina *justificativa*, utilizou a terminologia equivocada e, ademais, estaria embutida tal hipótese nas *razões de defesa*. Termina, referindo-se à possibilidade de especificar provas e arrolar até cinco testemunhas. Em suma, estendeu-se demais, repetiu-se e, como várias vezes ocorre, trouxe à lei palavras inúteis.

Ante os aspectos acima, infere-se que, nesse procedimento, entre o oferecimento e o recebimento da denúncia, o acusado é notificado para, no prazo de dez dias, apresentar *defesa preliminar*, terminologia que seria a adequada, ao contrário do termo *defesa prévia*, utilizada no *caput* do artigo, podendo oferecer as razões de seus argumentos, arguir preliminares, apresentar documentos e justificações, bem como provas que pretende produzir.

Ressalta-se que, nessa fase, a formação da relação processual ainda não ocorreu, diferentemente do que ocorre na *resposta à acusação*, haja vista que somente após o oferecimento de *defesa preliminar* é que o juiz receberá a denúncia, caso entenda que estejam presentes os seus requisitos, consoante o disposto na literalidade do art. 56 do texto da supracitada lei. Trata-se, pois, de fase obrigatória, uma vez que, se o advogado constituído pelo denunciado não se manifestar preliminarmente ou se for carente na forma da lei, o juiz deverá nomear defensor dativo, para oferecer a defesa no prazo de dez dias.

Ante o exposto, a *defesa preliminar,* no procedimento especial concernente aos crimes relacionados a drogas, permite a utilização de argumentos e fundamentos defensivos, objetivando convencer o magistrado a não receber a peça inicial acusatória, afastando a ação penal, *in limine*, considerando-se meio de defesa relevante, notadamente em razão da gravidade dos crimes por esta lei tratados e das elevadas penas correspondentes.

3.3 Juizados especiais criminais

A Lei nº 9.099/95 instituiu o denominado Juizado Especial Criminal, destinado à conciliação, ao julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas aquelas em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, bem como as contravenções penais, consoante alterações trazidas pela Lei nº 11.313/06.

Seguindo estas inovações, a Lei nº 10.259/01 criou o Juizado Especial Criminal Federal, no âmbito da Justiça Federal, sendo aplicável em harmonia com o juizado da Lei nº 9.099/95, naquilo que não houver conflito.

No procedimento sumaríssimo, estabelecido nos artigos 77 a 83 da Lei nº 9.099/95, destaca-se, notadamente, a existência da *defesa preliminar*, sob a denominação de *responder à acusação, ex vi* do disposto no artigo 81, *ad litteram*:

> Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para *responder à acusação*, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. (descatado)
> § 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.
> 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.
> § 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Nessa esteira, oferecida a denúncia ou a queixa, será esta reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado que ficará citado, e, na audiência de instrução e julgamento, primeiramente se dará a palavra ao defensor para *responder à acusação* e, em sequência, é que o juiz poderá receber a peça acusatória.

A contribuir com o exposto, necessário se faz citar os ensinamentos abaixo transcritos:

> Note-se, aqui, que o procedimento parecer ter servidor de base para o texto da Lei 11.719/08, que tão profundas alterações promoveu no processo penal brasileiro. Para todo o processo em primeira instância (art. 394, § 4º, CPP) para hipóteses de reconhecimento de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, de atipicidade manifesta e de extinção da punibilidade. E o recurso contra aludidas decisões também será o de apelação (art. 416, CPP).
> No entanto, não será esse o tratamento no rito sumaríssimo. Aqui, segue-se com a decisão de rejeição da denúncia ou queixa, seja com fundamento em questões *processuais*, seja em razão de atipicidade manifesta, por exemplo. Apenas quando se tratar de extinção da punibilidade, a nosso aviso, se deverá absolver sumariamente o acusado. Não porque esteja previsto em lei; não está, aliás. Mas, por isonomia no tratamento de situações idênticas, na medida em que a decisão de absolvição sumária é mais favorável que o simples reconhecimento de causa extintiva da punibilidade
> E não se aplicará as regras dos arts. 395 ao 397, CPP, por manifesta incompatibilidade entre os sistemas (processo condenatório e comum e processo conciliatório dos Juizados). Não bastasse, veja-se que o art. 396, CPP, não inclui o processo sumaríssimo nas suas disposições. (OLIVEIRA, 2008, p. 608)

Responder à acusação é a oportunidade que se confere à defesa para apresentar a *defesa preliminar*, de forma oral, a fim de apresentar as razões pelas quais entende não ser cabível o recebimento da denúncia ou da queixa pelo magistrado, reduzindo-se a termo, bem como podendo ser apresentada mediante petição escrita e entregue na audiência.

A *defesa preliminar* no procedimento dos juizados criminais, assim como ocorre no procedimento da lei de drogas e nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, é oportunizada entre o oferecimento e o recebimento da inicial acusatória, objetivando sua rejeição e evitando-se a formação do processo penal, permitindo à defesa, no limite inicial da ação penal, afastar a sua constituição, questionando e fundamentando a inexistência de justa causa.

3.4 Competência originária dos tribunais

A instituição de normas procedimentais para processo perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal foi estabelecida com o advento da Lei nº 8.038/90, sendo estendida às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, com relação à ação penal originária, por meio da Lei nº 8.658/93.

No processo de competência desses tribunais, o art. 4º da Lei nº 8.038/90 prevê o seguinte teor:

> Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a *notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias*. (destacado)
> § 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.
> § 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.
> Art. 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.
> Parágrafo único - Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público.

A possibilidade de *oferecer resposta* nada mais é do que a *defesa preliminar* admissível no procedimento especial de competência originária dos tribunais, uma vez que, apresentada a peça acusatória, deverá o denunciado ou o querelado ser notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias, sendo-lhe entregues peças dos autos para melhor fundamentar sua inicial defesa, antes mesmo de formada a relação processual com a citação, que somente ocorrerá após o recebimento da denúncia.

Nesse raciocínio, o momento da *defesa preliminar* ocorre entre o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa.

Nesse sentido, Oliveira (2008, p. 624) afirma que

> Tal como ocorre nos procedimentos dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos (art. 513 e seguintes), o tribunal, antes de receber a denúncia, deve notificar o acusado, para que este ofereça a resposta, ou contestação, no prazo de 15 dias.
> Pesamos ser perfeitamente aplicável às ações penais originárias o disposto no art. 366 do CPP, quando se tratar de réu, citado por edital, que não compareça perante o tribunal nem constitua defensor. O que deve ser preservado, e esse é a *ratio essendi* da norma, é a possibilidade de efetiva defesa do acusado citado por edital.

Destaca-se neste procedimento que, caso a *defesa preliminar* apresente novos documentos, a parte contrária será intimada para se manifestar, inclusive, na ação privada, o Ministério Público, formando-se uma espécie de contraditório preliminar antes de sequer ser formada a ação penal originária.

O comando normativo deste procedimento ainda vai mais além, ao permitir que seja facultada sustentação oral às partes, em audiência designada para decidir acerca do recebimento ou rejeição da exordial acusatória ou a improcedência do pedido da acusação.

Em suma, é possível que a defesa apresente *defesa preliminar* e sustente em audiência os seus argumentos, objetivando afastar o recebimento da denúncia ou da queixa. É o que se extrai do disposto na literalidade dos dispositivos abaixo transcritos:

> Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.
> § 1º - No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação,

> depois à defesa.
> § 2º - Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.
> Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Percebe-se que somente após o recebimento da acusação, caso o tribunal assim decida e não acolha os fundamentos da *defesa preliminar*, é que o acusado ou querelado será citado, quando se formará a ação penal.

Do exposto, extrai-se que a *defesa preliminar* pode viabilizar o descarte da peça acusatória, com sua rejeição pelo tribunal, possuindo similitude com as formas de defesa antecipadas previstas no procedimentos especiais acima delineados.

4 Considerações finais

O presente conteúdo não teve a pretensão de esgotar o tema *resposta à acusação* ou *defesa preliminar*, mas sim de traçar os principais aspectos, peculiaridades, momento adequado de aplicação, distinção, efeitos e consequências, destas espécies de defesa previstas na legislação vigente, tanto no procedimento comum, quanto em procedimentos especiais.

Outrossim, teve o intuito de fazer com que os operadores do direito possam refletir acerca do uso da terminologia adequada, de acordo com a espécie de defesa a ser apresentada e o procedimento correspondente, fazendo com que os receptores da área jurídica os identifiquem de maneira mais clara e sucinta. A distinção destes elementos pelos juristas demonstra conhecimento técnico e jurídico, fazendo-se relevante na prática processual penal com a qualificação das peças e do processo criminal como um todo.

Uma análise sistematizada da *resposta à acusação* e da *defesa preliminar*, em consonância com a legislação atual e com o relevante conteúdo jurídico doutrinário, referenciado nestas linhas, permite-nos perceber que estas formas de defesa são institutos que, em que pese apresentarem elementos e oportunidades distintas, são ferramentas essenciais ao pleno exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, permitindo que a defesa promova o afastamento sumário da ação penal iniciada, com a *resposta à acusação* ou provoque a rejeição da exordial acusatória por meio da *defesa preliminar*.

Referências

CERA, Denise Cristina Mantovani. *No que consiste a defesa preliminar?*. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG, 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public html/article.php?story=20110212153902488&mode=print>. Acesso em: 27 out. 2011.

MARCONI, Maria Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 10. ed. Campinas: Millennium, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO E A INFLUÊNCIA DA EDUCAÇÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO

Márcia Betânia Casado e S. Vieira
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

Este trabalho faz uma análise crítica sobre o sistema carcerário brasileiro e a influência da educação na ressocialização da apenada. Condenadas são levadas à prisão, a fim de serem reabilitadas, mas retornam à sociedade, após o cumprimento da pena, estigmatizadas e sem condições de reinserção no mercado de trabalho, o que leva à reincidência. O objetivo deste trabalho é apresentar uma nova perspectiva sobre o tema da exclusão e ressocialização de mulheres, fulcrada nos direitos humanos, buscando apreender qual o papel do processo educativo institucional.
Palavras-chave: Exclusão. Mulher. Prisões. Educação. Ressocialização.

Abstract

This work is a critical analysis of the Brazilian prison system and the influence of education in the rehabilitation of inmates. Sentenced to prison are taken in order to be rehabilitated, but they return to society after serving the sentence, stigmatized and unable to re-entering the labor market, which leads to relapse. The aim of this paper is to present a new perspective on the issue of exclusion and social reintegration of women in key human rights, seeking to understand what the role of institutional educational process.
Keywords: Exclusion. Women. Prisons. Education. Rehabilitation.

1 Introdução

O sistema prisional feminino brasileiro vem apresentando, nos últimos anos, um considerável aumento de sua clientela.

A configuração da prisão, como espaço de encarceramento de delinquentes e punição de seus crimes, tem ganhado na sociedade contemporânea dimensão maior de que a extensão historicamente disciplinar do caráter da pena. Essa política pública, decorrente, em parte, da grande pressão popular de encarcera-

mento em massa, retrata as consequências de uma sociedade capitalista, que exclui e marginaliza grande parcela da população, enquanto um pequeno grupo acumula riqueza.

Esta problemática se intensifica, em relação à mulher, que já vem estigmatizada por um passado histórico de discriminação de gênero e submissão, e, não obstante os avanços das últimas décadas, grande parte da população feminina continua relegada ao exercício de tarefas domésticas ou de pouca relevância social e econômica.

A atual falência do sistema penitenciário reflete a inércia do Estado e da própria coletividade, que pouco se preocupam com as prisões e com os seres humanos que nelas estão com remotas chances de ressocialização.

Descobrirem-se formas eficazes de reintegração de responsáveis por práticas delitivas tem grande relevância social, na atualidade, em razão dos altos índices de criminalidade que amedrontam a população brasileira e exigem uma enérgica atuação estatal. Ademais, a manutenção do preso no cárcere gera custos de grande monta ao Estado que deixa de investir novos recursos em educação e saúde, sendo necessário diminuir o número de integrantes do sistema carcerário.

Faz-se necessário repensar a atual realidade, criando oportunidades dignas para toda a população, a fim de que seus membros não venham a delinquir e, ocorrendo o crime, aplicar mecanismos que possam garantir posterior reinserção social da apenada, apresentando-se, neste diapasão, a educação, a profissionalização e o trabalho como os pilares do processo ressocializador.

2 Histórico sobre o desenvolvimento das prisões e das penas no mundo capitalista

2.1 O desenvolvimento capitalista e a questão prisional

O desenvolvimento proclamado pela sociedade capitalista está alicerçado no aumento de riquezas materiais, apresentando este processo grande dualidade, pois, se de um lado garante acesso a recursos tecnológicos e bem-estar de parcela da população, de outra banda, provoca extremos de pobreza, de privação e de marginalização social para grande parcela populacional.

Neste sentido, declara Martins (2008, p. 10-11):

> Esse desenvolvimento anômalo não se manifesta apenas nas privações que produz e dissemina. Manifesta-se, também, nas estratégias de sobrevivência por meio das quais os pobres teimam em fazer parte daquilo que não os quer, senão como vítimas e beneficiários residuais de suas possibilidades. Nessas estratégias nem sempre compatíveis com o bem comum, no recurso ao ilegal e ao antissocial por parte das vítimas, a sociedade inteira é alcançada e comprometida nas compreensíveis ações de sobrevivência daqueles aos quais ela não oferece a apropriada alternativa de vida. Porque, não nos iludamos, o capitalismo que se expande à custa da redução sem limites dos custos do trabalho, debitando na conta do trabalhador e dos pobres o preço do progresso sem ética nem princípios, privatiza ganhos nesse caso injustos e socializa perdas, crises e problemas sociais. Por diferentes caminhos, essas deformações se disseminam, penalizando a todos e não só a alguns, até mesmo aos principais beneficiários desse modo de produzir e acumular riquezas.

Com verdade, são muitos os efeitos desumanizantes do processo capitalista de produção que, ao afastar grande parcela da população, exatamente aquela formada por trabalhadores, do usufruto dos bens por eles mesmos produzidos, gera marginalização social e miséria, sendo que esta classe excluída procura estratégias de sobrevivência e de garantia de usufruto de, pelo menos, algumas das comodidades produzidas pelo sistema capitalista, o que nem sempre está em consenso com a ordem social e legal estabelecida.

A questão mais grave é que esta problemática vem aumentando nos últimos anos, pois, além da falta de acesso da massa operária aos bens materiais, observa-se, atualmente, uma verdadeira coisificação do trabalhador que, em razão dos grandes avanços tecnológicos, já não é mais tão necessário ao sistema capitalista.

A exclusão social leva à perda da identidade do trabalhador, ao sentimento de que este não pertence à sociedade e à falta de esperança na melhoria da sua qualidade de vida através do trabalho. Trabalhadores vêm se submetendo ao exercício de funções mal remuneradas em condições cada vez mais precárias.

A chamada coisificação do trabalhador, causada pela exclusão social e pelo sistema capitalista de produção, que têm como objetivo primordial o acúmulo de riquezas, traz para a própria sociedade conflitos de ordem econômica, social e política, que têm como principais consequências a violência e o medo.

É necessário aprender a controlar esta violência, diminuindo os prejuízos sociais dela decorrentes, o que pode ser alcançado com a construção de uma sociedade mais justa, na qual todos os participantes tenham oportunidades igualitárias de crescimento. Essa preocupação se acentua, quando se percebe que a própria sociedade, alarmada com os altos índices de criminalidade, especialmente daquela perpetrada contra o patrimônio, passa a apoiar atos de violência, como única forma de solucionar a problemática da insegurança pública, quando se sabe que esta, na maior parte das vezes, tem motivação social e é, exatamente, com medidas de ordem social que se poderia solucionar a questão da delinquência[1].

Reconsiderar a atuação das instituições penais que se propõem a recuperar e reeducar os presos é fundamental, já que apenas com oportunidades concretas de reinserção social, oriundas da oferta de educação e profissionalização no interior dos presídios, é que será possível reduzir os atuais índices de violência.

2.2 A finalidade das prisões e das penas privativas de liberdade

Na sociedade moderna, principalmente após o século XIX, a prisão passou a ser entendida como a primordial forma de punição daqueles que venham a praticar condutas desviantes.

Na realidade, a capacidade de conviver em sociedade além da inteligência e linguagem articulada são as únicas formas de que dispõe o homem para dominar o reino animal, já que não possui nenhuma superioridade fisiológica ou anatômica, contudo, apesar desta necessidade de convívio social, desde o início da história da humanidade, percebe-se, no seio social, a existência de condutas ilícitas, o que fez o homem procurar formas de punir tais atos.

Ao longo da história, houve, por diversas vezes, a substituição de penas por outras consideradas, à época, mais adequadas. Na antiguidade, a própria família poderia responder, em caso de condutas desviantes praticadas pelo seu chefe, perdendo a própria liberdade e tornando-se todos escravos. Em tempos

[1]Nos últimos anos, no Brasil, entraram em vigor diversas leis, criando novas condutas típicas ou tornando mais severas penas já existentes. Apesar disto, os índices de violência continuam a crescer, demonstrando que a solução para o problema da criminalidade não se encontra no simples enrijecimento do Direito penal.

menos remotos, a punição começou a ser praticada, através dos suplícios, que afetavam o corpo do condenado e causavam sofrimento físico. Neste sentido, Focault (2010, p. 9) traz claro exemplo de aplicação de penas, através do suplício no corpo do sentenciado:

> [Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.
> Finalmente, foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...

Posteriormente, as penas aflitivas foram substituídas pela punição disciplinar, através das penas privativas de liberdade e clausura vigiada, por meio da aplicação de técnicas de correção e reeducação, objetivando o adestramento de condenados para novas atividades que os distancie do crime e os aproxime do trabalho, necessário para formação de novas riquezas no mundo capitalista, ainda que tais pessoas não venham a usufruir desta fortuna.

No decorrer da história das penas, verifica-se que estas sempre tiveram forte relação com o modelo social em vigor, passando o próprio Estado e a sociedade, em geral, a defender o fim dos suplícios, quando se observou a importância da utilização da mão de obra dos condenados para a nova sociedade capitalista, tendo a preocupação com a humanização da pena, forte caráter utilitário ao sistema capitalista burguês então em ascensão.

Inicialmente, a burguesia era contrária à pena privativa de liberdade como forma de punição contra condutas ilícitas, contudo, com o decurso do tempo, mudou-se de opinião, passando-se a verificar um grande investimento nesse

meio de punição, tornando-se a prisão a forma mais comum de punição na sociedade moderna.

A prisão passou, assim, a ser a instituição estatal, responsável pela punição e modificação dos condenados, fazendo com que possam voltar ao convívio social, após o cumprimento de suas reprimendas, ressocializados. Nessa perspectiva, defende Adorno (2006, p. 214) que "a prisão é uma máquina de produzir 'corpos dóceis' – economicamente produtivos e politicamente neutralizados em sua capacidade de revolta e resistência".

Na verdade, a expressão corpos dóceis já era há muito usada por Focault (2010, p. 132) para quem "é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado".

Destarte, passou-se a entender que, para o sistema penal funcionar, é necessário um rígido controle, através da disciplina que se manifesta, através da forte vigilância hierárquica, por meio da arquitetura prisional, vigilância normatizada e recompensas para os que cumpram as normas internas, enquanto castigos devem ser aplicados para os que não se adequem a tais disposições. Tal sistema é marcado pela regulamentação expressa de horários e rotinas, com regulamentação de tempo para atividades preestabelecidas e prática de exercícios físicos, por meio de atividades repetitivas.

O acompanhamento disciplinar é realizado através de relatórios nos quais se narra a o desenvolvimento da conduta do apenado, desde sua entrada para a prisão, havendo a distribuição de privilégios entre aqueles que demonstrarem uma evolução.

Realizadas essas considerações, passa-se à análise da própria história da pena privativa de liberdade, desde o momento em que ela se tornou a principal forma de punição de condutas desviantes.

Fazendo-se uma incursão neste histórico, percebe-se que houve uma evolução, ao longo do tempo, no conceito de apartamento necessário do indivíduo delituoso. Remotamente, tal retirada do delinquente da sociedade tinha por único e exclusivo escopo sua punição. Assim, ele era afastado do meio social para não usufruir dos bens e facilidades que a vida em sociedade proporcionava, a fim de que, dessa forma, verificasse quão importante é a adequação às normas sociais, não só para a coletividade, mas para o próprio indivíduo. Assim, tentava-se adaptar o comportamento do delinquente às normas vigentes, através do sofrimento. Neste período, a pena tinha caráter meramente retributivo, e, com ela, o apenado compensava a sociedade pelo mal a ela causado.

Quanto ao tema, dispõe Rocha (2002, p. 15):

> Visitando um período remoto da história do *penitenciarismo*, verificamos que, inicialmente, tal apartamento tinha a única e exclusiva função de punição deste indivíduo. Deste modo, ele era retirado do convívio social a fim de que não desfrutasse das comodidades que a vida em sociedade proporcionava para que, desta forma, apartado dos seus e carentes dessas comodidades, verificasse, a partir da penitência pela qual purgava, a necessidade de adequar-se às normas sociais vigentes, adaptando-se, assim, através do medo e do sofrimento, ao convívio social o qual fora anteriormente apartado (isto, é óbvio, quando o seu afastamento não fosse definitivo - perpétuo).

Posteriormente, passou-se a admitir que, além do caráter retributivo, deveria ter a pena caráter ressocializador, o que seria alcançado através da promoção de terapias psicos-sociais que reforçassem a compreensão e a assimilação da necessidade do respeito às regras sociais, necessárias à manutenção do convívio social[2], regras estas convertidas em leis nas sociedades politicamente organizadas, como a brasileira. Passou-se, assim, a compreender a pena como forma de tratamento. Neste sentido, afirma Rocha (2002, p. 15-16):

> Posteriormente, admitiu-se uma dualidade a respeito da pena privativa de liberdade. Achava-se que esta continuaria tendo a função de punição, no sentido do afastamento das comodidades sociais, porém este apartamento seria utilizado também para a promoção de terapias psicossociais que reforçassem a compreensão e a assimilação da necessidade do respeito às regras sociais de convivência convertidas em leis por esta sociedade politicamente organizada. Desenhava-se, assim, a compreensão do apartamento também para o "tratamento" do delinquente com as referidas terapias.

Na atualidade, observa-se uma verdadeira inversão da compreensão inicial que se tinha sobre a pena privativa de liberdade, passando o seu caráter ressocializador a preponderar em detrimento do caráter retributivo.

O gradual aumento da desigualdade social, imposta pela própria organização da sociedade contemporânea, criou classes sociais antagônicas,

[2] Para a manutenção da vida em sociedade, exige-se o respeito a regras mínimas, necessárias ao convívio social.

que se desenvolvem em constantes atritos, numa realidade que impõe a existência conjunta de um crescente e exacerbado consumismo com uma exclusão absoluta de grande parcela da população. Essa realidade gerou uma grande incoerência em relação à finalidade da pena, pois constatou-se que a grande maioria dos encarcerados brasileiros é composta por integrantes da massa de excluídos, sem acesso anterior a quaisquer das comodidades oferecidas pela sociedade moderna, perdendo sentido a ideia de caráter retributivo da pena, como antes analisado, pois grande parte dos encarcerados, não obstante as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro, tem mais comodidades no interior de presídios do que fora deles, tendo delinquido, exatamente, com o objetivo de alcançar, ainda que de forma ilícita, acesso a algumas das comodidades sociais.

