

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Leandro Pereira Leite

Conselho Redacional

Antonio Visconti

Christiano Jorge Santos

Isabella Ripoli Martins

Roberto Livianu

Coordenação Geral

Maria de Fatima Vieira dos Santos da Silva

Concepção de Projeto Editorial e Revisão de Texto

Ada Santos Seles

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares e Rodrigo Vicente de Oliveira

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO - REVISTA "JUSTITIA"

Rua Riachuelo, 115 – 3º andar – salas 313 e 315

Tels.: (5511) 3119-9700/9272/9273/9275 – Fax: (5511) 3119-9274 – Centro

01007-904 – São Paulo – Brasil – E-mail: justitia@mp.sp.gov.br

Solicita-se permuta.

As idéias e os conceitos expressos nos trabalhos assinados são
de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



ÓRGÃO DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

VOL. I – ANO I

SETEMBRO-OUTUBRO DE 1939

FASCÍCULO I

DIRETORES

CESAR SALGADO — NILTON SILVA

SECRETÁRIO

MARIO DE MOURA E ALBUQUERQUE

TESOUREIRO

ROMEU PETROCCHI

REDADORES

RAPHAEL DE OLIVEIRA PIRAJÁ

FREDERICO JOSÉ MARQUES

PALÁCIO DA JUSTIÇA, 3.º ANDAR, SALA 309 — SÃO PAULO

Fac-símile da primeira capa da *Justitia*, criada em 1939: uma homenagem da atual Diretoria às anteriores.

JUSTITIA

ORGÃO DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

COLABORADORES EFETIVOS

Ataliba Nogueira
Basileu Garcia
Alvaro de Toledo Barros
J. D. Cardoso de Melo
J. Paulino Pinto Nazario
Frederico José Marques
J. M. Pinheiro Junior
Candido Leme
Edgard Vieira Cardoso
Eduardo de Magalhães Gouvêa
J. B. de Arruda Sampaio
Antonio de Queiroz Filho
Miguel de Campos Junior
Edgard de Magalhães Noronha
Odilon da Costa Manso
Sebastião Meireles Teixeira

La Rédaction sera reconnaissante de recevoir en échange les ouvrages, revues et journaux de la spécialité.

La correspondance doit être adressée à JUSTITIA — Associação Paulista do Ministério Público — Palácio da Justiça — 3.º andar — sala 309 — Rua 11 de Agosto — S. Paulo — Brasil.

SOLICITA-SE PERMUTA.

ROGAMOS CANJE.

SI SOLICITA CONTRA CAMBIO.

EXCHANGES ARE SOLICITED.

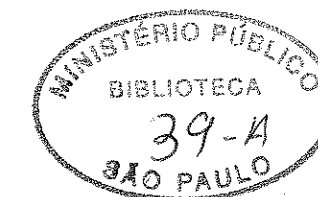
JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela

Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público



ISSN 0101-949X

Justitia	São Paulo	ano 64	v. 197	2007	2º semestre	p. 1 - 464
----------	-----------	--------	--------	------	-------------	------------

Ju
v. 64 (1997)
2007

[Faint, illegible text]

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - Semestral

ISSN 0101-949X

1939 - 2001 (1 - 196)
2007 (197,

1. Direito — Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.
CDU - 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela

Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procurador-Geral de Justiça

Rodrigo César Rebello Pinho

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente

Washington Epaminondas Medeiros Barra

JUSTITIA

Diretor

Leandro Pereira Leite

Conselho Redacional

Antonio Visconti

Christiano Jorge Santos

Isabella Ripoli Martins

Roberto Livianu

Conselho Editorial

Antônio Ciuny (Portugal)

Jan Simon (Alemanha)

Antonio Magalhães Gomes Filho

José Celso de Mello Filho

Antonio Scarance Fernandes

José Renato Nalini

Celso Lafer

Jorge Miranda (Portugal)

Dalmo Dallari

Jorge Figueiredo Dias (Portugal)

Dirceu de Mello

Maria Berenice Dias

Eugênio Zaffaroni (Argentina)

Maria Schnebli (Zurique - Suíça)

Fabio Konder Comparato

Richard Boscovich (Miami - EUA)

Hugo Nigro Mazzilli

Roque Antonio Carrazza

Giulio Illuminatti (Itália)

Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles

Gianpaolo Poggio Smanio

José de Oliveira

Susana Henriques da Costa

Vidal Serrano Nunes Júnior

Editorial

A *JUSTITIA* surge renovada. Criada em 1939, nossa prestigiada Revista passou por diversas e competentes mãos, alcançando posição de destaque entre as publicações jurídicas brasileiras. Com uma longa trajetória de sucesso, a *JUSTITIA* sempre contou com a colaboração dos mais renomados juristas, que contribuem para que ela seja sinônimo de uma credibilidade e um caráter científico inegáveis.

Lamentamos que, a partir de 2001, a publicação tenha sofrido solução de continuidade, retomando suas atividades somente no ano de 2006, após sereno e competente trabalho do Excelentíssimo Sr. Procurador-geral, Rodrigo César Rebello Pinho, e do Excelentíssimo Sr. Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Washington Epaminondas Medeiros Barra, que envidaram todos os esforços para restabelecer o convênio entre as instituições. Só então foi possível dar seguimento ao trabalho de uma Revista que não merecia ter passado por esse revés.

Com todo o apoio e liberdade concedidos por esses insignes dirigentes, a atual Diretoria voltou-se para a reconstrução e reestruturação da *JUSTITIA*, tendo como pedra angular a herança legada pelas competentes gestões anteriores: credibilidade e caráter científico. É assim, com um olho no passado glorioso e outro no futuro promissor, que pretendemos reconduzir a *JUSTITIA* a seu posto de destaque no cenário jurídico nacional.

Realizamos algumas mudanças, a começar pelas seções: em decorrência da evolução dos meios de comunicação, não faziam mais sentido algumas difusões e informações de interesse exclusivo dos membros do Ministério Público Paulista e que, atualmente, contam com outros e mais ágeis veículos. Em razão dessa premissa basilar, subtraímos algumas tradicionais seções que faziam muito sentido quando a *JUSTITIA*

consistia em, se não o único, pelo menos um dos mais importantes meios de comunicação interna do Ministério Público Paulista.

Toda a Revista foi repensada tendo como mote ser um convite para a leitura científica. Assim, como parte integrante da estratégia de seu aprimoramento, optamos por uma nova identidade visual, que abrangiu desde a escolha do tipo de letra, do formato em duas colunas por página, até a opção pelo uso do papel reciclado — que, neste primeiro número, ainda não foi possível por motivos técnicos — e de prazo e, portanto, de um leiaute mais atraente.

Algumas novidades foram introduzidas, como o Observatório e o Laboratório, justamente em virtude do olho no futuro a que já nos referimos e que explicaremos o motivo e a destinação no seu texto de abertura. Ademais, optamos pela publicação da jurisprudência de grande repercussão, sempre acompanhada de comentário ou de artigo científico relacionado ao tema.

Outra inovação importante foi criar o sítio da Revista *JUSTITIA* na Internet, mas isso já é uma outra história...

Todo esse empenho tem por objetivo honrar o hercúleo trabalho realizado pelos nossos ilustres antecessores, a quem dedicamos nossos esforços e rendemos nossas homenagens, e contribuir para que nosso leitor retome o prazer da leitura de uma Revista feita com muito carinho. Queremos, assim, compartilhar de antemão com nossos leitores o sucesso que certamente será a nova *JUSTITIA*.

Boa leitura!

Leandro Pereira Leite
Diretor

SUMÁRIO / CONTENTS

CRIMINAL / CRIMINAL

O Polêmico Inciso XII do Artigo 5º da Constituição Federal <i>The Controversial Article 5 (XII) of the Brazilian Constitution</i> Antonio SCARANCE FERNANDES	15
Uma Reflexão sobre as Dificuldades da Investigação Criminal do Crime de Lavagem de Dinheiro <i>A Reflection on Difficulties of Criminal Investigation of Money Laundering</i> Arthur Pinto de LEMOS JÚNIOR	23
Execução da Pena Privativa de Liberdade para Mulheres – A Urgência de Regime Especial <i>Privative Judgement Execution of Freedom for Women: Urgency of Special System</i> Ela Wiecko V. de CASTILHO	37
Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual? <i>Traffic Fatalities: Conscious Negligence or Recklessness?</i> José Henrique PIERANGELI	47
A Culpabilidade e a Perspectiva Ontológica de Liberdade <i>Culpability and the Ontological Overview of Freedom</i> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES	65
A Invocação ao Sobrenatural Vale como Prova? <i>Is the Claim of Supernatural Phenomena Acceptable as Evidence?</i> Sergio DEMORO HAMILTON	73

CÍVEL / CIVIL

O Costume no Direito Brasileiro <i>Custom in Brazilian Law</i> Dirceu de MELLO	81
O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade <i>The Right of Education and their Perspectives of Effectiveness</i> Emerson GARCIA	89
Novas Perspectivas do Direito de Família <i>New Perspectives in Family Law</i> Euclides de OLIVEIRA	121
Apontamentos sobre as Categorias Fundamentais da Jurisdição Constitucional <i>Entry on Fundamental Categories of Constitutional Jurisdiction</i> José Jesus ^o CAZETTA JÚNIOR	143
A Comunicação dos Atos Processuais: Citação e Intimação (Incluídas as Normas das Leis nºs 11.280/06 e 11.419/06) <i>Service of Process: Citation and Summons (Including the Provisions in Laws Nos. 11.280/06 and 11.419/06)</i> José Raimundo Gomes da CRUZ	169

Considerações sobre a Lei Nº 11.481/07 – Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e Concessão de Direito Real de Uso <i>Considerations on Act Nr. 11.481/07 – Concession of Special Use for Dwelling Purposes and Concession of Rights of Actual Use</i>	
Maria Ligia Coelho MATHIAS, Maria Helena Marques Braceiro DANELUZZI	193
Cognição Judicial em Grau de Apelação, à Luz das Reformas do CPC <i>Appelate Review in the Light of the Changes in the Brazilian Code of Civil Procedure</i>	
Ricardo de Barros LEONEL	199

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS / *DIFFUSE INTERESTS AND RIGHTS*

Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos <i>Criminal Injunction Principles of Diffuse Interests or Rights</i>	
Gianpaolo Poggio SMANIO	213
Crimes Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo: Conflitos de Atribuições entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais <i>Economic and Consumer Crimes: Attribution Conflicts between the Federal Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service] and the State Public Ministries</i>	
José Geraldo Brito FILOMENO	237
Noção Jurídica de Consumidor <i>Legal Notion of Consumer</i>	
Marco Antonio ZANELATO	255

DOCTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / *DOCTRINE OF PUBLIC MINISTRY*

Ministério Público Vocacional <i>Vocational Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service]</i>	
Gilberto GILCOIA	279
O Princípio da Obrigatoriedade e o Ministério Público <i>The Principle of Obligatoriness and the Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service]</i>	
Hugo Nigro MAZZILLI	287

JURISPRUDÊNCIA / *JURISPRUDENCE*

Acórdão	293
A Luta do Direito contra as Queimadas <i>The Fight of Rights Against Burnings</i>	
José Renato NALINI	297

OBSERVATÓRIO / *OBSERVATORY*

Entrevista com Prof. Renato Janine Ribeiro <i>Interview with Prof. Renato Janine Ribeiro</i>	
Por: Dr. Leandro PEREIRA LEITE	313
Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política <i>The Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service] on the Threshold Between Justice and Politics</i>	
Rogério B. ARANTES	325

LABORATÓRIO / *LABORATORY*

Justiça Restaurativa <i>Reinstating Justice</i>	
Elaine CARAVELLAS, Karla BUGARIB, Lélío Ferraz de SIQUEIRA NETO	339
Biodireito: Um caminho sem volta um olhar para os transplantes de órgãos <i>Biowlaw: An Irreversible Path – A view of organ transplants</i>	
Eliana Faleiros VENDRAMINI CARNEIRO	353
A Experiência da Promotoria de Justiça Criminal da Capital no Combate ao Tráfico de Drogas <i>Experience of São Paulo's Capital Prosecutor Office for the Drug Dealing Combat</i>	
Marcelo Luiz BARONE, Paula Castanheira LAMENZA	373
Bem Jurídico e os Crimes de Computador <i>Property and Computer Crimes</i>	
Paulo Marco FERREIRA LIMA	381
Depoimento com Redução de Dano e a Importância de sua Implementação e Funcionamento para Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus-Tratos <i>Testimony with Damage Reduction and the Importance of its Implementation and Operation for Child and Adolescent Victims of Abuse</i>	
Eduardo Rezende MELO, Richard P. Pae KIM	387

INTERNACIONAL / *INTERNATIONAL*

O Ministério Público na Hora da Globalização: O Presente e o Futuro <i>The Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service] in a Time of Globalization: Present and Future</i>	
Antônio Francisco de Araújo Lima CLUNY	409
Saúde Pública <i>Public Health</i>	
Mário FROTA	427

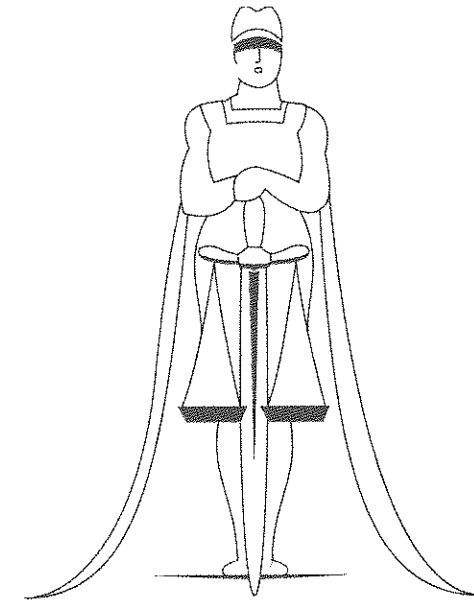
ÍNDICE DE ASSUNTOS	453
--------------------	-----

SUBJECT INDEX	457
---------------	-----

ÍNDICE DE AUTORES / <i>AUTHORS INDEX</i>	461
------------------------------------------	-----

CRIMINAL

CRIMINAL



O Polêmico Inciso XII do Artigo 5º da Constituição Federal

Antonio SCARANCE FERNANDES*

• **SUMÁRIO:** 1 As inviolabilidades do art. 5º, inciso XII, da CF. 2 As discussões a respeito da inviolabilidade das comunicações telefônicas. 3 A inviolabilidade do sigilo de dados ou da comunicação de dados. 4 Polêmica em torno da natureza das inviolabilidades da correspondência, da comunicação telegráfica e de dados. 5 Polêmicas sobre as violações de comunicações não abrangidas pelo inciso XII. Conclusões. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O texto tem como foco os pontos polêmicos do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal (CF), que trata do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. As primeiras polêmicas analisadas referem-se ao regramento das interceptações telefônicas, em parte resolvidas pela Lei nº 9.296/96, e as divergências que ela gerou ao permitir a interceptação em sistemas de informática ou telemática. Outros pontos examinados dizem respeito a questões suscitadas pela norma sobre a inviolabilidade do sigilo "de dados", ainda não pacificadas pela doutrina ou pela jurisprudência: o vocábulo "dados" refere-se somente aos registros computadorizados? A proteção constitucional é dirigida à comunicação de "dados" ou aos "dados" em si mesmos? Dá-se especial relevo à polêmica central e fundamental em torno do inciso XII do art. 5º da CF, concernente à natureza da proteção às inviolabilidades da correspondência, da comunicação telegráfica e de dados. Embora a redação do dispositivo aponte para uma natureza absoluta desta proteção, na doutrina há forte tendência a relativizá-la, pois sempre há conflito entre valores constitucionais e, para resolvê-los, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Sigilo de dados. Sigilo de comunicações. Art. 5º, inciso XII, da CF. Inviolabilidade. Proporcionalidade.

1 As inviolabilidades do art. 5º, inciso XII, da CF

Um dos mais polêmicos dispositivos da Constituição Federal (CF) é o inciso XII do art. 5º. A sua análise reflete os diversos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência adotados após 1988 a respeito das inviolabilidades constitucionais do sigilo e da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Dele consta que:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como se vê, o inciso declara as seguintes inviolabilidades de sigilo: da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Aqui, somente serão trazidos alguns pontos polêmicos do inciso, com a preocupação principal de anotar algumas divergências e eventuais posições dos tribunais superiores.

2 As discussões a respeito da inviolabilidade das comunicações telefônicas

A última parte do inciso, referente à inviolabilidade das comunicações telefônicas, foi a que, após a edição da CF, suscitou as primeiras grandes indagações. Permite a violação da comunicação telefônica por ordem judicial, nas hipóteses e na for-

* Professor titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona Processo Penal no curso de bacharelado e no de pós-graduação. Coordenador do ASF – Cursos e Eventos, destinado à preparação para concursos jurídicos e Ex-procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Autor, entre outros, de *Processo Penal Constitucionale* co-autor de *As Nulidades no Processo Penal*.

ma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como era exigida uma lei que estabelecesse as hipóteses e a forma de violação das comunicações telefônicas, surgiram duas posições: a) era suficiente o art. 57 do Código de Telecomunicações; b) era necessária uma lei específica.

Prevaleceu a segunda orientação. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 69.912-0/RS (DJU de 26/11/1993, p. 25.532/25.533, Plenário), em votação bastante dividida, concluiu que, sem lei, eram ilícitas as interceptações telefônicas. Com isso, sobreveio a Lei nº 9.296/96.

Trouxe a lei duas relevantes discussões diretamente relacionadas com o alcance do inciso analisado: a) se a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática autorizada pelo art. 1º, parágrafo único, é inconstitucional; b) se a prova produzida mediante interceptação telefônica no processo criminal poderia ser utilizada em outro processo da mesma ou de diversa natureza.

A afirmação da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º é assentada em vários argumentos: o inciso XII do art. 5º da CF somente permitiria a quebra do sigilo da comunicação por telefone, não a autorizando em outras formas de comunicação, como aquelas feitas em sistemas de telemática ou informática; a comunicação telefônica seria somente a feita diretamente entre interlocutores com uso de um aparelho determinado, o telefone, não compreendendo a comunicação de dados ou de mensagens escritas por informática e telemática; em caso de dúvida, o dispositivo deve ser interpretado restritivamente, pois configura limitação a direito individual.¹

Outros consideraram constitucional a regra, visto que as comunicações por informática e por telemática seriam formas derivadas do gênero "comunicação telefônica", cuja violação foi permitida pelo texto constitucional. Ademais, uma excessiva restrição ao significado da expressão "comunicação telefônica", limitando-a apenas àquela feita por transmissão de voz e sons por telefone diretamente

entre duas pessoas, não levaria em conta que, com o desenvolvimento tecnológico, as comunicações entre pessoas são feitas muitas vezes por meio de computadores, em substituição às realizadas por telefone, ainda que sem a utilização dele.²

Após vários anos da lei, não se afirmou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 1º, sendo negada liminar em ação intentada com essa finalidade (ADI 1.488-MC, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgamento em 7-11-96, DJ de 26-11-99), a qual, depois, não teve seguimento por ilegitimidade ativa *ad causam*.

A outra questão atinente ao uso da prova produzida mediante quebra do sigilo da comunicação telefônica em outros processos deve ser separada em duas hipóteses: utilização em outro processo criminal e em processo de natureza diversa.

O uso da prova é admitido, com tranqüilidade, em outro processo cujo crime seja punido com reclusão, pois para ele seria permitida a interceptação telefônica (art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96). Se a infração é punida com detenção ou prisão simples, contudo, a própria lei excluiria a interceptação nesse caso, e, assim, não caberia tomar de empréstimo a prova do outro processo. Todavia, se aceita a orientação ampla de que, após produzida a prova, não há mais sigilo de comunicação a ser protegido, em qualquer processo poderia ela servir para fundar a sentença, como a seguir será exposto.

² Para Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 167-171), a lei se aplica às chamadas "comunicações telemáticas", já que consideram a comunicação telefônica um gênero que compreende vários tipos (transmissão de voz, de sons, de imagens, de dados, de sinais etc.). As comunicações telemáticas por telefone, no fundo, não passariam de comunicação telefônica. Têm posição ampliativa e admitem também a interceptação por telemática independente de telefonia (p. 171-176). Adotou também essa posição, Damásio E. de Jesus (*Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 458-473, 1997): "A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de 'comunicações telefônicas', não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, i.e., quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona 'comunicações telefônicas', estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de 'dados'. É o caso do uso do 'modem'. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, 'digitar' e não 'falar'".

¹ Essa posição é sustentada por Greco Filho (1996, p. 11-13).

Quanto ao uso da prova emprestada em processo de outra natureza, administrativa, disciplinar, cível, argumenta-se que a CF não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal; assim, o transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não-criminais.³ Há, entretanto, entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a vida privada, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional.⁴

No Supremo Tribunal Federal, tem prevalecido entre os ministros a idéia de que é possível utilizar, "como prova emprestada, a obtida mediante interceptação telefônica em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram produzidas, ou contra outros servidores cujos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova" (Inq 2.424-QO-QO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 20-6-07, DJ de 24-8-07. Ainda, no mesmo sentido: Inq 2.424-QO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 25-4-07, DJ de 24-8-07).

3 A inviolabilidade do sigilo de dados ou da comunicação de dados

Outros pontos polêmicos dizem respeito à inviolabilidade do sigilo "de dados". Em síntese são os seguintes: a) se o vocábulo "dados" refere-se somente aos registros computadorizados; b) se a proteção constitucional é dirigida à comunicação de "dados" ou aos "dados" em si mesmos.

O vocábulo "dados", do inciso XII, do art. 5º, da CF, em uma acepção mais ampla, abrangeria quaisquer "dados" que, de alguma forma, tivessem rela-

ção com aspectos da vida privada dos indivíduos; como o "diário íntimo"; os "registros bancários"; os "registros computadorizados". Contudo, a tendência foi restringir o alcance da palavra "dados" aos registros constantes de computadores, em razão do crescente uso desses aparelhos, o que levou as pessoas a neles armazenarem informações confidenciais sobre a sua vida privada. Os demais dados estariam resguardados pelo inciso X, do art. 5º, da CF.

O segundo ponto polêmico decorreu da própria redação do inciso XII. Ele não deixa dúvida de que são objetos de proteção: o "sigilo da correspondência", ou seja, o sigilo decorrente de comunicação por meio de cartas, "as comunicações telegráficas" e "as comunicações telefônicas". Contudo, não foi claro no tocante ao objeto de proteção em relação aos "dados". Uma interpretação gramatical leva a que se entenda estar protegida a inviolabilidade dos próprios dados. É o que se extrai da inserção da vírgula depois da expressão "comunicações telegráficas", da não antecipação da palavra "comunicações" ao vocábulo "dados" e da colocação dessa palavra antes do vocábulo "telefônicas". Caso o interesse fosse resguardar a inviolabilidade das comunicações, a redação seria outra: "comunicações telegráficas, de dados e telefônicas". Entretanto, uma interpretação sistemática apontaria para outra solução. Todo o inciso protege inviolabilidades de comunicações – por correspondência, por telégrafo, por telefone – e, assim, a intenção do legislador seria também a de proteger a comunicação dos "dados" e não a estes em si mesmos.

Na decisão plenária do Tribunal, na AP 307 (caso Collor), o tema foi exaustivamente debatido, com votos em sentidos diversos, chegando-se a afirmar a proibição da violação de dados, sem haver, todavia, a afirmação clara dessa proibição, porque os votos confluíram no caso para afirmar a ilicitude da prova, também em razão de haver ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio. O debate é retratado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em outro julgamento plenário (RE 418.416, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 10-5-06, DJ de 19-12-06).

Posteriormente, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o inciso XII protege de maneira absoluta a quebra do sigilo de comunicações de dados, não

³ Greco Filho (op. cit., p. 23-24) sustenta que a prova obtida no processo criminal não pode ser usada em processo de natureza civil.

⁴ Essa a posição externada no livro *As nulidades no processo penal*, que escrevemos com Grinover e Magalhães (1997, p. 194). É também o entendimento de Barbosa Moreira (*Revista Forense*, v. 337, p. 132-133, jan./mar. 1997).

os dados (MS 21.729, voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 5-10-95, DJ de 19-10-01), e, ainda, que, por isso, não é proibida a apreensão da base física do computador, na qual se encontram os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial (RE 418.416, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 10-5-06, DJ de 19-12-06).

De maneira diversa, contudo, concluiu-se recentemente, em julgamento por turma, que os registros bancários estão regidos pela proteção do inciso XII e não pela do inciso X, do art. 5º, da CF; a regra protege o sigilo de dados, que pode ser afastado por ordem judicial, objetivando a investigação criminal ou instrução processual penal (RE 461366, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 3-8-07, Informativo 474). Reflete orientação de que o vocábulo “dados” deve ter o mesmo tratamento das interceptações telefônicas, sendo abrangido pela expressão “no último caso”.

A leitura dos votos no julgamento pelo Pleno (RE 418.416) ora anotado mostra que o assunto não foi ainda objeto de decisão firme e definitiva do Supremo, embora revele forte inclinação no sentido de restringir o alcance do inciso XII, do art. 5º, à comunicação de dados. Essa tendência está assentada em artigo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (apud PIZOGLIO; GAVALDÃO JÚNIOR, 2005), mencionado no julgamento do Supremo Tribunal Federal, e, por isso, interessa conhecer, nesse ponto, o que foi por ele escrito:

Ainda que nos pareça claro o assunto, sua explicação merece um detalhamento. Admitimos, em resumo, que o inciso XII, do art. 5º, da C.F. trata, em síntese, do direito à inviolabilidade do sigilo da comunicação, o qual tem por conteúdo a faculdade de manter sigilo e por objeto a liberdade de negação. A faculdade referida significa, para o sujeito, que ele pode restringir os endereçados do seu ato comunicativo e, em decorrência, para os demais (outros) vigora um veto à entrada nessa comunicação, sem consentimento do sujeito – emissor e receptor da mensagem. Quando, pois, alguém – um outro – intercepta uma mensagem, por exemplo, abre uma carta que não lhe foi

endereçada, comete uma violência contra a faculdade de manter sigilo e viola a liberdade de negação. não importa se, na carta, esteja apenas a reprodução de um artigo de jornal publicado na véspera. O direito terá sido violado de qualquer modo, pois a proteção não é para o que consta da mensagem (tecnicamente, o chamado *relato* comunicado), mas para a ação de enviá-la e recebê-la.

Visto deste ângulo, toma seu correto sentido o disposto no inciso XII do art. 5º da C. F. quando ali se admite, apenas para a comunicação telefônica e, assim mesmo, só para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial, a quebra do sigilo. Conquanto haja quem caminhe para uma interpretação literal deste texto, não nos parece razoável aceitá-la na sua inteira singeleza. Note-se, antes de mais nada, que dos quatro meios de comunicação ali mencionados – correspondência, telegrafia, dados, telefonia, só o último se caracteriza por sua instantaneidade. Isto é, a comunicação telefônica só é *enquanto ocorre*. Encerrada, não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. É apenas possível, *a posteriori*, verificar qual unidade telefônica ligou para outra. A gravação de conversas telefônicas por meio do chamado ‘grampeamento’ é, pois, uma forma sub-reptícia de violação do direito ao sigilo da comunicação, mas, ao mesmo tempo, é a única forma tecnicamente conhecida de preservar a ação comunicativa. Por isso, no interesse público (investigação criminal ou instrução processual penal), é o único meio de comunicação que exigiu, do constituinte, uma ressalva expressa. Os outros três não sofreram semelhante ressalva porque, no interesse público, é possível realizar investigações e obter provas com base em vestígios que a comunicação deixa: a carta guardada, o testemunho de quem leu o nome do endereçado e do remetente, ou de quem viu a destruição do documento, o que vale também para o telegrama, para o telex, para o telefax, para a recepção da mensagem de um computador para outro, etc.

Como isto é tecnicamente possível, o constituinte não permitiu absolutamente a entrada de terceiros, ainda que em nome do interesse público, na comunicação. Esta proibição, porém, não significa que, no interesse público, não se possa ter acesso – *a posteriori* – à identificação dos sujeitos e ao relato das mensagens comunicadas. Por exemplo, o que se veda é uma autorização judicial para interceptar correspondência, mas não para requerer busca e apreensão de documentos. Esta observação nos coloca, pois, claramente, que a questão de saber quais *elementos de uma mensagem* podem ser fiscalizados não se confunde com a questão de saber se e quanto uma autoridade *pode entrar no processo comunicativo* entre dois sujeitos. São coisas distintas que devem ser examinadas distintamente. Assim, por exemplo, solicitar ao juiz que permita à autoridade acesso à movimentação bancária de alguém não significa pedir para interceptar suas ordens ao banco (sigilo da comunicação) mas acesso a dados *armazenados* (sigilo da informação).

Em síntese, para o autor, protege-se, de forma absoluta, a comunicação por carta, por telégrafo e de dados, não os dados em si mesmos. O grande questionamento a essa orientação é que leva ao esvaziamento da proteção constitucional, pois preserva somente o momento da comunicação contra qualquer tipo de violação, não o próprio sigilo da comunicação.

4 Polêmica em torno da natureza das inviolabilidades da correspondência, da comunicação telegráfica e de dados

A polêmica central e fundamental sobre o inciso XII, do art. 5º, da CF gira em torno da natureza da proteção às inviolabilidades da correspondência, da comunicação telegráfica e de dados: se absoluta ou se passível de alguma relativização.

Uma primeira interpretação leva a afirmar a natureza absoluta da proibição, pois o legislador constituinte somente permitiu a violação da comunicação telefônica. Assim, nem por ordem judicial poderiam ser quebrados os sigilos dos dados, da

correspondência, das comunicações telegráficas ou da comunicação de dados.

Também para Tércio Sampaio Ferraz Júnior as inviolabilidades são absolutas, mas, como visto, seria inviolável a comunicação, não o seu objeto.

Contudo, na doutrina, há forte tendência na afirmação da natureza não absoluta da inviolabilidade, pois sempre há conflito entre princípios constitucionais e, para resolvê-los, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade. Atribui-se a ele *status* de princípio constitucional, extraído de outras normas constitucionais que versam sobre a proteção dos direitos fundamentais da liberdade, da justiça, da personalidade, da integridade física; a supremacia do Estado Democrático de Direito e a implementação das garantias asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem (SERRANO GONZALEZ-CUELLAR, 1990, cap. 4, p. 51-66).⁵

Em suma, como é inevitável o conflito entre valores protegidos constitucionalmente, para resolvê-lo, há necessidade de se invocar o princípio da proporcionalidade. Com isso, as regras que declaram invioláveis o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados ou de comunicação de dados não seriam absolutas.

Contudo, uma simples e genérica aplicação do princípio conduziria a uma estranha composição do inciso XII, do art. 5º, da CF: as comunicações por correspondência, telegrafia e de dados poderiam ser violadas sem os mesmos resguardos exigidos para a interceptação telefônica: prévia lei e autorização judicial.

Por outro lado, uma tentativa de harmonização interna do inciso conduziria a que a aplicação do princípio da proporcionalidade, para justificar a violação da correspondência, das comunicações telegrá-

⁵ Entre nós, assinalam a constitucionalidade do princípio vários autores: Gilmar Ferreira Mendes, no livro *Controle da constitucionalidade* (1990) e em artigos, como o intitulado A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro (*Seleções Jurídicas da COAD*, n. 8, p. 11-25, 1993); Luís Roberto Barroso (2001); Suzana de Toledo Barros (2000, p. 91-98).

ficas e dos dados ou da comunicação de dados com a finalidade de obtenção de prova criminal, somente seria admitida ante a existência de lei prévia e de autorização do juiz. Isso, entretanto, tornaria incompreensível e desnecessária a exceção estabelecida para a violação das comunicações telefônicas.

Talvez, por todos esses problemas, até agora, o assunto não foi devidamente resolvido pelos tribunais, variando o Supremo Tribunal Federal entre a adoção ampla do princípio da proporcionalidade e a afirmação da natureza absoluta das inviolabilidades.

Assim, o Supremo Tribunal Federal afirmou que

[...] a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitadas a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC 70.814-5, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 01.03.1994, DJU 24.06.1994, p. 16.649-16.650).

Houve, no julgamento, clara aceitação do princípio da proporcionalidade, em que se entendeu prevalecer as "razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica" sobre o sigilo da correspondência entre sentenciados. No caso, havia previsão legal (art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84). Não se exigiu autorização judicial, julgando-se lícita a autorização legal e ampla dada às autoridades penitenciárias para abrir as correspondências. Admitiu-se a violação da comunicação.

Todavia, o Supremo, conforme salientado há pouco, afirma, citando artigo de Tércio Sampaio Ferraz, ser absoluto o resguardo das comunicações, não do conteúdo da comunicação, admitindo-se a apreensão de computadores e a captação de seus dados. Todavia, alude à necessidade de autorização judicial.

Ficariam faltando nessa posição alguns esclarecimentos complementares a partir de uma distinção fundamental. Uma coisa é a utilização como prova de registros informáticos que se refiram à vida

particular do proprietário do computador, nele armazenados. Se não estiverem os dados protegidos pelo inciso XII, estarão acobertados pelo inciso X, e, assim, poderiam ser usados quando houvesse autorização judicial com invocação do princípio da proporcionalidade ou com afirmação de justa causa. Outra, bem diferente, seria o uso de dados concernentes às comunicações feitas pelo computador, normalmente por e-mails. A se acolher a posição de Tércio Sampaio Ferraz, poderiam ser objeto de apreensão. Contudo, como dissemos, com isso se desguarnea a própria proteção, pois o que interessa é o sigilo sobre o conteúdo de uma comunicação. Ainda, inevitável será o exame, em cada caso, do teor da comunicação. Imagine-se, por exemplo, que se trate de uma comunicação entre advogado e acusado sobre aspectos relacionados com a atividade desenvolvida pela defesa em processo criminal; não poderia ser violada.

5 Polêmicas sobre as violações de comunicações não abrangidas pelo inciso XII

Outras polêmicas dizem respeito a violações de sigilos de comunicações não abrangidas pelo inciso XII, do art. 5º, da CF, como o sigilo dos dados telefônicos, o sigilo das gravações.

No tocante ao sigilo de dados telefônicos, assim compreendidos os referentes ao titular da linha telefônica, às ligações efetuadas, entende-se que o conhecimento desses informes não representa violação das comunicações telefônicas, pois não há interceptação e nem é conhecido o conteúdo das conversas entre os interlocutores.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, em relação aos poderes das Comissões Parlamentares do Inquérito, concluiu que constitui matéria de reserva de jurisdição a interceptação telefônica, em razão do que dispõe o inciso XII, do art. 5º, da CF, mas podem elas violar o sigilo telefônico (ver FERNANDES, 2007, p. 244). Ainda, de forma geral, afirmou-se a possibilidade de acesso aos números dos telefones porque "a informação de número de telefone para contato não implica quebra de sigilo telefônico" (ADI 2.407, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 31-5-07, DJ de 29-6-07).

A gravação de conversas telefônicas por um dos interlocutores sem o conhecimento de outro não foi regulamentada pela Lei das Interceptações Telefônicas, sendo admitida como prova quando hou-

ver justa causa, como sucede em gravações realizadas em caso de seqüestro, de graves ameaças. Pode o juiz autorizar a gravação. Não é, contudo, necessária a autorização, pois se a gravação estiver fundada em justa causa, a prova é lícita, mesmo sem ela.

Para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal (STF, HC 75.338/RJ, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ 25/9/1998, HC 36.545/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 29/8/2005, p. 374).

A gravação ambiental não foi incluída na vedação do inciso XII, do art. 5º, da CF, nem foi abrangida pela Lei das Interceptações Telefônicas. A ela se aplicaria o inciso X, que protege a vida privada. Será aceita quando houver justa causa, avaliada em cada caso, pela ponderação dos interesses em jogo.

Conclusões

O inciso XII, do art. 5º, da CF, ao cuidar das inviolabilidades do sigilo das comunicações, pretendeu que fossem considerados absolutos os resguardos do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, dos dados computadorizados, e autorizou a violação, mediante prévia lei e com autorização judicial, das comunicações telefônicas.

Todavia, embora louvável a preocupação com o sigilo das comunicações, o tratamento dado pelo inciso ao assunto não foi adequado e, por isso, gerou polêmicas difíceis de serem resolvidas.

Mostram os doutrinadores serem inevitáveis os conflitos entre os princípios constitucionais, e, por isso, não podem, em regra, ser considerados absolutos. Apontam para a solução desses conflitos o princípio da proporcionalidade.

Ora, a afirmação peremptória constante do inciso de que, tirante as comunicações telefônicas, as demais por ele tratadas seriam invioláveis não evitou que a regra fosse amenizada. Como fazer prevalecer o valor sigilo da correspondência em confronto com o valor vida? Como admitir que alguém possa ser condenado se é possível sustentar a sua defesa em prova obtida com violação do sigilo de dados, de uma comunicação telegráfica, ou por correspondência?

Essa amenização foi feita com a invocação do princípio da proporcionalidade ou com a verificação da justa causa.

Todavia, admitida a mitigação do valor atribuído à proteção do sigilo das comunicações por correspondência, por telégrafo ou por dados, isso gera uma situação estranha na análise integral do polêmico inciso em razão da ressalva feita em relação às comunicações telefônicas. Assim, enquanto para estas exige-se lei e prévia autorização judicial, a verificação da licitude da violação de uma correspondência, por exemplo, seria feita após a sua ocorrência, ficando na discricionariedade do juiz decidir se a prova poderia ser aceita. O limite do uso do princípio da proporcionalidade ou a existência de justa causa seria estabelecido por quem aprecia a licitude da prova. Faltariam parâmetros claros para estabelecer o que é, ou não, permitido e orientar o juiz na solução de cada caso.

Não resolve afirmar que é absoluta somente a proteção da comunicação em si mesma, sendo possível a apreensão do objeto da comunicação, como o conteúdo de uma carta, o dado do computador. Esvazia a proteção constitucional, pois de que adianta proteger a comunicação se não é protegido o sigilo dessa comunicação?

Por isso tudo, há imensa dificuldade em interpretar de forma harmônica o referido inciso. De qualquer forma, duas conclusões essenciais podem ser extraídas: a afirmação de que as proteções são absolutas foi abalada por situações concretas em que houve necessidade de resguardar valores maiores do que o do sigilo das comunicações, assim, há de se concluir que é inevitável a utilização do princípio da proporcionalidade ou invocação da existência de justa causa para amenizar a rigidez das proibições constantes do inciso XII, do art. 5º, da CF. Contudo, para evitar que a avaliação da licitude de uma quebra de sigilo de comunicação seja feita sem parâmetros, há que se levar em conta os pressupostos e os requisitos estabelecidos pela doutrina para atuação do princípio da proporcionalidade.⁶ Assim, deve-se

⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade, ver Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 4.4-4.6).

exigir prévia autorização judicial. Por outro lado, deve o juiz, ao analisar a necessidade de violação, verificar se estão presentes os requisitos da adequação, da necessidade e da ponderação de valores.

FERNANDES, A. SCARANCA. The controversial article 5 (XII) of the Brazilian Constitution. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 15-22 / jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The text has as focus the controversial points of article 5º, XII, of the Federal Constitution, that has for object the secrecy of the correspondence and the telegraphic communications, data and the telephonic communications. The first analyzed controversies mention the dispositions about the telephonic interceptions, in part decided by the Law nº9,296/96, and the divergences that it generated when allowing the interception in computer science systems or telematics. Other examined points respects to the questions excited for the norm on the inviolability of the secrecy "of data", not yet pacified for the doctrine or the jurisprudence: the word "data" is only mentioned to the computerized registers? The constitutional protection is directed to the communication of "data" or to the "data" itself? Special relief to the central and basic controversy around article 5º, XII, of the Federal Constitution, related to the nature of the protection to the inviolabilities of the correspondence, the telegraphic communication and data. Although the writing of the device points with respect to an absolute nature of this protection, the doctrine has fort trend in relating it, because there are always constitutional conflicts among values and, to decide them, is necessary the application of the principle of the proportionality.

• **KEYWORDS:** Secrecy of data. Secrecy of communications. Article 5º, XII, Federal Constitution. Inviolability. Proportionality.

Referências bibliográficas

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, jan./mar. 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOGLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JÚNIOR, Jayr Viégas (Orgs.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 17/39.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCA FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas – notas à Lei 9.296, de 24.07.1996, *Revista dos Tribunais*, 1997. v. 735.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Seleções Jurídicas da COAD*, São Paulo, n. 8, p. 11-25, jul. 1993.
- SERRANO GONZALEZ-CUELLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

Uma Reflexão sobre as Dificuldades da Investigação Criminal do Crime de Lavagem de Dinheiro

Arthur Pinto de LEMOS JÚNIOR*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Natureza do delito. 2 A integração do crime de lavagem de dinheiro na estrutura capitalista. 3 A repercussão da globalização. 4 A falta de legitimidade da lei de lavagem de dinheiro. 5 O conceito jurídico de organização criminosa. 6 A investigação criminal. Considerações finais. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** Atualmente ninguém mais duvida da importância de se combater o crime de lavagem de dinheiro. Reconhece-se a intensa integração do dinheiro de origem criminosa na economia mundial e brasileira. Neste cenário, em tom crítico, propomos discutir a razão pela qual o índice de investigação e condenação acerca de tais delitos é tão reduzido. A explicação funda-se nas características peculiares do crime em questão e nas dificuldades concernentes à investigação criminal.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Lavagem de dinheiro. Dificuldade e complexidade da investigação criminal.

Introdução

O comércio ilícito rompeu as fronteiras e invadiu nossas vidas. Nunca mais saberemos com certeza a quem nossa compra beneficia, o que nossos investimentos apóiam, que conexões materiais ou financeiras podem ligar nosso próprio trabalho e consumo a objetivos e práticas que abominamos.

MOISÉS NAIM

* Promotor de Justiça do GAECO/SP. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento ao Combate à Lavagem de Dinheiro do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Mestre em Ciências Jurídico-criminais e especialista em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Quando se estuda o fenômeno da lavagem de dinheiro, de uma perspectiva mundial ou nacional, reconhece-se como elevados os índices de *cifras negras*.¹ De acordo com os dados do FMI de 1996, o capital lavado tem oscilado entre 2% e 5% do produto mundial e estimativas mais recentes “colocam os fluxos de lavagem de dinheiro próximos a 10% do PIB global”.² O dinheiro proveniente das “zonas escuras do tecido social”³ passou a ser parte fundamental da economia mundial e pode até superar o capital movimentado em economias de países importantes, como Rússia e Espanha.⁴ Essa realidade adquirida, em qualquer país, para o professor Faria Costa (ibidem, p. 64), “representa um contributo do qual não se pode prescindir sob pena, entre outras coisas, de estagnação econômica”. Esse quadro abala e desestrutura a economia em qualquer nação e apresenta-se como fenômeno desafiante, ainda insuperável. No entanto, não há uma correspondente

¹ A expressão é do âmbito científico da Criminologia e designa o nível da diferença entre a criminalidade real e a criminalidade efetivamente conhecida pelos órgãos de controle – Polícia Judiciária e Ministério Público. “Neste sentido, tanto se pode falar de cifras negras a propósito da diferença entre a criminalidade ‘real’ e a criminalidade conhecida pela polícia, como entre esta última e a que vem a ser transmitida à acusação” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 133).

² Naim (2006, p. 20). Segundo o levantamento feito pelo GAFI, “o valor da venda de cocaína, heroína e maconha alcança a importância aproximada de 122 bilhões de dólares ao ano nos Estados Unidos e na Europa, gerando benefícios estimados em 30 bilhões ao ano (GARCÍA, in: *Revista Del Poder Judicial*, n. 50, 1998, p. 120).

³ Expressão de José de Faria Costa (*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992, v. LXVIII, p. 62).

⁴ Faria Costa (op. cit., p. 62). Marie-Christine Dupuis sugere que a crise financeira do México, em 1994, e a da Tailândia, em agosto de 1997, está relacionada com a relevância do tráfico de drogas e da lavagem de dinheiro nesses dois países (apud DAVIN, *Revista do Ministério Público*, n. 91, jul.-set. 2002, p. 109).

cifra de investigação criminal e de ações penais em torno do problema.⁵

Parece-nos indiscutível a existência do fenômeno da lavagem de dinheiro no Brasil e nenhum operador do Direito discute esta realidade. Mas, então, por que são tão insignificantes as investigações criminais voltadas ao combate desse delito?

Pretendemos discorrer sobre essa dificuldade, ao mesmo tempo em que delineamos as principais características dessa forma de criminalidade, surgidas com o perfil atual, no final do século XX.

1 Natureza do delito

A receptação ofende um bem jurídico individual e a lavagem de dinheiro um bem jurídico coletivo.

WILFRIED BOTTKE

Uma primeira resposta para o ínfimo número de investigações criminais resulta da própria natureza do crime de lavagem de dinheiro. Não estamos diante de um crime de dano, mas sim de um *delito de perigo abstrato*. Assim, nem sempre haverá uma lesão efetiva, ou um resultado naturalístico ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo suficiente a potencialidade ou o perigo do dano. Estamos ainda diante de um *crime de mera atividade* e não de um delito de resultado.

Decorre da natureza do crime e do próprio fenômeno da lavagem de dinheiro a dificuldade de visualizá-lo, pois *não há uma vítima pontual e, tampouco, um único agente do delito*. O concurso de pessoas é indispensável à consecução do delito, o que funciona como fator altamente complicador.⁶ Não se trata de uma simples co-autoria, tampouco de uma *quadrilha ou bando*, mas sim de uma complexa estrutura de pessoas organizadas em torno de

um objetivo comum. Para tanto, tais agentes não precisam estar próximos ou agirem juntos. E normalmente não é isso que ocorre. O lavador de dinheiro em geral está distante do local de consumação do delito antecedente, não se comunica com o executor material deste delito e vale-se da tecnologia para proceder à dissimulação do dinheiro, ou seja, em pouco tempo procede a inúmeras transferências de seu capital, seja pela aplicação do dinheiro *on line*, bolsa de valores seja em *off shore*.