Neste sentido, leciona Rocha (2002, p. 16):

> ...a exclusão total do acesso às mínimas condições de dignidade de manutenção da própria vida para uma grande massa populacional fez com que considerável parcela dos teóricos e militantes do *penitenciarismo* nacional, após a constatação irrefutável de que a imensa maioria dos encarcerados brasileiros é composta por integrantes dessa massa de excluídos, chegasse à conclusão de que não mais havia eficácia na política do apartamento do delinquente, afastando-o das comodidades promovidas pela vida no convívio social, uma vez que este já não tinha acesso a estas mesma comodidades antes de sua prisão, já que ele estava totalmente excluído a este acesso pelo próprio sistema político-econômico e que, na maioria dos casos, havia delinquido a fim de conseguir uma forma (mesmo que ilícita) de conquistar este acesso. Assim sendo, não haveríamos (nós, a sociedade organizada, através dos aparelhos judiciais) porque puni-lo com o referido apartamento, pois, desta forma, estaríamos punindo-o duplamente com a mesma exclusão. Ou seja, se ele era punido pelo sistema político-econômico com a exclusão ao trabalho, ao consumo e à própria dignidade e por isso delinquíra, não seria justo excluí-lo novamente do acesso àquelas comodidades quando preso, não restando assim outra coisa a fazer a não ser "tratá-lo" com as terapias psicossociais de inclusão social e/ou de assimilação e adaptação para com as regras que permitem o convívio social em liberdade.

Tratando ainda do tema, Rocha (2002, p. 18-19) traz exemplo típico de pessoa alijada no meio social, que passou a ter *status* deferenciado no interior da prisão:

Um caso que pode vir a ilustrar a argumentação acima é o do apenado "*Garrafa*" (assim cognominado para a manutenção da integridade de sua verdadeira identidade). Ele era um jovem pobre do subúrbio da zona sul recifense, que tinha sua vida no curso similar ao de milhares de jovens em iguais condições sócio-econômicas, até que um dia resolveu promover um assalto a um casal de transeuntes que percorria o calçadão da Avenida Boa Viagem. Ameaçando com a utilização de uma arma branca (faca peixeira), *"Garrafa"* subtraiu para si os pertences e alguns trocados do casal que se distraia maravilhado com o cenário do local o qual se compõe de um moderno elemento urbano arquitetônico acrescentado, pelo homem, a um maravilhoso visual oceânico privilegiado por natureza. Após cometer seu delito, o infrator foi capturado por policiais que estavam de serviço naquela área, em atenção às queixas do casal, os quais não tiveram muita dificuldade para cumprir seu dever. Seguem-se os procedimentos de praxe, e *"Garrafa"* é finalmente recolhido ao Presídio Professor Aníbal Bruno, onde se inicia sua odisseia.

No Presídio, *"Garrafa"* se integra a uma gangue de delinquentes, os quais haviam se especializado em cometer crimes no interior da unidade prisional. Furtos nas celas, consumo de drogas, extorsão a "novatos", estes são os novos interesses criminosos do rapaz, interesses que foram aumentando à medida em que ele ia se especializando como criminoso. *"Garrafa"* era alto e de compleição física muito forte, o que foi fator preponderante para sua ascensão na cadeia de comando do grupo de delinquentes e, por isso mesmo, logo se tornou um dos líderes do bando. Agora *"Garrafa"* se sentia estranhamente realizado. Na favela onde morava era apenas mais um. No sistema penitenciário era *"GARRAFA"*, o líder. Pelas ruas do Recife correria o risco de ser preso a qualquer momento, ou mesmo abatido em confronto com a polícia, por grupos de extermínio, ou até mesmo por delinquentes rivais. Agora, a prisão não mais o amedrontava. Já estava preso, o que mais poderiam fazer com ele? Ademais, estar preso, naquelas condições, não era o maior transtorno pelo qual já havia passado. Do contrário, a vida criminosa fora dos muros e longe das grades era muito mais difícil. Ali ele não precisava levar comida todo dia à sua casa, esta lhe era entregue pontualmente, o que lhe proporcionava uma preocupação a menos. O crime das ruas se modernizava e se sofisticava muito rapidamente, não permitindo mais delitos cometidos com facas. Agora, era preciso investir em dispendiosas armas de fogo, automóveis para fuga...o crime havia adquirido requintes de sofisticação. Por trás dos muros, *"Garrafa"* manufaturava seu próprio armamento. Seu porte avantajado já era uma arma letal. Ter se juntado em bando era, por si só, um "armamento" eficaz. Caso quisesse uma televisão, *"Garrafa"* ia a cela de um novato que ainda não havia se adaptado às "regras da cadeia" e, simplesmente, a exigia para si sob ameaça de morte,

> tornando-a real caso houvesse a mínima hipótese de denúncia. Facilidade como aquela, de tomar para si bens alheios, ele sabia que não teria longe da cadeia.

Sob esta ótica, verifica-se que o caráter retributivo da pena perdeu sua função, cabendo ao Estado, apenas, tratar o delinquente, através de terapias psicossociais de inclusão social e adaptação às regras necessárias ao bom convívio social.

A pena privativa de liberdade não deve mais ser aplicada, objetivando apenas sua finalidade punitiva, pois esta não pode ser uma compensação ao delinqüente, em razão da realidade social adversa e injusta, que o atinge, a qual, em regra, ele não deu causa.

2.3 A Instituição prisional como local de punição e cuidado

A instituição das prisões é mais remota do que se imagina. Neste sentido, preleciona Focault (2010, p. 217):

> A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.

Na sociedade moderna, principalmente, após o século XIX, a instituição prisional passou a representar o principal mecanismo de punição do sistema de execução penal, substituindo os antigos suplícios, que alcançavam o corpo do apenado, causando-lhe imenso sofrimento físico e psicológico.

Com as prisões, o Estado passou a punir delinquentes, através da privação de liberdade, com clausura vigiada. Trata-se de forma simbólica de violência, objetivando o castigo e a correção de condenados.

Como menciona Focault, mudou-se a arte de punir; ao invés dos suplícios, passou-se a aplicar a punição através da pena privativa de liberdade e, durante

o período de apartamento do indivíduo da sociedade, são aplicadas técnicas disciplinares, com o objetivo de corrigir e reeducar, treinando o preso para o exercício de atividades que o afastem do crime.

Na realidade, observa-se, no transcurso da história, que o tratamento dado aos delinquentes, mais especificamente a presos, sempre esteve ligado ao modelo social vigente. Assim, não obstante as argumentações que se podem trazer relacionadas a não aceitação popular dos suplícios, desacolhimento este acentuado durante a Revolução Francesa, que trouxe à baila a discussão sobre os direitos humanos, a verdade é que a extinção dos suplícios, como já mencionado anteriormente, ocorreu no momento em que, com a Revolução Industrial e advento do Sistema Capitalista, percebeu-se que os presos poderiam ser mão de obra.

Dessa forma, na sociedade moderna, a prisão passou a ser local para apartar os criminosos, aqueles que não obedeceram às regras básicas, necessárias à manutenção do convívio social, do restante da sociedade, cabendo ao Estado modificar esses condenados, tornando-os aptos ao retorno ao convívio social através de rígido controle e disciplina.

Para a coletividade, as prisões apresentam-se como espaço pedagógico necessário à punição do delinquente e à garantia da sobrevivência da própria sociedade.

Numa análise mais crítica, contudo, observa-se que o papel da prisão vem sendo apenas o de punir de forma homogênea através de rígido controle disciplinar. Não se levam em consideração as condições pessoais do apenado, como seu nível socioeconômico, seu acesso à escolaridade, sua capacitação profissional, os motivos que o levaram a prática delitiva, o que gera danos à constituição da identidade do apenado, à incorporação de sentimento de inferioridade e baixa autoestima, e, acima de tudo, poucos frutos alcança no que diz respeito a uma efetiva ressocialização.

Os direitos humanos são assegurados a todos, independentemente de raça, gênero ou situação socioeconômica, no entanto verifica-se, na história da humanidade, tais direitos sendo estabelecidos numa perspectiva utilitarista e exploratória, característica esta acentuada nos chamados países do terceiro mundo como o Brasil.

3 A questão da exclusão da mulher no contexto social brasileiro

Para entender o sistema prisional feminino brasileiro e a forma como a

educação recebida por presas pode influenciar na ressocialização destas, não se pode perder de vista o contexto econômico, social e político, no qual a mulher se encontra inserida, tanto em relação às condições materiais da vida, quanto aos fatores subjetivos, porquanto a história do mundo ocidental evidencia que estas sempre foram cerceadas por uma relação de poder, na qual o homem é considerado hierarquicamente superior. Na história recente da humanidade, a mulher sempre esteve associada às classes consideradas inferiores.

Quanto ao tema, bem analisam Bandeira e Thurler (2009, p. 159-160):

> A história universal é pródiga em situações em que a resolução dos conflitos incluiu o uso da violência e de guerras. Similarmente, nos conflitos interpessoais, também constatamos a utilização da violência, incidindo, predominantemente, contra a mulher. Por quê? Hoje há muitas guerras e, entre elas, envolvendo elementos históricos e culturais, há uma guerra cotidiana expressada na violência doméstica contra a mulher. São situações e fatos de muita complexidade e requerem, para sua compreensão, a adoção de perspectivas analíticas multidisciplinares e relacionais, profundidade reflexiva e teórica. Neste artigo, delimitamos alguns aspectos analíticos de cunho histórico-sociológico que possam contribuir para compreender a questão da violência contra a mulher e refletir em torno da complexidade desse problema, a partir dos seguintes elementos: a) a estrutura patriarcal ainda presente em nossa sociedade, nas relações entre homens e mulheres, se manifesta em seus componentes históricos, materiais e simbólicos; b) as especificidades causais da violência contra a mulher; c) a luta e a resistência feminista contra a violência.

Na realidade, a presença de um sistema de autoridade e dominação, estruturando as relações entre homens e mulheres, com base na superioridade daqueles e inferioridade destas, ainda persiste na atualidade.

Entretanto, a sociedade moderna capitalista e a necessidade de mão de obra, durante o processo de industrialização, geraram a incorporação da mulher ao mercado de trabalho. Essa nova realidade ampliou a participação da mulher no meio social, bem como suas oportunidades para escolarização. Essa nova possibilidade gerou, já na década de 20, as primeiras manifestações femininas, incrementadas na metade do século XX.

No Brasil, os movimentos feministas acarretaram mudanças nos processos legislativos, institucionais e jurídicos.

Tais movimentos tiveram início durante a ditadura militar, período em que se empenharam em denunciar práticas prejudiciais à mulher e apresentar reivindicações, que culminaram na criação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher, no ano de 1985. Na década de 90, houve um retrocesso, quanto ao trato das questões envolvendo violência contra a mulher, com o advento da Lei Federal nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pois a maior parte dos crimes, envolvendo violência contra a mulher, passou a ser tratada no âmbito desta lei, ficando a mulher, praticamente, com todo o encargo de decidir sobre a continuidade ou não de processos, em razão dos mecanismos de conciliação criados, o que acabou por dificultar a punição daqueles que praticassem quaisquer violências contra mulheres, quer corporal, quer no campo da moral ou psicológico, aumentando a pressão sobre elas exercida pelos chamados patriarcas.

Na primeira década do século XXI, a intensificação da luta pelos direitos humanos e cidadania, em relação às mulheres, gerou a criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, no ano de 2003, bem como a entrada em vigor, em 2006, da Lei Federal nº 11.340, denominada Lei Maria da Penha, em homenagem a uma cearense homônima, vítima de violência doméstica, que somente conseguiu a punição de seu algoz, após a condenação do Governo brasileiro na Organização dos Estados Americanos (OEA), em razão da demora no julgamento pela Justiça brasileira do responsável pela tentativa de homicídio, que culminou com uma paraplegia permanente da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes.

Tal lei é considerada a maior conquista do processo de resistência feminista às violências praticadas contra as mulheres, no Brasil.

O tema não tem relevância apenas no Brasil, sendo a problemática da exclusão da mulher um fenômeno mundial; é tanto que foi tratado na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993, na qual se expôs a necessidade de incorporar o direito a uma vida livre de violência como indissociável aspecto da luta pelos Direitos Humanos no mundo.

Neste sentido, aponta-se, ainda, como de extrema importância, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, no ano de 1983, bem como a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), posteriormente ratificada pelo governo brasileiro.

Em razão de todo o contexto exposto, observou-se que, durante séculos,

a atividade da mulher ficou restrita ao espaço privado, sendo a responsável pela execução das tarefas domésticas e educação dos filhos, servindo, desta forma, ao capital, porquanto seu trabalho doméstico não remunerado contribuía para o barateamento da mão de obra.

A mudança nos papéis sociais ocorre com a entrada da mulher no mercado de trabalho, decorrente tanto da já mencionada necessidade de mão de obra, como, também, pelo agravamento das condições materiais em que viviam as famílias. Esta mudança tem repercussão no campo cultural, deixando o homem de ser o único provedor da família, enquanto a mulher passa a se impor uma dupla jornada de trabalho.

O trabalho da mulher no meio público, embora permita a reprodução das relações de gênero, com o pagamento de salários menores que os do homem e exercício de funções, em regra, hierarquicamente inferiores, de outra banda, criou um caminho para a desconstrução dessas relações.

No Brasil, a atual violência vem fazendo com que a sociedade exija mais repressão, e a consequência disto é o aumento da população carcerária, inclusive, da feminina. Por outro lado, há dados dando conta de que cerca de 70% dos ex-presidiários voltam a delinquir, após saírem das prisões, tornando-se reincidentes, o que demonstra a pouca efetividade do papel ressocializador nas prisões brasileiras.

A estigmatização é uma das consequências mais severas e dolorosas para as pessoas que cumprem ou cumpriram pena em prisões, quando tentam reinserir-se no convívio social.

Ademais, mostram-se como efeitos danosos da estigmatização os danos causados à constituição da identidade, a incorporação do sentimento de inferioridade e a redução da auto-estima, efeitos estes acentuados nas mulheres, já que este processo se intensifica, na medida em que a ele se soma o sexismo e os estereótipos, contribuindo para que o domínio de poder masculino predomine nas relações, reafirmando a submissão feminina.

O processo de ressocialização no interior dos presídios deve envolver, necessariamente, aspectos que garantam à mulher presidiária a construção de sua imagem, objetiva e subjetiva, sendo neste desiderato imprescindível oferecer educação e qualificá-la para o mercado de trabalho.

Ressalte-se que persiste, ainda, uma tolerância social e judicial, no tocante à violência praticada contra a mulher, devendo esta ser extirpada imediatamente. A sociedade, em geral, e os operadores do direito ainda olham, com extrema

cautela e pouca vontade política, a necessidade de punirem-se os que tratam com violências as mulheres. É mister atingirem-se novos padrões civilizatórios de convivência na sociedade atual, considerando seu grau de desenvolvimento extirpando, de uma vez por todas, qualquer conduta que vise excluir a mulher no contexto social.

4 Da execução penal no Brasil

A execução da pena, no Brasil, é regulamentada pela Lei nº 7.210/1984, conhecida como Lei de Execuções Penais (LEP).

A LEP, em apertada síntese, contempla como deve ser executada e cumprida a pena, o caráter social preventivo da pena e a ideia de reabilitação, oferecendo aos agentes públicos meios eficazes que garantam a individualização da execução da pena; dispõe sobre direitos e deveres do preso, bem como sobre o trabalho; e regulamenta a progressão de regimes e as restrições de direito.

Os Estados, contudo, mantêm estruturas administrativas rudimentares, o que torna o sistema carcerário caótico, havendo constantes violações de direitos humanos de detentos.

Os estabelecimentos penais passam a servir, unicamente, como aparelho de controle social repressor, revelando um direito de punir autoritário, cuja única preocupação é a manutenção do bem-estar das classes dominantes, através do apartamento do delinquente do meio social, sem qualquer preocupação com o caráter ressocializador da pena.

Os agentes públicos, no exercício do controle social (Executivo, Legislativo e Judiciário), acabam por voltar-se, exclusivamente, para a chamada criminalidade baixa, na qual estão arrolados os crimes praticados, em regra, por pessoas de classes sociais baixas e sobre elas exercem rígido controle, através da aplicação do Direito Penal, não se preocupando com as razões sociais que conduziram o delinquente à prática delitiva, simplesmente, afastando-o do meio social.

As prisões brasileiras são marcadas pela precariedade de condições físicas, sendo, em regra, dirigidas por pessoas com qualificação para tarefas de segurança, sem quaisquer condições de preparação do apenado para retornar para a sociedade.

A superlotação auxilia o processo de desumanização; a vida carcerária

acaba por destruir socialmente o preso, num ambiente degenerativo que, ao invés de ressocializá-lo, estimula a violência.

5 Considerações sobre o papel da educação no processo de ressocialização

Segundo Anísio Teixeira, apud Fernandes (1984, p. 234), "a educação não é privilégio; a educação deve ser posta ao alcance dos mais pobres, dos mais humildes".

A educação escolar formal instituiu-se na sociedade atual como espaço para transmissão do conhecimento da humanidade e formação intelectual das crianças e jovens.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) garante o acesso de todos à educação, podendo os pais responderem criminalmente, caso não cumpram sua função de matricularem os filhos no ensino básico formal. Apesar destas garantias, é consabido que grande parte da população brasileira não tem acesso ao ensino formal e, quando tem, por diversos fatores, como precárias condições socioeconômicas, *deficit* cultural ou, até mesmo, em razão da qualidade da educação oferecida pelo setor público, acaba ocorrendo o fracasso escolar, com baixos índices de aproveitamento, sendo prova desta realidade o imenso número de analfabetos funcionais existentes no Brasil.

Destarte, a baixa escolaridade, ainda, é a realidade de grande parte da população brasileira e alerta para uma triste realidade: o forte laço entre ela e a criminalidade. Na população carcerária, inclusive feminina, embora não existam muitos dados de âmbito nacional, esta realidade é expressiva.

Assim, a oferta de educação no interior das prisões surge como uma forma efetiva de garantir às presas sua reinserção social, fornecendo-lhes conhecimentos suficientes para o exercício de uma profissão futura, impedindo a reincidência.

Nessa perspectiva, vêm sendo criados, em diversos presídios brasileiros, programas de formação de educadoras presas, que têm como perspectiva o fato de que, por elas já fazerem parte da realidade prisional e utilizarem-se da mesma linguagem utilizada pelas demais presas, terem maior chance de eficácia no processo de ensino-aprendizagem. Ademais, com esta política, reduzem-se gastos.

A falta de escolaridade na idade adequada é bastante relevante na população carcerária, o que influencia diretamente na exclusão social das mulheres presas, antes mesmo da prática delitiva, bem como nas oportunidades de emprego

destas, pois as atividades exercidas, antes da prisão, sempre se limitam a funções de pouco destaque e com baixa remuneração, ligadas, em regra, a tarefas domésticas, representando uma extensão do papel feminino, que passa a ser desenvolvido fora da esfera privada.

A escolarização, no interior das prisões, objetiva a ressocialização da mulher, sob o ponto de vista social, moral e ético. Educação, qualificação e trabalho devem ser vistos como os pilares da ressocialização, sendo necessário elevar a escolaridade das presas para que estas, além de uma nova visão do mundo, possam, após o cumprimento de suas penas, serem inseridas no mercado de trabalho.

6 Considerações finais

Ao tratar do processo de escolarização no interior de estabelecimentos penais, não se pretende arredar-se da realidade de violência hoje existente, mas sim enfatizar que há possibilidade de ressocialização do apenado e, no caso em epígrafe, mais especificamente da apenada, desde que tomadas medidas eficazes para tanto, mostrando-se a educação, ao lado da profissionalização e do trabalho, como medidas salutares.

A abordagem do tema ressocialização do apenado, sob o enfoque dos direitos humanos, deve trazer à discussão o redimensionamento da política prisional.

Com efeito, a ressocialização de delinquentes só pode ser obtida com integração e inserção social dignas de sujeitos de direito, cabendo ao sistema absorver as demandas com educação, saúde, moradia e vida digna de toda a coletividade.

A prisão é, no Brasil, instituição de criminalização da pobreza, onde são inseridos apenas aqueles que não possuem influência social e recursos materiais para defender-se, algumas vezes, com medidas punitivas até severas para a natureza do delito praticado e o prejuízo gerado.

O caráter punitivo da pena, por si só, não garante a reinserção social, sendo necessário criar novos mecanismos para garanti-la, tornando-se a educação meio efetivo para tanto.

Enquanto a sociedade não solucionar os problemas por ela mesma criados, encontrando mecanismos de humanização e inserção social de toda a população, através da diminuição da desigualdade social e econômica, a questão da violência continuará prejudicando a todos, inclusive, a própria sociedade.

Referências

ADORNO, S. Ética e violência*:* adolescentes, crime e violência. In*:* ABRAMO, H. W. ; FREITAS, M. V. ; SPÓSITO, M. P. (Org.). *Juventude em Debate,* São Paulo, 2000.

BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A Vulberabilidade da Mulher à Violência Doméstica*:* aspectos históricos e sociológicos. In*:* LIMA, Fausto Rodrigues; Santos, Caludiene (Org.). *Violência Doméstica,* Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.* Diário Oficial da União. Brasília, 16 jul. 1990.

FERNANDES, Florestan. *O desafio educacional.* São Paulo: Cortez, 1989.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 38.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Microfísica do poder.* 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

MARTINS, J. S. *A sociedade vista do abismo:* novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Breno. *Sistema penitenciário:* uma teoria elaborada na práxis. Recife: Grafcop, 2002.

5 TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE

Chefe da Casa Civil Edgardo Ferreira Soares e o Ex-Presidente da República Federativa do Brasil Juscelino Kubitschek em visita a João Pessoa - Paraíba
(Acervo Memorial do MPPB)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA JURISDICIONAL DE MENORES INFRATORES

Mayara do Nascimento e Silva
Advogada

Resumo

Após a observação das unidades destinadas ao cumprimento de medidas socio-educativas, sentiu-se a necessidade de indagar o significado e o alcance da dignidade de menores infratores, bem como ratificar a aptidão do Poder Judiciário para a concretização de políticas públicas voltadas para essa área. Logo, a atuação do Ministério Público, através das atribuições concedidas pela Constituição e delineadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, representa importante papel de transformação dessa realidade social. Nesse contexto, verifica-se a idoneidade da Ação Civil Pública para a tutela de menores em conflito com a lei, fomentando o processo de reflexão quanto à fragilidade das políticas públicas diante do problema da delinquência infracional juvenil.
Palavras-chave: Ação civil pública. Menores infratores. Dignidade humana. Efetividade de direitos fundamentais.