Com a profundidade de Faria Costa (ibidem, p. 67), os personagens do crime que nos preocupa

difícilmente se distinguem uns dos outros – não têm individualidade – e se, por acaso ou interesse do “autor” da obra, nos surge, sob as luzes da boca de cena, um personagem bem recortado que nos dá a satisfação de percebermos quem é, o que faz, ou, pelo menos, o que representa, rapidamente também nos apercebemos do logro dessa amostragem cênica, já que, de súbito, tal como Pigmaleão, o “autor” transforma aquela personagem em uma outra, num constante jogo de mutações, em que nos perdemos, porque nada dominamos, nem sequer o final, o qual, aliás, por abstração, desejo inconfessado do autor e razão de ser da própria peça, não existe.

Trata-se, ainda, de um *crime pluriofensivo*, que tutela uma variedade de bens jurídicos – a doutrina costuma eleger a Justiça, o sistema financeiro e a credibilidade da economia, como bens protegidos pela norma.⁸ Como afirmou Günther Stratenwerth (2002, p. 4), o tipo penal da lavagem de dinheiro

⁷ “Nosso mundo é um lugar onde milhões de dólares podem cruzar o planeta em 1/15 de segundo e, a cada dia, mais de dois trilhões de dólares são movimentados. Assim sendo, o dinheiro gerado a partir das drogas fabricadas na América do Sul pode viajar de uma ilha do Caribe até Londres, passando por Nova York e pela Áustria, antes que você termine de ler este parágrafo” (LILLEY, 2001, p. 15).

⁸ Não discutiremos a definição do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, pois tal estudo escapa dos limites toleráveis para este estudo. Trata-se, ademais, de assunto polêmico e sem definição na doutrina. Por todos, ver a discussão em M. M. Bonfim; E. M. Bonfim (2005, p. 27-32). Ressalte-se apenas que a pluriofensividade dos bens jurídicos consiste num dos marcos diferenciadores entre a lavagem de dinheiro e o delito de receptação.

⁵ E essa realidade não é só brasileira. Wilfried Bottke (in: *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 6) destaca que, de acordo com os dados estatísticos anuais da Alemanha, o número de processos-crimes instaurados pela polícia e de sentenças condenatórias sobre lavagem de dinheiro é muito baixo).

⁶ Carlos Martínez-Buján Pérez (1999, p. 312) entende que a figura penal da lavagem de dinheiro se enquadra na peculiar esfera da criminalidade empresarial, o que repercute na problemática de definição da autoria e da participação.

não protege nenhum bem jurídico tangível. Ele dirige-se contra uma *forma* especialmente perigosa de criminalidade, mesmo contra a sua organização e aproveitamento através de associações criminosas, mas também contra um simples fenômeno concomitante: a tentativa de encobrir com os meios do mercado financeiro, valores patrimoniais obtidos de forma criminosa, para os subtrair à intervenção das autoridades de investigação criminal.

2 A integração do crime de lavagem de dinheiro na estrutura capitalista

O dinheiro é o sangue vital de todas as atividades criminosas; o processo de lavagem pode ser encarado como o coração e os pulmões de todo o sistema, já que permitem [sic] que o dinheiro seja depurado e colocado em circulação pelo organismo todo, garantindo assim sua saúde e sobrevivência.

PETER LILLEY

Convém ainda reconhecer que o fenômeno da reciclagem de bens e valores auferidos com o produto do crime integra-se com perfeição ao mundo capitalista, estando enraizado em fatores criminológicos de altíssima rentabilidade.⁹

Reportamo-nos às atividades criminosas profissionais, equiparadas ao modelo ou estrutura empresarial, típicas, portanto, da produtividade capitalista (ZIEGLER, 1999, p. 39-40).¹⁰ Nesse contexto integram-se organizações criminosas complexas, caracterizadas pela sofisticada circulação do dinhei-

⁹ Numa visão econômica, Moisés Naím (ibidem, p. 11) afirma: “o lucro é uma motivação tão poderosa quanto Deus. As redes de comerciantes de bens ilícitos sem pátria estão mudando o mundo tanto quanto os terroristas – provavelmente mais”.

¹⁰ Sobre o perfeito entrosamento entre o capitalismo e o crime organizado, Jean Ziegler escreveu: “o capitalismo encontra a sua essência no crime organizado. Mais exatamente, o crime organizado constitui a fase paroxística do desenvolvimento do modo de produção e da ideologia capitalistas” [...] “O crime organizado [...] realiza a ‘maximização’ máxima do lucro. Acumula a sua mais-valia a um ritmo alucinante. Opera a cartelização por excelência das suas actividades: nos territórios por si partilhados, os cartéis praticam uma dominação monopolística em proveito próprio. Melhor: criam oligopólios”.

ro ou bens, provenientes de crimes e pela infiltração de agentes criminosos no aparelho do Estado. Não será raro encontrarmos empresas economicamente sadias, cumpridoras de seus deveres fiscais e, inclusive, que contam com a chancela de auditores fiscais. Entretanto, o capital ali investido tem origem ilícita e seu lucro serve para alimentar e incrementar a atividade criminosa da organização.

Como escreveu Peter Lilley,

[...] todo crime baseia-se no dinheiro e a maior parte do crime organizado relaciona-se ao fornecimento de bens e serviços em troca de pagamento. Na extremidade mais distante desse espectro encontra-se o tráfico de drogas; em seguida, existe o comércio de sexo [...]; e não vamos esquecer o tráfico de armas e similares. *Todas essas atividades são conduzidas como empresas (muito lucrativas, aliás) pelos grupos criminosos organizados, gerando assim um interminável fluxo de dinheiro que precisa ser lavado.*

Conquanto sejam conhecidos a prática do crime e o enriquecimento por ele auferido, não se sabe onde tal lucro foi integrado no sistema econômico, pois sempre será possível realizar nova operação de ocultação, que permite o distanciamento dos bens de sua origem criminosa (CAPARRÓS, 1998, p. 412). Este contexto bem poderia ser ilustrado pelas bonecas de madeiras russas, que se encaixam umas dentro das outras – as *matriushkas*.

Ademais, não há grande dificuldade para se abrir uma *empresa fantasma*, muitas vezes com um objeto social e razão social genéricos. Uma vez registrada a pessoa jurídica na Junta Comercial e obtida a autorização do Estado, apta estará para justificar sua existência, lavar o dinheiro por meio de uma burocrática e intangível gerência de bens e atividades aparentemente lícitas, não obstante o capital investido seja ilícito. A partir de então, a *empresa de fachada* pode reciclar fundos conforme o bom desempenho de seu contador.¹¹ A partir de então será

¹¹ Dentre esses profissionais, “incluem [-se] especialistas em lavagem de dinheiro, que se responsabilizam por toda operação mediante o pagamento de uma taxa – e, às vezes, vão além,

possível justificar a saída do dinheiro por meio de – falsos – registros de elevados custos de transportes, ou do subfaturamento de faturas, ou falsas ordens de compras junto a outras *empresas de fachadas* e mediante a emissão de outros documentos legais.

Peter Lilley (ibidem, p. 93) cita o exemplo das empresas de consultoria, que podem

[...] operar em bases globais e receber grandes honorários pelos serviços prestados remetidos por clientes do mundo todo. Estabelecendo essas empresas, os criminosos conse-

atuando como administradores dos bens oriundos da lavagem. Uma legião de advogados e corretores está à disposição para evitar o escrutínio das transações e apoiar seus clientes em eventuais processos judiciais [...] Ainda é relativamente fácil encontrar um advogado disposto a servir como diretor, ou até mesmo, proprietário de uma companhia destinada ao controle de bens que, na realidade, pertencem a uma outra pessoa, que se mantém anônima” (NAÍM, op. cit., p. 133).

Peter Lilley também indica que “as firmas de advocacia estão sendo acusadas de proporcionar a interface respeitável entre o crime organizado e as instituições e estruturas financeiras. O exemplo freqüentemente citado é aquele da abertura de contas em nome de clientes, pelas firmas de advocacia, em bancos onde estas já mantêm bons relacionamentos, evitando assim que a honestidade dos clientes venha a ser questionada” (p. 94). O mesmo Professor inglês refere-se aos contadores: “O papel dos contadores e de consultores profissionais semelhantes quase sempre se localiza no centro das atenções sobre a lavagem de dinheiro e existem boas razões para isso: o reduzido número de denúncias normalmente apresentado por esses profissionais, comparativamente ao fato de suas atividades centralizarem-se principalmente no dinheiro e no conhecimento detalhado dos padrões, das estruturas e dos sistemas financeiros”. E cita um caso de 1998-1999: “[...] a partir de meados de 1994, dois clientes de uma empresa de contabilidade apareciam regularmente no escritório do contador trazendo dinheiro em envelopes de papel manilha ou caixas de sapatos. O contador não emitia recibos pelo dinheiro entregue e simplesmente guardava-o no cofre do escritório até que pudesse imaginar como iria colocá-lo no sistema financeiro. Depois de alguma meditação, o contador abriu contas de pessoa jurídica em nome dos clientes, indicando-os como beneficiários finais e, adicionalmente, contas bancárias pessoais em nome de seus parentes. Em seguida, o contador pulverizou o dinheiro entre essas contas, na tentativa de evitar quaisquer procedimentos que obrigassem à formulação de denúncias. O estágio seguinte envolvia transferir recursos para o exterior – mais uma vez em pequenas somas, para não levantar suspeitas. O dinheiro foi utilizado na aquisição de componentes de veículos, que em seguida foram importados para o país e vendidos com lucro. Adicionalmente, uma parte dos recursos – agora lavados – foi usada na aquisição de imóveis” (p. 95-96).

guem realizar negócios legítimos, pagar os impostos correspondentes e debitar de outras entidades controladas por eles serviços que nunca prestaram.

Qualquer bem que possa ser adquirido à vista, geralmente em grandes quantidades, com alto capital de giro e possa ser vendido com lucro, ou com um pequeno prejuízo, pode ser alvo de uma possível reciclagem de bens e valores. Em abandono do antigo modelo de empresas de *importação e exportação*, “como algumas espécies de aves migratórias, há tempos o dinheiro tem lugares especiais aonde ir quando deseja se reproduzir em paz” (NAÍM, op. cit., p. 133). Determinados negócios têm sido eleitos como preferidos pelos especialistas em lavagem de dinheiro, por movimentarem altos valores em dinheiro vivo, tais como: hotéis, bares, casas noturnas, postos de combustíveis, locadoras de vídeo, parques de diversões, lojas de automóveis, estacionamento de veículos, lavanderias (atividade que explica a origem da expressão *lavagem de dinheiro*), cavalos, bilhetes premiados de loteria, lojas de antiguidades, lojas de varejo, dentre outros.

Desde há muito tempo os agentes criminosos investem dinheiro oriundo do crime nessas atividades comerciais lícitas ou no mercado financeiro, sem que os órgãos de persecução penal tenham buscado resultado diferente da punição por meio da pena privativa de liberdade. Ou seja, apenas na virada do presente século é que a Polícia Judiciária e o Ministério Público brasileiro se voltaram para a preocupação em combater, sistematicamente, o poder financeiro das organizações ou quadrilhas criminosas.

De fato, visualizar tais fenômenos não é tarefa fácil, porquanto tais organizações criam perfeitas “condições para a utilização lícita de bens ou produtos obtidos através de fatos ilícitos” (CANAS, 2004, p. 21),¹² tudo num contexto econômico ambivalente

¹² Como afirmam Angiolo Pellegrini e Paulo José da Costa Júnior (1999, p. 55), “Os muitos caminhos seguidos pela criminalidade organizada, no reinvestimento dos lucros ilicitamente obtidos, tornam particularmente difícil um completo controle do fenômeno ‘reciclagem’”.

caracterizado por uma atividade comercial legítima, mas abastecida por capital ou bens de procedência criminosa. Como se não bastasse essa integração perfeita ao mundo capitalista, há ainda que se atentar para o fato de as empresas constituídas para a lavagem do dinheiro ilícito nunca estarem no nome do chefe da organização criminosa, mas sim em nome de pessoas de seu vínculo de amizade ou de parentesco,¹³ as quais sempre devem ser averiguadas. Nestes termos, no aspecto formal nada vinculará o líder do crime organizado à lavagem de dinheiro.

Trata-se, então, de uma atuação *opaca*, resistente a qualquer observação despreziosa, que não é fruto de uma programação “artesanal, mas antes de um projeto racionalmente elaborado” (FARIA COSTA, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 61, 2001, p. 540).¹⁴ Há, pois, um “*processo relativamente difuso* de ocultação e dissimulação de recursos provenientes de atividades ilícitas” (CANAS, 2004, p. 13). Assim, não é possível reduzir a apenas três fases o processo de lavagem de dinheiro, como já assinalou o GAFI com ampla aceitação da doutrina.¹⁵

¹³ Quem fornece seu nome para figurar como proprietário de uma empresa, constituída com capital ilícito, tendo ciência dessa circunstância pratica o crime previsto no § 2º, do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Para caracterizar tal delito basta que o agente se utilize, com consciência, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores, oriundos dos crimes antecedentes. Frise-se ainda que a simples integração do indivíduo ao grupo, à associação ou ao escritório é suficiente para a tipificação penal em questão.

¹⁴ Ainda na mesma linha do texto, Fabián Caparrós (1998, p. 412) salienta que, conquanto seja conhecida a prática do crime e o enriquecimento por ele auferido, não se sabe onde tal lucro foi integrado no sistema econômico, porquanto sempre será possível realizar nova operação de ocultação, que permite o distanciamento dos bens de sua origem criminosa.

¹⁵ Toda a doutrina descreve o processo de dissimulação do dinheiro criminoso em três etapas: colocação, ocultação e integração – sobre tais estágios, por todos, ver estudo de Mendroni (2005, p. 57-61). Diante do que afirmamos no texto, preferimos a cautela de Vitalino Canas, quando afirma que “este modelo descritivo tradicional das três fases com a configuração apresentada sofre um processo de reavaliação”. Isto porque a lavagem de dinheiro “é hoje uma atividade que pode atingir um grau de sofisticação que só artificialmente se pode reconduzir a um esquema único e mais ou menos linear” (CANAS, op. cit., p. 22).

O panorama que traçamos exige uma radical transformação do trabalho do Fisco. No combate ao delito de lavagem de dinheiro, impõe-se que auditores fiscais, do âmbito Federal ou Estadual, procedam ao mister de fiscalização com o intuito *investigatório* e não como mero cumprimento de rotina. Devem, assim, comparecer ao alvo da lavagem de dinheiro como profissional integrado em equipe de trabalho voltado à investigação criminal, preferencialmente, acompanhados de uma autoridade policial e de um membro do Ministério Público.

3 A repercussão da globalização

A lavagem de dinheiro virtual é uma realidade.

PETER LILLEY

Um segundo fator colaborador à dificuldade da investigação criminal está no *perfeito entrosamento entre a lavagem de dinheiro com a globalização*. Destacamos três aspectos que têm acentuado a opacidade e a complexidade das operações de lavagem de dinheiro: a democratização da tecnologia; a democratização do acesso ao mercado de capitais e a democratização da informação.¹⁶

Sem dúvida, o acesso generalizado aos potentes meios tecnológicos propicia a rápida e eficiente transmissão de dados, que se conjuga com a abertura do mercado de capitais a uma larga faixa da população mundial e o acesso simples e fácil a todo tipo de informação em tempo real, em especial divulgada pela Internet.¹⁷ Este contexto potencializa as oportunidades para se lavar dinheiro, de sorte que se inviabiliza a definição de quais condutas serão empregadas na prática desse delito.

Assim, enquanto as organizações criminosas fazem circular o dinheiro, com muita facilidade, de

¹⁶ Seguimos aqui a excelente apostila elaborada por Pedro Caetano, Euclides Dâmaso Simões e José Mouraz Lopes, durante o Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro do Ministério da Justiça, por intermédio de seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, realizado em Vitória/ES, de 17 a 21 de outubro de 2005.

¹⁷ “A internet é uma dádiva caída do céu” (ZIEGLER, 1999, p. 217).

um país para outro, o Ministério Público e o Poder Judiciário dependem do demorado cumprimento de cartas rogatórias, ou dos acordos burocráticos firmados em convenções, para a obtenção das informações de outros Estados.

No mesmo passo da informática, as instituições financeiras evoluíram. Atualmente adotam toda a sorte de tecnologia, pois é preferível – por ser mais rápido e barato – manter contato com o cliente virtualmente; esteja onde ele estiver sempre será possível fazer uma instantânea transação bancária. Daí ser possível concluir que “os ‘lados sombrios’ do progresso determinam, cada vez mais, a dinâmica social” (MALIANDI, apud FARIA COSTA, op. cit., p. 63). E tal cenário é muito útil para quem pretende lavar dinheiro, não obstante todas as recomendações e cuidados preventivos impostos às instituições financeiras.¹⁸

Como resultado da globalização, os países firmaram acordos, abriram suas economias, facilitaram a comunicação financeira uns com os outros, mediante a união de instituições ou a consagração de parcerias, além do surgimento de novos produtos, como os cartões ATM. Criou-se, então, uma estrutura financeira, não mais local, de difícil monitoramento.

4 A falta de legitimidade da lei de lavagem de dinheiro

Numa terceira análise, colocamos em dúvida a legitimidade da Lei de Lavagem de Dinheiro por parte dos operadores do Direito Penal.

Não temos dúvidas que o Estado tem interesse no confisco das vantagens auferidas pelos criminosos, nomeadamente quando o capital ou o patrimônio deriva da atuação de organizações criminosas.¹⁹ Contudo, a Lei Processual Penal já dispõe de mecanismos hábeis para a recuperação de tais

vantagens, como a *busca e apreensão*, o *arresto* e o *seqüestro*. Numa perspectiva prática, não raras vezes, a Polícia Judiciária investiga o crime praticado, elucida a autoria, a materialidade dos fatos e relega para a Magistratura deliberar sobre os bens auferidos com o crime, e ao Ministério Público a decisão de prosseguir, ou não, a investigação sobre a origem e o destino dado aos bens encontrados com os agentes dos delitos.

Portanto, numa visão míope, distante do macroproblema em que está envolto o crime de lavagem de dinheiro, *não se reconhece a autonomia do crime de lavagem de dinheiro*, que fica, inclusive, sem um bem jurídico independente a ser tutelado. Para essa corrente de pensamento, o crime de lavagem de dinheiro

[...] afeta o mesmo bem jurídico do delito antecedente, apenas prolongando e aumentando a lesão anterior. Assim, no caso de uma lavagem proveniente de tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico protegido seria a saúde pública e assim sucessivamente quanto aos demais delitos antecedentes. (BONFIM, M. M.; BONFIM, E. M., op. cit., p. 28).

Discordamos, com veemência, desse estatuto de acessoriedade que se empresta à lavagem de dinheiro. O fato de haver sempre um delito antecedente não abala o estatuto de autonomia do crime e todas as normas processuais penais dele derivadas para sua repressão, mormente aquelas regras destinadas à prevenção do crime.²⁰

O entendimento contrário, inclusive, deságua numa interpretação equivocada na solução do *curso de crimes* entre a lavagem de dinheiro e o delito antecedente, pois se tem defendido a impossibilidade de se punir o mesmo agente pela prática dos dois crimes – o antecedente e a lavagem de dinheiro. Nesse sentido a posição de Vicente Greco Filho

¹⁸ Sobre esse assunto, ver Brandão (2002).

¹⁹ A atuação do Ministério da Justiça, por meio do COAF e do D.R.C.I. (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional), representa o esforço exemplar do Poder Executivo no mister de combater e recuperar bens e capitais relacionados com a lavagem de dinheiro.

²⁰ Com outro entendimento, Fábio D'Avilla interpreta o crime antecedente como elementar do tipo penal do delito de lavagem de dinheiro. E, assim, aquele deve estar plenamente provado para sua perfeita caracterização (“A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais”, *Boletim IBCCRIM*, ano 7, n. 79, jun. 1999, p. 4).

(2006, p. 163), para quem “a lavagem de dinheiro não tutela bem jurídico nuclear, mas bem jurídico periférico ou satélite, no caso, do crime antecedente. O crime de lavagem não tem existência própria; depende da existência do crime antecedente, a cuja existência está condicionado”. Por conseguinte, “não há como imputar a quem pratica o crime de antecedente também o crime de lavagem”.

Ocorre que a Lei de Lavagem de Dinheiro não veda o concurso de crimes ao agente, que também pratica o crime de lavagem de dinheiro e nem poderia, pois os bens jurídicos violados, como já mencionado, são – e muito – distintos.²¹

Existe ainda outro fator complicador no plano teórico.

5 O conceito jurídico de organização criminosa
Definir crime organizado é como tentar pegar um escorregadio peixe vivo!
 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL
 (1998, p. 101)

A Lei nº 9.613/98 optou por elencar um rol de crimes antecedentes para justificar a lavagem de dinheiro. Para caracterizar este delito, apenas aqueles expressamente previstos no rol – *critério do catálogo* – podem originar o capital ilícito a ser dissimulado, o que, aliás, explica a denominação de *delito derivado*.

²¹ No mesmo sentido, García (op. cit., p. 164). Mendroni (2002, p. 37), com didática, exemplifica no mesmo sentido do texto: “haveria absoluta incongruência lógico-penal em casos em que a punição do crime antecedente reveste-se de evidente menor gravidade do que o crime de lavagem de dinheiro. Tome-se o exemplo do agente que auferiu consideráveis ganhos [...] em decorrência da prática de crime de peculato, corrupção ou concussão (penas mínimas: dois anos de reclusão) podendo ele ser processado pela prática de lavagem de dinheiro, cuja pena mínima é de três anos de reclusão, além de seqüestro e confisco dos bens; poderia ele, neste caso, em tese ‘optar’ por ser processado somente pelo primeiro, com pena mais branda, confessando espontaneamente a sua conduta. Assim se veria isento de ser processado pelo crime de lavagem de dinheiro e ainda sem o confisco dos seus bens nos termos da mais rigorosa e eficiente legislação”.

A opção do legislador não é analisada sem polêmica. Nas legislações de outros países não foi previsto um rol de crimes antecedentes para justificar a lavagem de dinheiro, tendo sido adotado o critério da gravidade do delito prévio. Nesse sentido, aliás, a 4ª Recomendação do GAFI – na versão de 1996 – e a Decisão-quadro (art. 1º, alínea b) do Conselho da União Européia,²² que obrigou os Estados-membros a considerarem como infrações penais graves aquelas punidas com pena privativa de liberdade ou medida de segurança com duração máxima superior a um ano. E o anteprojeto de alteração da Lei nº 9.613/98 procura adaptar o ordenamento jurídico brasileiro a essa realidade mundial.

Dentre os crimes antecedentes, o inciso VII, do art. 1º, da Lei nº 9.613/98 prevê os praticados por *organização criminosa*. Assim, qualquer crime cometido por uma organização criminosa, mesmo que não incluído no taxativo rol de delito antecedente, como estelionato, sonegação fiscal,²³ roubo, receptação, crimes militares etc., pode justificar a caracterização do tipo penal de lavagem de dinheiro.

A dificuldade tem sido justificar na doutrina a possibilidade de aplicar o inciso VII, do art. 1º, da Lei como crime antecedente. Referimo-nos a um fenômeno que hoje alcançou uma dimensão sem qualquer precedente e que, sobretudo, afeta a quase totalidade dos países,²⁴ sem que,

[...] no momento – com Claus Roxin²⁵ – exista um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro com uma mínima capacidade de consenso. Tão somente dispomos de heterogêneas descrições sobre um fenômeno que até agora não tem sido abordado com precisão.

²² Decisão-Quadro do Conselho da União Européia, de 26 de junho de 2001, relativa à lavagem de dinheiro, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime. Sobre isso, ver o trabalho de Caieiro (2003, p. 1.069).

²³ Sobre esse delito, ver as corretas considerações de Silva. (*Boletim IBCCRIM*, ano 9, n. 107, p. 19-20).

²⁴ Pradel (*Revue Internationale de Droit Pénal*, n. 69, p. 701, 1998).

²⁵ Claus Roxin (*Revista Penal*, n. 2, p. 65, 1972).

A doutrina, assim, procura definir a criminalidade organizada por meio de seus mais grossos contornos. Para o mesmo penalista alemão, um aparelho organizado de poder – *organisatorischer Machtapparat* – deve estar caracterizado por uma estrutura fundada na *rígida organização*, na qual deve haver a *fungibilidade* do executor material, além de seus objetivos estarem orientados *contra o ordenamento jurídico estatal*, de forma a transgredir as leis penais.²⁶

De outra forma, o professor Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 1.160-1.162).²⁷ indica os seguintes elementos comuns às diferentes modalidades de associações criminosas:

[a)] a existência de uma *associação, grupo ou organização*; [b)] “indispensável que a organização tenha *uma certa duração*; [c)] tem de existir, em terceiro lugar, um *mínimo de estrutura organizatória* [...] uma certa *estabilidade ou permanência* das pessoas que compõem a organização; [d)] indispensável é, em quarto lugar, a existência de um *qualquer processo de formação da vontade colectiva*; [e)] e finalmente, a existência de um sentimento comum de ligação por parte dos membros da associação (não, ou não só, ao seu chefe ou

líder, se o houver, mas, ou também) a algo que, transcendendo-os, se apresenta como uma unidade diferente de qualquer uma das individualidades componentes.

Entre nós, Nelson Hungria (v. IX, p. 177, 1959), definia o fenômeno das *associações criminosas* como “reunião estável ou permanente (o que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”.

Aliados às doutrinas citadas, diferente do que tem sido escrito no Brasil sobre essa polêmica, entendemos ser necessário haver uma definição do fenômeno organização criminosa. Discordamos ser “tolice” pacificar um conceito legal. O fato de haver uma diversidade de organizações criminosas, com distintos *modus operandi* no vasto território brasileiro, e ainda a situação de um conceito legal, de certa forma, engessar os contornos do fenômeno, “restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois, elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante”,²⁸ não nos parecem argumentos convincentes.

Uma definição jurídica no seio da legislação nacional sobre as organizações criminosas não implica inviabilizar sua caracterização e repressão, porquanto tal conceito coloca o foco em suas características nacionais uniformes. Como linhas mestras de toda organização criminosa podemos citar o objetivo de lucro e a organização estruturada em células, mas sempre fincada numa hierarquia, distantes, portanto, da mera co-autoria ou mesmo da estabilidade de uma associação criminosa ou de uma quadrilha/bando.

De outro lado, na medida em que dispositivos processuais penais e, sobretudo, a Lei de Lavagem

²⁶ *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* [Título original Täterschaft und Tatherrschaft] (2000, p. 278). Para demonstrar a validade do fundamento da *fungibilidade do executor material*, Roxin propõe a seguinte situação: quando um atentado apenas tem êxito na quarta tentativa, o delito deve ser imputado ao chefe do movimento clandestino como fato seu, pois este pode planejar desde o início a repetição das tentativas quantas vezes forem necessárias, sem que entre sua vontade e o êxito do crime possa interpor-se a decisão de vontade de um indivíduo (ibidem).

²⁷ Transcrevemos a definição do art. 2990 do CP português: “1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2. Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. [...]”

²⁸ MENDRONI, Marcelo. *Crime organizado*. Aspectos gerais e mecanismos legais, op. cit., p. 7. Nessa obra, encontramos uma defesa fechada pela não definição do fenômeno organização criminosa. Preferimos a defesa de Hans Joaquim Schneider (*Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, 1993, p. 725) a favor de um conceito não fixo, pois “o conceito de criminalidade organizada é um tipo ideal, uma generalização, que provavelmente não existe em forma pura, mas que, apesar disso, representa um recurso heurístico útil para a análise científica” (Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada).

de Dinheiro referem-se às organizações criminosas, seja para autorizar um instrumento de investigação criminal ou para tipificar uma conduta criminosa, em obediência ao princípio da legalidade do direito penal, torna-se imprescindível o prévio conceito legal do fenômeno.

Discussões à parte, no Brasil as organizações criminosas deixaram de ser um fato meramente sociológico para serem introduzidas ao ordenamento jurídico positivo, por meio da Convenção de Palermo da ONU. O art. 2º desta Convenção, de 15 de novembro de 2000, aprovada pelo Decreto-lei. 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, definiu *Grupo criminoso organizado* como

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Parece-nos, assim, não ter mais razão para equiparar, por força da Lei nº 9.034/95, as organizações criminosas ao conceito delineado pelo art. 288 do Código Penal – o crime de formação de quadrilha ou bando.²⁹ O conceito consagrado na Convenção de Palermo atende ao princípio da legalidade, harmoniza a nossa legislação à dos demais países e não fecha, com rigor, os contornos do que vem a ser uma organização criminosa, por se tratar de definição aberta, para não escrever genérica.

6 A investigação criminal

O que é importante não é saber se se produziu com o estelionato ou o furto um ‘capital’ ilícito de particular relevo quantitativo, mas perceber se o enriquecimento é ou não controlado pelos detentores do poder público.

JOSÉ DE FARIA COSTA

²⁹ Posição esta de Maia (2004, p. 78).

Há ainda um quarto fator, mais relacionado com a *persecução penal e a dificuldade de entrosamento dos órgãos de controle*.

Não se pode olvidar que o crime de lavagem de dinheiro reclama uma investigação de inteligência, de gabinete, mais burocrática, mas que não dispensa as providências tradicionais de investigação de campo, tradicionalmente executadas pela Polícia Judiciária.

Contudo, desde o início da investigação há que se ter um órgão da persecução penal que possa ter uma *visão de futuro* da ação penal a ser proposta, com a capacidade de prever os argumentos da Defesa, na medida em que estamos diante de fatos ilícitos com aparência de lícitos. Todo o panorama reclama a necessidade da atuação do Ministério Público desde a fase da investigação preliminar, sem prejuízo da harmônica e importante atuação da Polícia Judiciária, nomeadamente em busca da definição do crime antecedente.

Mesmo porque, como bem ponderou o eminente desembargador federal Nelton dos Santos,³⁰ não é

[...] razoável interpretar a Constituição no sentido de que o Ministério Público, o Poder Judiciário e, enfim, todo o mecanismo estatal de repressão do crime fiquem na inteira dependência da atividade investigatória desenvolvida pela polícia. Sim, porque parece ser exatamente esse entendimento esposado pela 2ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal [...].

E prossegue o eminente Desembargador:

[...] não é preciso muita cogitação para perceber-se que, atribuindo-se a atividade investigatória exclusivamente à polícia, o próprio êxito da jurisdição criminal ficaria comprometido. Sem uma investigação bem dirigida e realizada, seguramente não haverá elementos para o oferecimento da denúncia; e sem esta

³⁰ TFR, 3ª Região, HC nº 14.691, Proc. 2003.03.00.011744-3, 1ª T., Relator Des. Nelton Santos, 6ª Vara Criminal de São Paulo, j. 10.06.2003, DJU 18.06.2003, p. 349. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br>. Acesso em: 25 jun. 2007.

não se pune ou se previne a prática de outros crimes. [...] os problemas da polícia para a apuração de determinados delitos são ainda maiores. É o que ocorre, *verbi gratia*, nos crimes de colarinho branco ou naqueles em que a boa investigação depende de tecnologia avançada e cara. Qual é a estrutura da polícia para a investigação de tais crimes? Qual é o preparo que, de um modo geral, se dá aos agentes policiais? Quais são as condições que se oferecem à polícia para que cumpra satisfatoriamente suas funções?

As considerações anteriores são exatas para o caso da investigação do crime de lavagem de dinheiro.

Ocorre que as dificuldades do Ministério Público no desempenho de suas constitucionais funções de requisitar, acompanhar e até mesmo produzir as provas necessárias à dedução da ação penal são as mesmas que existem no seio da doutrina para consagrar tal mister como exercício legítimo de um direito institucional.

Enquanto outros países conferem ao Ministério Público poderes legais para obter informações bancárias; bloquear numerários em contas correntes, apreender objetos, infiltrar agentes, dentre outras providências, a serem sempre ratificadas pelo juiz, em prazo de 24 ou 48 horas, o Direito pátrio perde-se em discussões sobre a possibilidade de o órgão ministerial atuar, por si só, na fase de investigação criminal. Tudo com os aplausos dos “Senhores do Crime”³¹ e de seus patronos.

Considerações finais

O início e o avanço do combate ao fenômeno criminoso da *lavagem de dinheiro* devem-se à preocupação mundial com a reciclagem de dinheiro proveniente, sobretudo, do tráfico de drogas, que culminou com a Convenção de Viena, em 20 de dezembro de 1988. Os subscritores desta Convenção pas-

saram a adotar em seus países, com variações, legislações harmônicas com o texto elaborado em Viena. E essa harmonização afigura-se como uma eficiente técnica legislativa de combate a um devastador fenômeno global, mas que requer constante atualização.

Nesse sentido, mister adaptar ainda mais a legislação brasileira à realidade mundial, nos exatos termos da Recomendação do GAFI, que remonta a 1996, e da Ação Comum do Conselho da União Européia, de 3 de dezembro de 1998, eliminando-se – tal como propõe o anteprojeto de alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro – o taxativo rol de crimes antecedentes, sendo suficiente referir-se o diploma legal aos principais delitos precedentes já contemplados na Lei nº 9.613/98, mas também aos delitos punidos com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a cinco anos.³²

Não se pode pensar, porém, que o Direito Penal aprimorado, harmônico com a realidade mundial e evoluído será suficiente para erradicar o crime de lavagem de dinheiro entre nós. O Direito penal não pode ser o instrumento único ao combate a esse tipo de delito financeiro, mesmo porque a concepção correta da ciência criminal sempre foi a da intervenção como *ultima ratio*. É preciso que haja verdadeira *vontade política*, em todas as perspectivas, para o intenso e real combate ao crime de lavagem de dinheiro. Assim, por exemplo, é fundamental que as autoridades administrativas tenham um efetivo controle da circulação e mercado de capitais, punindo as instituições financeiras e imobiliárias que deixem de comunicar operações financeiras e aquisições suspeitas. Tais punições precisam ser divulgadas e expandidas. Sem este envolvimento, sobretudo das instituições financeiras, a Lei de Lavagem de Dinheiro sempre será ineficaz.

De outro lado, o Congresso Nacional não pode desconhecer a gravidade do fenômeno e editar leis que autorizem atividades sabidamente oriundas de

meios e operações criminosas, como o funcionamento de bingos, máquinas de caça-níqueis, dentre outras tantas providências. E juntas comerciais não devem autorizar o registro de empresas com razão social e objeto genéricos ou imprecisos.

Ao consagrar ainda a autonomia³³ ao crime de lavagem de dinheiro, importante a aplicação do § 1º, do art. 2º da Lei nº 9.613/98, que exige suficiência de indícios de autoria do delito antecedente para a caracterização da *lavagem*. É viável que não seja possível oferecer ação penal com relação ao crime antecedente, por falta de elementos, mas seja o suficiente para a acusação concernente ao delito de lavagem de dinheiro. Inclusive, viável ainda que o autor deste último delito não tenha sequer participado ou concorrido, de qualquer forma, para a prática do crime antecedente, pois é “inexigível que o autor do crime acessório tenha concorrido para a prática do crime principal, desde que tenha co-

³³ Essa autonomia foi uma opção legislativa que visou “garantir a pretensão punitiva estatal concernente à lavagem de dinheiro, entendendo eventuais óbices do processo do delito antecedente não prejudicariam a apuração do crime da Lei nº 9.613/98, resguardando a possibilidade de punição dessa prática delitativa que de forma cada vez mais audaciosa e sofisticada assola o Estado Brasileiro”. Por essa razão, inclusive, “o procedimento relativo à infração antecedente pode estar sujeito à jurisdição de outro país” (Rel. Min. Gilson Dipp, HC 59.663/SP, 5ª T., j. 07.12.2006, DJ 05.02.2007, p. 279). Frise-se ainda que a Lei nº 9.613/98 não consagrou o *princípio da reciprocidade* e, assim, basta que a conduta praticada no exterior tipifique um dos delitos previstos no rol dos delitos antecedentes e também gere recursos ou vantagens a serem ocultados ou dissimulados (nesse sentido: TFR, 2ª R. – ACR 2002.51.01.510890-4 RJ, Rel. Juiz Abel Gomes, DJU 16.01.2006, p. 74 – contra este entendimento: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 122-124). Escreveu ainda o Min. Gilson Dipp, especialista nesta matéria: “presente a prova da materialidade do crime antecedente, o delito de lavagem de dinheiro é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente, até porque, se não verificados os elementos indicadores da autoria, de fato não se poderá instaurar a persecução penal quanto ao delito anterior”. Assim, para fechar esta nota, da mesma forma que a atipicidade da conduta referente ao delito antecedente, as causas de exclusão da antijuridicidade – e não as causas de isenção de pena – afastam qualquer possibilidade de ocorrer a lavagem de dinheiro – neste sentido: Pitombo, op. cit., p. 121.

nhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores”³⁴.

Ressalte-se, porém,

[...] o disposto no art. 2º, II, da Lei 9.613/98 não permite ao juiz penal fechar os olhos ao nexo substancial, entre o crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro, devendo inteirarse, ao máximo, do processo do delito prévio, para julgar o mérito da causa, atinente à prática da lavagem de dinheiro.

Não se pode exigir prova plena do crime antecedente, sendo bastante sua comprovação mediante uma base probatória mínima, sem que se faça necessária a prolação de sentença condenatória daquele delito anterior. Não se trata de mera suspeita, de suposição ou simples conjectura do delito precedente, mas sim de uma sucessão ou uma pluralidade de indícios capazes de gerar segurança ao convencimento do julgador responsável pelo julgamento do crime de lavagem de dinheiro.

Todas as reflexões deste pequeno estudo deságuam na necessidade dos órgãos de controle – a Polícia Judiciária e o Ministério Público – combaterem a criminalidade, em especial a empresarial e/ou organizada, pela asfixia dos seus lucros ilícitamente obtidos. O tráfico de drogas, o tráfico de pessoas e o de armas, assim como os roubos, os cartéis da criminalidade econômica organizada, entre outros tantos delitos, não serão aniquilados. Daí a imperiosa missão de eleger os mecanismos antilavagem de dinheiro como melhor forma de combater a criminalidade.

LEMOS JÚNIOR, A. P. de. A reflection on difficulties of criminal investigation of money laundering. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 23-35, jul./dez. 2007.

• ABSTRACT: Actually, no one has doubts about the importance to combat the crime qualified as money laundry. It is well recognized the integration

³¹ Expressão que dá título à obra de Ziegler (1999), *Os senhores do crime. As novas máfias contra a democracia*.

³² É, por exemplo, o caso de Portugal. Cf. Simões (*AquilaFuente*, n. 38, p. 189).

³⁴ Min. Paulo Medina, HC 44.339/SP, 6ª T., j. 06.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 309. No mesmo sentido: RO em MS 16.813/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 23.06.2004, DJ 02.08.2004, p. 433.

of the money generated by the crime on the world economy and the Brazilian as well. In this scenery, analytically, we proposed to discuss the reason by which the investigation level and condensation referring to those crimes is so reduced. The answer is based on the special characteristics of the crime in question as well as on the difficulties referring to the criminal investigation.

- KEYWORDS: Money laundering. Difficulty and complexity criminal investigation.

Referências bibliográficas

BONFIM, Márcia M.M.; BONFIM, Edilson M. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, n. 2, 1998.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CAEIRO, Pedro. A *Decisão-Quadro do Conselho*, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAEIRO, Pedro; SIMÕES, Euclides Damaso; Lopes, José Mouraz. *Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro* do Ministério da Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Vitória/ES, de 17 a 21 de outubro de 2005.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPARRÓS, Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

D'AVILLA, Fábio. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais, *Boletim IBCCRIM* 79, ano 7, jun. 1999.

DAVIN, João. O branqueamento de capitais. *Revista do Ministério Público*, n. 91, jul.-set. 2002, Lisboa.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FARIA COSTA, José de. O branqueamento de capitais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992. v. LXVIII.

_____. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 61, 2001.

GARCÍA, Felipe Renart. El blanqueo de capitales em el derecho suizo. *Revista Del Poder Judicial*, n. 50, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. Coords. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MALIANDI, Ricardo. Diálogo científico. In: FARIA COSTA, José de. *O branqueamento de capitais*, 1992.

MENDRONI, Marcelo B. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Crime organizado*. Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAÍM, Moisés. *Ilícito*. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2006.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Criminalidade organizada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

PEREZ, Carlos Martínez-Buján. Blaqueo de bienes. *Derecho penal económico*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2003.

PRADEL, Jean. Los sistemas penales frente al reto del crime organizado. *Revue Internationale de Droit Pénal*. Trad. J.L. de la Cuesta, AIDP, n. 69, 3º e 4º trimestres, Èrès, 1998.

REVUE Internationale de Droit Pénal. Trad. Isidoro Blanco Cordero, Colloque préparatoire Alexandrie, 8 a 12 novembro 1997, n. 69 (1-2), 1998.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. [Título original *Täterschaft und*

Tatherrschaft]. Trad. espanhola de Joaquín C. Contreras e J. Luis S. G. de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Revista Penal*, Barcelona: Bosch, n. 2, 1972.

SCHNEIDER, Hans Joaquim. Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. *Revista de Derecho penal y criminología*, Madrid, n. 3, 1993.

SILVA, Ângelo Roberto I. da. Crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal. *Boletim IBCCRIM*, ano 9, n. 107.

SIMÕES, Euclides Damaso. Leis portuguesas de combate ao branqueamento (conteúdo e evolução histórica). *Aquilafuente*, n. 38. Ediciones Universidad de Salamanca.

STRATENWERTH, Günther. A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça – texto não publicado, apresentado no *Colóquio Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada*. Trad. Augusto Silva Dias. Lisboa, 2002.

ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*. As novas máfias contra a democracia. Trad. Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1999.

Execução da Pena Privativa de Liberdade para Mulheres A Urgência de Regime Especial

Ela Wiecko V. de CASTILHO*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O crescimento da população carcerária feminina e o seu perfil nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. 2 O crescimento da população carcerária feminina estrangeira. 3 As condições de encarceramento das mulheres. 4 As disposições legais existentes que regulam o cumprimento de penas privativas de liberdade por mulheres. 5 A aplicação desigual da lei de execução penal. 6 Regime especial para o cumprimento de penas pelas mulheres. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O crescimento contínuo da população de prisões femininas chama a atenção para a necessidade de soluções imediatas para vários problemas específicos referentes ao cárcere de mulheres. Estudos mostram que o ambiente das prisões exerce um poder discriminativo e opressivo sobre as mulheres, ainda mais estigmatizado do que para homens. Este artigo alerta sobre os dois lados deste problema: a natureza fáctica, a origem das dificuldades relacionadas ao crescimento da criminalidade e o cárcere de mulheres, e a natureza legal, constituída nas normas explícitas insuficientes para garantir a efetividade de direitos de cárcere para mulheres. Para isso, são apresentados dados de estudos demográficos que comprovam o real crescimento da população feminina nas prisões e a presença de um número expressivo de mulheres em idade reprodutiva e com filhos, que indica a necessidade de execução criminal que respeite os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como o direito de viver com os filhos. Ainda na análise do aspecto fáctico do cárcere de mulheres, podemos observar muitas providências que são necessárias para sanarmos as deficiências dos direitos fundamentais. Na natureza legal, apesar das garantias dos direitos dos prisioneiros, sob Constituição Federal, Código Penal e Lei de Execução Criminal, a execução da pena ainda enfoca os

prisioneiros homens e tem aplicação diferente, especialmente com relação aos direitos sexuais, relacionamentos reprodutivos e familiares das mulheres presas. É necessário, portanto, uma revisão da Lei Criminal de Execuções a fim de explicitar na legislação, os direitos das mulheres prisioneiras, para garantir a efetividade, definindo, ainda, os acordos especiais para implementação da penalidade das mulheres.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Execução penal. Penas privativas de liberdade. Regime especial. Mulheres.

Introdução

A Constituição estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei. Sob essa justificativa as leis, quando se referem às pessoas, continuam a ser escritas no gênero masculino. Exemplo marcante é a Lei de Execução Penal, que se utiliza largamente das palavras condenado, interno, recluso. Pouquíssimas disposições fazem menção à condenada, de tal forma que dá a impressão de que apenas essas são aplicáveis às mulheres. Não é o que se pode extrair da interpretação sistemática da legislação, mas é a mensagem subliminar que resulta da situação de desigualdade material vivenciada pelas mulheres, encarceradas ou não.

* Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penitenciário e Criminologia, atualmente vinculada à Universidade de Brasília. Subprocuradora-geral da República e Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, com assento no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, no Conselho Federal do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e no Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996).

É preciso reconhecer, todavia, que mulheres não tinham relevância na população carcerária, à época da edição da lei. Para se ter uma idéia, dez anos após, em 1994, o Censo Penitenciário indicava 3.191 mulheres reclusas ante 83.024 homens reclusos, perfazendo apenas 3,69% do total de encarcerados. Essa porcentagem não se diferenciava muito daquela existente em outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, as mulheres constituíam, até 1982, 4,4% da população carcerária (MEIRELLES, 2006, p. 164).

Atualmente a situação mudou. A porcentagem brasileira vem crescendo paulatinamente (HOWARD, 2006, p. 32). Mesmo que permanecesse a mesma, considerando o aumento geral da população encarcerada, os problemas específicos do encarceramento de mulheres há muito identificados, mas não enfrentados, exigem soluções imediatas, sob pena de se multiplicarem rebeliões tais como as ocorridas em São Paulo, nos anos 2002, 2003 e 2004 (ibidem, p. 119) e em Rondônia, em 2006.