Abstract

After an observation of the government units intended for the carrying out of socio-educational measures, it was felt the necessity of enquiring into the meaning and range of young offenders' dignity, as well as to ratify the ability of judiciary to apply public policies aiming at this field. Hence, the performance of the Public Ministry (the Brazilian body of independent public prosecutors) through the assignments vested in it by the Constitution and outlined by the Statute of the Child and Adolescent, plays a fundamental role to transform such social reality. In this context, it is verified the suitability of the Public Civil Action for the guardianship of minors in conflict with law, so to foster a reflection on the fragility of public policies on the problem of juvenile delinquency offense.
Keywords: Public civil action. Young offenders. Human dignity. Effectiveness of fundamental rights.

1 Introdução

Nas últimas décadas, o ordenamento jurídico experimentou a eficácia da tutela jurisdicional coletiva, especialmente por meio da ação civil pública, introduzida pela Lei nº 7.347/85, destacada como modalidade processual das mais eficazes.

A partir da promulgação do texto padrão – Lei nº 7.347/85 –, a doutrina e a jurisprudência vieram sinalizando novas tendências no campo que constitui o largo objeto da ação civil pública: erário público (CF, art. 37, § 4º; Lei nº 8.429/92); meio ambiente (Lei nº 6.938/81 e textos complementares); consumidores (Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor); infância e juventude (Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente); idosos (CF, art. 230; Lei nº 8.842/94; Dec. Federal 1.948/96) e, de modo geral, a questão das minorias sociais e das vítimas de preconceito, enfim, "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", como alude o art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85.

Com as referidas transformações processuais, observa-se a tendência de coletivização das ações. Sob esse prisma, além da eficácia, efetividade e eficiência da prestação jurisdicional, a defesa dos direitos transindividuais proporciona solução de tratamento mais igualitário. Isto porque abrange as partes de modo indistinto, possibilitando uma tutela jurisdicional mais equânime e capaz de elidir sensivelmente a divergência entre os julgados e uniformizar os entendimentos acerca de uma mesma matéria.

A Constituição Federal de 1988 dedicou ao Ministério Público importantíssimas funções na defesa de toda a sociedade. Basta dizer que o art. 127 do Texto Maior, ao considerar o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-o da "defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Nesse sentido, no caso de omissão, inexistência, ou deficiência de políticas públicas, pode o Ministério Público, via ação judicial, ou extrajudicial, intervir para a sua concretização. Judicialmente, através das ações civis públicas e, extrajudicialmente, mediante o inquérito civil, termos de ajustamento de conduta (TACs) e recomendações.

Depreende-se do texto constitucional, especificamente do seu art. 227, *caput*, que a Carta Magna coloca a criança e o adolescente com prioridade absoluta em relação às demais ações do Estado, sendo que uma questão relevante em sede de direitos da criança e do adolescente, e que serve de título ao presente

artigo, diz respeito à defesa coletiva dos menores infratores através da ação civil pública.

As medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente devem concretizar os objetivos de caráter pedagógico, reeducacional e de reinserção no âmbito social. No entanto, o atual cenário revela uma desconformidade na aplicação das medidas aos menores infratores, observando-se uma prevalência do caráter punitivo/repressivo, gerando, como consequência, efeitos negativos nesses indivíduos. As unidades de internação são um exemplo do predomínio do caráter de segregação, situação que afronta o texto da Lei Maior.

Ressalte-se, ainda, que a realidade demonstra uma correlação entre a prática de atos infracionais e o uso de drogas, expressando que a problemática infracional juvenil exige a implementação de serviços adequados às características e necessidades do adolescente infrator, sendo indispensável a criação de programas preventivos que preservem a dignidade desses menores.

Trata-se, então, de tema relevante para o equilíbrio das relações sociais. O não cumprimento dos princípios legais pelo Estado, deixando de conferir às medidas socio-educativas o caráter que foi determinado legalmente, retirando do jovem a oportunidade de reinserção ao seu seio familiar e comunitário, traduz a necessidade de um instrumento processual apto a garantir a supremacia da Constituição, notadamente no que se refere ao princípio da dignidade humana.

Como os direitos e interesses ligados à proteção da criança e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, consequentemente não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam esses interesses.

Cumpre, nesta oportunidade, testar a eficácia e a efetividade da ação civil pública quando aplicada à defesa dos direitos e interesses de crianças e adolescentes, especificamente aqueles que respondem por atos infracionais no âmbito das instituições públicas.

2 Ação civil pública e a tutela jurisdicional coletiva brasileira

2.1 Teoria da ação civil pública

Destinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos

ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter, como legitimado ativo um substituto processual, o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos.

Nota-se que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível, devido à cláusula "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Neste ponto, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

> Inexiste taxatividade na defesa judicial de interesses metaindividuais. Além das hipóteses expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, livre concorrência), qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo pelo Ministério Público e demais legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC [1].

No direito brasileiro, foi a Lei nº 7.347/85 que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Esta Lei, conhecida como lei da ação civil pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema de processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais.

Nas palavras de Teori Albino Zavascki,

> Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade [2].

A ação civil pública aparece, no contexto da justiça brasileira, como

[1]MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

[2]ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo:* tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-38.

importante mecanismo de solução dos conflitos de interesses, permitindo que um só processo judicial solucione conflitos de massa, evitando a proliferação de ações individuais acerca de um só tema.

Portanto, esse instrumento processual é bastante eficaz na tutela de direitos individuais homogêneos, os quais constituem um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.

2.2 O Microssistema de Tutela coletiva

A fim de oferecer um instrumental adequado para as novas categorias de direitos transindividuais, foram editadas diversas normas, com especial destaque para a conformação constitucional da tutela coletiva e para a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, em conjunto, constituem um regramento comum a todo o processo coletivo.

Em uma espécie de histórico recente da tutela coletiva, pode-se mencionar a edição dos seguintes diplomas legislativos: Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 7.853/89 (Deficientes), Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

Em razão da tutela de massa ser regulada por uma variedade de diplomas interligados, com princípios comuns, e diante do caráter individual das normas de processo civil e da necessidade de regulação de novas questões de direito material, os microssistemas surgem como leis especiais ou extravagantes que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram substrato nas normas gerais.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor e de a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) terem, de fato, uma relevância por possuírem um âmbito de incidência mais amplo, os demais diplomas que formam o microssistema da tutela de massa têm também sua importância para o direito processual coletivo, implantando a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente.

Neste sentido, a partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa perspectiva individualista, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente.

Considere-se que "a relevância social da tutela coletiva deve ser caracterizada tendo em vista a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas" [3].

Hugo Nigro Mazzili partilha do mesmo entendimento, expondo o seguinte posicionamento:

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como, a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (*v.g.*, dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (*v.g.,* danos de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária [4].

Logo, as diversas leis que tratam da proteção de interesses ou direitos metaindividuais em juízo formam, juntamente com as disposições constitucionais, um sistema integrado que pode ser denominado de processo coletivo ou tutela jurisdicional coletiva.

2.3 As ações coletivas e o controle das Políticas públicas pelo Poder judiciário

O Judiciário, em seu papel implementador de políticas públicas, mostra-se efetivo, no sentido de que tão somente começa a realizar certas ingerências,

[3]MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 737.

[4]MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.

de maneira a impor ao Executivo a concretização de tais políticas, determinadas não apenas na Constituição da República como também nas legislações infraconstitucionais, quando constata a omissão ou o abuso do Poder Público.

Com efeito, as políticas públicas, ao serem enfatizadas pelo Judiciário, acabam por se caracterizar como situações ensejadoras de um contínuo ativismo judicial, no sentido de assegurarem-se os princípios e os fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, tendo como premissa a preservação ou o restabelecimento da integridade da dignidade humana dos indivíduos.

A ação civil pública coloca-se, primariamente, como um exercício de cidadania, no quadro jurídico-político de uma democracia participativa, possibilitando ao Judiciário inserir-se no esforço comum desempenhado pelos demais entes (associações, Ministério Público, órgãos públicos, entes políticos), podendo assim dar sua decisiva contribuição para a composição justa de controvérsias sociais.

Esse instrumento processual representa a tentativa de implementação de promessas de um Estado de bem-estar, remetendo à instância judiciária questões antes deixadas somente às conveniências políticas dos órgãos do Executivo e Legislativo, isto é, quer-se dar um caráter cogente a essas promessas constitucionais de maior igualdade material e justiça social.

Como corolário disso, passam a ser mais valorizadas as ações concretas, da própria Administração, voltadas à execução de programas de ação, ou seja, de políticas públicas. Desta forma, visualiza-se que o problema, atualmente, não é mais tutelar o indivíduo em relação ao Estado, mas "garantir a sua justa inserção na sociedade, mediante a tutela dos interesses e das necessidades fundamentais a uma organização social justa e equilibrada" [5].

A própria Constituição da República, quando preconiza, em seu artigo 227, que a proteção aos direitos atinentes às crianças e aos adolescentes é estatuída como prioridade absoluta e que o Poder Público e a coletividade têm o dever de protegê-los, passa a admitir que o Ministério Público – ou qualquer outro legitimado à ação civil pública – possa recorrer ao Judiciário para obrigar a Administração a agir, quando

[5]MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 107.

a sua atividade, prevista em lei, é essencial à preservação dos direitos de crianças e adolescentes. Assim, toda vez que a Administração atua de forma negativa, abstendo-se de tomar um comportamento ao qual está obrigada por lei, abre margem para que a sua atuação seja questionada e corrigida através da via jurisdicional.

3 A defesa da dignidade humana de menores infratores e a disciplina jurídica do Estatuto da criança e do adolescente

3.1 Ato infracional e o uso de drogas

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".

A infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de dezoito anos. Abaixo daquela idade, o fato atribuído à criança ou ao adolescente, só pela circunstância de sua idade, isto é, pelo critério etário, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, ato infracional.

Para Paulo Lúcio Nogueira, "o Estatuto considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Assim, não há diferença entre crime e ato infracional, pois ambos constituem condutas contrárias ao direito positivo" [6].

No plano do ato infracional, as medidas a serem ministradas à criança são, em regra, diversas daquelas destinadas ao adolescente. Para este, existem as denominadas medidas socioeducativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Com relação à criança, por determinação expressa do art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando sua conduta configura ato infracional, incumbe ao Conselho Tutelar, antes de tudo, mediante termo de responsabilidade,

[6] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 149.

colocá-la sob a guarda de seus pais. Estes devem ser os primeiros responsáveis pela sua formação moral e social.

O Conselho Tutelar também pode e deve acompanhar a criança temporariamente, com orientação e apoio, determinando a sua matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino. Ademais, a situação econômica da família ou responsável permite ao Conselho Tutelar buscar o apoio de programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. E, sendo o caso, poderá o Conselho, ainda, requisitar tratamento médico, psicológico, psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, ou incluir em programa de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Aliás, não poderia o legislador deixar de estabelecer essas medidas, mormente quando se sabe que a conduta infringente da lei penal por parte do menor é decorrência, no seu mais alto percentual, da extrema miséria do lar, que o leva a viver na rua, onde facilmente se debilita física e moralmente.

Não é a repressão o remédio adequado a ser ministrado ao menor infrator. A sua inimputabilidade absoluta na esfera do Direito Penal não significa, entretanto, que, para ele, não haja a previsão de medidas adequadas, previamente estabelecidas em lei, com o único escopo de tornar possíveis sua reeducação e sua reinserção social.

Outra providência que cabe na hipótese de ato infracional praticado pela criança é a utilização do abrigo em entidade, a não implicar privação de liberdade. Verifica-se que a criança foi considerada pelo Estatuto como um ser, ainda, incapaz de refletir em profundidade o ato cometido e, portanto, alvo de medidas que visem à sua proteção.

Por outro lado, com relação à conduta do adolescente, há que se observar ser ele merecedor de tratamento mais rigoroso, podendo haver privação de sua liberdade, desde que observado o devido processo legal.

Nesta ótica, analisando-se o elenco das medidas socioeducativas, resta evidenciado, dentre as que restringem a liberdade dos adolescentes, que a liberdade assistida se mostra com as melhores condições de êxito em razão de seu desenvolvimento ser direcionado a interferir na realidade familiar e social do adolescente, tencionando resgatar, mediante apoio técnico, as suas potencialidades.

A internação, por sua vez, pode ser visualizada como a medida socioeducativa com as piores condições para alcançar resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento

sadio, mormente ante a falta de estrutura da maioria das entidades para aplicar corretamente a medida.

Pontua-se, sobre isso, a obrigação do Estado de criar mecanismos a fim de evitar que os menores cometam atos infracionais; deve, ainda, envolver em suas ações a família e a sociedade. Não basta o Estado criar normas rígidas com o fito de punir exemplarmente os que transgridem a norma, vez que medidas desse porte são meramente paliativas, não afastam os problemas que levam os menores à prática de atos infracionais.

Conforme preleciona Paulo Afonso Garrido de Paula,

> [...] para validação do direito da criança e do adolescente é mister uma tutela jurisdicional que atenda às suas particularidades, que respeite sua concepção, que realmente adote os princípios fundamentais e que seja essencialmente inclusiva, servindo de instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania [7].

Ao absorver os princípios da doutrina da proteção integral, o legislador do Estatuto fez por reconhecer, de forma justa, que a maneira mais eficaz de se prevenir a criminalidade em questão consiste no superar a situação de marginalidade experimentada hoje pela maioria das crianças e dos adolescentes brasileiros, através da efetivação dos direitos constitucionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enumerou várias ações visando à proteção de interesses dos menores infratores, dentre as quais, ações destinadas a promover reformas em entidades de atendimento; ações destinadas a realizar a construção de casas de abrigo e internação; serviços de assistência social visando à proteção da família, da maternidade, da infância e da adolescência; escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; sem prejuízo de outras hipóteses.

Ressalte-se que, se as medidas socioeducativas forem aplicadas nos moldes preconizados pelo Estatuto, há uma grande chance de os adolescentes infratores serem reestruturados e reintegrados à sua própria família e à comunidade, desde que seja enfatizado o caráter educativo, pedagógico e ressocializante.

[7]PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

A imposição de medidas aos adolescentes infratores busca, primordialmente, reabilitá--los, para que possam alcançar a maioridade, recuperados. É inegável que, dependendo da gravidade da infração praticada ou do grau de comportamento da personalidade do agente, sua segregação total (internação) ou parcial (semiliberdade) pode assegurar tranquilidade e segurança à sociedade. "Observa-se o caráter educativo e ressocializador para o menor e o caráter protetivo para a sociedade" [8].

Nota-se, ainda, que a sociedade e os meios de comunicação vinculam, de forma rotineira, o uso de drogas relacionado à delinquência juvenil. Essa constatação social torna imprescindível a criação de programas preventivos direcionados especificamente para os adolescentes, sobretudo por meio de alternativas mais efetivas de articulação e atendimento.

Segundo o levantamento realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), é expressiva a quantidade de usuários de drogas entre os adolescentes privados de liberdade no país: em 2002, 85,6% faziam uso antes da apreensão, especialmente de maconha, (67,1%); álcool, (32,4%); cocaína/ *crack,* (31,3%) e inalantes, (22,6%) [9].

Um Relatório elaborado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude, juntamente com a Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente – FUNDAC, no Estado da Paraíba, durante os meses de setembro a novembro de 2009, nos quatro Municípios onde as Unidades de Internação com Privação de Liberdade ao Adolescente em Conflito com a Lei estão localizadas, revelou um índice alarmante: "no que se refere ao uso de drogas, 70% deles afirmaram serem usuários" [10].

O objetivo do relatório supramencionado foi retratar a realidade no Estado, para que, a partir deste registro, um esforço conjunto dos Poderes Públicos, através das políticas voltadas para a valorização da dignidade humana, possa efetivar maior agilidade e qualidade na prestação jurisdicional aos adolescentes infratores.

---

[8]SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei:* da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 76.

[9]MARTINS, Mayra Costa; PILLON, Sandra Cristina. *A relação entre a iniciação do uso de drogas e o primeiro ato infracional entre os adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <http://www.abead.com.br/artigos/arquivos/relacao_drogasatoinfracional.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.

[10]PARAÍBA. Tribunal de Justiça. *Diagnóstico:* adolescente em conflito com a lei. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/conteiner?pid=124>. Acesso em: 14 set. 2010.

Outro ponto da problemática em tela consiste na ausência do Estado no que se refere à disponibilização de estabelecimentos adequados para receber os menores infratores. As entidades abrigadoras e os locais de internação de menores devem ser fiscalizados pelo Magistrado, pelo Promotor de Justiça e pelos Conselheiros Tutelares, aferindo-se as condições de atendimento, dentre as quais, instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; a regular destinação de verbas; o oferecimento de escolarização e profissionalização; a preservação dos vínculos familiares, entre outras.

O contexto atual demonstra que têm prevalecido situações inteiramente contrapostas àquelas dispostas no plano normativo. A Resolução 46, de 29 de outubro de 1996, regulamenta a execução da medida socioeducativa de internação prevista na Lei nº 8.069/90. Essa norma regulamentadora foi estabelecida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e tem como conteúdo regras a serem aplicadas nas unidades de internação de menores infratores.

Trata-se de um documento que busca efetivamente proteger os direitos dos adolescentes, tendo em vista que a maioria das medidas de internação vêm sendo aplicadas em desobediência aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como consequência, em alguns Estados, um exorbitante número de menores internados em estabelecimentos incompatíveis com o disposto na lei.

Portanto, evidencia-se que a falta de obediência dessas obrigações, constatada por meio de fiscalização, pode levar à propositura de ação civil pública, visando sujeitar o Poder Público ao seu cumprimento.

3.2 A dignidade humana de crianças e adolescentes como Cláusula Pétrea

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais. Trata-se de uma norma programática, como várias outras previstas no Estatuto, a estabelecer princípios cujo comando emana diretamente da Constituição Federal ao preceituar os direitos e garantias individuais e ao tutelar a cidadania.

Reproduzindo princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos da Criança, das Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça de

Menores e da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 18 do ECA assevera que "é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

É preciso reforçar que, ao fixar o dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente considerou que esta função não se limita aos pais e aos responsáveis legais, estendendo-se a qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum abuso ou desrespeito à dignidade da criança e do adolescente, devendo comunicá-lo ao Ministério Público, que tem a obrigação legal de propor as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias.

A grande mudança que o Estatuto trouxe, em relação ao Judiciário, pode ser assim resumida: antes, falhando a família, a sociedade e o Estado, a criança e o adolescente afetados eram juridicamente considerados 'em situação irregular'; agora, "se crianças e adolescentes forem afetados em seus direitos, quem está em situação irregular é quem ameaçou ou violou tais direitos" [11].

A opção no sentido de a nova lei vir a servir de instrumento para assegurar às crianças e aos adolescentes a satisfação de suas necessidades básicas certamente trouxe efeitos positivos, via justiça social, no pertinente à diminuição da criminalidade infantojuvenil.

Neste sentido, a prevenção da criminalidade e a recuperação do menor infrator se darão como quer o Estatuto, com a efetivação das políticas sociais básicas, das políticas sociais assistenciais (em caráter supletivo) e dos programas de proteção especial (destinados às crianças e aos adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social), ou seja, com o Estado vindo a cumprir seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção social.

As medidas socioeducativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça.

Cumpre consignar que a legislação que fornece as diretrizes sobre os procedimentos a respeito do menor, evidentemente, não é suficiente para expurgar a gravidade dos problemas sociais brasileiros e garantir as oportunidades para o desenvolvimento saudável do menor.

Verifica-se que o problema, envolvendo a criança e o adolescente,

[11] ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 140.

não é legislativo, e sim da execução das normas traçadas pela legislação. Nesse caso, a questão é concentrada na administração pública e na participação da comunidade com a execução de políticas públicas que visem a dar o integral cumprimento ao que foi estabelecido no capítulo da ordem social e na legislação menorista.

A responsabilidade pelas políticas públicas afetas à criança e ao adolescente é das três esferas governamentais, União, Estados e Municípios, bem como das entidades não governamentais. A omissão das autoridades públicas implica responsabilidade e a obrigação de fazer pode ser concretizada por meio de ação civil pública.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê algumas funções típicas para o Ministério Público, como, por exemplo, o zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes; a inspeção de entidades públicas e particulares com adoção das providências necessárias e a expedição de recomendações visando à melhoria dos serviços, fixando prazo razoável para sua perfeita aplicação.

Valendo-se da experiência do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, o legislador inseriu, no art. 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, rol de temas que podem ser tutelados por intermédio de ação civil pública. Apesar de a Constituição Federal permitir a defesa de qualquer interesse metaindividual por intermédio da ação civil pública, nota-se que foi dada uma importância no sentido de definir quais sejam os interesses mais relevantes em sede de defesa coletiva da infância e da juventude.

4 Efetividade da ação pública em defesa da dignidade de crianças e adolescentes infratores

4.1 Inquérito civil público e Audiências públicas

O inquérito civil foi concebido na lei da ação civil pública como um procedimento de investigação de atribuição exclusiva do Ministério Público para a verificação da existência de lesão ou ameaça de lesão a direito transindividual.

Hugo Nigro Mazzili define o inquérito civil da seguinte forma:

> É uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção

> para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseja eventual propositura de ação civil pública ou coletiva [12].

A atuação administrativa do Ministério Público, especificamente no inquérito civil público previsto na Lei nº 7.347/85, demonstra a possibilidade de se solucionar o conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional, contribuindo para confirmar a potencialidade da solução extrajudicial.

Muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil público resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual nem sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor a ação judicial.

Assim, a finalidade do inquérito civil, no respeitante ao Estatuto da Criança e do Adolescente, é reunir provas que comprovem a violação de direito individual, difuso ou coletivo, pertencente à criança ou ao adolescente.

A audiência pública é um importante instrumento do Estado Democrático de Direito, permitindo-se ao público que conheça as medidas que lhe dizem respeito e se manifestem sobre elas.

O que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside, sobre uma medida administrativa qualquer que tenha repercussão social.

Na audiência pública, ao mesmo tempo em que se informa o teor e as implicações da medida administrativa analisada, consulta-se a opinião sobre o assunto sem, contudo, haver a vinculação da vontade do administrador, posto que, na audiência pública, se tenha voz, mas não, voto.

Dentre as funções das audiências públicas, destacam-se: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada.

[12]MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 46.

As audiências públicas podem, portanto, ser utilizadas para motivar a participação do Poder Público, em conjunto com os demais entes da sociedade com o fito de estabelecer políticas públicas de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes, identificando os principais problemas em determinada região e propondo planos de atuação nas respectivas áreas deficientes.

As Assembleias Legislativas dos Estados também podem realizar audiências públicas, buscando debater e apresentar propostas direcionadas ao melhor atendimento de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas. Para obter resultados satisfatórios nas unidades de internação torna-se imprescindível sensibilizar a sociedade civil, com o intuito de traçar políticas públicas de perspectiva de vida sem violência para adolescentes infratores, bem como fazer com que as autoridades repensem os seus mecanismos direcionados para esses jovens.

Nota-se que a cotidiana defesa dos direitos transindividuais permite ao Ministério Público dar importantes contribuições para a Administração Pública, de modo que essa possa atingir melhor os seus objetivos. A promoção de políticas públicas pode ser um interessante meio de solução e prevenção de conflitos de natureza transindividual.