Outro aspecto deve ser considerado. Estudo das Nações Unidas, de 2004 (apud HOWARD, 2006, p. 80), afirma que "as presas mulheres tendem a sofrer física e mentalmente em graus e com severidade que excedem, de longe, os presos ou as mulheres da população em geral". Isso pode estar relacionado às razões pelas quais foram encarceradas, como, por exemplo, condenações por condutas praticadas em reação a um contexto de violência reiterada. Joane Belknap (apud MEIRELLES, 2006, p. 163), nos Estados Unidos, ressalta serem mais severas as condições de cumprimento das penas privativas de liberdade das mulheres, em decorrência da deficiência nos serviços de reabilitação, educação, saúde e lazer.

De acordo com García (1998, p. 64), a prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas conseqüências para sua família, na forma como o Judiciário reage em face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio. Por isso, a prisão estigmatiza muito mais as mulheres do que os homens.

Esta exposição tem por objetivo chamar atenção para dois tipos de problema: um de natureza fática e outro de natureza jurídica. De um lado, o fe-

nômeno da crescente criminalização das mulheres e o conseqüente encarceramento, que se realiza predominantemente em cadeias e distritos policiais; de outro, a insuficiência das disposições normativas para assegurar de forma efetiva os direitos específicos das mulheres não atingidos pela perda de liberdade.

1 O crescimento da população carcerária feminina e o seu perfil nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro

De acordo com os dados coletados pela sociedade civil para o Contra-Informe ao VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 2006, p. 11), as mulheres encarceradas representavam 4,5% da população prisional (14.058 entre 308.786 pessoas) e, entre 2000 e 2006, tiveram uma taxa de crescimento de 135,37%, bem superior à dos homens que foi de 53,36%.

Em São Paulo, onde se concentra o maior número de presos e presas, segundo dados publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen, 2007), as mulheres encarceradas representavam, em 2006, 6,7% da população prisional.

A análise das estatísticas revela uma taxa de crescimento constante da população encarcerada no Brasil, em estabelecimentos penitenciários e prisionais, bem como a elevação da porcentagem de presas. No Estado de São Paulo a porcentagem de mulheres encarceradas é mais alta do que a porcentagem média nacional e vem aumentando de forma mais acelerada. De modo que, atualmente, os problemas estão se agudizando naquele Estado da Federação. O segundo Estado com maior número de mulheres presas é o Rio de Janeiro. Nesses dois Estados, nos últimos sete anos, foram realizadas pesquisas de resultados muito valiosos para orientar a elaboração e execução de políticas penitenciárias e prisionais específicas para mulheres.

O perfil demográfico e sociocultural das prisioneiras do Rio de Janeiro, de acordo com Ilgenfritz (2003) é o seguinte: 76,1% das presas têm entre 18 e 39 anos. Mulheres negras (pardas e pretas), assim como as mulheres mais jovens, estão sobre-representadas no sistema carcerário fluminense (56,5%), taxa que já foi bem mais alta em 1988. O perfil educacional é

muito baixo, 68,5% das mulheres encarceradas nunca freqüentaram escola ou têm somente primeiro grau incompleto e 12,6% se disseram analfabetas. Há uma absoluta predominância de brasileiras urbanas, sobretudo do Rio de Janeiro e de outros Estados da Região Sudeste. Antes da prisão 94,1% das mulheres já haviam trabalhado em alguma atividade de baixa qualificação, 54% das quais informaram ter começado a trabalhar antes dos 16 anos.

A violência é um elemento constante na vida das mulheres encarceradas, do ponto de vista da experiência individual e dos parentes próximos. Mais de 95% foram vítimas de violência em alguma das seguintes situações: a) na infância, por parte dos responsáveis; b) na vida adulta, por parte dos maridos/companheiros e c) quando foram presas, por parte de policiais civis, militares ou federais.

Os crimes pelos quais estão presas são, em primeiro lugar, os associados a drogas (56,1%) e, em segundo lugar, roubo (18,5%).

Quanto ao perfil demográfico e sociocultural das prisioneiras de São Paulo, pesquisa conduzida pela Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel de Amparo ao Preso (Funap), em 2002 (apud HOWARD, 2006, p. 23), 75% das presas têm entre 18 e 34 anos, 53% são negras (pardas e pretas), 65% não completaram o ensino fundamental e 7% são analfabetas. A maioria é originária do Estado de São Paulo e é solteira (54%). Todavia, só 18% não tinham filhos. Das mães, 66% declararam conviver com seus filhos ao serem presas. No que diz respeito ao crime praticado, predomina o tráfico de entorpecentes (44%), seguido do roubo (40%).

Nos dois Estados os perfis da mulher encarcerada são muito semelhantes. Chama a atenção o número expressivo de mulheres em idade reprodutiva e de mulheres com filhos, características relevantes para uma execução penal que respeite os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como o direito à convivência com os filhos.

2 O crescimento da população carcerária feminina estrangeira

De acordo com dados do DEPEN, em 4 de dezembro de 2006, havia 2.070 presos estrangeiros no País, sendo 1.717 homens e 353 mulheres.

Os Estados com maior número de presos estrangeiros são, em primeiro lugar, São Paulo, com 1.077 (883 homens e 194 mulheres); em segundo, Mato Grosso do Sul, com 335 (249 homens e 86 mulheres); em terceiro, Paraná, com 105 (98 homens e 7 mulheres), em quarto, Rio de Janeiro, com 99 (83 homens e 16 mulheres), seguidos do Rio Grande do Sul, Acre, Amazonas, Mato Grosso e Santa Catarina. Nos demais Estados o número é insignificante.

No mês de junho de 2007, no Estado de São Paulo, eram 1.487, sendo 1.125 homens e 362 mulheres.

Embora a porcentagem dos presos estrangeiros seja pequena, impressiona a evolução crescente. Em São Paulo, em seis meses foram presos 242 homens e 168 mulheres. O aumento da população feminina é proporcionalmente maior.

3 As condições de encarceramento das mulheres

As péssimas condições físicas de encarceramento, o tratamento discriminatório das mulheres presas e as violações de direitos fundamentais, em especial da saúde e da maternidade, foram denunciados num Encontro promovido pela Associação Juizes para a Democracia (AJD), Colibri, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP – Comissão da Mulher Advogada e Comissão de Direitos Humanos), em setembro de 2001, na cidade de São Paulo. Foi o início de um movimento que já apresenta resultados visíveis, que ultrapassou os limites do Estado e envolveu a Secretaria de Política para as Mulheres e o Ministério da Justiça. Entre esses resultados, registro: a Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo que viabilizou às presas o direito a visitas íntimas;¹ o Aviso 269/02, do Procurador-geral de Justi-

¹Resolução SAP 96, de 27 de dezembro de 2001, que regulamenta o exercício de visita íntima às mulheres presas. Entretanto, desde 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) já recomendara aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres fosse assegurado o direito a visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais (Resolução nº 1, de 30 de março de 1999).

ça de São Paulo recomendando aos promotores de Justiça com exercício junto às Varas da Infância e Juventude que procedam à consulta aos estabelecimentos prisionais para a intimação pessoal das mães em ações de estado relativas a seus filhos; a edição da Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, que aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que menciona expressamente ações de promoção da saúde da mulher;² a revisão, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), das Diretrizes para Elaboração de Projetos e Construção de Unidades Penais no Brasil;³ a instituição pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) de comissão para elaborar as Diretrizes Básicas para Mulheres Encarceradas;⁴ criação de Grupo Interministerial para estudar propostas para a reorganização e reformulação do Sistema Prisional Feminino;⁵ os Indultos Natalinos de 2004 e 2005 que contemplaram condenadas;⁶ a Recomendação do MPF/SP para realização de exames ginecológicos nas mulheres encarceradas nas unidades prisionais do Estado de São Paulo.⁷

São vários aspectos das condições atuais de encarceramento que merecem providência: estabelecimentos inadequados, visita íntima, trabalho, relações familiares, saúde, acesso à justiça. Para o ITTC

e a Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, há necessidade de: a) transparência de dados, fomento à pesquisa, monitoramento dos processos criminais e de execução criminal, criação de banco de dados; b) criação de condições efetivas de reintegração; c) prioridade na criação de estabelecimentos penitenciários femininos; d) projetos arquitetônicos apropriados à condição feminina; e) facilitação da visita de filho; f) facilitação das visitas íntimas; g) fim das revistas vexatórias; h) instalação de telefones públicos nos estabelecimentos prisionais; i) acesso ao berçário; j) inserção no SUS; k) garantia do pré-natal; l) garantia de distribuição de material de higiene pessoal; m) condições de trabalho; n) remição pelo estudo; p) atendimento às egressas; q) capacitação permanente de agentes penitenciários e funcionários do sistema prisional; r) apoio às estrangeiras; s) tratamento para dependentes químicos.

4 As disposições legais existentes que regulam o cumprimento de penas privativas de liberdade por mulheres

São poucas as disposições contidas na Constituição e nas leis que têm como objeto a execução penal imposta às mulheres, quais sejam:

CF/88, art. 5º, inciso XLVIII – “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Esta norma, no que respeita às mulheres, já constava do Código Penal e da Lei de Execução Penal, mas seu cumprimento deixa a desejar. Segundo dados consolidados do DEPEN (2007) nove Estados possuem uma penitenciária feminina cada. São Paulo e Rio de Janeiro possuem três penitenciárias cada. Colônias agrícolas, industriais ou similares, para o cumprimento do regime semi-aberto de mulheres só existem em Pernambuco e no Paraná. Prisão albergue só para mulheres existe no Mato Grosso do Sul (duas), no Rio de Janeiro e em Rondônia. Hospital de custódia e tratamento para a execução de medida de segurança só para mulheres não existe. A solução encontrada é alocar as mulheres em setores separados dos estabelecimentos penitenciários masculinos. Na medida em que cresce a população feminina encarcerada o arranjo até agora prevalente, amparado em legislação anterior infraconstitucional, não pode

² Infelizmente até a presente data apenas 11 Estados aderiram ao Plano.

³ Resolução nº 3, de 23 de setembro de 2005, que substitui a Resolução nº 16, de 12 de dezembro de 1994. Outras iniciativas foram indicadas por Fábio Costa Sá e Silva, Coordenador-geral de Ensino do DEPEN na audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, realizada em 9 de novembro de 2005.

⁴ Portaria nº 1, de 19 de março de 2007, publicada no DOU nº 67, de 9/4/2007, seção 2, p. 16.

⁵ Decreto de 25 de maio de 2007. Portaria nº 24, de 14 de junho de 2007 e nº 26, de 27 de junho de 2007, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República designa membros para compor referido GTI.

⁶ Decretos nº 5.295, de 2 de dezembro de 2004, e nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005.

⁷ Recomendação nº 12, de 23 de maio de 2007, do procurador da República Sérgio Gardenghi Suiama, às Secretarias de Administração Penitenciária, de Saúde e de Segurança Pública do estado de São Paulo.

mais subsistir. Note-se que “estabelecimentos distintos” significa mais que outro prédio, significa um prédio com espaços e equipamentos próprios para o desenvolvimento dos modos de ser, de fazer e de viver das mulheres.

CF/88, art. 5º, inciso L – “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Esta norma, que é aplicável para as mulheres que cumprem pena e para aquelas em prisão provisória, reafirma implicitamente a obrigatoriedade de estabelecimentos penitenciários distintos para as mulheres, com espaços e equipamentos que permitam a permanência dos filhos durante o período da amamentação.

CP, art. 37 – “As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.” O artigo está inserido no Capítulo que trata das espécies de pena e tem o *nomen juris* de Regime Especial.

Este dispositivo tem sido objeto de poucos comentários dos juristas. Mirabete (2000, p. 232) interpreta a expressão “condição pessoal” como “o sexo, as condições fisiológicas e psicológicas da mulher”, ou seja, diferenças biológicas, o que é muito restritivo, podendo perpetuar preconceito e discriminação contra a mulher em vez de assegurar, como na lapidar frase de Boaventura de Souza Santos: “o direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza e o direito à igualdade quando a diferença nos inferioriza”.

Shecaira (2002, p. 197) apenas registra, no comentário ao artigo, dever ser observado o direito de manter o filho no cárcere durante o período de amamentação, o que demanda o oferecimento de estrutura física adequada.

A meu ver, ainda não se deu a devida importância para o significado da rubrica Regime Especial e para a superação da idéia que presidia a redação do art. 29 § 2º constante do CP de 1940, que determinava apenas: “As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, na sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, sujeitas a trabalho interno, admitido o benefício de trabalho externo”. A reforma de 1984, ao falar em regime es-

pecial, ultrapassou a idéia de assegurar o direito a estabelecimento separado, sinalizando a necessidade de uma lei de execução penal atenta às especificidades das mulheres.

LEP, art. 19 – “O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo Único: A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.”

A respeito desse artigo, Espinoza (2006, p. 107) questiona se a diferença sexual representa critério legítimo no que concerne à organização de cursos de formação profissionalizante diferenciados. Refuta-o, pois a mulher tem ingressado em espaços de trabalho antes tipicamente masculinos e vem sendo bem-sucedida.

A norma é discriminatória. Revela preconceito de gênero, pois pressupõe profissões que não são para mulheres. Curiosamente não há na lei nenhuma norma assegurando assistência à saúde adequada à sua condição de mulher e, em especial, de gestante e nutriz.

LEP, art. 77, § 2º – “No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.”

LEP, art. 82, § 1º – “A mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio adequado à sua condição pessoal”. Seria conveniente que a norma infraconstitucional estabelecesse algumas diretrizes gerais nacionais sobre a adequação necessária nos estabelecimentos para atender à condição pessoal das mulheres. As pessoas idosas também devem ser recolhidas a estabelecimento próprio. Esta prescrição constitucional e legal tem sido ignorada porque a população condenada cumprindo pena em regime fechado e semi-aberto é em sua maioria de adultos jovens. Todavia, com o aumento da duração das penas privativas de liberdade, bem como com o aumento da taxa de expectativa de vida, o perfil da população penitenciária tende a mudar e a construção de estabelecimentos próprios para idosos será impositiva.

LEP, art. 89 – “[...] a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao me-

nor desamparado cuja responsável esteja presa." Chama a atenção que a regra não menciona estabelecimentos de regime semi-aberto e não é obrigatória. No comentário de Mirabete (2000, p. 249), a regra expressa uma faculdade, exceção feita aos berçários. Todavia, é uma interpretação que destoa da orientação geral de que, quando a lei penal utiliza o verbo poder, há de se entender dever. Do ponto de vista dos direitos não atingidos pela pena privativa de liberdade a única interpretação consentânea com a Constituição e com as convenções internacionais de direitos humanos é a obrigatoriedade de assegurar em quaisquer estabelecimentos penitenciários femininos serviços de atendimento à gestante, à parturiente, bem como berçário e creche. Nesse sentido, a norma infraconstitucional esclarece um pouco mais a respeito das características físicas do estabelecimento próprio para mulheres.

Felizmente a interpretação de ser facultativa a regra perdeu espaço, com as novas diretrizes para construção das unidades penais editadas pelo CNPCP. A Resolução de 1994 afirmava que o estabelecimento para mulheres poderia ser dotado de seção para gestante e parturiente e de creche, com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa. A Resolução de 2005 trocou o "poderá ser dotado" por "deverá ser dotado". Entretanto não foi editada nenhuma regra para promover as alterações nos estabelecimentos já existentes.

LEP, art. 117, incisos III e V – "Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...] III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante." Estas disposições identificam a mulher com o papel de mãe. Espinoza (2006, p. 107) observa que a referência exclusiva às necessidades para cumprimento desse papel, somada à "pretendida neutralidade" na redação dos artigos da LEP e do Regimento Interno Padrão da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, este no que diz respeito aos indicativos de visita íntima, permite concluir que a norma e a prática negam a sexualidade da mulher quando esta se vincula ao exercício da liberdade sexual e, inversamente, a reforçam quando a mulher é identificada com o papel materno.

5 A aplicação desigual da lei de execução penal

Afirma Lemgruber (1983, p. 83) que "ser mulher presa implica uma série de dificuldades adicionais nem sempre detectadas em prisões masculinas com a mesma intensidade". Basicamente, as privações são as mesmas, resumidas por Sykes (1974) como privação de liberdade, de bens e serviços, de relações heterossexuais, de autonomia, de segurança.

Cabe lembrar que, de acordo com o art. 3º da LEP, "ao condenado e ao interno serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". O parágrafo único ressalta que "não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política". Ou seja, uma interpretação restrita à lei permite distinção de natureza sexual. No entanto, a Constituição de 1988 afirma no art. 5º que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Portanto, a LEP deve ser interpretada conforme a Constituição. Na prática, porém, a lei continua se sobrepondo à Constituição, pois as restrições a direitos não atingidos pela sentença ou pela lei são muito maiores para as mulheres do que para os homens.

No campo dos direitos sexuais e reprodutivos, as restrições são maiores para as mulheres. Só recentemente, em São Paulo, foi permitida a visita íntima para as mulheres. O homem preso, ao receber uma visita íntima, pode engravidar uma mulher e isso não terá repercussão no estabelecimento penitenciário. Ao contrário, se uma mulher presa engravidar ela terá dificuldades em ter um acompanhamento pré-natal, poderá dar à luz algemada, perderá a guarda do filho, não saberá por quanto tempo poderá amamentá-lo.

Perruci (1983) e Lemgruber (1983), em estudos empíricos de penitenciárias femininas em Pernambuco e no Rio de Janeiro, respectivamente, ressaltam a carência sexual, de afeto e segurança das mulheres, em parte suprida com práticas homossexuais. Lemgruber (op. cit., p. 105) verificou "vários casos de mulheres que tendo oportunidade de receber a visita do namorado [...] suspendiam suas atividades homossexuais". Segundo a mesma autora, a repressão é enérgica, sob a justificativa de que as relações

homossexuais provocam muitas brigas. Na sua análise (p. 101), "se considerarmos que em prisões masculinas, onde o homossexualismo chega a causar até mesmo morte e a repressão é bem menos rígida devemos, necessariamente, buscar outras variáveis explicativas para a situação". Conclui que a repressão está relacionada com estereótipos de gênero, da mulher recatada como símbolo do ideal feminino, que ainda permeiam a nossa cultura.

No campo do direito à convivência familiar, aponta Lemgruber (ibidem, p. 83) que, para a mulher, "o rompimento do contato contínuo com seus familiares e, sobretudo, seus filhos, afigura-se-lhe extremamente difícil de suportar". As condenações longas provocam, em geral, o rompimento da união conjugal. No caso de mulheres chefes de família, os efeitos em relação aos filhos e para ela própria é devastador. De acordo com a citada autora, as crianças são distribuídas entre avós e comadres ou encaminhadas a órgãos de assistência social, o que não desonera as mães da obtenção de recursos para alimentação, vestuário e gastos escolares. "Estar presa afigura-se como desonra de tal ordem que alguns familiares preferem que as crianças acreditem estar a mãe morta: 'Estou aqui há cinco anos e quando me prenderam meu marido disse a meus filhos que morri'".

O preso homem recebe visitas de sua esposa, companheira ou namorada. A família não lhe nega apoio. A mulher presa, no início recebe visitas, que passam a rarear, até a sua definitiva interrupção. Nos casos em que a família custeia os honorários de advogado, é muito comum que interrompa o pagamento.

As dificuldades vivenciadas pelas presas estrangeiras são maiores ainda, advindas das diferenças culturais e do custo financeiro para que alguém da família as visite. Imbuídos por sentimento humanitário, os países têm incrementado a assinatura de acordos para transferência de presos condenados. Entretanto, o número de transferências ainda é muito pequeno porque o procedimento depende, entre outros requisitos, da aquiescência do Estado recebedor.

As dificuldades adicionais impostas às mulheres ao exercício dos direitos sexuais, reprodutivos e

à convivência familiar constituem alguns exemplos da aplicação desigual da LEP. Lembre-se que mais situações podem ser identificadas porque decorrem da desigualdade real entre homens e mulheres no acesso de bens e serviços. A desigualdade, o preconceito e a discriminação presentes *extra muros* se reproduzem *intra muros*.

Essa desigualdade também ocorre no âmbito das organizações criminosas. A maioria das mulheres que participam de uma organização criminosa não tem acesso às informações relevantes que possam levar ao seu desmantelamento. Diante disso, as mulheres não podem fazer jus à redução da pena prevista no art. 8º parágrafo único da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, bem como no art. 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Considerando o perfil da condenação das mulheres presas, em que se constata a prevalência dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, pode-se avaliar o quanto a regra, desenhada para auxiliar a investigação, desvia o peso da repressão para participantes que pouco sabem da estrutura da organização e de quem a integra.

6 Regime especial para o cumprimento de penas pelas mulheres

A LEP discrimina a mulher pelo que diz, conforme apontado anteriormente. Também discrimina pelo que deixa de dizer, ao utilizar um discurso pretensamente neutro.

A discriminação pelo que diz pode ser afastada por uma interpretação norteada pelo princípio da igualdade. A discriminação pelo que deixa de dizer é mais difícil de ser superada, pois a administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Kant de Lima (2007), ao refletir sobre a representação que a sociedade brasileira tem do Direito, afirma que este está fortemente associado à legislação. "Assim, o que não está na lei não é Direito, não vale, não tem força para se impor." Trata-se da *rule by law*, do governo pela lei, ao contrário da *rule of law*, o governo da lei. Neste o campo jurídico "se constitui dentro da sociedade, complexificando-se progressivamente, mas encontrando sua legiti-

dade e razão de existência em sua articulação com os fenômenos sociais por ele regulados”.

Por isso, propugno que a política pública para a mulher encarcerada vá além do conjunto de normas complementares do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do exercício da discricionariedade administrativa. Não pode prescindir da revisão da lei de execução penal a fim de que direitos sejam explicitados, limites, critérios e procedimentos sejam normatizados pelo Congresso Nacional. Enfim, que seja definido o regime especial de execução da pena das mulheres, tanto de penas privativas de liberdade quanto de penas restritivas de direito.

Entre as questões que devem ser normatizadas ressalto aquelas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos, à saúde, ao trabalho e à convivência familiar. É preciso assegurar o direito à amamentação de forma mais ampla, discutindo inclusive o limite de seis meses aceito internacionalmente, pois psiquiatras infantis afirmam que aos seis meses as crianças começam a identificar o mundo e a reconhecer as mães. “Com a separação, podem se tornar depressivas. Esse rompimento faz com que sintam que perderam a mãe. Para elas é como se a mãe tivesse morrido” (apud MEIRELLES, p. 178). É preciso explicitar os procedimentos obrigatórios uma vez identificada a gravidez, incluindo a remoção para estabelecimento com berçário, sala de parto e creche; os cuidados quando da separação da criança de sua mãe; o direito de contato das mães com seus filhos; o direito à informação sobre o encaminhamento dado aos filhos; a obrigatoriedade de contratação de ginecologista e da realização periódica de exames de prevenção ao câncer de útero e da mama. Necessário alterar a redação do art. 19 da LEP e proibir a demissão da mulher trabalhadora presa que engravide.

Estes assuntos, entre outros, deveriam ser regulados em uma lei de execução penal para as mulheres, tendo em vista o aumento constante da população feminina condenada a cumprir penas privativas de liberdade e a constatação de que a LEP não foi capaz de assegurar direitos e restrições iguais para homens e mulheres presos.

Conclusão

O desvendamento do mundo das mulheres encarceradas em nosso País iniciou com atraso. As pesquisas datam dos anos 1980. Não lograram êxito para provocar alterações na prática penitenciária. Agora, diante do processo de criminalização crescente das mulheres, estamos sendo obrigados a enfrentar o problema da execução das penas privativas de liberdade aplicadas a elas, atentatória a sua integridade física e moral. A regra geral de que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade tem sido insuficiente para assegurar o respeito a esses direitos para os homens e, mais ainda, para as mulheres. É chegada a hora de elaborar uma lei que detalhe o regime especial de execução da pena, previsto no art. 37 do Código Penal.

CASTILHO, E. W. V. de. Privative judgement execution of freedom for women: urgency of special system. *Revista Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 37-45, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The continuous growing up of the female prison population calls attention for the necessity of imediat solutions to various specific problems of the women incarceration. Studies show that the environment of prisons exercise a discriminator's power and oppressive for women, even more stigmatizing than for men. The subject of the present article is warn the two sides of this problem: the fatic nature, the origin of the related difficulties of the growing criminalization and incarceration of women, and the legal nature, that consists in the insufficient explicit standards which in order to ensure effective rights of incarceration women. For this, are presented data of the demografic studies which prove the real growing up of the feminin prison population, and the presence of a expressive number of women in reproductive age and with children, that indicates the necessity of the criminal enforcement which respect the sexual and reproductive rights of women as well as the right to living with children. Yet in the analysis of the fatic aspect of incarceration of the women, we can note many providences that are necessary to depart the bad conditions of fundamental rights. In the legal

nature, despite guarantees of the rights of prisoners, under Federal Constitution, Penal Code and the Law of Criminal Executions, the penal execution is still focused to the men prisoners and had diferent aplicacion, especially with regard to the drill of sexual rights, reproductive and familiar relationships of women arrested. It's necessary therefore a revision of the Criminal Law of Executions, in order to explicit, in the legislation, the rights of women prisoners, to ensure its effectiveness, defining furthemore, the special arrangements for the implementation of the penalty of women.

• **KEYWORDS:** Criminal enforcement. Custodial sentences. Special arrangements. Women.

Referências bibliográficas

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Notas taquigráficas*. Audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e Minorias sobre o tema: Mulheres encarceradas no estado de São Paulo, 9 nov. 2005.
 CONTRA-INFORME da sociedade civil ao Relatório brasileiro à Convenção CEDAW. Disponível em: <http://www.agende.org.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.
 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
 GARCIA, Carmen Antony. Mujer y cárcel: el rol genérico em la ejecución de la pena. In: OLMO, Rosa del (coord.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.
 HOWARD, Caroline (Org.). *Direitos humanos e mulheres encarceradas*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.
 ILGENFRITZ, Iara. As drogas e o novo perfil das mulheres prisioneiras no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [2003/pt/doc/ilgenfritz-drog. Acesso em: 7 ago. 2007.
 KANT DE LIMA, Roberto. Antropologia jurídica. In: LIMA, Antonio Carlos Souza Lima \(Org.\). *Antropologia para advogado ver*. Rio de Janeiro: ABA \(não publicado\).](http://www.mamacoca.org/FSMT_sept-</p>
</div>
<div data-bbox=)

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

MEIRELLES, José Ricardo. *A mulher infratora na visão do ministério público, do judiciário e do sistema penitenciário*. São Paulo, 2004. 198 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Programa de Pós-graduação em Fisiopatologia Experimental da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo penitenciário*. Brasília, 1994.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados*. Brasília, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11/7/1984*. 9. ed. rev. e atual. até dez. 1999. São Paulo: Atlas, 2000.

PERRUCCI, Maud Fragoso de Albuquerque. *Mulheres encarceradas*. São Paulo: Global, 1983.

RELATÓRIO sobre mulheres encarceradas elaborado pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional-CEJIL, e entidades que integram o Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas” (março 2007). Disponível em: http://www.ajd.org.br/ler_noticia.php?idNoticia=129. Acesso em: 10 agosto 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SYKES, George. *Society of captives*. New Jersey: Princeton University Press, 1974.

Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual?*

José Henrique PIERANGELI*

• **SUMÁRIO:** Introdução – A importância da dogmática. 1 A teoria do delito. 2 O dolo e a doutrina. 2.1 Teoria da probabilidade. 2.2 Teoria do consentimento ou do assentimento. 2.3 Teoria da conformidade. 3 Teoria da culpa. 4 Dolo eventual e culpa consciente: distinção. 5 Dolo eventual, culpa consciente e acidente de trânsito. Conclusões. Referências bibliográficas

• **RESUMO:** Trabalho elaborado com base em um parecer que nos foi solicitado. Nele, a exemplo do parecer, são discutidos os pontos elencados a seguir: a importância da dogmática jurídico-penal para se concluir pela existência do crime; a conduta na teoria do delito – a manifestação de vontade; dolo direto e indireto (alternativo e eventual – teorias da probabilidade, do consentimento e da conformidade); teoria da culpa: a finalidade no crime culposos; culpa consciente e dolo eventual; dolo e culpa nos crimes de trânsito.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Acidente de trânsito. Culpa consciente. Dolo eventual. Teoria da probabilidade. Teoria do consentimento. Teoria da conformidade.

Introdução – A importância da dogmática

A questão suscitada, para melhor compreensão, obriga-nos a fazer incursão, ainda que superficial, pelo estudo da teoria do delito, pois é aí, exatamente, que se encontra sua solução.

A dogmática jurídico-penal desenvolve a ciência do direito penal, que vai determinar a criação da jurisprudência, estabelecendo princípios e regras que orientarão as decisões judiciais diante de um fato concreto, ou seja, é dela que se extraem conclusões acerca da existência, ou não, de um crime. Em ocorrendo um fato que se estime delituoso, é na dogmática que se buscará o tipo em que se subsume a conduta do autor. Hassemer (1984, p. 250-251) dei-

xa bem claro: “a dogmática jurídico-penal busca a decisão de casos concretos mediante regras de decisão que podem ser generalizadas [...] a dogmática jurídico-penal não só está” à disposição da atividade decisória prática dos juízes penais, mas também a dirige”.

Efetivamente, a ciência do direito penal, que preferimos denominar *saber do direito penal*, encontra seu ponto de concentração na dogmática. Sobre sua importância, com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 144), escrevemos:

Atualmente, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal” [...] Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Ihering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador; o que é princípio básico deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei.

O método dogmático, portanto, significa estabelecer um ponto de partida, comum a todas as ciências, onde se diferenciam as proposições verdadeiras das falsas. O método dogmático permitirá

* Professor de Direito Penal e Procurador de Justiça em São Paulo (aposentado).

concluir-se por uma dessas proposições, isto é, a opção por uma proposição verdadeira ou por uma proposta falsa. Essa questão é comum a todo saber humano e a todas as ciências, da qual não se exclui, evidentemente, o direito e, como corolário, o direito penal. A ciência do direito que se constrói com a dogmática – dogmática porque seus elementos informadores devem ser respeitados como “dogmas” – forma um princípio a orientar o intérprete, vedada a alteração de seu conteúdo, porque este se identifica com a lei.

Também com Zaffaroni (op. cit., p. 145) tivemos a oportunidade de escrever:

Ao interpretar a lei dessa forma, a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória), fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, é correto afirmar que a ciência jurídica “projeta a jurisprudência”.

Com este rápido intróito, queremos realçar que, em sendo aplicado o método dogmático, como se faz mister, nunca se poderá modificar a realidade das conclusões extraídas, porque se constitui em dogma e este é verdade indiscutível. O dogmatismo é uma doutrina que se assenta em verdades certas, perfeitamente comprováveis, princípios aceitos e indiscutíveis. Isto, aliás, deixou claro Rudolf von Ihering ao explicitar que a denominação dogmática possui um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar os elementos que, de forma coesa, se extrai de uma decomposição analítica do texto, e da reconstrução desses elementos em forma coerente, de modo a produzir como resultado uma construção ou uma teoria. Essa decomposição analítica, e posterior reconstrução dos elementos, é que irá permitir a formulação de dogmas e de verdades inquestionáveis. É exatamente essa verdade que sempre deverá o aplicador da lei procurar.

A hora é de enfrentar a questão do *modus operandi* do método dogmático. No livro cuja auto-

ria dividimos com Zaffaroni (ibidem, p. 149-150), cujo trecho nos seja permitido aqui reproduzir, escrevemos:

Frente a um conjunto de disposições legais, o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisá-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e *reduzir* o material com que opera, a um conceito único. Com essas unidades elabora uma construção lógica, que é uma teoria, em que cada uma dessas unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz. Esse último passo é exigido porque nenhuma construção pode entrar em contradição com o texto legal. Esse é o processo de verificação. A contradição não só não deve ser contraditada pelos textos, mas tampouco pode ela mesma ser contraditória. Em síntese, o jurista, como qualquer cientista, deve elaborar um sistema não contraditório de proposições cujo valor de verdade deve ser verdadeiro e que expliquem os fatos de um horizonte de projeção científico [...] Não podem ser atribuídos ao método dogmático os conceitos defeituosos que têm sido enunciados na ciência do direito penal. A dogmática é um método de conhecimento, mas a vinculação daquilo que deve ser conhecido não é uma questão que caiba ao método. Tampouco a dogmática leva a ignorar o elemento teleológico do direito [...] Considerando a ciência do direito penal somente o que hoje se encontra dentro de seu horizonte de projeção reconhecendo e valorando, adequadamente, o elemento teleológico e respeitando as inevitáveis conexões do direito penal com a realidade, a dogmática jurídico-penal “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e o subtrai da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação (Gimbernat Ordeig)”.

A exposição permite a extração de algumas conseqüências jurídicas. A primeira: não pode o intérprete deixar de aplicar o método dogmático; a segunda: com a aplicação do referido método, logra-se alcançar uma realidade cientificamente correta, maior precisão de conceitos; e a terceira: com a dogmática se cria um dique ao arbítrio, aos exageros, alcançando uma pureza e precisão nos conceitos que ela cria. Em outras palavras, compete à dogmática nos ensinar o que acontece na base do direito (ENGISCH, 1963, p. 3), e averiguar aquilo que, efetivamente, diz o direito.

De se concluir, em definitivo, ser a dogmática jurídico-penal o instrumento de averiguação do conteúdo do direito penal e de quais pressupostos deverão existir para que se invoque um tipo penal, a fim de se distinguir um tipo de outro e onde começa e termina uma conduta punível. Com isso, torna-se possível fixar limites e definir conceitos, possibilitando a aplicação segura do direito penal, limpando-o de toda irracionalidade, arbitrariedade e improvisação (GIMBERNAT ORDEIG, 1983, p. 27).

O professor da Universidade de Salamanca ainda esclarece que, onde menos desenvolvida estiver a dogmática, mais imprecisas serão as decisões dos tribunais, que ficarão mais dependentes do azar e de fatores incontroláveis nas condenações e nas absolvições (op. cit., p. 27). Realmente, sem o adequado recurso proporcionado pela dogmática jurídico-penal, ou com o recurso de uma dogmática pouco desenvolvida, a decisão judicial se converte em loteria e, com esta, numa caótica aplicação do direito penal. Essa percepção não escapou a Roxin (1967, p. 626), que assim escreve: “onde estiver em jogo paixões humanas – e onde num processo penal elas não existem – a fonte mais obscura de conhecimentos é um sentimento jurídico não articulado conceitualmente”.

1 A teoria do delito

Evidente que não pretendemos – e isso nem seria possível fazê-lo aqui – escrever toda a teoria do delito. Mas, é impossível deixar de extrair qualquer conclusão válida sem que a examinemos, mesmo que perfunctoriamente. Salientamos que é exatamente por isso que o estudo da teoria do delito passa pelo método dogmático. É com base nesse

estudo que se vai determinar a classificação dos tipos, a distinção entre tipos cerrados e abertos, dolosos e culposos, ativos e omissivos, em que reside sua classificação conceitual mais importante.

O conceito de crime se assenta sobre a conduta, que se converte na sua “pedra angular”. A conduta, portanto, constitui uma concepção básica indispensável, em que se estrutura o conceito de crime, fazendo sobre ela recair os caracteres da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Não existe, pois, delito sem conduta, e esta é composta por dois elementos indissolivelmente amalgamados: vontade e finalidade. Assim como não existe crime sem conduta, não existe conduta sem esses dois elementos.

A conduta constitui a exteriorização da vontade direcionada para alguma coisa. Não existe vontade dirigida para o nada; ela é sempre voltada para alguma coisa, para algo legítimo ou ilegítimo. Deve-se ter sempre uma direção, e a vontade, uma vez exteriorizada e direcionada para algo, implica finalidade. Também já dissemos que, quando falamos em vontade, referimo-nos a uma vontade final, pois só a concebemos nesse plano. Com meridiana clareza escreveu Alexandre Korn (apud PIERANGELI, 2006, p. 20): “Ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo da atividade psíquica termina em uma finalidade material”.

A conduta possui dois elementos também inseparáveis; se faltar um só deles, ela não existirá. Tais elementos são vontade e atividade, que Maurach (tomo I, p. 214, 1962) prefere estimar como vontade e manifestação da vontade. Uma conduta, portanto, para se tornar delito reclama dois momentos – um subjetivo e outro objetivo –, indissolivelmente unidos. É o que bem assinala Welzel (1976, p. 53), ao explicitar que a direção final de uma ação se faz em duas etapas: uma ocorre totalmente na esfera do pensamento e a outra, no mundo real.

Estudando essa manifestação, escrevemos:

A primeira, corresponde à antecipação; o propor-se ao fim que o autor quer realizar; a seleção dos meios da ação para a consecução do fim e a consideração dos efeitos concomitantes, que se constituem na etapa da programa-

ção cibernética. Na segunda, tendo em vista a etapa programada, efetua a sua ação no mundo real; põe em movimento, de conformidade com o plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos anteriormente, resultando o fim, juntamente com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar (PIERANGELI, 2006, p. 21).

Assim, só haverá conduta com relevância penal, quando a vontade se manifesta no mundo exterior. Se essa manifestação se direciona para a consecução de resultado que a norma quer impedir, ou para outra que se quer ver realizada, temos o dolo. Por conseguinte, dolo e finalidade só se diferenciam em grau, porque se colocam em patamares distintos. Se a finalidade permanece no mundo da permissão, ela continua a ser apenas finalidade, mas, se a finalidade se exterioriza, e se dirige contra um bem penalmente tutelado, ela se converte em dolo. Dolo, portanto, numa preciosa síntese de Zaffaroni, é a *finalidade tipificada* (ZAFFARONI, 1981, t. 3, p. 85). Só se pode, portanto, falar em dolo diante de uma proibição, diso resultando a impropriedade da expressão *dolo não valorado*, ou *dolo desvalorado*, mesmo porque o dolo está no tipo, e não na conduta ôntica, como aqui expomos e defendemos.

Conseqüentemente, salientamos que a usual expressão *vontade final* não deixa de ser uma tautologia, porque toda vontade pressupõe uma finalidade. Aqui reside, efetivamente, a essência da teoria finalista da ação, como salienta Richard Busch (1980, p. 11-12):

Com base em sua essência, a ação finalista é a realização de uma vontade plena de sentido, que está dirigida para lograr objetivos determinados, e que não se pode separar do conteúdo objetivo da ação, sem que esta, como fenômeno social, perca seu valor de realidade. A ação só pode ser entendida a partir dessa direção da vontade.

Observamos, desde logo, que também as teorias causais da ação reconhecem ser a finalidade um componente da conduta, mas por esta a consideração é feita em outros patamares, com outra visualização. Por tal razão, como adverte toda doutrina

moderna, também nos delitos culposos a conduta está orientada pela finalidade. Trata-se de uma finalidade não voltada para um fim ilícito, diversamente do que ocorre com o dolo, em que ela é encaimada na direção de um injusto.

Muito embora se caracterize o dolo pelo querer o resultado típico, isto é, a vontade realizadora do tipo objetivo, sua existência reclama um conhecimento prévio. Por conseguinte, o querer do dolo pressupõe o conhecimento. O dolo significa, pois, uma vontade definida, e como toda e qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado, isto é, um querer e um conhecer. Esse querer, portanto, está regido pelo conhecimento. Destarte, num caso concreto de homicídio, o dolo é *o querer matar um homem*, e isso pressupõe que se saiba ser um homem o objeto da conduta e, também, que a arma empregada causará o resultado querido (previsão da causalidade).

No *Manual* escrito com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 144), conceituamos o dolo como “uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”. Por conseguinte, o dolo abarca dois aspectos: o *conhecimento*, ou *aspecto cognoscitivo*, e o *querer*, ou *aspecto volitivo*. Mas sempre exige um conhecimento efetivo, atual ou atualizável; pelo que uma mera possibilidade de conhecimento, também chamado de *conhecimento potencial*, não pertence ao dolo.

Nesse sentido, numa bem formulada síntese, escreve Fernando Almeida Pedroso (1993, p. 379), que “o dolo não significa somente vontade dirigida, mas uma vontade que obteve toda uma estruturação prévia, que seguiu a todo um processo de formação pela inteligência e raciocínio. O dolo, portanto, não condensa unicamente o querer (simples manifestação da vontade), mais ainda o saber consciente”. Apenas de passagem, e para completar o raciocínio, acrescentamos que não se deve confundir um conhecimento efetivo com um conhecimento potencial, ou uma mera possibilidade de conhecimento. Esse conhecimento efetivo, e também o potencial da antijuridicidade, que a doutrina majoritária consagra, não constitui exigência do nosso Código Penal.

2 O dolo e a doutrina

A doutrina divide o dolo em dois grandes grupos: direto e indireto, este dividido em alternativo e

eventual. Certo é que existem outras classificações, como as de dolo de dano e de perigo, dolo genérico e dolo específico – esta uma classificação cada vez mais em desuso, em face de uma nova nomenclatura: a do elemento subjetivo do tipo ou do injusto. Para os fins deste trabalho interessa a primeira grande divisão.

Assim, o dolo é direto ou imediato, quando o resultado é diretamente querido pelo autor, isto é, o resultado é a conseqüência buscada pela ação desenvolvida pelo agente. A vontade é dirigida diretamente para a realização do fato típico ou, como explicita Puig Peña (1968, p. 256), “existe dolo direto quando o resultado corresponde à intenção do agente”. Tendo o nosso Código agasalhado a teoria da vontade, que se caracteriza por uma ação voluntária e consciente na direção do resultado, o dolo direto transparece claramente na primeira parte do art. 18, inciso I, do CP, ao dispor ser doloso o crime “quando o agente quis o resultado”.

O dolo indireto admite duas compreensões: dolo alternativo e dolo eventual. O alternativo, como o próprio nome indica, caracteriza-se por um querer revestido de resultados alternativos, satisfazendo-se o agente com um evento ou outro, *v.g.*, morte ou lesão. Numa linguagem coloquial, o dolo alternativo caracteriza-se por uma duplicidade de paixões, e qualquer uma satisfaz ao agente.

Interessa-nos aqui, por óbvias razões, o dolo eventual, conteúdo sobre o qual nos debruçaremos no desenvolver deste trabalho. Desde logo salta o lembrete de que o intérprete não pode deixar de estimar que o *dolo, antes de eventual, é dolo* (Fernando Díaz Palos) e, ainda, que, por razões de política criminal, determinou-se a colocação desse comportamento na senda do dolo (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 58). Essa opção pelo dolo, ainda que o resultado não seja querido, repousa na circunstância de ter o causador uma representação da possibilidade de concreção do tipo penal.

O penalista argentino Enrique Bacigalupo (1985, p. 62), que atualmente compõe como magistrado a Suprema Corte de Justiça espanhola, informa que “o conceito de dolo eventual requer algo mais que a representação da possibilidade da realização do tipo penal”. E questiona ele: onde se pode encontrar *o em quê* nesse *plus*, que tanto vem sendo

discutido na doutrina e na jurisprudência? Assista-lhe razão.

A doutrina ibérica, de nível superior, tem posto em evidência que o dolo eventual antes que eventual é dolo, isto é, exige um componente volitivo que se manifesta na aceitação do resultado (aceitar é querer) e ausência de consideração por um bem jurídico alheio. Daí a preocupação em ressaltar a palavra *dolo*, deixando em plano inferior a palavra *eventual*. Se dolo é, no eventual deve estar presente “uma situação psicológica impregnada de volição” (COSTA JÚNIOR, 1991, v. I, p. 84). A diferença, portanto, entre dolo direto e dolo eventual quanto à volição é apenas de grau. Esta afirmação, todavia, não responde a todas as nossas indagações e inquietudes.

Três são as principais teorias que procuram solucionar esse angustioso problema: teoria da probabilidade; teoria do consentimento ou do assentimento e teoria da conformidade. Vamos examiná-las, ainda que superficialmente, esperando que essa análise possa contribuir para a solução dos angustiosos problemas criados pelo dolo eventual, principalmente quando se estima sua existência em delitos cometidos em meio ao trânsito, que alguns preferem denominar delitos do automóvel, denominação esta, à evidência, inadequada, porque a máquina não pratica ação.

2.1 Teoria da probabilidade

Para a teoria da probabilidade, será reconhecido o dolo eventual quando o agente representa a possibilidade da realização do tipo como *provável* (vale dizer, quando a lesão do bem jurídico apresenta-se com um elevado grau de probabilidade), e mesmo assim a pessoa atua, pouco lhe importando o resultado que possa advir. A crítica que se faz a essa teoria é a de que o decisivo, em sede de dolo eventual, é que o agente tenha tomado a decisão de realizar um fato que implique uma lesão para um bem jurídico. Destarte, a mera representação da probabilidade de realização do tipo não é suficiente para que se possa creditar ao agente uma decisão querida, mesmo quando tenha ele atuado temerariamente pensando que, de todos os modos, o resultado não adviria (assim pensam, entre outros, Roxin, Rudolphi, Jakobs e Stratenwerth).

2.2 Teoria do consentimento ou do assentimento

De acordo com a teoria do consentimento, o reconhecimento do dolo eventual está muito além da representação, da possibilidade da produção do resultado típico, exigindo o seu assentimento interior à realização do resultado. Nessas circunstâncias, o agente demonstra uma indiferença diante da realização do tipo (teoria defendida na Espanha por Cerezo Mir, Quintero Olivares e alguns autores latino-americanos). Segundo Hungria, essa foi a teoria adotada pelo nosso Código de 1940, pelo que também é adotada pela legislação vigente. Contrapõe-se a essa teoria a dificuldade em se determinar – o que é essencial – a opção do agente pela decisão contrária ao bem juridicamente tutelado. Essa teoria fatalmente leva a uma inadmissível e absolutamente inaceitável presunção do dolo, incompreensível numa legislação penal estabelecida por um Estado de Direito, e se inclui, ou, pelo menos beira, a senda da inconstitucionalidade. Num Estado de Direito como o nosso, cuja Constituição estabelece a presunção de inocência e fixa como competência do Estado, como titular do poder-dever de punir, a obrigação de provar o fato que estime delituoso, nem dolo e nem culpa podem ser presumidos.