O que realmente interessa nesse tipo de intervenção do Ministério Público é a possibilidade de a Instituição atuar além dos estritos limites das situações conflituosas que lhe são apresentadas no cotidiano. Para tanto, podem ser utilizados o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação, a celebração de convênios com outras Instituições, a participação em Conselhos e em fóruns da sociedade.

Tem sido uma prática bastante salutar a celebração de convênios entre o Ministério Público e outras instituições públicas e privadas para fins de consecução de um objetivo comum. Além dos convênios de cooperação técnica com Universidades, Institutos científicos, e órgãos públicos específicos, existem os convênios celebrados para a atuação integrada do Ministério Público com os demais entes com o fito de promover uma determinada política pública, como, por exemplo, no caso da implementação em Pernambuco do programa de trabalho educativo do adolescente [13].

[13]Tal programa foi estabelecido formalmente em 17 de setembro de 1997 entre o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Cruzada de Ação Social, a Legião Assistencial do Recife – LAR e a Fundação da Criança e do Adolescente – FUNDAC visando conjugar esforços para a elaboração e a organização de um programa relativo ao trabalho educativo do adolescente.

4.2 Ministério Público e os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs)

O compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no nosso ordenamento jurídico através do art. 211 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 113 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). "Tal instituto enseja a conciliação pré-processual de direitos que são em essência indisponíveis" [14].

O termo de compromisso de ajustamento de conduta está intimamente relacionado à questão da indisponibilidade do direito reivindicado em juízo. Por tratar de direitos transindividuais ou individuais homogêneos, os acordos em sede de ação civil pública devem ser analisados com bastante cautela, haja vista que os bens juridicamente tutelados pertencem a uma coletividade, não a uma só pessoa que pode transigir a exigibilidade de seus direitos sem o consentimento de outras pessoas.

O TAC é uma ferramenta alternativa para solucionar a querela, possibilitando aos interessados e aos órgãos públicos que fixem um compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, é uma figura transacional e que pode não apenas prevenir o litígio, como pode por fim a uma ação em andamento, resolvendo a questão.

Ressalte-se que o TAC é uma das formas de composição do conflito, ou seja, traz a natureza de celeridade, de economia e de efetividade, haja vista que, caso seja descumprido, prevê sansões.

O Ministério Público tem um papel de protagonista na celebração de termos de ajuste de conduta, de acordo com o novo papel que a ele foi assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em vista da valorização das suas atribuições extrajudiciais.

O compromisso de ajustamento de conduta pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou de abster-se, atinente ao zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente, o meio ambiente; o consumidor; a ordem urbanística; o patrimônio cultural; a ordem econômica e a economia popular; interesses de crianças e adolescentes; quaisquer outros interesses transindividuais.

Todos têm legitimidade para figurar como obrigado no ajustamento de

[14]RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.120.

conduta: as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público, bem como os órgãos públicos sem personalidade jurídica. Qualquer pessoa física ou jurídica, causadora efetiva ou potencial de danos a interesses transindviduais, pode comparecer como compromitente num TAC. Nessa qualidade, mesmo o Estado pode submeter-se a compromisso de ajustamento de conduta, desde que regularmente tomado por um outro órgão público.

O ajustamento de conduta versa sobre a possibilidade da reparação ou da prevenção de um determinado dano a um direito transindividual por uma conduta ou por uma omissão específica. O obrigado é o autor do comportamento ou o responsável pelos danos dele decorrentes, sendo necessário que haja a delimitação da ação ou omissão, da dimensão do dano existente ou potencial, de modo que reste evidenciado que as obrigações pactuadas possam realmente atender a defesa dos direitos em discussão.

Quando se trata do Poder Público, o compromisso pode ser firmado, inclusive, "para estabelecer condições temporais e orçamentárias para a efetiva implementação de uma determinada política pública, cuja inexistência resulte em violação ou promoção inadequada de direitos transindividuais" [15].

O que poderia ser discricionário passa dessa forma a ser uma atividade vinculada pela livre e espontânea vontade do Poder Público traduzida no compromisso. Por exemplo, pode, no ajustamento de conduta, o Município assumir a obrigação de construir dentro de certas condições uma casa abrigo para menores ou se comprometer a dotar um hospital público de determinados equipamentos de saúde, clínica para recuperação de viciados em drogas, dentre outras ações.

O ajustamento de conduta tem os seguintes efeitos principais: a) a determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado; b) a formação do título executivo extrajudicial; c) a suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado, ou para o qual tenha repercussão; d) o encerramento da investigação após o seu cumprimento.

O Ministério Público do Estado de Goiás, por exemplo, firmou termo de compromisso com pessoas jurídicas de direito público do Estado e do Município, visando à implementação de Consórcio de Mútua Cooperação Técnico-

[15]FRANCHEISEN, Luíza. *Ministério Público e políticas públicas para a concretização da ordem social constitucional*. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Constitucional da PUC/SP em 1999. p. 116.

operacional e Financeira. O objetivo do TAC foi viabilizar o pleno funcionamento das Unidades de Internação para adolescentes autores de atos infracionais, residentes e domiciliados nos municípios de Luziânia, Novo Gama, Santo Antônio do Descoberto, Águas Lindas de Goiás, Cidade Ocidental e Valparaíso de Goiás, nas unidades CASEIAM – Centro de Apoio Socioeducativo de Internação de Adolescentes e CASE – Centro de Atendimento Socioeducativo, ambos situados em Luziânia – GO.

É notório o fato de que a situação das entidades de internação se mostra, no mais das vezes, caótica, tornando-se verdadeiramente um descaso do poder público e, diga-se, infelizmente, da sociedade, com os direitos dos menores infratores nelas recolhidos. Assim, a atuação do Ministério Público representa importante papel de transformação dessa realidade social, sendo o termo de ajustamento de conduta um instrumento essencial e eficaz a colaborar nesta árdua empreitada.

Assim, ao firmar os compromissos de ajustamento de conduta, o órgão público atinge de forma célere o objetivo que seria alcançado com a ação civil pública, sem a necessidade de levar a questão ao Poder Judiciário, uma vez que o termo não é colhido, nem precisa ser homologado em juízo. Ademais, a efetividade do conteúdo do compromisso será verificada por meio da fiscalização do seu cumprimento, que cabe a todos os legitimados interessados.

Conclui-se que o compromisso de ajustamento de conduta apresenta notórias vantagens sobre a ação coletiva, porque permite uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais; isso ajuda poderosamente a descongestionar a Justiça, bem como garante mais eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses.

Contudo, cumpre salientar que o ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional que, inclusive, já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada.

Identifica-se, portanto, a importância dos termos de ajustamento de conduta no que se refere à fiscalização das políticas públicas, notadamente as que dizem respeito à proteção e ao desenvolvimento de adolescentes infratores. A realidade das entidades de internação, no Brasil, é assustadora se comparada ao modelo pretendido pelo legislador do Estatuto e pelo constituinte de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana como princípio central de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão dessa constatação, o termo de ajustamento de conduta surge como um dos instrumentos mais eficazes a adequar o poder público aos ditames da lei e determinar o cumprimento de obrigações de fazer que supram a omissão verificada quanto a políticas públicas ligadas aos menores, implantando-se um sistema de garantias compatível com a dignidade da pessoa humana e que, ao mesmo tempo, leve em consideração a peculiar situação de desenvolvimento das crianças e adolescentes.

4.3 Jurisprudência dos Tribunais brasileiros

Tendo em conta que a própria Constituição Federal atribuiu, por meio de seu art. 227, prioridade absoluta no trato das questões inerentes à infância e à juventude, obviamente que os órgãos incumbidos do exercício das funções legislativa e jurisdicional devem adotar as providências cabíveis no sentido de assegurar o efetivo cumprimento do comando advindo da Lei Maior, inclusive no trato processual de conflitos de interesses envolvendo crianças e adolescentes.

Dentre os princípios processuais que têm como escopo dar efetividade ao comando advindo da Magna Carta, destaca-se aquele inserto no art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe acerca da criação, por Estados e Distrito Federal, de "varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude". Trata-se de regra típica de organização judiciária que tem por fim assegurar a materialização da proteção integral da criança e do adolescente dentro do processo.

Vê-se que a ação civil pública que tenha por objetivo reprimir ou impedir danos aos direitos da criança e do adolescente constitui exceção, visto que, diferentemente das demais ações civis públicas que visam a resguardar outros direitos difusos e coletivos, não deverão ser ajuizadas perante as varas da Fazenda Pública do lugar onde ocorreu o dano, mas sim, perante o Juízo da Infância e da Juventude do local da ação ou omissão.

Nos termos do art. 209 da Lei nº 8.069/90, as ações para proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência

originária dos Tribunais Superiores, ou seja, caso a ação civil pública vise à tutela da infância e da juventude, a competência será do juiz do local em que a ação foi praticada.

De acordo com o exposto, é importante ressaltar o entendimento das cortes brasileiras acerca da matéria, haja vista que elas são responsáveis pela análise e pelo julgamento das demandas, assim, buscam dar efetividade ao que a norma dispõe. Nesse ínterim, é possível observar decisões interessantes, a exemplo de um entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde houve o reconhecimento da Vara da Infância como sendo a esfera competente para o julgamento da Ação Civil Pública referente ao interesse do menor [16].

A tutela individual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes é sempre considerada como direito socialmente relevante, estando permanentemente à proteção pelo Ministério Público. O traço marcante desses direitos fundamentais, que concretizam o princípio constitucional da proteção integral, é o de ser considerado como indisponível, seja no plano individual ou transindividual. Nenhuma interpretação jurídica ou lei hierarquicamente inferior podem trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos às crianças e aos adolescentes, garantidos constitucionalmente [17].

---

[16]EMENTA - AÇÃO CIVIL - INTERESSE DE MENOR - COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA - ARTIGOS 148 E 209 DO ECA - DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - CERCEAMENTO DE DEFESA - IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE IMPEDIR AS PARTES DE SOLICITAR A PRODUÇÃO DAS PROVAS QUE ENTENDEM PERTINENTE À SOLUÇÃO DAS QUESTÕES POSTAS ANTES MESMO DA SUA CITAÇÃO. Nos termos dos artigos 148 e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1.990), a competência para julgar ação civil pública cuidando de interesse afeto à criança e ao adolescente é absoluta e afeta à Vara da Infância e Juventude do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão na qual se funda a ação, prevalecendo a especial sobre as normas gerais da lei processual. A ausência de qualquer prejuízo para as partes afasta a arguição de nulidade do processo. [...]. (TJMG: 1.0702.04.137001-7/001(1) - Relator(a): Wander Marotta - Julgamento: 16/11/2004 - Publicação: 07/12/2004.

[17]EMENTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TUTELA DE INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO. A interpretação harmônica do artigo 227 e 129, inciso IX, ambos da Constituição da República e do artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e Adolescente, autoriza a conclusão de que o Ministério Público possui legitimidade para defender interesse individual indisponível de criança e adolescente, via ação civil pública. Entender o contrário significa fragilizar a efetivação dos direitos fundamentais e dificultar a defesa em juízo de crianças e adolescentes que tenham individualmente seus direitos fundamentais ameaçados ou lesados, afastando, pois, a essência protetiva do artigo 227 da Constituição da República. (Precedente do Superior Tribunal de Justiça: Resp n. 147.473/SC) - Data do acórdão: 23/06/2005. Data da publicação: 26/08/2005.

Convém salientar, também, que não existe prerrogativa de foro para o julgamento de ação civil pública. Assim, ainda que a ação seja proposta contra chefe do poder executivo, seja federal, estadual ou municipal, a ACP deve ser processada na primeira instância.

Uma importante decisão adveio do Conselho da Magistratura, num caso de ação civil pública em face do Distrito Federal onde, além de ter sido fixada a competência da Justiça da Infância e da Juventude, determinou-se a inclusão no orçamento de dotação para a construção de casas destinadas ao internamento de menores infratores, em razão da precariedade dos estabelecimentos existentes no Distrito Federal [18]. Trata-se de afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias, enfatizando valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida digna dos menores.

As normas fixadas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são claras ao exigir uma atuação positiva do Poder Público, não cabendo a este permanecer inerte, sob eventual alegação de que ainda não é conveniente ou oportuna a observância das mesmas. Por outro lado, hoje, não há mais que se falar em intromissão do Poder Judiciário na área de atuação do Poder Executivo, em especial quando se trata de programa de promoção e proteção dos direitos de crianças e adolescentes, pois estes direitos estão preservados pela garantia constitucional da absoluta prioridade.

O Ministério Público pode e deve exigir condutas para que as obrigações contidas em normas constitucionais garantidoras de direitos individuais, coletivos e difusos do segmento infantojuvenil possam ser efetivadas, como é o caso da instalação de abrigo próprio para o recebimento de menores infratores em regime socioeducativo.

Ademais, segundo o art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Já o artigo 124 do Estatuto estabelece que são direitos do adolescente privado de liberdade, dentre outros, o de permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável, habitar

[18]Classe do Processo: APELAÇÃO APE6292 DF. Registro do Acórdão Número: 63835. Data de Julgamento: 16/04/1993. Órgão Julgador: Conselho da Magistratura. Relator: Luiz Cláudio Abreu. Publicação no DJU: 26/05/1993. p. 20.017.

alojamento em condições de higiene e salubridade, receber escolarização e profissionalização.

Após apurar, por meio de procedimento administrativo, que adolescentes infratores estavam cumprindo medida socioeducativa juntamente com imputáveis que cumprem penas de detenção e reclusão, o Ministério Público de Araguaína (TO) ajuizou ação civil pública contra o Estado de Tocantins para a implantação de unidade especializada de internação de adolescente infrator. Constatou-se que os jovens que deveriam cumprir medida socio-educativa em uma instituição adequada, estavam submetidos a regime prisional muito semelhante ao aplicado aos condenados à pena de reclusão [19].

Desta forma, estes julgamentos demonstram que as cortes brasileiras se preocupam com a efetividade de suas decisões em sede de Ação Civil Pública, como forma de efetivação da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes, principalmente os que cumprem medidas socioeducativas, com especial atenção à dignidade do jovem infrator, ressaltando a importância do caráter pedagógico e educativo daquelas medidas.

5 Considerações finais

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal estabelecem uma série de princípios aptos a tutelar os direitos e garantias da população infantojuvenil. O presente artigo procurou aprofundar a situação do menor em conflito com a lei e a garantia de seus direitos quando recolhidos pelo Estado.

A tutela dos jovens que recebem reprimenda estatal, hoje, se encontra amparada por um amplo arcabouço jurídico, sustentado pelos princípios constitucionais, legislação ordinária e até pelos ordenamentos internacionais. Toda essa gama de normas visa à proteção dos menores infratores contra situações que afetem a sua saúde, segurança e, especialmente, a sua dignidade nas unidades de internação e nos abrigos.

Com a constatação de que o jovem em conflito com a lei não tem seus direitos básicos assegurados e necessita de cuidados especiais para o seu melhor desenvolvimento e reintegração, o Ministério Público e a sociedade poderão

[19]FIORI JUNIOR, Sidney. Ação civil pública para implantação de unidade especializada de internação de adolescente infrator. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1864, 8 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16863>. Acesso em: 29 out. 2010.

cobrar do poder público a primazia dos direitos da criança e do adolescente, defendida pela doutrina adotada no Estatuto e reconhecida mundialmente, diante da notoriedade dos problemas enfrentados no atendimento de crianças e adolescente em diversos países.

Desta forma, depreende-se que a colaboração da sociedade e o trabalho sério, aliado à credibilidade da instituição do Ministério Público, podem fortalecer e transformar a realidade vivida por esses jovens atualmente, criando uma sociedade mais justa e capaz de desenvolver-se com harmonia. Ressocializar e dar condições dignas de vida ao jovem em conflito com a lei é questão que envolve toda a esfera social e precisa ser discutida, principalmente nos momentos em que se busca solucionar o problema da criminalidade infantojuvenil, propondo temas como a redução da maioridade penal.

Sob esse prisma, defendeu-se, neste ensaio, a utilização da ação civil pública como meio processual capaz de exigir que as medidas socioeducativas alcancem os objetivos de ressocialização e de reinserção social dos menores em conflito com a lei. Assim, a efetividade e excelência dessas medidas somente se fará presente quando propiciar aos jovens infratores a oportunidade de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta em que vivemos para se constituírem em agentes transformadores desta mesma realidade.

Referências

FIORI JUNIOR, Sidney. Ação civil pública para implantação de unidade especializada de internação de adolescente infrator. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1864, 8 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16863>. Acesso em: 29 out. 2010.

FRANCHEISEN, Luíza. *Ministério Público e políticas públicas para a concretização da ordem social constitucional*. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Constitucional da PUC/SP em 1999.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Mayra Costa; PILLON, Sandra Cristina. *A relação entre a iniciação do uso de drogas e o primeiro ato infracional entre os adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <http://www.abead.com.br/artigos/arquivos/relacao_drogasatoinfracional.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. *Diagnóstico*: adolescente em conflito com a

lei. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/conteiner?pid=124>. Acesso em: 14 set. 2010.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA DE CONFLITOS COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA OU FONTE DE INJUSTIÇA SOCIAL?

José Farias de Souza Filho
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Valdiney Veloso Gouveia
Professor Titular da UFPB

Resumo

Este artigo busca demonstrar que a judicialização política de conflitos individuais contra a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) pode ser instrumento de perpetuação de injustiças sociais. Além disso, discute a percepção do *SUS* pelos diversos seguimentos da sociedade brasileira e a influência desta percepção nessa judicialização, comprometendo a eficiência do sistema público de atenção básica à saúde.
Palavras-chave*:* Sistema Único de Saúde. Judicialização. Injustiça social.

Abstract

This article aims to demonstrate that the political judicialization of individual conflicts against the management of the Unified Health System (UHS) can be an instrument of perpetuation of social injustices. Moreover, it discusses the perception of the *UHS* by various segments of Brazilian society and the influence of this perception on this judicialization, compromising the efficiency of public system of primary health care.
Keywords: Health Unique System. Judicialization. Social injustice.

1 Introdução

No Brasil, a judicialização política de conflitos, individuais ou coletivos, tem tomado proporções gigantescas a ponto de colocar em cheque a eficiência do Poder Judiciário e das instituições essenciais à administração da justiça. Mas, que é justo ou injusto? Como os padrões de justiça estão estabelecidos? Como essa judicialização política de conflitos individuais com o Sistema Único de Saúde

tem afetado a prestação do serviço jurisdicional? Como seguimentos da sociedade brasileira percebem o Sistema Único de Saúde? Neste artigo, pretende-se responder a estas e outras questões relativas à justiça ou injustiça social na judicialização do SUS no Brasil.

2 Desenvolvimento

2.1 Concepções de justiça

A abordagem temática de justiça deságua quase sempre na ideia de realização de direitos, do que é correto ou justo, do que se opõe à injustiça. Nas sociedades ocidentais, a ideia de justiça remete geralmente a demandas judiciais para resolução de conflitos. Essa ideia está tão arraigada no senso comum que Souza (2009, p. 136) registra que Andrew Hurrell, abordando a relação entre ordem e justiça na política internacional, declara que "justiça e equidade em relação ao processo e aos procedimentos é mais importante do que justiça e equidade em questões de substância".

No Brasil, por sua destinação constitucional à resolução de conflitos, é comum confundir-se a atividade jurisdicional do Poder Judiciário com *justiça.* Isto pode ser encontrado na redação do art. 125 da Constituição Federal, ao tratar da competência dos Estados para organização de "sua justiça", no *caput*, e determinar a instalação da "justiça itinerante" pelos Tribunais de Justiça para "realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional" no § 7º (BRASIL, 1988).

Também, quando tratou das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, no capítulo seguinte ao da organização do Poder Judiciário, a Constituição Federal denominou de "funções essenciais à justiça" o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública (BRASIL, 1988). Mas justiça, mesmo sendo o fim supremo da função jurisdicional do Estado, não é sinônimo de jurisdição ou de judiciário.

Assmar, Rodrigues e Jablonski (2010, p. 269) afirmam que o estudo da *justiça* remonta à Antiguidade, no âmbito da filosofia moral, tendo acompanhado o desenvolvimento do pensamento humano e se mantido atual e relevante no seio das ciências humanas e sociais, especialmente a partir de 1961, com a obra de George C. Homans sobre as formas elementares do comportamento social.

Rodrigues e Col. (2010, p. 270) destacam que, na filosofia moral,

o interesse pelo tema *justiça* é relevante e contemporâneo, transcrevendo célebre sentença de John Rawls na obra *Teoria da Justiça*, publicada em 1995:

> A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais atraente, eloquente e concisa que seja, tem que ser rechaçada ou revisada se não é verdadeira; de igual modo, não importa quão organizadas e eficientes sejam as leis e instituições: se são injustas devem ser reformuladas ou abolidas (RAWLS, 1995, apud; RODRIGUES; COL., 2010, p. 270).

A Psicologia Social tem dado tanta importância ao estudo de *justiça* que Rodrigues e Col. (2010, p. 271) já falam em um ramo das ciências humanas chamada de *Psicologia Social da Justiça* que, a partir dos anos de 1960, tem construído um amplo e sólido acervo técnico-conceitual sobre o tema. E não poderia ser diferente, como atestam Rodrigues e Col. (2010, p. 270): "São incontestáveis, portanto, a presença, a penetração e o impacto das questões de justiça nos indivíduos, grupos e sociedades".

O tema *justiça* é um fenômeno psicossocial complexo e multifacetado que atribui significado a uma vasta gama de manifestações comportamentais, individuais e grupais, externalizando valores (e, para alguns, crenças) de uma sociedade em um determinado contexto geográfico, temporal, político, econômico, social e cultural. Logo, estudar *justiça* é tanto objeto da filosofia moral como das ciências humanas, em especial da Psicologia Social e do Direito.

E a Psicologia Social, como afirmado, tem intensificado pesquisas e experimentos para conhecer e explicar julgamentos de indivíduos e de grupos "sobre o que é justo e merecido, sobre direitos e deveres, sobre o certo e o errado" (RODRIGUES; COL., 2010, p. 271), tanto pelo caráter social da *justiça*, fundamental nas relações inter e intragrupais, quanto por seus significados cognitivos e afetivos, básicos na construção dos padrões de *justiça* na realidade social.

Nesse artigo, não há interesse na abordagem do construto *justiça* sob os diferentes níveis de análise e sob as dimensões que representam a teoria da equidade (unidimensional) e a teoria da troca social (multidimensional), conhecida como justiça distributiva. Mesmo porque o objeto deste estudo é alertar para a *injustiça* promovida pelo Estado-juiz ao decidir conflitos individuais com o Sistema Único de Saúde, privilegiando supostos direitos individuais em detrimento de reais direitos sociais.

2.2 A judicialização dos conflitos individuais com o Sistema Único de Saúde

Uma das grandes mobilizações sociais pela saúde no Brasil resultou no projeto de reforma sanitária, discutido na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada no Distrito Federal, de 17 a 21 de março de 1986, que serviu de base para elaboração da seção relativa à Saúde no capítulo que trata da Seguridade Social na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988).