2.3 Teoria da conformidade

A teoria da conformidade e as demais teorias formuladas não têm a mesma significação na doutrina, mas não nos furtamos de examiná-la. Essa teoria, não aceita pelo nosso Código, na atualidade se apresenta como a menos contestável. Segundo ela, haverá dolo eventual quando o autor *tem em conta a possibilidade de causar uma lesão a um bem jurídico*, isto é, considera tal possibilidade e com esta se conforma (aceita o resultado). A teoria da conformidade, no dizer de Welzel, estima “a probabilidade de uma forma demasiado intelectualizada” diferenciando dolo e culpa pelo grau maior de indiferença do autor em face da probabilidade do resultado. Esta tese, que é defendida também por Paul Bokelmann, Jescheck e Cerezo Mir – e que também possui adeptos na nossa doutrina –, atribui ao dolo eventual uma abrangência maior. Na parte conclusiva deste trabalho, ao confrontarmos o dolo eventual com a culpa consciente, desenvolveremos com maior profundidade ambos os temas, oportunidade em que

procuraremos concluir se determinado fato típico constitui crime doloso ou culposo.

Preocupamo-nos em, desde logo assinalar, que todas as teorias apontadas não estão isentas de críticas e que, de certa maneira, essas dúvidas e ausência de resultados práticos conduzem o estudioso do direito penal a novas investigações, no sentido de se atingir um grau de acabamento que permita assegurar o direito humano de liberdade. Este pormenor, com conclusões semelhantes, é ressaltado por Pagliaro (1972, p. 278), professor na Universidade de Palermo, para quem as principais teorias elaboradas em torno do dolo eventual não são consideradas aceitáveis:

Come se vede, dunque, tutti i tentativi di trovare per il dolo eventuale una sistemazione dogmatica, la quale sia in armonia con la teoria generale del reato, appaiono privi di qualsiasi validità, perchè in ultima analisi distruggono, direttamente o indirettamente la categoria stessa. In altri termini, o pongono requisiti tali, da rendere senz'altro impossibile la configurazione, oppure si limitano a richiedere presupposti così elementari, che non soltanto sarebero incapaci di giustificare la valutazione di un comportamento come doloso, ma, da soli, non caratterizzerebbero il comportamento neppure come colposo. Quanto alle teorie minori (della speranza, della fiducia, della *Gesinnung*) formulate al fine di tracciare i caratteri differenziali tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, esse peccano tutte per difetto di fondazione. Non viene chiarito, infatti come mai si possa definire il dolo come volontà criminosa e poi ammetterlo sulla base di entità psichiche diverse.

A lição do mestre peninsular nos leva às sábias ponderações de Jescheck (1981, t. II, p. 782), considerado, com toda justiça, um dos maiores penalistas da atualidade:

[...] la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia, una mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de*

acción punible que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de la culpabilidad.

As lições dos dois eméritos professores harmonizam-se, completam-se e seguem numa mesma direção, apontando dificuldades. Um, por não encontrar na doutrina solução válida para o tormentoso problema; o outro, por apontar um novo caminho, bem diverso daqueles percorridos pelas teorias analisadas. A teoria do dolo eventual certamente demandará ainda muitas investigações e espera-se que, um dia, se possa chegar a um porto seguro visando à efetiva garantia dos direitos individuais de liberdade.

Por ora, pois, podemos admitir a existência do dolo eventual quando o resultado típico está abrangido pela vontade realizadora. E essa vontade deverá apresentar-se na conduta em que se demonstre de maneira irretocável total desprezo pelo bem jurídico alheio, que restaria evidente por meio das expressões *que me importa, azar dele*, e outras equivalentes. Por conseguinte, se é bem verdade que, em alguns pontos, o dolo eventual transparece com ampla nitidez nos casos de lesões de direitos pessoais (lesões e mortes), nos crimes realizados em meio ao trânsito sua adoção quase sempre leva à estupefação.

3 Teoria da culpa

A teoria da culpa, como sobejamente sabido, é de criação mais ou menos recente. No início assentava-se nos conhecimentos auridos de Carmignani e, mais tarde, principalmente, de Francesco Carrara. Depois ganhou novos e melhores contornos conceituais com o advento de critérios delimitadores do dever de cuidado objetivo, hoje quase totalmente aceito e reconhecido por toda a doutrina moderna, sempre sem perder de vista que, em meio às atividades do homem no mundo em que vivemos, se desenvolvem ações socialmente perigosas. Não se pode também deslembrar que uma “proibição absoluta impediria a própria vida social, donde a necessidade de se estabelecer critérios delimitadores do cuidado objetivo exigido, nos limites dos quais é permitida a realização de ações perigosas, viabilizando, assim, o fluxo da vida social” (SANTOS, 1985, p. 168).

Ao se considerar o critério do risco admitido e a inobservância do cuidado objetivo, entra-se inexoravelmente no domínio do crime culposo quando, em razão de conduta, decorrer um resultado antijurídico. Com os conceitos já formulados, compreende-se, de maneira clara, existir uma imprecisão das linhas divisórias entre o dolo eventual e a culpa consciente podendo-se transpor, quase de forma inadvertida, as linhas limitrofes das duas formulações, entre as quais se abalança a indispensabilidade da realização da justiça penal. Nunca será demais ressaltar que a teoria do crime culposo só ganhou maior consideração e melhor estudo a partir do advento das máquinas.

O crime culposo, apesar dos estudos e meditações dos doutos, continua a ser um dos mais áridos e intrincados problemas da dogmática jurídico-penal. Desconhecido sob angulação científicista em toda a antiguidade, e sem merecer um estudo mais profundo dos *práticos* da Idade Média, como já noticiado, só a partir de Carmignani, e principalmente de Carrara, foi que a teoria do crime culposo ganhou conceito científico da maior importância, fundamentado na previsibilidade, dando origem a teoria homônima. Essa teoria representou um passo enorme na conceituação da culpa, e passou a compor todas as obras de direito penal a partir daí, para, em seguida, estruturar a jurisprudência de vários países, inclusive do nosso.

A teoria da previsibilidade, segundo o magistério do próprio Carrara, fundamentaria, de maneira decisiva, a culpa, isto é, na previsibilidade encontrar-se-ia a essência da culpa, entendimento que alguns autores modernos, para nós com precipitação, desprezam, para se concentrarem, apenas e exclusivamente, no aspecto objetivo trazido pelo descumprimento do dever de cuidado. Inaceitável, para nós, esse desprezo pela teoria da previsibilidade, porque ela vai compor o arcabouço teórico da tipicidade subjetiva do crime culposo. E é assim, com roupagem nova e igual estrutura, que ela aparece entre alguns autores modernos, como a possibilidade de antecipar mentalmente um evento, que quase sempre se liga à inevitabilidade do resultado. Não há por que negar que a previsibilidade condiciona o dever de cuidado, uma vez que quem não pode prever não

tem a seu cargo o dever de cuidado e, assim, não pode violá-lo. Essa conclusão nos leva a estabelecer que a previsibilidade deve ser admitida de conformidade com a capacidade individual, sem que para isso se recorra a critérios acientíficos, como o do *homem médio*, *homem normal*, *diligente pai de família* etc., ou mesmo a um *critério de normalidade*. Um eletricitista pode prever com maior acurácia do que um leigo o risco que acarreta um fio solto, e aquele que tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes que, sem ele seriam imprevisíveis, tem dever de cuidado maior do que aqueles que não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possuía (MEZGER-BLEI, 1949).

O tipo culposo, ao contrário do doloso, não individualiza a conduta pela finalidade, e sim pela forma como se alcança essa finalidade, e dessa maneira se viola um dever de cuidado que, numa mesma situação, a todos obriga, tornando-se, destarte, igualitário. Daí explicitar o art. 18, inciso II, do CP ser culposo o delito “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, que são as formas pelas quais o causador do evento pode descumprir o dever de cautela. Note-se que a circunstância de não ter o tipo individualizado a conduta a partir da finalidade não significa, em absoluto, não ter sido ela objeto de consideração.

A conduta também no crime culposo é orientada pela finalidade, mas esta não se reveste das mesmas características que apresenta o tipo doloso. Na culpa, a finalidade só servirá para indicar o nível ou grau de reprovabilidade que deve recair sobre a conduta, porque ela não se dirige concretamente para um injusto. Já tivemos oportunidade de escrever com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 442), “que no aspecto cognoscitivo do tipo subjetivo culposo, há um conhecimento “potencial”, isto é, uma possibilidade de conhecimento, não sendo requerido um conhecimento efetivo como ocorre no crime doloso”. Esse conhecimento potencial, para que se possa validamente reconhecer a culpa, deve ser provado de modo exaustivo. No crime culposo, não bastam conjeturas, indícios ou presunções, porque estas por si só não podem levar a um juízo de culpabili-

dade. A culpa, como o dolo, não se presume; ao contrário, deve ficar efetivamente comprovada.

É indispensável também que o resultado decorra do descumprimento do dever de cautela que competia ao seu causador, isto é, que exista um vínculo real entre a conduta descumpridora do dever de cuidado e o resultado. Se tidos como suficientes para um juízo de culpabilidade, apenas uma conduta violadora do cuidado e um resultado material, sem a existência de um vínculo entre os dois, isto é, uma relação de causa e efeito, como inadvertidamente transparece em alguns julgados, qualquer condenação significará a aplicação do princípio do *versari in re illicita*, ou seja, o reconhecimento e adoção da odiosa responsabilidade penal objetiva, um retorno às legislações primitivas, como o Código de Hamurabi (arts. 228 e 229). Portanto, objetivamente, a culpa é a produção de um resultado típico não querido, mas perfeitamente evitável, se cumprido fosse o cuidado requerido. Aqui encontramos o *punctus saliens* do crime culposo, no qual o dever de diligência é a *idéia-valor*.

No entanto, nem sempre essa vinculação tem sido bem compreendida por parte de nossa doutrina, e essa incompreensão tem, muitas vezes, se refletido na jurisprudência, com sobrevalorização, por esta, do descumprimento de uma norma administrativa, sem dúvida importante, e que pode assumir significação, mas que não pode ser erigida em violação de um cuidado, apto para, por si só, alicerçar um juízo de culpabilidade. Tal conclusão pode ser válida para o chamado direito penal administrativo, mas não pode justificar uma sentença penal condenatória.

As atividades regulamentadas e o recurso à natureza das coisas servem, ou podem servir, como maneiras de descumprir do dever de cuidado, e indicar, quando muito, a finalidade dessa conduta. Uma infração administrativa não constitui delito, mas, à evidência, pode ser “um *plus* da imprudência” e dela resultar uma forma de culpa mais grave, que na doutrina espanhola se denomina *culpa temeraria* (ver, por todos, RIPOLLÉS, 1958, p. 284). No nosso Código Penal, ao contrário do Código italiano que lhe serviu de modelo, a inobservância de regras regulamentares não constitui delito. Na le-

gislação peninsular, além da negligência, imprudência e imperícia, o delito culposo pode decorrer *per inosservanza di leggi, regolamenti o discipline* (art. 43). O nosso Código nesse passo afastou-se do modelo italiano, mesmo porque essa ampliação significaria uma clara presunção de culpa (Exposição de Motivos do Código de 1940, n. 13).

Com isso chegamos aos graus da culpa. A doutrina, ainda apegada à classificação do direito romano, costuma dividir a culpa em grave, ou lata, leve e levíssima, mas tal classificação não consta do nosso Código, e será apenas considerada pelo juiz na individualização da pena. A culpa consciente, na qual se finca o nosso interesse, evidentemente pode ser inserida na culpa grave, por ter o causador do evento previsto a possibilidade do resultado lesivo e mesmo assim desenvolvido a conduta. Mas essa não é uma conclusão sempre aceitável; contrariamente, às vezes, ela vem desmentida. Köhler (apud HUNGRIA, 1995, v. 1, t. 2, p. 199) salienta que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria ‘a tempo’”. A nota Hungria (op. cit., loc. cit.), que remonta a Feurbach “a construção teórica do *discrime* entre duas variantes de culpa, para reputar-se à culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) um *plus* em relação à culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*), mas esse critério não passa de um apriorismo, competindo ao juiz, no caso concreto, individualizar a pena. (Esta solução, entre nós, já transparece no Projeto Sá Pereira e passou a formar tradição no nosso direito penal.

4 Dolo eventual e culpa consciente: distinção

Estamos, agora, diante de um dos mais árdios problemas da dogmática jurídico-penal. Mesmo em teoria, a diferenciação não é fácil. Na prática, é quase sempre impossível. É sob este prisma que iremos complementar este trabalho.

Muitos autores sustentam não existir diferença substancial entre culpa consciente e dolo eventual. Entre estes, Aníbal Bruno relaciona Enrico Ferri, Binding, Liszt-Schmidt, Mezger, Sauer, Alfeld-Mayer e Carrara. Alguns estabelecem nem mesmo ocorrer diferença significativa entre a culpa consciente e a

culpa inconsciente. Entre esses autores, avulta o nome de Giuseppe Maggiore (1949, v. 1, tomo primo, p. 469), docente na Universidade de Bolonha, onde ensinava que o previsto é sempre previsível, porque a previsão inclui a previsibilidade, e o previsível e o previsto constituem momentos de um mesmo processo psicológico.

Edmundo Mezger (*Revista de Derecho Privado*, 1949, t. II, p. 190), na mesma linha do já citado Köhler, preconiza uma pena mais gravosa em casos de culpa inconsciente:

La ley no conoce, en general, *grados* de la culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente.

Esta é também a opinião de Rodríguez Devesa (RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, 1993, p. 482-483) ao ponderar que

[...] una total despreocupación, la inconsciencia, puede ser más grave que si el sujeto pondera las dificultades del caso, y se decide a actuar pensando erróneamente, acaso con razón, que la probabilidades de que se produzca el evento dañoso son tan pequeñas que seguramente no ocurrirá.

Essas manifestações conduzem a uma conclusão de magna importância: na doutrina, não obstante os esforços despendidos pelos doutrinadores, persistem dúvidas significativas quanto a estabelecer uma sólida, conclusiva e segura diferenciação entre culpa inconsciente (ou sem previsão) e culpa consciente (com previsão). Essa imprecisão doutrinária, evidentemente, teria de produzir, como de fato produz, insegurança na jurisprudência.

Numa linha de raciocínio que, de certa maneira, indica a imprestabilidade das soluções preconizadas, Jescheck (1981, t. II, p. 782) aponta um novo caminho para a teoria da culpa, ao afirmar que

[...] la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia, mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de acción punible* que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de culpabilidad.

Considere-se que o professor germânico adota a teoria social da ação, daí posicionar o dolo na culpabilidade.

Nesse labirinto em que se converteu a teoria da culpa (em sentido estrito), vamos analisar algumas opiniões formuladas. Reiteramos que, diante da inexistência de critérios legais, é na dogmática que o juiz deve buscar a solução para um problema concreto, preocupando-se em fugir da responsabilidade penal objetiva, isto é, do princípio *versari in re illicita* (GRAF ZU DOHNA, 1958, p. 84) e fixar-se nas regras de cuidado, cuja inobservância determina prejuízos a bens jurídicos (Goessel, 1984, p. 18).

Não será demasia, assim acreditamos, transcrever as ponderações de Hans Welzel (1976, p. 100), pela sua reconhecida autoridade na dogmática penal moderna, como verdadeiro sistematizador da teoria final da ação:

Delimitar el dolo eventual de la culpa consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal. La razón de esta dificultad está en que el querer es fenómeno anímico originário-último, que no puede ser reducido a outros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido.

Diante das dificuldades em estabelecer a distinção que se pretende – e que continua candente no campo dos estudos –, e na esperança de que um dia se consiga criar um critério seguro, procuraremos sistematizar as opiniões que exurgem nas doutrinas nacional e estrangeira. Essa tarefa tem por finalidade possibilitar uma solução no caso concreto, até porque, na medida em que se aprofunda no estudo do tema, as dificuldades assomam. Esclarecemos que muitas das opiniões estão lastreadas na teoria causal da ação, razão pela qual se faz referência à culpa como

componente da culpabilidade, numa linguagem que escapa do critério que adotamos, porque entendemos que a culpa e o dolo compõem o tipo subjetivo. Todavia, sob qualquer angulação que se examine a culpa consciente, não se pode ignorar que quanto ao tipo subjetivo, pela ocorrência de um perigo concreto e um agir inobstante, esse conhecimento, ainda que o causador do evento não queira nem mesmo minimamente a produção do resultado, ocorre o desvalor subjetivo de sua conduta.

Na Espanha, Muñoz Conde escreve que

[...] en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiera producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con el”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, ecc. Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos conscientes e inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa. El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad. (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 58-59)

Essa exigência de se fazer uma distinção da maior clareza decorre não só da competência profissional que o mundo lhe outorga, mas também de sua sólida cultura humanística e respeito pelo direito humano de liberdade. Uma preocupação que, na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, se reflete nas dúvidas que envolvem a doutrina do país ibérico. As dúvidas transparecem nas obras de consagrados autores espanhóis. Puig Peña (1969, t. I, p. 275) assinala essas dúvidas e indica as dificuldades que se apresentam para se estabelecer a adequada distinção entre dolo eventual e culpa consciente, mostrando que isso ocorre inclusive na doutrina majoritária. Nesta se “sostienen la existencia de la culpa con previsión, no obstante las dificultades que en ocasiones se presentan para distinguirlas”. Nesse sentido, a manifestação de Francisco Muñoz Conde e Gimbernat Ordeig, escrevendo este último que

“las dificultades para trazar las fronteras entre dolo eventual e imprudencia han condicionado una jurisprudencia vacilante que unas veces utiliza la teoría de la probabilidad y otras la del consentimiento” (MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 60; GIMBERNAT ORDEIG, 1979, p. 46 e ss.).

Dessas já anotadas incerteza e imprecisão que envolvem o tema em estudo, resultam a insuficiência e a imprestabilidade das teorias construídas no sentido de diferenciar dolo eventual e culpa consciente, até porque as duas teorias principais formuladas em torno do dolo eventual (voluntarista e da representação) não podem ser consideradas aceitáveis, como acentuou Antonio Pagliaro.

Como já tivemos oportunidade de observar, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente é apenas de grau, porque em ambos ocorre a representação do resultado e a conduta opera-se com subjetividade diversa. Portanto, diferenciam-se por um *quantum de previsão*, como foi bem observado por Ferrando Mantovani (1995, p. 355):

[...] a) nella colpa cosciente *il quantum di, previsione*, variando il grado della colpa a seconda che l'evento sai previsto come scarsamente, mediamente o altamente probabile: tant'è che, se l'agente lo prevede come certo, si passa al dolo eventuale; b) nella colpa inconsciente, il quantum de previsibilità, dell'evento.

Note-se que o professor da Universidade de Florença realça que da culpa só se passa para o dolo eventual quando o agente prevê como *certo* o resultado e o vocábulo *certo*, na língua italiana, tem o mesmo sentido da língua portuguesa, significando verdadeiro, exato, evidente, coisa certa.

Na doutrina nacional, Aníbal Bruno (1959, t. 2, p. 92/93) salienta ser quase imponderável a linha que separa o dolo eventual da culpa consciente, ou seja, uma circunstância indefinível que assume significação. Diz, textualmente, o mestre pernambucano:

Ao lado desta (culpa inconsciente), construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espere que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo a mais

da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra.

Nelson Hungria afiança ter o Código adotado a teoria do consentimento, e preleciona que, “no ponto de vista do Código, *assumir o risco* é alguma coisa mais do que ter *consciência de correr o risco*; é consentir previamente no resultado caso venha este, realmente, a ocorrer” (1955, t. 2, v. I, p. 119). A lição de Hungria, reconhecidamente um dos maiores penalistas que nosso país produziu, é de extrema precisão, até porque foi ele um dos grandes cultores da nossa língua. Realmente, há que se distinguir as situações, porque assumir o risco de produzir um resultado é bem mais do que correr o risco de esse resultado ser produzido. Assumir significa, no vernáculo, tomar sobre si, ou para si, avocar (FERREIRA, 1986, p. 187, verbete *assumir*). Correr o risco é admitir o risco, é senti-lo presente, é expor-se a ele. Portanto, assumir é querer, é aceitar, é incorporar. No dolo eventual, portanto, na lição de Hungria, o agente quer (indiretamente), o resultado, incorpora-o voluntariamente ao seu querer.

Ainda na doutrina pátria, Magalhães Noronha (1966, p. 78) salientou as sérias dificuldades em diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, certo que “muitos acham difícil extremá-los”. O autor, contudo, faz uma diferenciação, num posicionamento que se tornou bastante difundido na nossa doutrina: há dolo eventual quando o agente, prevendo o resultado, embora não o querendo, aceita-o, porque assume o risco de produzi-lo (ibidem). A doutrina mais recente, ainda nessa direção, assinala que no dolo eventual o agente atua com total desprezo pelo bem jurídico alheio, dizendo para si: se o resultado advier, “que me importa”, “azar dele”, “que se dane”. Portanto, para o reconhecimento do dolo eventual não basta que tenha o agente a consciência de que sua conduta pode causar dano a um bem jurídico alheio; o dolo eventual reclama uma atuação em que se manifeste uma indiferença em relação ao resultado. Juarez Tavares (1999, p. 199 e ss.), nessa linha de exposição, escreve que só haverá

assunção do risco quando o agente tiver tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico; não poderá servir de ponto de apoio essa indiferença e, pois, quanto ao dolo eventual não basta a simples dúvida, ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação.

Com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 428), conceituamos o dolo eventual como a “conduta daquele que diz a si mesmo ‘que agüente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’ [...] O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que penal”. Diversamente do dolo direto, em que o resultado é querido, como fim ou como conseqüência necessária do meio escolhido, o dolo eventual possui uma forma de querer diferente, que se manifesta pela aceitação do resultado como possibilidade.

5 Dolo eventual, culpa consciente e acidente de trânsito

O elevado aumento do tráfego no nosso País, o salutar crescimento da produção de nossa indústria automobilística, o acesso ao automóvel por parte das várias classes sociais, tudo isso numa estrutura física inadequada, arcaica até, aliados à irresponsável permissão para que veículos sem condições de segurança trafeguem pelas vias públicas; determinaram a elevação do número de acidentes com vítimas a patamares insuportáveis. Essa incidência levou a mídia e organismos criados em meio a situações emocionais a clamarem por punições mais severas. E da pressão popular advieram, em seguida, os desacertos de decisões e a conseqüente ruptura com o saber do direito penal. Bem se disse que quando a emoção está no seu máximo, o direito está no seu mínimo. Daí, crimes claramente culposos se convertem em dolosos; o dolo eventual, pela sua imprecisão, substitui a culpa, o *versari in re illicita* volta a ganhar dimensão e, com tais adições, temos a volta da insegurança e da desconfiança em relação à validade do ordenamento jurídico-penal.