Calcado em princípios como universalidade, integralidade e equidade, aquela reforma sanitária se concretizou no Sistema Único de Saúde (SUS), que garante a todos o direito à saúde, como um dever inequívoco do Estado brasileiro. Seus princípios e seu ideário estão materializados nas Leis nºs. 8.080 (BRASIL, 1990a) – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – e 8.142 (BRASIL, 1990b) – que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Quase três décadas depois, entretanto, parece que a população brasileira e suas Instituições ainda não conhecem a organização, a gestão e o funcionamento do Sistema Único de Saúde, posto que o acesso aos serviços de saúde pública no Brasil tem sido recorrente objeto de judicialização política. Sob o pretexto de garantir efetividade a esse direito fundamental, esquece-se sua dimensão social para recorrer ao Judiciário em busca de provimento de interesse eminentemente individual e, não raro, quebrando princípios constitucionais de universalidade, integralidade e equidade.

Indivíduos, representados pela Advocacia, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público, buscam a suplementação das ações da gestão pública por meio de decisões judiciais provisórias (medidas liminares) que transformam direitos sociais em direitos individuais e põem em risco a sustentabilidade, a eficiência e gestão do Sistema Único de Saúde. Aliás, esse uso indevido do sistema público de atenção integral à saúde já era antecipado por Dias (1986, p. 44), em palestra proferida na 8ª Conferência Nacional de Saúde, quando ofereceu adequado fundamento jurídico para resolução desse tipo de demanda, ensinando que o direito à saúde oferece benefício individual, mas representa direito coletivo:

> A saúde em si mesma é uma situação individual; entretanto, pelos fatores que a condicionam ou a comprometem, pelos meios de restauração, ela aparece também como um fenômeno social, visto

> mais como um estado sanitário de uma sociedade, constituindo elemento característico dessa sociedade. O termo saúde pública, utilizado na Europa continental e no Brasil, ou saúde comunitária, empregado nos países anglo-saxônicos traduzem essa dimensão social do problema saúde.

Em abril do ano próximo findo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou mais de 240 mil ações judiciais em todo o País, tendo a saúde pública ou privada como objeto, a maioria reivindicando acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Boa parte dessas demandas é atendida liminarmente com arrimo em questionável aplicação dos princípios decorrentes do ideário do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente o da integralidade que, para o SUS, significa dispor das alternativas terapêuticas disponíveis no sistema, segundo o grau de complexidade da atenção à saúde, enquanto que, para o Judiciário, a integralidade está ligada à noção de consumo, resumindo o direito à saúde à oferta de medicamentos (VIEIRA, 2008, p. 366).

Sem pretender mitigar princípios constitucionais – como o de petição aos Poderes Públicos para defesa de direitos e o de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Judiciário – e reconhecendo-se que é justo o deferimento liminar de pedidos de fornecimento de produtos farmacêuticos constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME,) e da relação do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, impõe-se assentar que nem toda negativa de fornecimento de determinada alternativa terapêutica ou de medicamento configura lesão ou ameaça a direito fundamental de acesso à política pública de saúde.

Por outro lado, a repercussão financeira da judicialização da política pública de atenção integral à saúde, suportada pela própria sociedade, certamente compromete a gestão do Sistema Único de Saúde e pode converter-se em negação dos princípios constitucionais de igualdade, de universalidade e de integralidade. A hipótese é bem ilustrada por Vieira (2008, p. 367):

> Por exemplo, considere a seguinte situação hipotética, cujo cálculo é muito simples. A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população geral [segundo dados divulgados pelo Programa Nacional de Hepatites Virais do Ministério da Saúde]. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2006), era de 186.770.562 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da

hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilado e como o tratamento deve ser feito com a aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas, e o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R$ 1.107,49 [cf. informação da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico na revista ABCFarma, edição nº 198], o custo estimado é de 24,8 bilhões de reais.

Com esse exercício hipotético e com informações do Fundo Nacional de Saúde, Vieira (2008, p. 367) demonstra que, se essa situação tivesse ocorrido, o Ministério da Saúde, em 2006, teria aplicado dois terços de seu orçamento para oferecer um único produto farmacêutico a 0,25% da população brasileira, levantando-se os seguintes questionamentos: teriam sido respeitados os princípios da universalidade e da integralidade? O atendimento das necessidades curativas dessa ínfima parcela da sociedade não se constituiria em injustiça social e não causaria mal à saúde, assim considerada como política pública de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação?

O atendimento de necessidades ou interesses terapêuticos individuais pelo Judiciário, alheio à gestão da política pública de atenção integral à saúde, pode levar a esse tipo de repercussão financeira apresentado por Vieira (2008, p. 369) e, em vez de realizar os princípios constitucionais mencionados, poderá converter-se em instrumento de inviabilização desses princípios e, via de consequência, causar injustiças sociais pelo atendimento de direitos individuais de ínfima parcela da população e negação do direito fundamental à política pública de saúde a quase toda população.

Por que, então, tem aumentado a judicialização dos conflitos de parcela da população (de maior poder aquisitivo, convém registrar-se) com a gestão do Sistema Único de Saúde? Por que o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia, com o objetivo declarado de fazer respeitar direito fundamental de indivíduos, têm colocado em risco a garantia do mesmo direito fundamental – atendimento universal, integral e igualitário - da maioria (ou de quase a totalidade) da população brasileira, manejando e provendo liminarmente ações civis públicas ou ações mandamentais?

Talvez essa temerária intervenção judicial ocorra por não ser positivo o conjunto de percepções sobre o sistema público e o suplementar de saúde, especialmente quanto ao acesso, ao atendimento (garantia, segurança e qualidade)

e à cobertura. E é esse conjunto de percepções que embasa a valoração e o julgamento da gestão da política pública de saúde no Brasil, cuja imagem de baixa qualidade está arraigada no senso comum, levando à falsa crença de que é um sistema injusto, excludente, inoperante.

Questiona-se, neste artigo, a excessiva judicialização política de conflitos de usuários com a gestão do Sistema Único de Saúde, a pretexto de defesa de direito fundamental, mas que, em última instância, é fruto do desconhecimento de princípios, regras, objetivos e gestão do Sistema Único de Saúde e da ausência ou deficiência do controle social previsto na Constituição Federal e na legislação que regula o sistema e ameaça a sustentabilidade gerencial e a eficácia das políticas públicas de saúde.

3 Esse desconhecido Sistema Único de Saúde

Os dois fatores estão intrinsecamente ligados. Quanto maior o desconhecimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde, maior o número de demandas judiciais contra a gestão do sistema; quanto maior a intervenção do Judiciário na gestão da política pública de saúde, maior o risco de praticar-se injustiça social contra a maioria da população brasileira, satisfazendo-se interesses individuais em prejuízo de interesses coletivos, como ilustrado por Vieira (2008, p. 369).

3.1 Como a sociedade percebe o Sistema Único de Saúde

Dever-se-ia iniciar o desenvolvimento deste subtema pela abordagem da percepção dos profissionais de saúde, pessoas capacitadas para atender às necessidades da população e desenvolver a Reforma Sanitária implantada pelo Sistema Único de Saúde e sua estratégia voltada para a Saúde da Família. Mas, parece que os problemas começam nessa área, pois a formação dos profissionais de saúde segue um modelo biologicista hegemônico que enfatiza o conhecimento das doenças e o tratamento dos doentes, estabelecendo-se como principal objetivo dos cursos e das instituições de saúde o domínio da alta complexidade tecnológica (SAUPE; WENDHAUSEN; BENITO; CUTOLO, 2007, p. 655).

A ampliação do conceito de saúde, a partir da Reforma Sanitária, e a descentralização da gestão do Sistema Único de Saúde, devem induzir mudanças nas práticas de saúde e na formação profissional, incorporando as novas

dimensões de ordem técnica, científica, econômica, social e ética, possibilitando "a mobilização de pessoas e instituições, no sentido de aproximação entre instituições formadoras e ações e serviços do SUS" (CECCIM; FEUERWERKER, 2004, p. 44).

A saúde, como definida pela Constituição da República Federativa do Brasil, não é resultado da intervenção de profissionais de Medicina, Enfermagem e áreas afins, mas de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A formação dos profissionais de saúde, portanto, está a exigir mudanças profundas em seus projetos pedagógicos para adequação aos programas de promoção da saúde (SAUPE; COL., 2007, p. 655), não se podendo mais tolerar a mercantilização da formação e das práticas profissionais nessa área de excepcional interesse para a sociedade.

Pesquisadores têm constatado que "o modo como se estruturam e são gerenciados os processos de trabalho e de formação dos profissionais de saúde 'têm permanecido alheios à organização da gestão setorial e ao debate crítico sobre os sistemas de estruturação do cuidado, mostrando-se absolutamente impermeáveis ao controle social sobre o setor fundante do modelo oficial de saúde brasileiro'" (ERDMANN; RODRIGUES; KOERICH; BACKES; DRAGO; KLOCK, 2009, p. 289).

O atual paradigma da saúde no Brasil impõe a articulação entre os programas públicos de atenção integral à saúde e aos projetos pedagógicos de formação de profissionais da área para que haja efetiva mudança de modelo, do biologicista hegemônico para a promoção da saúde, aqui entendida como qualidade de vida. Em outras palavras, a formação deve ter em vista que o trabalho dos profissionais de saúde deve ser pautado pela interdisciplinaridade, "pelo desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes para a ação social transformadora" (SAUPE; COL, 2007, p. 655).

Feitas estas colocações, que objetivam especificamente pontuar o conceito de saúde no ideário que instituiu o Sistema Único de Saúde e assentar a dicotomia entre a formação profissional e as expectativas dos usuários, passa-se a perquirir a percepção dos profissionais sobre o sistema de atenção integral à saúde, sobre a humanização e os direitos dos usuários e sobre a própria inserção dos profissionais nesse sistema.

Em consulta feita a estudantes da área de saúde na Universidade

Federal de Santa Catarina (UFSC), especificamente sobre aspectos da formação em relação ao SUS, sobre a participação popular em saúde e sobre a Carta de Direitos dos Usuários da Saúde, Erdmann e Col. (2009, p. 293) constataram que os estudantes desconhecem o Sistema Único de Saúde, pois, "de forma hegemônica", associam o SUS à pobreza, como se o Sistema Único de Saúde atendesse apenas "a população de baixa renda, de nível social mais baixo e intelectualmente limitado", desconhecendo estimativas de que "cerca de 90% dos procedimentos de saúde de maior complexidade e 97% dos procedimentos de hemodiálise, considerados extremamente onerosos, são financiados pelo SUS".

A maioria dos estudantes da UFSC, questionados em outubro de 2007, responderam que "tiveram conhecimento sobre o SUS durante a vida acadêmica" e que mais da metade dos respondentes pretende trabalhar em serviço público de atenção à saúde, especialmente os estudantes de enfermagem e medicina (ERDMANN; COL., 2009, p. 292).

Há que se ressaltar que parte dos estudantes consultados vê o Sistema Único de Saúde como "defasado", com baixa possibilidade de crescimento pela falta de recursos e de estrutura, pela ausência de plano de carreira e por ter "prática muito diferente da teoria e falta de serviços para a demanda". Segundo Erdmann e Col. (2009, p. 292), "esses depoimentos não retratam fatos novos e estão em conformidade com o que é do conhecimento de todos, profissionais de saúde, estudantes, usuários, imprensa, políticos. Todos sabem onde estão as fragilidades".

Quanto à participação popular e ao controle social no Sistema Único de Saúde, da amostra de 145 estudantes da área de saúde, apenas cinco entrevistados disseram participar de alguma dessas atividades. Destaque para os estudantes de Odontologia e de Nutrição, que desconhecem a existência dessas instâncias de exercício de cidadania. Para os pesquisadores, a situação "é preocupante, uma vez que as diretrizes do SUS destacam os Conselhos Locais e Municipais de Saúde como fóruns para participação popular e promoção do controle social" (ERDMANN; COL., 2009, p. 292).

Os pesquisadores da UFSC destacam, por fim, o desconhecimento da existência e, consequentemente, do conteúdo da Carta dos Direitos dos Usuários do SUS pela maioria dos estudantes consultados. E mais: nenhum dos que afirmaram conhecer o documento "soube informar corretamente qual princípio considerava mais importante, citando e confundindo, por vezes, os princípios do SUS" (ERDMANN; COL., 2009, p. 292).

Sem a pretensão de generalizar os resultados da pesquisa realizada com 145 estudantes de cinco cursos da área de saúde da Universidade Federal de

Santa Catarina, não se pode fugir à constatação de que o generalizado desconhecimento sobre o Sistema Único de Saúde, levado para os bancos escolares pelos universitários enquanto cidadãos, mantém-se depois da graduação em qualquer dos cursos da área de saúde.

Para eficiência do sistema público de atenção integral à saúde, profissionais da área precisam conhecê-lo profundamente, desenvolvendo juízo crítico de valor e participando de todas as fazes do processo de gestão. Afinal, serão eles que prestarão os serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde e, nessa condição de agentes do Estado, serão responsáveis pela realização justiça ou injustiça social. Na última fase do processo, os profissionais de saúde são, de fato, os verdadeiros responsáveis pela realização dos princípios afirmativos do sistema.

A qualidade do trabalho dos profissionais da área de saúde é que contribui para o bem-estar subjetivo dos usuários e deles próprios, induzindo valorações como justiça e injustiça, com forte carga de afetividade. É relevante, pois, perquirir-se a percepção de satisfação dos usuários do Sistema Único de Saúde para aquilatar se o modelo vigente de atenção integral à saúde é instrumento de justiça ou de injustiça social na avaliação subjetiva das pessoas que recorrem aos serviços do sistema público de saúde.

Foi exatamente o que fizeram Gonçalves, Gonçalves, Silva e Bilhim (2010), ao realizarem estudo de casos múltiplos em postos urbanos de saúde do Distrito Federal, com o objetivo de verificar a "percepção de satisfação dos usuários". Pesquisaram a satisfação dos usuários do SUS quanto ao acesso ao atendimento e quanto à prestação do serviço oferecido, a partir das seguintes variáveis: acesso, tempo de espera, competência profissional, resolução do problema de saúde, instalação física da unidade de saúde. Os dados preliminares, depois de analisados por meio de estatística descritiva, foram apresentados no 1º Simpósio Brasileiro de Ciência de Serviços, realizado em Brasília, DF, de 17 a 19 de novembro de 2010.

Os resultados do estudo mostram que o perfil de renda dos usuários é de até dois salários-mínimos e que, de todas as variáveis avaliadas, "o maior descontentamento por parte desses usuários está centrado no que tange aos aspectos que descrevem a instalação física das unidades de saúde" (GONÇALVES ; COL., 2010, p. 2).

A avaliação do acesso aos serviços públicos de saúde é positiva: 76,5% dos usuários atendidos classificaram o acesso como bom/ótimo, caindo para 60% este percentual de classificação pelas pessoas que aguardavam o atendimento em filas. "Essa mesma tendência também é encontrada quando se

avalia a qualidade do serviço prestado pela unidade de saúde" (GONÇALVES; COL., 2010, p. 2): classificaram como boa ou ótima 76,5% dos usuários atendidos e 68% dos que aguardavam atendimento nas filas.

Esta mesma tendência de avaliação positiva do acesso e da qualidade de atendimento em unidades do Sistema Único de Saúde foi constatada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER, 2009), com o cruzamento dos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 1998 a 2003, publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2003). Pesquisa complementar, realizada em novembro de 2008 pela Fundação de Desenvolvimento Administrativo (FUNDAP) do Estado de São Paulo, em parceria com o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), com uma amostra de 1.114 entrevistados, distribuída por dezoito bairros da cidade de São Paulo, encontraram resultados semelhantes (FUNDAP-CEBRAP, 2009).

Pode-se concluir que, em geral, a percepção da sociedade acerca do Sistema Único de Saúde é positiva, apresentando índices elevados entre os usuários que já utilizaram ou utilizam os serviços do sistema. Mesmo assim, ainda constata-se elevado índice de desconhecimento da operacionalidade do SUS, bem como de seus princípios, seus objetivos e sua gestão, em que pese haver sido elaborada e publicada a "Carta de Direitos dos Usuários do SUS", porém com insuficiente divulgação até entre os estudantes de cursos da área de saúde e afins.

3.2 Como o Judiciário e as funções essenciais à Justiça percebem o SUS

O número elevado e a diversidade de demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde têm se constituído em preocupação para o Judiciário brasileiro, levando o Supremo Tribunal Federal (a mais alta Corte de Justiça do país, com competência para resolução judicial dos conflitos fundamentados em princípios e normas constitucionais) a realizar audiência pública para discussão do tema, em abril e maio de 2009, com a participação de cerca de cinquenta especialistas das áreas médica e jurídica, da qual resultou a criação pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça de um grupo de trabalho para "elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde" (BRASIL, 2009).

Como resultado das medidas propostas pelo grupo de trabalho, a Presidência do Conselho Nacional de Justiça adotou duas providências com repercussões positivas para a gestão do Sistema Único de Saúde: (1) emitiu a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pela qual recomendou aos

Tribunais "a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde" (BRASIL, 2010a); (2) instituiu o "Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde" (BRASIL, 2010b).

Na Recomendação (BRASIL, 2010a), a Presidência do CNJ, reconhecendo a relevância da matéria para garantia de uma vida digna à população brasileira e a necessidade de prestigiar a gestão das políticas públicas e a organização do sistema público de saúde, com a finalidade de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS, recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais as seguintes providências: (a) celebração de convênios que disponibilizem apoio técnico aos magistrados na formação de juízo de valor quanto às questões clínicas apresentadas nas demandas judiciais; (b) orientação aos magistrados para que ouçam previamente os gestores dos sistemas de atenção à saúde, procurem instruir as ações com relatórios médicos completos e evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Três outras medidas, igualmente importantes, sobressaem-se na apontada Recomendação da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para a Magistratura brasileira: (c) inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos concursos para ingresso na carreira; (d) promoção de visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS e aos dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em oncologia, para conhecimento prático do funcionamento desses órgãos; e (e) incorporação do direito sanitário aos programas de cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados nas Escolas de Magistratura, além da realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, visando proporcionar maior entrosamento sobre a matéria (BRASIL, 2010a).

Indo mais adiante e movido pela preocupação com as repercussões financeiras das demandas judiciais sobre a gestão do Sístema Único de Saúde, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, pela Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, o "Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuição de elaborar estudos e propor

medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos" (BRASIL, 2010b).

Nos termos da Resolução que o instituiu, o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde atua no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e é integrado por magistrados que atuam em unidades jurisdicionais que tratem de assistência à saúde, mas pode (e deve) contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação em áreas correlatas, "especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e de outras instituições de pesquisa" (BRASIL, 2010b).

Os objetivos do Fórum também foram estabelecidos na mencionada Resolução:

> Art. 2º. Caberá ao Fórum Nacional
> I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
> II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
> III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
> IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
> V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (CNJ, 2010b).

Nos dias 18 e 19 de novembro de 2010, realizou-se no Distrito Federal, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o "I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde", cuja Declaração (BRASIL, 2010c) registra posições aparentemente contraditórias:

> Não há como distanciar as nuances técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas tratadas no evento da

premência de alternativas céleres que estão a exigir uma postura de Estado dos Poderes constituídos.
Reafirma-se que a atuação do Poder Judiciário é de crucial importância para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito fundamental à saúde, ainda que se argumente que do seu exercício advenham tensões perante os gestores e executores das políticas públicas.

Ora, como supor que 240 mil decisões judiciais, determinando a realização de despesas não previstas no orçamento do Sistema Único de Saúde, não produza negativos impactos administrativos, econômicos, políticos, sociais e técnicos? Seria razoável classificar como "resgate efetivo da cidadania e realização do direito fundamental à saúde" a intervenção do Judiciário nessa dimensão? Não se estaria produzindo injustiças sociais com o atendimento de demandas particulares, utilizando-se recursos programados para custeio de políticas públicas de atenção integral à saúde, sobrepondo-se interesses individuais aos interesses coletivos?

4 Conclusão

São questões como essas que o Judiciário e as funções essenciais à administração da Justiça – o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública – precisam responder antes de intervir na gestão do Sistema Único de Saúde, tendo-se em conta, principalmente, que a judicialização de conflitos com o SUS é feita, via de regra, por pessoas com maior poder aquisitivo e retira recursos de custeio da atenção integral à saúde para usuários menos favorecidos ou, na linguagem consumerista, *hipossuficientes*.

Ao que parece, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde está longe de encontrar (e apontar) soluções para a crescente judicialização dos conflitos entre particulares e gestores do Sistema Único de Saúde, haja vista que os Comitês Executivos Estaduais, criados por orientação do Conselho Nacional de Justiça, são constituídos apenas por operadores do Direito, negando à sociedade civil a oportunidade de contribuir para a construção de uma sociedade justa e solidária e de exercer o controle social de políticas públicas de saúde.

Alijando-se a sociedade civil organizada do debate público das questões relativas à gestão do Sistema Único de Saúde, recusa-se o recebimento de contribuições científicas e técnicas das universidades e dos setores de produção do saber.

Além dos profissionais da área de saúde, administradores, economistas, pedagogos e psicólogos sociais podem prestar contribuições relevantes ao

aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde, especialmente estes últimos, já que a Psicologia Social da Saúde, no dizer Camargo-Borges e Cardoso (2005, p. 28), "configura-se como um campo de conhecimento e prática que trata das questões psicológicas com enfoque mais social, coletivo e comunitário voltado para a saúde".

Replicando o pensamento de Spink (2003), Camargo-Borges e Cardoso (2005, p. 28-29) compreendem a Psicologia Social da Saúde "como um campo ampliado de atuação do psicólogo nas instituições de saúde". E explicam:

> Essa ampliação ocorreria, principalmente, em relação ao referencial de trabalho utilizado e exercido, e abrangeria duas principais questões que a autora destaca como fundamentais. Primeiramente, a questão contextual da intervenção, isto é, a importância de se compreender toda a história e o contexto da instituição na qual será implementada uma ação, assim como as pessoas que compõem essa instituição. Faz—se necessário compreender que cada organização tem sua realidade local, sua cultura de relações e as histórias específicas das pessoas que recorrem a esses serviços. A segunda enfatiza a questão do "outro", da alteridade. As intervenções nessa abordagem levam em conta a interface da cultura e do social no processo de construção da identidade e da inserção da pessoa na vida. É a percepção da construção dessa identidade, tão multiforme, que possibilita reconhecer a alteridade e lidar com o diverso. A alteridade é entendida como o relacionar-se com o outro, diferente de mim, mas reconhecido por mim como uma pessoa com direitos iguais aos meus e valorizada enquanto sujeito.

Seriam de grande valia para o Judiciário e para as funções essenciais à administração da justiça, imbuídos dos propósitos de garantir eficácia aos princípios da Reforma Sanitária e respeito ao direito fundamental à saúde, os conhecimentos da Psicologia Social da Saúde, que podem contribuir para a superação do modelo biomédico ainda em prática e progressiva implantação de um modelo mais integrador, reconhecendo a saúde como um fenômeno multidimensional em que interagem aspectos biológicos, psicológicos e sociais e caminha para uma compreensão mais holística do processo saúde-doença-cuidado. É a real eficácia do princípio da integralidade.

A atuação centrada em uma perspectiva coletivista e o compromisso com os direitos sociais e com a cidadania, afinal, são as características principais da Psicologia Social da Saúde (SPRINK, 2004). E, segundo Camargo-Borges e Cardoso (2005, p. 29), essa atuação centrada na perspectiva coletivista

> Se dá principalmente nos serviços de atenção primária à saúde, focaliza a prevenção da doença e a promoção da saúde e incentiva os atores sociais envolvidos para a geração de propostas de transformação do ambiente em que vivem. Trata-se, portanto de um processo de transformação crítica e democrática que potencializa e fortalece a qualidade de vida.

Os princípios de universalidade, integralidade e equidade, tão usados para fundamentar as demandas contra o Sistema Único de Saúde, na verdade devem ser interpretados e aplicados em favor de ações coletivas de efetiva abrangência social.

Se saúde é um direito essencial, básico, para garanti-lo o Judiciário necessita buscar a colaboração de outras áreas do conhecimento; se o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde foi criado com o propósito de não permitir que juízes julguem quantidade imensa de processos sem avaliar impactos administrativos, econômicos, políticos, sociais e técnicos ao Sistema Único de Saúde, há que se proporcionar adequada e competente assessoria aos Magistrados, levando-se em consideração o caráter multidimensional e multidisciplinar de sua atuação funcional.

Afinal, parece que o Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Marivaldo Dantas de Araújo, já consegue enxergar nessa direção, mesmo que parcialmente, como declarou em palestra proferida no I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, mais conhecido como Fórum da Saúde:

> Saúde é um direito essencial, básico. Precisa, portanto, de atenção do Poder Judiciário. O Fórum Nacional da Saúde foi criado com o propósito de não deixar os juízes julgarem uma quantidade imensa de processos. O objetivo é identificar a real causa do problema e propor soluções aos setores responsáveis (BRASIL, 2011).

Por fim, ainda é muito pouco, mas é um começo. Quem sabe o Ministério Público brasileiro, vanguardeiro na busca de conhecimentos e ativo defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, desperta para a necessidade de fortalecimento do controle social do Sistema Único de Saúde como instrumento de realização de justiça social no âmbito da atenção integral à saúde. É o que se pode esperar.

Referências

ARAÚJO, Marivaldo Dantas de. *Estatísticas podem ajudar a reduzir demandas judiciais de Saúde*. In: Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 07 dez. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.,br/noticias/cnj/17458:estatisticas-podem-ajudar-a-diminuir-demandas-judiciais-na-area-da-saude&catid=223:cnj>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 201, 24 nov. 2009.

_____. _____. *Declaração do I Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*. Brasília, DF, nov. 2010, pp. 1-3. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/declaracao_do_i_encontro_do_forum.pdf> . Acesso em: 10 out. 2011.

_____. _____. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 61, 07 abr. 2010.

_____._____. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, DF, n. 61, 07 abr. 2010.

_____.*Constituição* (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Fundação do Desenvolvimento Administrativo (FUNDAP). Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). Políticas Públicas em foco: Sistema público e privado de saúde. *Boletim Fundap-Cebrap nº 2*.

Disponível em: <http://www.boletim-fundap.cebrap.org.br/n2/>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. Lei federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS} e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

CAMARGO-BORGES, Celiane; CARDOSO, Cármem Lúcia. A Psicologia e a estratégia saúde da família: compondo saberes e afazeres. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, MG, v. 17, n. 2, 26-32, ago. 2005.

CECCIM, Ricardo Burg; FEUERWERKER, Laura C. M. O quadrilátero da formação para área da saúde: ensino, gestão, atenção e controle social. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, 41-65, jan.-mar. 2004.

DIAS, Hélio Pereira. *Saúde como direito de todos e dever do Estado*. Palestra proferida na 8ª Conferência Nacional de Saúde, pp. 1-54. Brasília, DF: mar. 1986. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Saude%20como%20direito%20de%20todos%20e%20dever%20do%20Estado.pdf>. Acesso em: 11 out. 2011.

ERDMANN, Alacoque Lorenzini et al. O olhar dos estudantes sobre sua formação profissional para o Sistema Único de Saúde. *Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v. 22, 288-294, jul.-set. 2009.

GONÇALVES, Andrea de Oliveira et al. *Percepção de satisfação dos usuários dos SUS em postos urbanos de saúde no Distrito Federal: resultados preliminares*. In: 1º Simpósio Brasileiro de Ciência de Serviço. Disponível em: < www.reser.net/file/99590/>. Acesso em: 10 out. 2011.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Relatório da Pesquisa sobre Saúde com a PNAD de 1998 a 2003. São Paulo: 2009. Disponível em: <http://www.insper.edu.br/sites/default/files/relatorio_da_pesquisa_sobre_saude_PNAD98-03.pdf>. *Acesso em: 09 out. 2011.*

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia Social.* 28 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

SAUPE, Rosita et al. Avaliação das competências dos recursos humanos para a consolidação do Sistema Único de Saúde no Brasil**.** *Revista Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, SC, v. 16, 654-661, out.-dez. 2007.

SOUZA, Emerson Maione. Ordem e Justiça na Sociedade Internacional pós-11 de Setembro. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 52, 133-148, jun. 2009.

SPINK, Mary Jane Paris. Os Psicólogos na saúde: reflexões sobre os contextos da prática profissional. In: *Psicologia social e saúde*: práticas, saberes e sentidos. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, pp. 77-159, 2004.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, 365-369, 2008.

PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA URBANA ATRAVÉS DAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS E DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO

Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis
Advogada

Resumo

O crescimento populacional das cidades brasileiras tem sido retratado pelos estudiosos como uma das grandes causas da violência urbana, mormente porque o município não tem acompanhado de forma adequada esse adensamento urbano com políticas de urbanização corretas. Esse quadro de adensamento urbano tem gerado um aumento da violência nas cidades, violência essa que não tem sido combatida de forma eficaz pela maioria dos estados membros e, por vezes, ignorado pelos governos municipais, os quais alegam que não possuem o dever constitucional de garantir a segurança pública. O presente estudo tem por fim demonstrar, com fulcro na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, bem como na doutrina e na jurisprudência, quão importante é o papel do município na atividade de segurança pública e como as políticas urbanísticas e o exercício do poder de polícia podem e devem influir no enfrentamento da violência urbana. Pois, ao município e aos munícipes interessa que a violência urbana seja combatida da forma mais eficiente e eficaz possível. Será demonstrado, pois, como o município, através de políticas urbanísticas e do exercício do poder de polícia, pode, juntamente com os demais órgãos encarregados de cuidar da segurança pública, exercer um importante papel no recrudescimento da violência urbana.
Palavras-chave: Direito da cidade. Políticas públicas. Função social da cidade. Segurança pública.

Abstract

The population growth of Brazilian cities has been portrayed by scholars as one of the major causes of urban violence, especially because the city has not kept up properly the urban density urbanization with correct policies. This picture of urban consolidation has generated an increase in urban violence, this violence has not been tackled effectively by most member states, and sometimes ignored by municipal governments, which claim not having constitutional duty to ensure

public safety. The present study aims to demonstrate, with the fulcrum in the Federal Constitution and the City Statute, as well as in the doctrine and case law, how important is the role of the city in the activity of public safety and how urban policies and the exercise of police power can and should influence the urban violence. For the city and residents wish that urban violence is tackled in the most efficient and effective way. It will be demonstrated, thus, as the city through urban policies and the exercise of police power, may, together with other bodies responsible for taking care of public safety, play an important role in the escalation of urban violence.
Keywords: City law. Public policies. City social function. Public safety.

1 Introdução

O fenômeno da urbanização do Estado brasileiro trouxe inúmeros benefícios para muitos cidadãos que já não viam na zona rural uma perspectiva de melhoria social e econômica para eles e para suas famílias. Segundo dados estatísticos colhidos do IBGE, em 1940, a população urbana no Brasil era de apenas de 31,4%. Entretanto, no ano de 2000, essa população atingiu o patamar de 81,2. O senso de 2010 demonstra que em dez anos a população urbanizada alcançou 84,3% (IBGE, 2011).

O êxodo rural contribuiu para o aumento populacional nas grandes e médias cidades, trazendo consigo a violência, como consequência da desigualdade social e da falta de uma política pública necessária ao desenvolvimento urbano. Dessa forma, tornou-se um desafio colocar em prática condições para o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos. Por outro lado, apenas projetos isolados de urbanização não bastam. É indispensável que sejam executadas políticas públicas integralizadas, pois melhor qualidade de vida requer serviços de educação, saúde, habitação, segurança, lazer, cultura, esporte, etc.

Apesar do grande número de habitantes das cidades, percebe-se que a execução de políticas públicas para o uso do espaço público, bem como para a implantação de infraestrutura e de equipamentos de serviços, deixa muito a desejar. O alcance desses benefícios é assegurado pela Constituição Federal, em seus arts. 182 183. Não obstante, os municípios brasileiros não

acompanharam esse crescimento populacional das cidades com a necessária infraestrutura urbana, não só pela falta de planejamento urbano, mas, também, pela ausência de compromisso dos governantes, que não adotam uma política de respeito à função social da cidade.

Nas grandes e médias cidades, a criminalidade cresce na mesma proporção com que se intensifica o adensamento urbano, o que faz surgir a maior necessidade de polícia nas ruas, sem que exista contingente para tanto. Some-se a isso o fato de que os pequenos conflitos ocupam grande parte do tempo dos policiais, a exemplo de ébrios exaltados, som alto, consumo de drogas e atos infracionais de adolescentes. Os homicídios também fazem parte das estatísticas da violência urbana, merecendo uma atenção especial nos dados do Ministério da Saúde que considera endêmica a ocorrência de morte superior a dez casos por cem mil habitantes.

Assim, surge a necessidade de discutir-se o papel da função social da cidade e a segurança pública no contexto da violência urbana, em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, uma vez que essas garantias estão visivelmente relacionadas.

2 Combate e enfrentamento à violência urbana promovida pelas políticas públicas municipais

O município, como um dos entes federativos, é merecedor de ações públicas que devem ser efetivadas para enfrentar a violência. Na verdade, é um dos mais interessados no desenvolvimento dessas ações, visto que é nas cidades que se pratica grande parte das ações criminosas. O município é um importante coadjuvante da atividade de segurança pública, na medida em que tem o poder-dever de implementar políticas públicas, de modo que a cidade possa cumprir sua função social. Deve buscar a redução das desigualdades e da exclusão. Com base nas suas atribuições constitucionais, como também se empenhar para o bem-estar da população que nele habita e, consequentemente, promover a paz social.

É evidente a ausência de políticas públicas compromissadas em assegurar o pleno desenvolvimento da função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa lacuna tem contribuído para o aumento da violência urbana.

Afirma Lefebvre (2001) que "a ciência da cidade tem a cidade por objeto." De certo que, sendo a violência urbana, o problema pode estar no próprio espaço urbano. É incisivo o número de homicídios, casos de drogas e conflitos de um

modo geral nas cidades, não só no Brasil como também no exterior. Tal violência cresce tanto quanto o número de presos e superlotação nos presídios e, seguramente, os custos dessa violência.

Se houvesse uma eficaz política de prevenção à violência no meio urbano, minimizada seria essa realidade de crescente ações criminosas. Portanto, reside a prevenção na eliminação das ocasiões, pois a violência nas cidades afeta a ordem pública e toda a sociedade.

Possuindo atribuições de exercer políticas sociais relevantes, além do poder de polícia, o município não deve ser excluído da política de segurança pública, com base no seguinte fundamento: "Tudo quanto repercutir, direta ou indiretamente, na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar, também, direta e imediatamente aos Estados e à União (MEIRELLES, 2008).

3 Função social da cidade e a diminuição de oportunidades para a prática de crimes

Segundo Felson; Clarck (1998), as oportunidades desempenham um papel central na motivação de todo tipo de crime, visto que o comportamento individual decorre, também, da interação entre o criminoso e seu ambiente. Ambientes propícios convidam à prática de crimes, a exemplo de logradouros públicos abandonados, pouco frequentados ou sem vigilância. Sem dúvida, a vigilância constante, somada às ações de manutenção desses espaços urbanos, notadamente com iluminação pública eficiente, trará maior sensação de segurança para o cidadão e desestímulo para os que planejam a prática de crimes.

O atendimento ao princípio da função social da cidade possibilita segurança e bem-estar aos cidadãos, visto que o administrador público, seguindo-o, deve por à disposição da população ruas pavimentadas e iluminadas, praças e parques, equipamentos de lazer como uma forma de atrair jovens e crianças ao convívio do meio ambiente e uma cidade sustentável, moradia, trabalho, transporte, saneamento, serviços públicos, etc., contribuindo assim para a diminuição das oportunidades para a prática criminosa, quando conjugada a uma vigilância mais eficaz.

Para Roxin (2006), uma incessante vigilância, através de câmeras ou da presença policial nas instalações públicas, ruas e praças, inibe a

prática de ações criminosas e garante maior segurança aos cidadãos. Tratando do policiamento preventivo, afirma o citado autor que, através de uma vigilância tão eficaz quanto possível, pode-se reduzir a criminalidade. Uma vigilância mais intensiva, que deixe a criminalidade nos limites do possível e do permitido, é um meio eficiente de combate à violência, que deverá, assim, integrar o direito penal do futuro. Nesse sentido, esclarece Roxin (2006): "Munique é a cidade grande mais segura da Alemanha, isto é, com a menor criminalidade; e isto decorre do fato de que Munique possui o mais intenso de todos os policiamentos, obtendo através disso maior eficácia preventiva."

Pôr em prática a função social da cidade é promover o crescimento educacional e ambiental dos cidadãos, é fomentar seu desenvolvimento, constituindo esse avanço uma vida digna para as pessoas, ou seja, o exercício da cidadania e da justiça social e, em decorrência, a diminuição da violência.

A Constituição Federal[1] instituiu a política de desenvolvimento urbano, nos termos dos arts. 182 e 183, que tratam do princípio da função social da cidade. Os citados dispositivos foram regulamentados pela Lei nº 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade, a qual traça diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano executado pelo município, incluindo-se a segurança pública, consoante prevê esse diploma legal, em seu art. 1º.

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 39 da Lei nº 10.257/2001). Entretanto, poucos são os municípios obrigados a elaborar e aplicar o plano diretor, tendo em vista que o critério reporta-se não à extensão do município, mas ao tamanho da população, que deve ser de mais de vinte mil habitantes (art. 41, I, da Lei nº 10.257/2001). O legislador ordinário entendeu que os problemas urbanísticos são consideravelmente menores nesses municípios e, portanto, menor seria a violência.

Em 2010, entre os municípios mais populosos, quinze apresentaram população superior a um milhão de habitantes, somando 40,2 milhões de pessoas, o que corresponde a 21,1% da população total do Brasil (IBGE, 2011).

[1]Prevê, em seu art. 5º, que a segurança pública é um direito fundamental.

Número de Municípios e população nos Censos Demográficos de 2000/2010, segundo as classes de tamanho da população		
Brasil classes de tamanho da população	**Número de Municípios e população Censos Demográficos**	
	01.08.2000	**01.08.2010**
Número de Municípios		
Total	**5.507**	**5.565**
Até 10.000	2.637	2.515
De 10.001 a 50.000	2.345	2.443
De 50.001 a 100.000	301	324
De 100.001 a 500.000	193	245
De 500.001 a 1.000.000	18	23
De 1.000.001 a 2.000.000	7	9
De 2.000.001 a 5.000.000	4	4
De 5.000.001 a 10.000.000	1	1
Mais de 10.000.000	1	1
População dos Municípios		
Total	**169.799.170**	**190.732.694**
Até 10.000	13.833.892	12.939.483
De 10.001 a 50.000	48.436.112	51.123.648
De 50.001 a 100.000	20.928.128	22.263.598
De 100.001 a 500.000	39.628.005	48.567.489
De 500.001 a 1.000.000	12.583.713	15.703.132
De 1.000.001 a 2.000.000	9.222.983	12.505.516
De 2.000.001 a 5.000.000	8.874.181	10.062.422
De 5.000.001 a 10.000.000	5.857.904	6.323.037
Mais de 10.000.000	10.434.252	11.244.369

Fonte: IBGE. Censo Demográfico 2000 e 2010

O planejamento urbano, com certeza, diminuiria determinados tipos de violência que são decorrentes da estrutura urbanística e reverteria esses índices crescentes.

4 Segurança pública e Poder de Polícia do município

A Constituição Federal de 1988, promulgada em consonância com a redemocratização do Estado brasileiro, trouxe uma substancial mudança na concepção de segurança pública. Antes de seu advento, a atividade de segurança pública estava voltada para a repressão, sob a ótica do militarismo. A meta era combater os então denominados inimigos da sociedade, buscando livrá-la daqueles que eram considerados nocivos, eliminando-os, ainda que de forma contrária ao direito.

A partir da denominada Constituição cidadã, a atividade de segurança pública passou a ser concebida como um meio de construção da pacificação social, obrigando o Estado a desempenhar o papel de guardião da sociedade, de forma a promover o bem-estar do povo, sem o exercício da repressão odiosa e discriminatória. Nessa perspectiva, a Carta Magna, em seu art. 144, prevê que a segurança pública constitui um dever do Estado, como também direito e responsabilidade de todos. Portanto, é uma atividade complexa, que deve ser prestada de forma democrática, por ser, antes de tudo, um direito de todos.

Desta forma, temos que o município, como ente federativo, deve participar da elaboração de políticas públicas, sendo também o fiscal mais representativo dessa atividade. É preciso lembrar que o objetivo da atividade de segurança pública do Estado é gerar uma coesão social, de modo a garantir a prevenção e o enfrentamento da violência, de forma participativa com todos os segmentos da sociedade. Significa, por consequência, que nenhum ente federativo pode ser excluído do dever de contribuir para o alcance do direito fundamental conferido ao cidadão de ter uma eficiente ação de segurança pública. Ressalte-se que o município brasileiro tem, em sua origem, um histórico de independência política. Esse aspecto deve ser revisitado, mormente no que diz respeito à autonomia municipal para participar da segurança pública com mais eficiência, inclusive através do exercício do poder de polícia.

O enfrentamento dessa violência deve ser efetuado, também, pelo governo local, uma vez que o governo estadual, através da sua força policial, não consegue estar em todos os lugares ao mesmo tempo. O município tem

condições de implantar políticas públicas e ações através de seus agentes. Tais ações, com certeza, muito contribuirão para reduzir a crescente violência, sem que isso represente uma maior onerosidade para o município, visto que este apenas adaptaria suas políticas sociais e econômicas às necessidades da segurança pública.

Para que se tenha uma segurança pública eficiente, o Estado brasileiro deve incluir o município no planejamento dessa função, posto que o desenvolvimento de ações municipais, no sentido de colaborar com a pacificação social, é por demais necessário. Não se está aqui defendendo que o município deve ter uma atividade de polícia, seja ela investigatória, judiciária ou ostensiva. Defende-se, no entanto, a implementação de políticas públicas municipais dirigidas especificamente para combater a criminalidade. Para a consecução desse objetivo, é preciso incluir os órgãos municipais, que podem dar valiosa colaboração à segurança pública, tal como a guarda municipal. Esses órgãos passariam a atuar em conjunto com os demais órgãos da segurança pública.

O direito fundamental à segurança deve ser exigido de todos os entes federativos, dentro da atribuição de cada um. Essa nova concepção da segurança pública não consiste, tão somente, em um processo repressivo e, muitas vezes, opressor. Sem dúvida, o município tem um importante papel nesse novo modelo de segurança pública, sem que isso signifique usurpação das competências atribuídas aos Estados-membros ou à União.

É inegável a limitação da polícia militar em atender a demanda e a desenvolver uma atividade de segurança pública que envolva a comunidade como um todo. Assim, necessário se faz delimitar, com mais precisão, o papel do município e, em especial, da sua guarda municipal nas ações de política de segurança pública. Algumas vezes, o cidadão se depara com a ausência do atendimento, quando se trata de crimes de pequena monta, diante da necessidade de escolha, por parte da polícia, entre várias ocorrências de complexidade diversa. Os Estados-membros têm procurado reduzir essa deficiência, mas, a médio prazo, não se vislumbra um crescimento do efetivo policial que possibilite o atendimento da crescente demanda.

5 A utilização de órgãos municipais nas ações de Segurança Pública

A mudança de visão da atividade policial militar na ação de segurança pública trouxe o conceito de polícia comunitária, muito mais envolvida com

a comunidade e cada vez mais distante de uma mera atividade repressiva, quase sempre com o emprego da violência que, muitas vezes, não contribui para a pacificação social. A despeito dessa visão, a política de prevenção da violência urbana ainda não se concretizou a contento, em face da carência de planejamento eficaz de segurança e da falta de intervenções urbanas eficazes.

Este estudo leva em consideração essa nova visão política que se atribui aos órgãos de segurança pública e, principalmente à Polícia Militar, que passou a ser vista não só com um papel ostensivo e repressivo, mas um fator de presença inibidora da atividade criminosa. Esse novo papel possibilitará maior sensação de segurança aos cidadãos. As pessoas transitam hoje pelos logradouros públicos como reféns do medo, em face da ausência de segurança e, muitas vezes, pela falta de qualquer vigilância ostensiva. A política integrada de segurança pública, com base na sua função de polícia comunitária, não pode deixar de incluir entre os seus colabores a guarda municipal. Com efeito, sua presença nos logradouros públicos muito contribuirá para a sensação de segurança do cidadão e permitirá que a ação do Estado seja mais eficaz, inclusive com a utilização de tecnologia, a exemplo de câmeras de vigilância e monitoramento.

A crescente violência urbana vem impulsionando a sociedade a procurar proteção através da segurança privada que tomou para si, em determinadas localidades, a responsabilidade do Estado[2]. As pessoas querem se proteger e ter o livre trânsito nos logradouros e demais espaços públicos. Algumas residências e condomínios se tornaram verdadeiras fortalezas contra a violência, tudo por iniciativa privada. Mas tais necessidades da comunidade devem ser atendidas pelo governo local, tanto mais porque o governo estadual, através da sua força policial, conforme ressaltado, não consegue estar em todos os lugares ao mesmo tempo. O planejamento urbanístico, ao possibilitar o uso racional do espaço público e garantir a adequada vigilância desse espaço, pode coibir essa descabida privatização do espaço público.

A Guarda Municipal, instituída pelo art. 144, § 8º, da Constituição Federal, não pode ser concebida apenas como guardiã do patrimônio público. Como se sabe, o objetivo precípuo do Estado é a pessoa, sem que isso implique competição com o papel de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública,

[2]Art. 182 da CF/88. "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

nos moldes do perfil constitucional da polícia militar. A grande omissão dos Estados-membros na atividade de segurança pública tem levado a sociedade a clamar pela maior participação da guarda municipal. Nesse sentido, existem iniciativas legislativas, a exemplo da PEC nº 255/2008, apesar de existirem movimentos contrários a sua aprovação, realizados muito mais no interesse corporativista de alguns do que propriamente da sociedade.

Apesar de todos os argumentos contrários à participação da guarda municipal na atividade de segurança pública, é preciso inseri-la nesse contexto. A esse respeito, merecem destaque projetos de segurança comunitária, posto que as ações de proteger o patrimônio da cidade se encontram ligadas ao dia a dia das pessoas que transitam pelas praças, frequentam escolas, museus, teatros e demais lugares onde a guarda municipal deve estar presente.

O dispositivo constitucional que cria a guarda municipal impede que ela atue como polícia militar. Mas não impede, mormente em face dos princípios da função social da cidade, da eficiência e da razoabilidade que informam os atos do poder público, que ela venha a colaborar com o policiamento ostensivo. A presença ostensiva da guarda municipal nos logradouros públicos deve ter essencialmente a função de prevenção, não se limitando apenas à proteção do patrimônio público, mas garantindo a segurança dos cidadãos. A presença da guarda municipal a transforma em colaboradora da atividade de segurança pública e da proteção à sociedade, pois sua participação efetiva e bem direcionada refletir-se-á na paz social e na inibição da prática de crimes.

Ressalte-se que o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), em seu art. 6º, incisos III e IV, permite o porte de arma de fogo para os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados, bem como dos municípios com mais de 500.000 habitantes, nas condições estabelecidas no decreto regulamentador da citada lei. Contempla também os municípios com mais de 50.000 e menos de 500.000 habitantes, o que força o município a melhor qualificar os componentes desse órgão.

O município é um ente federativo que tem uma importância histórica fundamental. O município é considerado por Dallari (1981) como a instituição mais sólida do Brasil, devendo possuir a autonomia necessária a possibilitar o cumprimento do seu fim, que é o bem comum dos munícipes.

Dessa forma, é inegável que o município tem relevantes atribuições na atividade de segurança pública. Portanto, a sua guarda municipal deve compor, com os demais órgãos de segurança pública, a política de segurança do Estado.

Até porque o modelo cooperativo que informa o federalismo moderno rompe com o conceito clássico de competências e prega a cooperação entre os entes federados.

Nesse sentido, todo o planejamento de segurança pública deve levar em consideração a importância das atribuições do governo municipal, principalmente no que se refere às políticas de urbanização, bem como à utilização de sua guarda municipal e do órgão de trânsito. O poder de polícia exercido pelo município é por demais relevante para a prevenção e o enfrentamento da violência nas áreas urbanas.

A partir de uma análise teleológica e lógico-sistemática do art. 144 da Constituição Federal, observa-se que a ordem pública exige a participação de todos na construção da pacificação social. Essa tarefa não se resume apenas à atividade policial para enfrentar a criminalidade. Mais do que isso, requer a realização de ações com fulcro no respeito aos direitos fundamentais do cidadão e ao Estado democrático de direito. Sendo um direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal, a segurança pública deve ser vista como um serviço público. Assim, deve ser prestada ao cidadão da melhor forma possível, buscando, em face do princípio da eficiência da administração pública, o seu crescente aperfeiçoamento (SANTIN, 2004).

A guarda municipal já exerce tal papel em alguns municípios, a exemplo da cidade do Rio de Janeiro. Ela atua no patrulhamento da cidade, com ações especiais no trânsito, escolas, praias, meio ambiente, turismo, ordenamento urbano e grandes eventos. Embora desarmada, a guarda municipal do Rio de Janeiro desenvolve também ações comunitárias, sociais, esportivas e culturais, trabalhando nas ruas em contato direto com o cidadão, seu principal objetivo.[3]

6 Considerações finais

Diante do que foi exposto, registra-se a necessidade de se incluir o município na prevenção e enfrentamento da violência urbana através da implantação de políticas públicas, tendo em vista que, consoante já demonstrado, evitam-se os gastos que o Estado tem com a criminalidade e o descrédito que se cria a respeito da paz social e da segurança da população.

Considerando o federalismo cooperativo, o direito fundamental à segurança

[3]GM-Rio. Guarda Municipal do Rio de Janeiro.

e a função social da cidade, pode e deve o município dar o seu contributo nessa prevenção e enfrentamento da violência, com respaldo da Constituição Federal e da Lei infraconstitucional, denominada de Estatuto da Cidade, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos.

O município, como garantidor do desenvolvimento da função social da cidade e do bem-estar de seus habitantes, ao efetuar seus projetos de urbanismo, deve ter por meta a promoção da segurança pública na prevenção e combate à violência urbana, pois interferem diretamente no resultado da criminalidade, evitando, assim, que se torne um ambiente criminógeno.

Além da intervenção com base no planejamento urbano, temos que o município deve utilizar os seus órgãos de execução, mormente os que possuem o poder de polícia, com o fim de colaborar com a atividade de segurança pública, atribuída aos estados membros, possibilitando, desta forma, que a integração entre os órgãos de segurança pública estadual e os órgãos de fiscalização do município, possam somar esforços para a diminuição da violência urbana.

A paz social é um objetivo inerente ao Estado, e o esforço para a consecução desse fim, no Estado federado, deve ser perseguido por todos os entes da federação, podendo cada um, na medida de suas atribuições, de forma ordenada e racional, somarem esforços para a consecução desse objetivo tão desejado por todos.

Referências

ASCHER, F. *Métapolis ou l´avenir des villes.* Paris: Odile Jacob, 1995.

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

BENDA, Ernst, et al. *Manual de derecho constitucional.* 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BOURDIN, A. *A questão local*. Rio de Janeiro: DP & A , 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2010.

CUNHA, J. R. Ferreira da. *Visualizando a política de atendimento à criança e ao adolescente.* Rio de Janeiro: Litteris Editor, 1998.

DAHRENDORF, R. *A lei e a ordem.* Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.

FELSON, M. CLARKE, R. V. *Opportunity makes the thief: p*ractical theory for crime prevention. (tradução de Marcelo Soares e Luiz Tadeu Viapiana) London: Research, Development and Statistics Directorate, 1998.

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

GOLDENBERG, Gita Wladimirski. *Criança e adolescente à luz do direito e da psicanálise:* uma visão interdisciplinar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

IBGE. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia>. Acesso em: 09 set. 2011.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

LIMA, Renato Sérgio de. *Entre palavras e números:* violência, democracia e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2011.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OSÓRIO, L. M. *Estatuto da cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

RIBEIRO, L. C. de Q. *O futuro das metrópoles:* desigualdades e governabilidade. Rio de Janeiro: Revan-Fase, 2000.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha:* policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública:* eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira.* São Paulo: Edusp, 2005.

SUNDFELD, Carlo Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Dalmo de Abreu (Org.). *Estatuto da Cidade:*comentários à Lei Federal nº 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

DO ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DEPOIMENTO SEM DANO

Milena Lima do Vale
Advogada

Resumo

O presente artigo visa discorrer sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes, abordando as formas pelas quais se manifesta esse tipo de crime e a triste realidade de quem o vivencia, com suas síndromes do segredo na criança e nos familiares e da adição no abusador. Demonstra-se, ainda, o funcionamento do Projeto Depoimento sem Dano, que busca combater o abuso sexual infantil através da inquirição de crianças e adolescentes, de forma menos agressiva possível, com a intervenção de técnicos preparados para tal tarefa. Para isso, defende-se a reflexão sobre a necessidade da atuação de profissionais da Psicologia e Assistência Social na identificação da ocorrência do referido fenômeno, bem como sobre a utilização do Direito Processual Penal de forma interdisciplinar, adequando-o às transformações da sociedade e às demandas que lhe são dirigidas.
Palavras-chave: Abuso sexual de crianças e adolescentes. Inquirição. Depoimento sem dano.

Abstract

This article aims to discuss the sexual abuse of children and adolescents, addressing the ways in which they manifest this type of crime and the sad reality of those who experience it, with its secret syndromes in children and families and adding the abuser. It is shown also the operation of the Project Testimony Without Harm, which seeks to combat child sexual abuse through the questioning of children and adolescents, less aggressive, with the assistance of technicians prepared for this task. To do this, called for the need for reflection on the performance of professionals and Social Psychology in identifying the occurrence of such phenomenon as well as on the use of the Criminal Procedure Law in an interdisciplinary way, adapting it to changes in society and to demands that you are targeting.
Keywords: Sexual abuse of children and adolescents. Inquiry. Evidence without damage.

1 Do abuso sexual de crianças e adolescentes

1.1 Conceito

Apesar da valorização da criança como sujeito de direitos em todo o mundo, sendo crescente a preocupação com sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, apesar da maneira como se dão as relações entre os indivíduos, baseadas no respeito aos direitos e às liberdades de cada um, ainda existe, na sociedade, uma das formas mais reprováveis de conduta humana, que é o abuso sexual de crianças e adolescentes.

O conceito de violência sexual vai depender sempre do contexto em que for analisado. Tendo em vista os diferentes padrões sociais, culturais ou históricos existentes na sociedade, é possível que para alguns o abuso sexual seja altamente reprovável, enquanto para outros sejam práticas normais por estarem inseridos dentro de uma determinada cultura.

Conforme Faleiros e Campos (2000, p. 7),

> o abuso sexual deve ser entendido como uma situação de ultrapassagem, excessiva de limites de direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe e compreende, bem como do que pode consentir, fazer e viver, de regras sociais e familiares e de tabu.

Mesmo que a vítima, aparentemente, tenha condições de entender a realidade imposta, trata-se de sujeitos que ainda estão em fase de desenvolvimento e, portanto, numa condição bastante inferior ao do seu agressor, que assume uma posição de dominador frente a eles, restando-lhes pouca chance de reagir ao abuso.

Envolve-se, nessa prática, uma noção de poderio e supõe-se, segundo Gabel (1997, p. 10), uma disfunção em três níveis: "o poder exercido pelo grande (forte) sobre o pequeno (fraco); a confiança que o pequeno (dependente) tem no grande (protetor); o uso delinquente da sexualidade, ou seja, o atentado ao direito que todo indivíduo tem de propriedade sobre seu corpo".

Dentre as formas pelas quais se manifesta, o abuso sexual pode ser intrafamiliar e extrafamiliar. O abuso sexual intrafamiliar envolve um familiar da criança, que pode ou não viver na mesma casa que a vítima, ou seja, pais, pais adotivos, padrastos, irmãos, tios, avós, primos e cunhados. Já o

abuso extrafamiliar envolve pessoas externas ao âmbito da família, como professores, cuidadores, estranhos, conhecidos, vizinhos, amigos da família entre outros.

Assim, a violência sexual extrafamiliar vai ser aquela praticada por pessoas alheias ao convívio da família, mas não necessariamente desconhecidas da criança, enquanto a intrafamiliar é praticada por aqueles que detêm uma relação de consaguinidade, bem como de adoção e socioafetividade, onde se inclui não só a família propriamente dita, mas também sua extensão.

No abuso intrafamiliar, a relação entre a vítima e o abusador é mais próxima do que no extrafamiliar e, por isso, geralmente, as práticas sexuais são menos intrusivas, existindo menos violência física e mais violência emocional. Ocorre que, ao contrário do abuso extrafamiliar, que tende a ocorrer apenas uma ou poucas vezes, tendo em vista a não proximidade entre agressor e vítima, no intrafamiliar, essa prática estende-se por muito mais tempo, o que constitui uma ameaça profunda para o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

É justamente, aqui, onde reside um dos grandes erros da sociedade, ao acreditar que o estranho representaria um perigo maior à vítima, quando, na verdade, apenas um pequeno percentual de casos registrados ocorre dessa forma. De acordo com levantamentos, 85% a 90% dos agressores sexuais são conhecidos da criança ou têm uma relação de cuidado, proteção e responsabilidade para com ela.

Segundo Azambuja (2011, p. 93), os responsáveis por cerca de dois terços dos abusos pertencem justamente ao núcleo familiar; apenas um terço é cometido por pessoas conhecidas da vítima, mas que não fazem parte de sua família (vizinho, educador, cuidador), e, raramente, os abusos sexuais são cometidos por pessoas desconhecidas.

Apesar de não haver um perfil determinado de família que se envolve na violência sexual, devem-se sempre levar em consideração os aspectos socioeconômicos, condições de moradia, escolaridade dos pais e da vítima, presença de álcool ou drogas na família, histórico de negligência, abuso físico e sexual na infância da mãe, do pai ou de outro cuidador etc. Frise-se, contudo, que existem famílias, aparentemente, normais em que o abuso sexual também se faz presente. Como bem lembra Furniss (1993, p. 50), "parece não haver diferença nos padrões das famílias com abuso sexual e as outras famílias".

Se as famílias de baixo poder aquisitivo são as que mais aparecem como envolvidas no abuso sexual infantil, certamente é porque a violência praticada

em camadas sociais mais elevadas não costuma chegar ao Judiciário, tendo em vista a condição da família de mascarar a realidade.

A mais frequente e danosa forma de violência sexual, portanto, ocorre no seio familiar, pois é justamente a família, em quem a criança deposita toda a sua confiança, que participa ativamente da manutenção dessa violência. Isso porque, por mais que, na maioria dos casos, o abusador seja o pai ou o padrasto, a mãe, segundo Zavashi (1991, p. 131), "mesmo conhecendo a relação incestuosa, pode ignorá-la ou mesmo incentivá-la, pois assim sua filha a estará substituindo num papel onde se sente incapaz".

Contribui ainda para a manutenção dessa violência o interesse da família em manter o segredo para não ser exposta à sociedade. Seria, segundo Furniss (1993, p. 32), "um embate direto com o mito da "Sagrada Família", na qual as relações intrafamiliares ocorrem de forma saudável e perfeita entre os membros".

Para Saffioti (1999, p. 137),

> a mãe sempre ´sabe´, independentemente de seu grau de cultura, quando o marido está usando sexualmente a filha. Trata-se, todavia, de um conhecimento inconsciente. Ela intui, mas não tem provas. Ela sabe, mas não quer saber. O conhecimento está presente, mas, como causa muito sofrimento, é empurrado para o inconsciente (...). É, portanto, um saber inconsciente, por maior que seja a sensação de *contradictio in subjecto* que essa expressão possa causar. Não tem coragem de confirmar esse conhecimento indesejado, que provoca muita dor, seja fiscalizando a filha, seja conversando com ela e fazendo aberturas para que a menina fale.

Mesmo quando a criança tenta falar abertamente acerca do abuso sofrido, a mãe, muitas vezes, recusa-se a enxergar a realidade, seja por achar muito difícil a separação do agressor, mais ainda do que suportar o abuso praticado contra o próprio filho, seja por sua condição perante a sociedade.

De qualquer modo, quando se está em um ambiente familiar desse tipo, geralmente mais de uma criança está ou estará envolvida no abuso sexual, e este perdurará por muitos anos, trazendo consequências desastrosas para suas vítimas, pois os efeitos físicos decorrentes do abuso tendem a ser logo superados, mas os efeitos psicológicos gerados pela violência sexual na infância podem permanecer em todos os estágios da vida. Conforme Azambuja (2004, p. 125),

> é comprovado, cientificamente, que o abuso sexual provoca graves prejuízos à criança, influenciando na configuração do aparato neuroendócrino, da arquitetura cerebral, da estruturação permanente da personalidade e dos padrões de relacionamento posteriores, além de as experiências ficarem marcadas na herança genética e nos padrões de vínculo, sendo repassadas de uma forma ou outra para a descendência.

Desse modo, as crianças, como lembra Salter (2009, p. 10), "não se recuperam. Elas ajustam, conciliam, reprimem e por vezes aceitam, seguem adiante, mas elas não se recuperam".

1.2 O abuso sexual sob a perspectiva da vitima e do abusador

Quando o abuso sexual contra crianças e adolescentes ocorre fora do lar, na grande maioria das vezes, a denúncia é imediata, buscando a família proteger, ao máximo, a integridade física e psíquica do menor. Quando a mesma violência ocorre no âmbito familiar, ela se torna uma prática muito mais difícil de se combater. Isso porque o abuso intrafamiliar, além dos sentimentos afetivos, envolve não só a relação pai/filha ou pai/filho, mas também as relações entre mãe e filhos, entre mãe e pai e entre os próprios irmãos, de modo que a revelação do abuso pode abalar toda uma estrutura familiar construída durante anos. Diante dessa situação, e procurando manter intacto o grupo como um todo, a criança e toda a família são, muitas vezes, envolvidas pela chamada síndrome do segredo.

A síndrome do segredo consiste em ocultar a verdade dos fatos, seja pela vítima ou pelos próprios familiares. Ocorre como se o abuso não tivesse acontecido, estando a criança impedida de relatar sua experiência. Assim, o abuso não é coibido, ele é tolerado pela família, mas falar sobre ele é que é proibido. O segredo torna-se o ingrediente fundamental na violência sexual infantil, sem o qual a sua prática não se estenderia por longos anos.

Nas palavras de Gabel (1997, p. 59),

> os abusos intrafamiliares acontecem em segredo. Imposto por violência, ameaças ou mesmo em uma relação sem palavras, o segredo tem por função manter uma coesão familiar e proteger a família do julgamento de seu meio social. A realidade das consequências de uma inculpação (prisão, perda do sustentáculo financeiro) faz com que a revelação seja mais grave que o próprio abuso.

Furniss (1993, p. 29) enumera os fatores externos e internos que levam à síndrome do segredo:

> [...] a falta de evidências médicas e de elementos para comprovar o abuso sexual infantil, a necessidade de acusação verbal por parte da criança, a falta de credibilidade ao menor, as consequências da revelação, ameaças físicas e psicológicas, distorção da realidade, medo de punição pela ação que participou, a culpa da criança, a negação e a dissociação.

As evidências médicas podem, muitas vezes, não estar presentes, pois a violência física nem sempre acontece, principalmente quando se trata de abuso intrafamiliar, consistindo a agressão em outros meios como a carícia e o sexo oral. Na falta de vestígios físicos, não há outros elementos que comprovem o abuso sexual, a não ser a palavra da criança, o que abre caminho para reforçar a negação ou a síndrome do segredo.

Isso porque, na falta de evidências, faz-se necessária a acusação verbal por parte da vítima, e, aí, reside o segundo problema, que é justamente a falta de credibilidade que se dá ao menor. Ainda hoje, há a percepção de que apenas adultos falam a verdade e de que as crianças mentem ou inventam muitas coisas, dentre elas que estão sendo abusadas sexualmente. Uma declaração prestada pelo adulto tem mais validade do que a prestada pela criança, e, por isso, o menor prefere guardar o segredo para si.

Ocorre que a criança não consegue suportar, por muito tempo, o abuso de forma calada. Ela tenta revelar a alguém dentro ou fora da família, mas não é acreditada, seja porque, como já dito, ainda é forte a crença de que a criança inventa, seja pela ingênua percepção da família de que a violência não durará muito tempo, não trazendo, assim, consequências mais sérias para a criança, a qual nem se lembrará, no futuro, do que lhe aconteceu.

Acontece, também, que criança tem medo das consequências de sua revelação. Não é demais lembrar que são vários os sentimentos que envolvem a vítima, pois, em se tratando de abuso intrafamiliar, ela confunde os sentimentos de amor e de abuso, porque ama e odeia o abusador, de modo que ela quer denunciar, mas, ao mesmo tempo, não quer vê-lo preso. Ademais, ela passa a se sentir responsável pelas consequências que aquela revelação pode provocar na família, de modo que silenciá-lo é a opção encontrada para manter a felicidade dos que estão ao seu redor. Azambuja (2011, p. 96), citando Cromberg (2004, p. 65), mostra que "sentimentos de ambivalência são comuns

na criança, de forma que se culpabiliza de que, com a denúncia do pai ou do padrasto à mãe, estraguem seu relacionamento, mantendo, assim, intensa ambivalência afetiva na denúncia".

Além disso, ela sente vergonha e medo de que possam puni-la pelo abuso praticado, pois se culpa por ter participado da ação, principalmente quando sente algum prazer nisso.

Essa culpa decorre de uma inversão de papéis na cabeça da criança, como se ela fosse responsável por seduzir o agressor e, portanto, responsável por sua própria vitimação. Quando, para a vítima, o abuso sexual passa a ser culpa dela e não do adulto, ocorre o que se chama de distorção da realidade. O abusador manipula a criança de modo que esta sinta que é a abusadora e que ele é a vítima, conseguindo modificar, no psicológico da criança, os papéis que cada um exerce na relação.

Ao se sentir culpada e desamparada, a criança passa a desenvolver mecanismos de defesa para reagir, de forma menos traumatizante, ao abuso sexual sofrido. Tais mecanismos consistem na negação e dissociação.

A negação é a não aceitação da ocorrência da violência sexual. Conforme Dobke (2001, p. 35), "a negação difere da mentira, porque, nesta, a criança tem consciência do fato abusivo e, naquela, não há essa consciência, pois ela cria uma estrutura negadora da realidade". Na visão de Furniss (1993, p. 35), "as ameaças à vítima pela pessoa que abusa e a estrutura negadora da realidade da experiência impede que a criança seja capaz de chamar o abuso de abuso".

Já a dissociação é a fuga da realidade, é uma adaptação psicológica da criança para suportar a situação vivida. Conforme Zavaschi (1991, p. 141), "a dissociação separa o corpo da psique, utilizando estados alternados de consciência para expulsar a dor que se expressa, após, através de sintomas dissociativos".

Quanto ao abusador sexual de crianças e adolescentes, este é uma pessoa comum, podendo ser um vizinho, o pai, padrasto, isto é, alguém inimaginável, que tem profissão e família, capaz de ser muito bem sucedido em ambos os aspectos.

Conforme demonstra Salter (2009, p. 38), é impossível prever um comportamento privado a partir do comportamento público. Indivíduos gentis, não violentos, comportam-se bem em público, mas o mesmo fazem muitas pessoas que são brutais nos bastidores. Ainda, segundo a autora (2009, p. 40),

"a capacidade de agradar é uma arma tão poderosa que protege predadores por longos períodos e por um número quase incompreensível de vítimas".

Assim, aqueles que praticam o abuso sexual geralmente são profissionais em estabelecer uma vida dupla. Perante a sociedade, conseguem controlar seu impulso sexual e demonstrar um bom caráter. Perante suas vítimas, crianças e adolescentes incapazes de se defenderem, demonstram toda sua obsessão e violência.

Muitos abusadores sexuais, contudo, não sentem prazer nesse tipo de experiência, mas necessidade de aliviar suas tensões. Trata-se de uma compulsão à repetição, a qual é denominada síndrome da adição.

Na síndrome da adição, portanto, a pessoa sabe que o abuso é prejudicial à criança, mas não consegue evitá-lo. Primeiramente, serve para aliviar suas tensões, mas termina se tornando um vício do qual o agressor não consegue se livrar. Como bem demonstra Daltoé (2007, p. 50), tal prática, para a maior parte dos abusadores, funciona como adição, não constituindo inicialmente uma experiência de prazer, mas uma necessidade para alívio de suas tensões, tal como o álcool para o alcoolista, a droga para o drogadito.

Assim, a síndrome da adição no abusador é complementar à síndrome do segredo na criança e nos familiares, e, juntas, criam um ciclo vicioso entre vítima e abusador que perdura por longos anos, pois este precisa da criança para satisfazer sua necessidade e manter o segredo perante a família e a sociedade. A adição, assim, impulsiona o abusador a continuar seus atos, e o segredo o mantém por longos períodos.

2 O depoimento sem dano

2.1 A chegada da criança ao sistema de justiça

Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Título III, Capítulo I, ser dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, sob pena de responsabilidade nos termos da referida lei. Sendo assim, quando um direito a liberdade sexual da criança é violado, a sua revelação desencadeia uma série de providências nos mais diversos órgãos.

O primeiro deles é o Conselho Tutelar, que, por possuir a função de zelar

pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, é o primeiro a receber a notícia de quaisquer suspeitas ou confirmações de maus-tratos praticados contra os mesmos, tendo a atribuição de encaminhar ao Ministério Público a notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal, bem como quando se tratar de ações de suspensão ou perda do poder familiar.

Com a criação do Conselho Tutelar, os relatos de abuso sexual passaram a chegar, com mais frequência, ao sistema de justiça, possibilitando uma maior participação da sociedade no combate a esse tipo de crime.

Ainda quando a notícia do abuso ocorre, inicialmente, no ambiente escolar ou hospitalar, tais profissionais têm consigo a obrigação de comunicar o fato delituoso às autoridades competentes. Destarte, estabelece o artigo 245 do ECA que constitui infração administrativa:

> Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:
>
> Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Para Azambuja (2004, p. 134), a escolha do legislador recaiu sobre estas duas categorias profissionais, saúde e educação, porque a criança, desde cedo, além de frequentar a escola, frequenta o consultório do pediatra, o posto de saúde ou mesmo as emergências dos hospitais.

Desse modo, seja por intermédio do Conselho Tutelar ou de outros setores da sociedade, o Ministério Público, de posse das informações recebidas, adotará as medidas judiciais cabíveis tanto na esfera cível, com o ajuizamento de ação de suspensão ou destituição do poder familiar, como na esfera criminal, com o ajuizamento da ação penal pública incondicionada. Com a propositura da ação penal, inicia-se uma nova fase na vida da criança e do adolescente e de seus familiares, qual seja, o enfrentamento do seu drama dentro do Poder Judiciário.

Não raramente, quando se trata da inquirição de crianças e adolescentes vítimas da violência sexual, falta técnica aos profissionais de direito no momento de colher seus depoimentos, fazendo com que as normas aplicadas aos adultos sejam as mesmas aplicadas nos depoimentos de menores, esquecendo a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

O próprio ordenamento jurídico, criminal e civil, trata de forma geral a produção da prova realizada em juízo, não criando, em momento algum, modelos diversos para inquirir crianças, adolescentes e adultos, circunstância esta que desconsidera por completo a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como bem esclarece Dobke (2001, p. 96),

> ouvir uma criança não é o mesmo que ouvir um adulto, principalmente uma criança abusada sexualmente, sendo preciso preparo técnico-emocional e, ainda, muita sensibilidade, bem como permanecer ao lado da criança de modo a não deixá-la ainda mais oprimida e humilhada.

Para Furniss (1993, p. 14), "há que se considerar que a criança, por ser uma pessoa em desenvolvimento, carece biologicamente de maturação nos níveis emocional, social e cognitivo, levando-a a comportar-se, relacionar-se e a pensar de uma forma diferente dos adultos". Ainda, segundo a autora (1993, p. 290), "é de crucial importância comunicar-se no nível real de desenvolvimento cognitivo, intelectual, psicossocial e psicossexual da criança".

Atentando-se para a realidade, observa-se, cada vez mais, que os profissionais de justiça estão preocupados apenas com aspecto jurídico do abuso sexual, isto é, a como enfrentar os trâmites burocráticos desse tipo de crime. Quando se deparam, contudo, com a realidade psicológica dos que vivenciam essa violência, com suas síndromes do segredo e da adição, não possuem a sensibilidade necessária para enfrentar a situação, e, por isso, muitas vezes, suas intervenções distanciam-se da realidade, prejudicando a vítima ao invés de protegê-la.

Essa falta de habilidade em ouvir a criança acaba gerando intervenções inadequadas, com sensíveis prejuízos à mesma. O resultado disso, conforme Daltoé (2007, p. 59),

> é que, embora haja um maior esforço para que as inquirições em juízo se procedam com mais tranquilidade às vítimas, assim como com regularidade processual para os acusados, na maior parte dos casos, ante a inapropriação dos meios físicos e humanos utilizados na justiça criminal, as informações prestadas na fase policial não se confirmam em juízo. Consequentemente, as ações terminam, em sua maior parte, sendo julgadas improcedentes, com base na insuficiência de provas.

Conhecer a dinâmica do abuso sexual infantil, portanto, é o único modo de evitarem-se decisões que venham de encontro ao melhor interesse da criança. Nesse passo, como os integrantes do sistema de Justiça ainda não se encontram preparados para enfrentar a realidade de quem sofre esse tipo de violência, passa a ser de fundamental importância a utilização, de forma interdisciplinar, de outras áreas do conhecimento, como a Psicologia e a Assistência Social.

A verdade é que a prática processual atualmente utilizada é, além de ineficiente, desatualizada e ultrapassada, impondo-se que modelos mais humanizados sejam desenvolvidos para que os direitos, universalmente, reconhecidos às crianças sejam realmente colocados em prática.

Assim, é buscando adequar o Direito Processual Penal às transformações da sociedade e às demandas que lhe são dirigidas e é buscando não só a punição do abusador, mas, principalmente, a proteção da pequena vítima, que surge a importância do chamado "Depoimento sem Dano".

2.2 O projeto Depoimento sem dano

O projeto "Depoimento sem Dano" nasce, pois, da necessidade de uma melhor oitiva da criança e adolescente vítimas ou testemunhas de abuso sexual, com o intuito de reduzir seus danos, melhorar a prova produzida e garantir a proteção integral das pequenas vítimas.

Os danos causados àqueles que enfrentam o Poder Judiciário decorrem de vários fatores. De um lado, como restou mencionado, quando se trata da inquirição de crianças e adolescentes vítimas da violência sexual, falta técnica aos profissionais de direito no momento de colher seus depoimentos, o que, além de prejudicar a prova, gerando a impunidade do abusador, pode causar um dano psicológico à própria criança.

Conforme Maria Rosi de Meira Borba, ocorre, frequentemente, de o juiz se sentir envergonhado em abordar o tema ou mesmo não conhecer a dinâmica do abuso, referindo-se ao ato sexual como "aquilo" ou "um problema", evitando falar sobre o ocorrido através de uma linguagem explícita com a pequena vítima. Para a autora, também não se pode usar uma linguagem sexual agressiva ou que crie sensação de constrangimento insuperável. Nominar o abuso de forma clara e transparente, sem parecer à criança que o profissional que a interroga teme dizer as expressões em seu contexto e ter a sensibilidade de não fazer colocações

desnecessárias e abusivas é, para a mesma, a postura ideal a ser assumida pelos inquiridores durante os questionamentos sobre abuso sexual infantil.

Do outro lado, a criança, no ambiente formal da sala de audiência e frente à figura do magistrado, não se sente à vontade para relatar o ocorrido, muitas vezes porque não compreende o processo judicial. Como bem lembra Leila Torraca de Brito, ao citar Dias, em seu artigo "Diga-me agora... o depoimento sem dano em análise", "quando a criança se sente constrangida e quando a pessoa que colhe o seu depoimento não possui técnica adequada, há tendência de se negar a ocorrência do abuso ou de se absolver o acusado, devido à má qualidade da prova".

Assim, frente a essa dificuldade, muitos juízes dispensam a oitiva da criança abusada, principalmente nos casos em que ela começa a chorar durante a inquirição. Por mais que esse comportamento tenha intenção protetora, na realidade, essa falta de comunicação leva a criança a pensar que sua história não interessa e que todos rejeitam a experiência sofrida por ela, o que acaba reforçando a síndrome do segredo. Esse modo de agir também é criticado por Daltoé (2007, p. 83) que, citando Furniss, mostra que "ao negar e rejeitar a experiência de abuso sexual sofrida pela criança, nós rejeitamos a própria criança".

Ademais, não é apenas o despreparo dos profissionais em ouvir a criança que a prejudica psicologicamente, mas também os inúmeros depoimentos prestados pela mesma com a revelação do abuso, seja na escola, no hospital, no Conselho Tutelar, na delegacia e, por fim, no Judiciário.

Desse modo, o objetivo primordial do projeto "Depoimento sem Dano" é evitar a revitimização da criança e do adolescente, que revivem o abuso sempre que são submetidos, por profissionais não qualificados, a um novo depoimento, buscando com que a inquirição da criança ocorra apenas uma vez, de modo a impedir que esta relembre a situação vivida e sofra, desnecessariamente, no futuro.

Furniss (1993, p. 23), discorrendo sobre os danos primários e secundários causados às vítimas pelo abuso sexual, mostra que os primeiros envolvem diretamente esse tipo de violência, compostos pela sedução, interação sexual abusiva e pelo segredo que normalmente está presente; os segundos são aqueles subsequentes ao abuso, causados por fatores relacionados ao trauma, à estigmatização decorrentes da denúncia e das diversas vezes em que a criança é exposta ao ter que falar ou dar depoimento sobre o ocorrido.

Nos depoimentos tradicionais, muitas vezes, a criança também sofre o

constrangimento de ter de ficar frente a frente com o abusador, o que a deixa ainda mais amedrontada para revelar seu segredo. O agressor, com um simples olhar, tem a capacidade de provocar o medo e o nervosismo da criança e, consequentemente, fazer com que a mesma negue o abuso.

Para Sanderson (2005, p. 230-231),

> é fundamental que o testemunho das crianças não seja minado por uma falta de entendimento de sua capacidade cognitiva, pois os pedófilos sabem que as crianças não são vistas como testemunhas que merecem credibilidade e que são maleáveis quanto à matéria pela qual percebem o mundo e, por essa razão, jogam com isso ao distorcer a realidade delas.

O que se deve enfatizar é que o não das crianças, conforme esclarece Furniss (1993, p. 312), quando questionadas se sabiam do abuso, "não significa que não tenham estado envolvidas, que não tenham sabido ou que não tenham sido afetadas por ele; ele geralmente significa que elas estão assustadas demais para falar".

Com efeito, ao se sentir intimidada, a criança não consegue falar ou, o que é pior, pode negar o abuso sexual, resultando, consequentemente, na impossibilidade de se condenar o abusador, devido à má qualidade da prova.

Desse modo, aquele que colhe o depoimento da criança ou do adolescente deve conduzi-los a percepção de que sua história lhe interessa e que está disposto a ajudá-los. Para isso, é preciso que este profissional esteja preparado emocionalmente e possua uma experiência que vá além da jurídica, para, só assim, conseguir que a vítima relate, de forma mais tranqüila, o ocorrido.

O "Depoimento sem Dano" é, pois, um projeto idealizado pelo juiz José Antônio Daltoé Cezar, utilizado junto ao Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, que busca inquirir crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, de forma menos agressiva possível, com a intervenção de técnicos preparados para tal tarefa, como psicólogos e assistentes sociais.

Esse tipo de técnico-entrevistador tem maior habilidade em ouvir a criança, assim como em deixá-la mais à vontade durante o depoimento. Este passaria a ser prestado numa sala especialmente projetada, visando ao conforto e tranquilidade da criança, e não mais no ambiente formal da sala de audiência. Para que sejam resguardados princípios fundamentais, como contraditório e ampla defesa, deve ser a sala devidamente ligada, por vídeo e áudio, à sala de audiência, havendo completa interação com o Magistrado, Promotor, advogado e réu.

A dinâmica do depoimento sem dano se dá em três etapas. A primeira

etapa, que ocorre antes do início da audiência, dura em torno de quinze a trinta minutos e consiste na aproximação entre as partes, principalmente entre o técnico-entrevistador e a criança, oportunidade em que este explica o desenvolvimento do projeto e passa a conhecer a linguagem utilizada pela criança, facilitando a entrevista durante o depoimento.

A segunda etapa consiste no depoimento propriamente dito, cabendo ao juiz ordenar as perguntas e cabendo ao técnico atuar como facilitador na inquirição da criança e do adolescente. Segundo Daltoé (2007, p. 62),

> após o depoimento, que é gravado na memória de um computador, sua íntegra, além de ser degravada e juntada aos autos, é copiada em um disco e juntada na contracapa de um processo. Tal prática permite que não só as partes e magistrado tenham a possibilidade de revê-lo a qualquer tempo para afastar eventuais dúvidas que possuam, mas também que julgadores de segundo grau, em havendo recurso da sentença, tenham acesso às emoções presentes nas declarações, as quais nunca são passíveis de serem transferidas para o papel.

Na terceira fase, que ocorre após a realização da audiência, busca-se o encaminhamento da criança, caso necessário, às redes de proteção, para que haja seu acompanhamento psicológico, valorizando-a como sujeito de direitos, e não a utilizando apenas com um meio à disposição da justiça.

O projeto, assim, não apenas garantiria os direitos da criança, reduzindo seu dano em processos judiciais, mas melhoraria a produção da prova produzida.

Destarte, coletado o depoimento da criança em momento recente ao crime, impede-se que a mesma tenha de relembrá-lo novamente no decorrer do processo. Além de evitar sua revitimização, potencializa a verdade dos fatos, tendo em vista que a emoção do depoimento, como ressaltado, pode ser visto a qualquer tempo, além de não deixar margens para que a criança seja atingida pelo esquecimento, já que, quase sempre, entre o fato criminoso e o ajuizamento da ação penal, um longo período pode ter se passado.

A primeira audiência, envolvendo o depoimento sem dano, ocorreu no dia 06 de maio de 2003, na 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, e, a partir daí, o presente projeto passou a ser, cada vez mais, utilizado e conhecido em âmbito nacional.

Entretanto, apesar dos resultados que vem apresentando na salvaguarda das vítimas infantis, existem também as posições contrárias a esta iniciativa, que

indagam se esse tipo de depoimento é realmente sem dano para aquele que depõe.

O artigo "Diga-me agora... o depoimento sem dano em análise", ao destacar algumas contestações para a implantação do projeto, mostra que o entendimento do órgão de representação dos psicólogos é de que "esta técnica distancia-se do trabalho a ser realizado por um profissional de psicologia, acarretando confusão de papéis ou indiferenciação de atribuições, quando se solicita ao psicólogo que se realize audiências e colha testemunhos".

Muitos psicólogos acreditam que o objetivo primeiro do projeto não está em ajudar a criança que passa pelo trauma do abuso sexual, mas obter provas jurídicas contra o acusado. A criança estaria, assim, sendo utilizada como um objeto, um meio para se alcançar a condenação do réu, e não como um sujeito de direitos. Para eles, o depoimento sem dano continuaria provocando a revitimização da criança e do adolescente, tendo em vista que seu foco central não está no cuidado e na proteção aos mesmos.

Por esse motivo, o Conselho Federal de Psicologia e a Comissão Nacional de Direitos Humanos sugerem que

> a justiça construa outros meios de montar um processo penal e punir o culpado pelo abuso sexual de uma criança ou adolescente, pois não será pelo uso de modernas tecnologias de extração de informações, mesmo com a presença de psicólogos supostamente treinados, fora de seu verdadeiro papel, que iremos proteger a criança ou o adolescente abusado sexualmente e garantir seus direitos.

Arantes (2008, p. 14-15), ao tratar do envolvimento dos psicólogos nesse tipo de projeto, aponta que, em tais programas, esses profissionais não desenvolvem uma prática *'psi'* propriamente dita, mas uma função de duplo, de instrumento ou boca humanizada do juiz. Para ela, uma audiência jurídica não é mesmo que uma entrevista, consulta ou atendimento psicológico, onde a escuta dos psicólogos é orientada pelas demandas e desejos da criança e não pelas necessidades do processo. Ademais, as perguntas feitas à criança não podem, para a autora, ser qualificadas como inquirições, de modo que não se pode pretender esclarecer a verdade real dos fatos.

Segundo vários doutrinadores, dentre eles Azambuja, existe diferença entre ouvir e inquirir a criança. Para a autora (2001, p. 169-170), "inquirir significa perguntar, indagar, fazer perguntas direcionadas, investigar, pesquisar. Ouvir, por

sua vez, significa escutar o que ela tem a dizer, dar ouvidos, dar atenção às palavras da criança". Ressaltam, desse modo, que o direito de ser ouvida não pode transformar-se no dever de ser inquirida.

Fávero, em seu parecer técnico "Depoimento sem Dano ou Depoimento com Redução de Danos", defende que

> não se trata de depoimento "sem danos", pois a criança não deixa de ser exposta a uma situação em que lhe cabe a responsabilidade de acusar o suposto abusador, que, em muitos casos, é uma pessoa com a qual manteve/mantém vínculos afetivos. Portanto, é de responsabilidade dela fornecer a "prova" para que o acusado seja punido, inclusive com a prisão.

Desse modo, para os que se posicionam contra o referido projeto, o depoimento sem dano colocaria sobre a vítima a sobrecarga da produção da prova da violência sexual, o que acarretaria, além dos prejuízos emocionais, a atribuição à criança, pelos próprios familiares, da responsabilidade pela prisão do abusador, levando a vítima a sentir-se responsável pelos prejuízos causados ao grupo familiar.

Observa-se, assim, que existe grande divergência em torno do tema, de modo que se revela extremamente importante aumentar o debate e o conhecimento quanto à temática, com destaque ao papel que referido projeto pode desempenhar no combate ao abuso sexual.

3 Considerações finais

O abuso sexual de crianças e adolescentes, antes considerada uma prática rara, principalmente no âmbito familiar, vem se mostrando cada vez mais frequente. Na verdade, a violência doméstica sempre existiu, mas foi com a importância conferida aos direitos humanos que ela passou a ser duramente combatida.

A diferença entre o abuso ocorrido hoje e o de outrora está, justamente, na preocupação em enfrentar efetivamente esse tipo de acontecimento e na velocidade em que tais fatos passam a ser divulgados e conhecidos mundialmente, contribuindo os meios de comunicação para mostrar que esta prática é bastante recorrente no seio social.

Ainda assim, apesar de todas as informações divulgadas, grande parte da

população desconhece a realidade sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes, o que torna mais difícil a sua prevenção.

Por essa razão, evidenciou-se que a busca da solução deve ocorrer, pelo menos, na condenação daquele que pratica esse tipo de crime, e, a partir daí, revela-se extremamente importante e possível o colhimento do depoimento infantojuvenil em processos judiciais, sem que se provoque na criança e no adolescente uma revitimização, apesar de existirem vários entraves à aplicação da medida, entre os quais se destacam a ausência de disposição legal tratando do assunto, a falta de conhecimento da sociedade civil a respeito do tema, a escassez de estudos e, principalmente, de debates.

Sabe-se que ações descoordenadas só resultam em um dano maior à criança abusada do que a própria experiência original do abuso. Assim, para que haja, efetivamente, a salvaguarda dos direitos infantis, o Poder Judiciário deve poder contar com o auxílio de uma equipe interdisciplinar, composta de psicólogo e assistente social, com experiência no trato de questões relacionadas ao abuso sexual, visando ao enfrentamento do problema, já que se trata de relacionamentos humanos conflituosos.

Uma sociedade e um Poder Judiciário, atentos e cuidadosos com a questão aqui enfrentada, é um passo, um momento e um critério muito propício para o resgate, o reparo e, principalmente, a coibição para que tais situações sejam rejeitadas, anuladas ou, no mínimo, minimizadas.

Referências

ARANTES, Esther M. de M. *Mediante quais práticas a psicologia e o direito pretendem discutir a relação? Anotações sobre o mal-estar*. Rio de Janeiro, 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência* sexual: proteção ou violação de direitos? Maria Regina Fay de Azambuja. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Violência sexual intrafamiliar*: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org). *Infância e violência doméstica*: fronteiras do conhecimento. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

BORBA, Maria Rosi De Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3246>. Acesso em: 10 nov. 2011.

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

_____. *Código penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente.

_____. Lei nº 2.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>.

_____. Senado Federal. *Lei Complementar 35/2007.*

_____. Senado Federal. *Projeto de lei nº 7.524/2006.*

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Diga-me agora...* O depoimento sem dano em análise, psicol. clin. Rio de Janeiro: 2008. 20v.

CECRIA. *Políticas públicas e estratégias contra a exploração sexual comercial e o abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes*. Brasília: Ministério da Justiça/Departamento Nacional da Criança e do Adolescente-CECRIA, 1997.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (2008a). Disponível em: <http://www.pol.org.br/ pol.cms/pol/noticias/noticia_080409_932.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

DESLANDES, S. F. *Prevenir a violência um desafio para profissionais de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

DOBKE, Veleda. *Abuso sexual*: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

FALEIROS, Eva T. Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. *Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes*. Brasília: Thesaurus, 2000.

FÁVERO, Eunice Teresinha. *Metodologia "Depoimento sem dano" ou "Depoimento com redução de dano"*. Parecer Técnico. São Paulo, 12 de janeiro de 2008. Acesso em: 16 de mar. de 2010.

FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança*: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados. Traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. Traduzido por Sonia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997.

HUSS, Matthew T. *Psicologia forense*: pesquisa, prática clínica e aplicações. Tradução: Sandra Maria Mallmann da Rosa; revisão técnica: José Geraldo Vernet Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2011.

JUNQUEIRA, Luciano A. Prates. Descentralização, intersetorialidade e rede como estratégias de gestão da cidade. *Revista FEA,* PUC- SP, São Paulo, v. 1, nov. 1999.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil. In: Madeira, Felícia Reicher (Org). *Quem mandou nascer mulher*? Estudos sobre crianças e adolescentes pobres no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

SALTER, Anna C. *Predadores*: pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais. 2009. São Paulo: M. Books do Brasil.

SANDERSON, C. *Abuso sexual em crianças:* fortalecendo pais e professores para proteger crianças de abusos sexuais**.** São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

ONU. *Convenção sobre o direito da criança.* Nova York: aprovada em 20 de novembro de 1989.

ZAVASCHI, Maria Lucrécia Scherer et al. Abuso sexual na infância*:* um desafio terapêutico. *Revista de Psiquiatria*, Porto Alegre, n. 13, p. 136-145, set./dez. 1991.

tocam o mundo acadêmico das universidades paraibana, e ainda por vários colegas membros de nossa instituição que também dividem suas preocupações com o espaço do saber.

O cuidado na etapa de construção da obra é vivenciado, dia a dia, por aqueles que integram o CEAF.

Selecionar, avaliar, recepcionar os artigos eleitos, emitir espaços de correções e análises técnicas, entrando na dinâmica da arte de encadernação, é algo desgastante, mas, acima de tudo, gratificante com o produto. Nada disso seria possível, se não tivéssemos pessoas organizadas, exigentes, competentes, a coordenar todo este trabalho, e aqui, gostaria de render minhas homenagens as pessoas de José Raimundo e Cristiana Vasconcellos. Dois amigos profissionais, que têm, como ninguém, trazido ares diferentes para o aperfeiçoamento de nossa casa.

Aos dois, o nosso sincero agradecimento, pois mais este fascículo, que nessa oportunidade lançamos. Parabéns a todos que trabalham na linha do conhecimento, no Ministério Público da Paraíba.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Procurador-Geral de Justiça

Ministério Público do Estado da Paraíba

LEX
STO DE 189