Estes aspectos foram ressaltados por dois jovens professores de direito penal: Rogério Greco, de Minas Gerais, e André Luís Callegari, do Rio Grande do Sul. O primeiro, que também é promotor de Justiça em Belo Horizonte, num verdadeiro brado de alerta, escreve:

Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, dão-nos notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis. Em geral, ou causam a morte ou deixam seqüelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram em vários Estados da Federação, associações com finalidades de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juizes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador como de dolo eventual, tudo por causa de expressão contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal [...] (GRECO, 2002, p. 198/199)

O segundo, ao se referir a acalorado debate travado entre este subscritor e um magistrado do Estado do Rio Grande do Sul, na mesma direção do nosso pensamento, escreve:

O que pretendemos é que não se distorçam os princípios elementares do Direito Penal no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos (por culpa), pois, como recentemente temos escutado, inclusive, em debates no Seminário da Revisão do Decênio da Reforma Penal, realizado em abril do corrente na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito têm reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual. Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstrou-

se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou, uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves. Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento dos delitos de trânsito e não através do judiciário [...]. (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, p. 191, jan./mar. 1996)

Para não alongarmos ainda mais o conteúdo deste trabalho, informamos que subscrevemos, *in totum*, tais manifestações. Ainda bem que não estamos sozinhos nessa luta pela preservação do direito penal dentro de sua construção científica, que deve ser preservada a todo custo, sob pena de haver subversão de valores, perda da cientificidade do direito penal e dos estudos e labores de tantos estudiosos, realizados no evoluir da história da humanidade. Mas não podemos ficar nisso.

Em nosso *Manual* já citado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 429), ressaltamos dois importantes e, talvez, decisivos aspectos acerca da problemática que envolve este tema – um de direito penal e outro de direito processual penal –, ao escrevermos:

O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*.

Para se concluir: se no âmbito do direito penal se pode teoricamente, mas com notórias dificuldades, realizar distinção entre dolo eventual e culpa consciente, na prática a diferenciação se torna, quase sempre, questão complexa. Essas dificuldades al-

cançam até mesmo o dolo direto, como ressaltou Basileu Garcia (1948), num caso concreto, quando um automóvel foi utilizado como meio destinado à causação do resultado. O saudoso professor das Arcadas noticiava aos seus alunos na Universidade de São Paulo que “a prova da existência dolo, então (que, na hipótese, era o direto), é das mais difíceis. Na mencionada ocorrência procurou-se identificar o propósito homicida através da certeza, que existiu, de acirrada antipatia que o réu votava ao policial”, que multara o agente por infração de trânsito (*ibidem*, p. 33). A hipótese era de homicídio cometido mediante atropelamento, qualificado pelo seu motivo, a vingança.

Nessa mesma linha de pensamento, agora em relação ao dolo eventual, diz Welzel (*ibidem*, p. 101-102) que “la razón de esta dificultad está en que el querer es fenómeno anímico originário-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido”.

Parece-nos que não se pode deixar de incluir neste trabalho uma observação acerca do conteúdo do Código de Trânsito brasileiro. Diversamente do que ocorre em outras legislações, nosso Código passou a regular as infrações penais ocorridas em meio ao trânsito, delitos que têm sido impropriamente denominados delitos do automóvel, quando, sabidamente, o automóvel é incapaz de conduta. Construído o tipo da pior maneira possível, sem definir nada, criou-se proibição aparentemente elaborada por leigos. O legislador, conduzido pela comoção social, nessa lei penal especial elevou a pena para o homicídio e as lesões corporais culposas (arts. 302 e 303 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). O legislador, portanto, atendeu aos reclamos da mídia, elevando a pena para o homicídio culposo tanto no seu mínimo (de um para dois anos de detenção), como no seu máximo (de dois para quatro anos de detenção). E por se tratar lei penal especial, é de ser aplicável a todos os fatos delituosos ocorridos em meio ao trânsito. *Lex specialis derogat legi generali*.

Conclusões

a) A diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, segundo a doutrina moderna, encontra-se no *animus*. Por conseguinte, essa diferença deve ser buscada no âmbito da pessoa, de difícil aces-

so. A culpa consciente e o dolo eventual constituem fenômenos anímicos que, no dizer de Welzel, não podem ser propriamente definidos. Nosso Código, tanto na sua versão original como na de 1984, optou pela teoria do assentimento ou do consentimento que, no dizer de Baumann, é a única que pode oferecer parâmetros mais seguros para uma solução ante a um caso concreto. Mas mesmo essa teoria, hoje em flagrante desprestígio pela sua exagerada amplitude, pode levar à responsabilidade sem culpa, ou seja, à admissibilidade da responsabilidade objetiva, ao exigir para o reconhecimento do dolo eventual apenas a comprovação de ter o autor aprovado o resultado estimado como possível (ou provável) e, no caso concreto, estar de acordo com ele (BAUMANN, 1973, p. 240). Realmente, a prova do elemento subjetivo quase sempre se converte em tarefa extremamente difícil, quase impossível; porém essa dificuldade não pode levar nunca à aceitação de uma presunção (dolo e culpa nunca se presumem) com característica de *probatio diabolica*, recepcionada por algumas decisões judiciais em nosso País, num posicionamento que destroça toda a teoria do delito.

Para a teoria do delito será sempre indispensável “a comprovação de um nexos de causalidade psicológica entre a ação e o evento” (MAGGIORE, op. cit., p. 1/462). Não se pode esquecer que, aqui, considera-se o desvalor da ação e não o desvalor do resultado, e que o desvalor da conduta é aferido por intermédio da capacidade do causador em ajustar-se à norma de cuidado (JESCHECK, op. cit., p. 232/233). Em estado de embriaguez não pré-ordenada, quando é examinada a questão, vislumbra-se que um comportamento censurável causador de um resultado lesivo – a ser examinado *ex-ante* –, exclui o dolo eventual e leva o fato para o campo da culpa gravíssima. Esta, sabidamente, no direito ibérico denomina-se *culpa temerária*, lugar onde se inclui a culpa consciente, tal como faz Juan Cordoba-Roda, nas adições da tradução para o espanhol da obra de Reinhart Maurach (1962, t. I, p. 319).

Temos para nós que todas as dificuldades apontadas já no desenvolvimento deste trabalho enfatizam o enorme risco que envolve o julgador ao fazer, no caso concreto, sua opção pelo dolo eventual. Isto bem observou o desembargador Euclides Custódio da Silveira (1959, p. 60), antigo professor da

Pontifícia Universidade Católica/SP, ao recomendar que o julgador atue com as *devidas cautelas* e, na dúvida, opte pela solução mais benigna. Sabe-se que para o julgador sempre sobrar, no caso concreto, a opção pela culpa consciente. Sob certa visualização pode-se afirmar que a doutrina, ao criar a teoria da culpa consciente, aproximou-a do dolo eventual e agora tem dificuldades em diferenciá-los a fim de afastar a imprecisão e a insegurança jurídica criadas.

As teorias formuladas, com enfoques ora próximos, ora distantes, não conseguem resolver todos os problemas, alguns até criados por elas próprias. No entanto, isso não impede que se continue a buscar soluções adequadas, porque nenhuma ciência pode estagnar-se. Deve-se continuar buscando a resolução desse angustiante e complexo problema.

b) Cremos que o desenvolvimento deste trabalho esclarece suficientemente as dificuldades postas pela doutrina na elaboração da distinção entre culpa consciente e dolo eventual. Não obstante, acrescentamos que em se tratando de acidente automobilístico as dificuldades são quase insuperáveis; mesmo quando se trata do chamado “racha”, a solução não nos parece ser tão simplista. Sempre se exigirá o elemento volitivo, isto é, o assentimento na possível produção de um resultado lesivo. Todavia, muitos assim não pensam, partidários que são de um direito penal *crucifixador*, extremamente punitivo, na vã convicção de que a pena soluciona todos os problemas sociais. São os defensores do movimento da *lei e da ordem*, de triste memória, pelos nefastos efeitos que produziu.

Uma palavra sobre a conduta de dirigir embriagado. A embriaguez não é somente um problema social, mas também um complexo problema jurídico. As soluções são diferenciadas nos legislações. Temos para nós que atribuir responsabilidade penal ao motorista causador de um acidente, fundada apenas e tão-somente na embriaguez e na velocidade excessiva, constitui uma indistigável adoção da responsabilidade objetiva. Uma opção pela responsabilidade penal em razão do evento passa, no nosso entendimento, pela inequívoca aceitação de um comportamento anímico de comprovação quase impossível, ou por uma embriaguez pré-ordenada. Mas nesta última hipótese, de *actio libera in causa*, já nos encontramos no terreno do dolo direto; na segunda, de uma confissão que no nosso direito é

sempre insuficiente para uma condenação. Válida a observação de André Luís Callegari, de “que não será a embriaguez, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas tão-somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico” (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, p. 197, jan./mar. 1996).

Em outro trabalho, André Luís Callegari (2001, p. 167-168) escreve:

[O] nosso Direito Penal é o da culpabilidade e culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposos, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposos, não se falando, neste caso, em dolo eventual. A pena aplicada é a do delito culposos, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.

Rogério Greco (2002, p. 201) afirma, com acerto, que em tais pressupostos só muito raramente se pode vislumbrar a ocorrência de um delito de crimes de trânsito, e que “não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas sim levando-se em consideração o seu elemento anímico”. O penalista mineiro faz uma ilustração muito elucidativa para explicitar sua conclusão:

Imagine o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, justamente com a sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para a sua residência, pois que queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade ex-

cessiva que imprimia em seu veículo, colide o seu automóvel com um outro e com isso causa a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava”. (Ibidem, p. 200)

Excluída a possibilidade da concessão do perdão judicial, plausível na hipótese noticiada, tudo o mais do exemplo é aproveitável para todas as situações assemelhadas.

c) Sempre sustentamos difícil a ocorrência de crime doloso no trânsito, mas isso não é impossível, quando o automóvel ou máquina similar é utilizado como meio para a prática de um delito. Também é possível ser o delito cometido por meio de embriaguez pré-ordenada, isto é, numa hipótese de *actio libera in causa*, mas tanto uma como outra são hipóteses de perpetração do delito com dolo direto, abrindo situações quase sempre alimentadas pela vingança ou por outro motivo torpe. A hipótese de homicídio cometido mediante dolo eventual é, além de rara, como informa a doutrina, de difícil comprovação. Como já escrevemos com Zaffaroni em nosso *Manual* (op. cit., p. 429),

[...] o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da *possibilidade de produção do resultado*, e no campo processual, configura um problema de prova [...]

Mas não é só. Ao decidir pela forma dolosa, o juiz se sobrepõe ao Poder Legislativo, passando a legislar. Quando não, recorre à analogia *in malam partem*, inadmissível num Estado de Direito; como estimamos ser o nosso. Atua o juiz, portanto, em tais situações arbitrariamente, isto é, com eivas de inconstitucionalidade.

Acórdão de julgamento processado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foi relator o desembargador Kelsen Carneiro, decidiu:

O Judiciário não pode, usurpando as funções do Poder Legislativo e com afronta à inde-

pendência e harmonia entre os Poderes, transformar o que é, e sempre foi, crime culposos em crime doloso, mediante dolo eventual, apenas em função da repercussão e clamor popular causados pelo fato. Ao juiz não é dado modificar a lei, mas sim aplicá-la (TJMG - Rel. Des. Kelsen Carneiro, JM 147/424).

Acrescentamos que ao juiz não é dado fugir à responsabilidade de um julgamento, atirando-a aos jurados, lavando suas mãos na pia do conflito emocional.

Como toda decisão em situações deve se fundamentar na dogmática, julgamento no sentido da admissibilidade do dolo eventual em típica situação de culpa rompe totalmente com o direito penal científico, ou saber penal, construção de séculos de meditação e estudos. A busca por uma punição mais gravosa já foi atendida, com a edição do novo Código de Trânsito, com penas mais severas do que aquelas previstas pelo Código Penal e temos para nós que, na hipótese da consulta, a lei especial é aquela que deve ser aplicada. Ademais, ao elevar a pena para delitos que ocorrem em meio ao trânsito, sem fazer clara opção, aproximou-se o legislador patricio dos códigos penais modernos, como os da Espanha, Alemanha e Portugal, passando a punir esses delitos mais gravosamente, considerando-os como espécie de culpa gravíssima ou culpa temerária. Não paira dúvida de que, com essa providência, o nosso legislador estendeu o conceito de culpa, intensificando-o. Como escreve Selma Pereira de Santana (2005, p. 237), com apoio em Jorge de Figueiredo Dias, na culpa temerária, o causador, "não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, [...] plasmando no facto qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez".

d) Se, numa hipótese concreta, diante da situação criada, o causador do evento procura alertar outros participantes no trânsito acerca da situação de perigo em que ambos se encontram, por exemplo, piscando incessantemente os faróis, tal circunstância, em princípio, afasta a possibilidade de dolo, mantendo-se concretamente a culpa, ou seja, manifesta-se uma clara situação de perigo com um resultado previsível. Por outras palavras, conduta em tal

direção repudia claramente a ocorrência de um evento lesivo, pelo menos a título de dolo eventual. Se a culpa consciente, consoante a dogmática, diferencia-se do dolo eventual pela não aceitação do resultado excepcionalmente previsto, e a culpa inconsciente se caracteriza pela falta de previsão do previsível, um evento conformado por tais circunstâncias conduz a uma só e solitária solução jurídica: a da existência de crime culposos.

e) A doutrina e o bom senso indicam que em caso de dúvida, deve-se fazer a opção pela culpa consciente, que é a mais benevolente e também a menos estigmatizadora. Na incerteza, portanto, a prudência recomenda uma solução de menor componente punitivo.

PIERANGELI, J. H. Traffic fatalities: conscious negligence or recklessness? *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 47-63, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** An article based on a legal opinion which was requested from us. In the article, as in the opinion, the following issues are discussed: a) What is the difference between conscious negligence and recklessness according to the current literature? b) Can the distinction between conscious negligence and recklessness be easily done in an actual case? c) Does driving against the traffic figures in itself a voluntary or involuntary homicide? d) What is the meaning of the act of a driver who flashes the headlights when he perceives the possibility of an accident? e) What should be the judge's option in case of doubt concerning the subjective element? There are also a few supplemental additions.

• **KEYWORDS:** Traffic accident. Conscious negligence. Recklessness. Theory of probability. Theory of consent.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal Español (el hecho punible)*. Madrid: Akal Iure, 1985.
BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal – conceptos fundamentales y sistema*. Tradução castelhana de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.
BRUNO, Aníbal. *Derecho Penal – parte geral (fato punível)*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo 2.

BUSCH, Richard. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 13, jan./mar. 1996. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Tradução castelhana de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

ENGISCH, Karl. *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. München: Max Huber, 1963.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARCIA, Basileu. Apostilas do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano letivo de 1948.

GOESSEL, Karl-Heinz. *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1984. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução espanhola de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1984.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. Tomo 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. Tomo II.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale – parte generale*. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1949. Tomo primo, v. 1.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – parte generale*. Padova: CEDAM Editrice, 1995.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962. Tomo I.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. Tomo II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1966.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Tiene futuro la dogmática juridicopenal?* Bogotá: Editorial Temis, 1983.

_____. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Madrid, 1979.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale – parte generale*. Milano: Giuffrè Editores, 1972.

PEDROSO, Fernando Almeida. *Derecho Penal*. São Paulo: Leud, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

_____. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. Tomo I.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español – parte general*. Madrid, Dykinson, 1993.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 2. ed. Hamburg: Cram, de Gruyter & Co, 1967.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Derecho Penal (a nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1985.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Derecho Penal (crimes contra a pessoa)*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

TAVARES, Juarez. *A conduta ilícita – fundamentos para uma teoria do injusto penal*. Tese (concurso para titularidade) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. Tomo 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A Culpabilidade e a Perspectiva Ontológica de Liberdade

Oswaldo Henrique DUEK MARQUES*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A visão de liberdade: do classicismo à nova defesa social. 2 A liberdade diante da teoria normativa da culpabilidade. 3 A perspectiva ontológica da liberdade. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Afastada a responsabilidade de cunho objetivo, permanece a dificuldade de conciliar a culpabilidade, no âmbito do direito penal, com a idéia de liberdade. A exigibilidade de conduta diversa, enquanto elemento da culpabilidade, restringe-se a situações previstas em lei ou análogas a estas. A consciência do distanciamento da perspectiva ontológica de liberdade por parte da psicologia e a utilizada no âmbito penal contribui para a humanização do direito penal.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade. Determinismo. Culpabilidade. Exigibilidade.

Introdução

No passado, dentre os povos de cultura primitiva, a responsabilidade era objetiva, baseada exclusivamente na relação de causa e efeito, sem interesse no psiquismo do indivíduo ou na sua liberdade de querer e de agir. Não existia noção de responsabilidade individual, edificada sobre a culpabilidade do infrator.

Na atualidade, com a almejada racionalização do sistema penal e com a fundamentação dos ordenamentos jurídicos na dignidade da pessoa humana, não se pode aceitar a responsabilidade de cunho objetivo. Além da conduta típica e antijurídica, é necessária a presença da culpabilidade, que, na visão de Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 522), “somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem”.

Todavia, no âmbito penal, a dificuldade de conciliar a culpabilidade – *fundamentada na capacidade de agir de forma diversa no caso concreto* – com o dilema metafísico entre liberdade e determinismo humanos permanece, como se verá no presente estudo.

1 A visão de liberdade: do classicismo à nova defesa social

Para o classicismo penal, o delito é oriundo da vontade livre do autor e não de fatores biológicos, físicos e sociais. É o reconhecimento do livre-arbítrio, considerado abstratamente o fundamento das penas impostas. Dessa ótica, Francesco Carrara (1957, v. 1, p. 11), um dos expoentes do classicismo penal, conceitua o delito como ente jurídico, pela violação de um direito, decorrente da vontade livre e inteligente do delinqüente.

A corrente clássica, consolidada a partir do Iluminismo no século XVIII, considera que o indivíduo, não sendo portador de moléstia mental, possui *a priori* ampla liberdade em seus comportamentos, com total independência de fatores externos e internos. Como explica Joe Tennyson Velo (1998, p. 164),

[...] a mentalidade iluminista era toda apoiada na capacidade racional do homem controlar, dirigir, planejar e conseguir o que deseja no momento que melhor lhe convém. Criou-se a crença de que a consciência era poderosíssima, capaz de vencer qualquer outro tipo de poder, desde o político até o natural.

Já para a Escola Positiva, o crime apresenta-se como manifestação necessária do determinismo universal dos fenômenos naturais. De acordo com Cesare Lombroso (1983, p. 501), considerado o fundador do positivismo criminológico,

[...] o delito, tanto pela estatística como pelo exame antropológico, parece um fenômeno

*Procurador de Justiça em São Paulo. Livre-docente em Direito Penal e Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

natural; se quisermos usar o linguajar dos filósofos – um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, as doenças mentais, o qual é freqüentemente uma triste variante.

O delinqüente, dado seu comportamento atávico, não consegue organizar-se a ponto de evitar o cometimento de crimes. Por esse motivo, o castigo, baseado na culpa, segundo a concepção clássica, torna-se ineficaz pela ausência de livre-arbítrio.

Dos debates entre o classicismo e o positivismo, surgiram as correntes ecléticas, destacando-se, no final do século XIX, a dos integrantes da União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889. Essa corrente aparta-se do positivismo, ao sustentar o poder de intimidação das penas como garantia da ordem jurídica, porquanto tal intimidação só poderia surtir os efeitos desejados diante de indivíduos capazes de autodeterminação.

Na lição de Franz von Liszt (1899, p. 122-123), um dos fundadores dessa associação de penalistas,

[...] a condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de fato se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem dúvida, própria a todo homem maduro e são de espírito), por meio de idéias e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso prático que regulam toda a nossa conduta.

Para Liszt (ibidem, p. 124), enquanto a capacidade de determinação do homem não puder ser contestada, a responsabilidade pelo resultado, consubstanciada na culpa, terá uma base sólida e a pena ficará subtraída do conflito de opiniões.

Outro fundador da União Internacional de Direito Penal, Adolphe Prins, a quem coube formular uma doutrina autônoma de defesa social, propõe inclusive o afastamento da discussão filosófica entre livre-arbítrio e determinismo, por considerar ambos indemonstráveis. No seu entender, ressaltados os casos de doença mental, existe por parte do homem uma liberdade relativa de escolha entre vários motivos, determinada pela necessidade decorrente de aspectos biológicos e sociais vinculados à época do fato (PRINS, s.d., p. 162). Para Adolphe Prins, o direito de

punir supõe a presença de um homem normal do ponto de vista mental e físico. A culpabilidade só ocorre diante da prática de um ato voluntário, o que implica a presença de normalidade psíquica.

Não compete, contudo, ao juízo repressivo resolver o dilema metafísico sobre a liberdade humana, nem adentrar a discussão entre livre-arbítrio e determinismo, pois sua missão exclusiva é a de defesa social, segundo a periculosidade do agente (ibidem, p. 166-167). Sua doutrina afasta-se de indagações axiológicas da liberdade, na aferição da culpabilidade, ao propor medidas de defesa voltadas exclusivamente para a sociedade, ante indivíduos considerados perigosos, o que se aproxima, nesse aspecto, do positivismo.

Uma nova concepção de defesa social, surgida após a Segunda Grande Guerra, denominada *Nova Defesa Social* e liderada por Marc Ancel, iria finalmente afastar-se do determinismo, ao postular o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade, visualizando no delinqüente uma responsabilidade de cunho moral, consubstanciada na noção do dever de respeito à coletividade. Na visão de Marc Ancel (1979, p. 342),

[...] o ser-indivíduo não se sente o único responsável. Por isso mesmo, de fato ele considera os outros como também responsáveis; e esse sentimento coletivo de responsabilidade, esse direito de exigir de cada um conta de suas ações, assim como a obrigação de prestar contas, aceita ou imposta, mas de qualquer forma palpável, são diretamente relacionadas com essa realidade psicossocial que é o sentimento de responsabilidade.

Esse sentimento coletivo conduz à responsabilidade individual de conteúdo moral, decorrente do convívio em sociedade.

Embora a *Nova Defesa Social* pretenda distanciar-se do positivismo e do classicismo, por não situar o agente em um quadro preestabelecido de liberdade ou de determinação absoluta, considera o indivíduo, de forma abstrata, inserido em uma responsabilidade de cunho moral, baseada no compromisso que todos os integrantes da sociedade têm quanto ao seu modo de agir. Isso de certa forma também conduz ao livre-arbítrio como base para a culpabilidade, pois só podem prestar contas de suas ações, perante o meio social, aqueles

indivíduos capazes de atuar de outro modo nas situações fáticas concretas. Assim, a *Nova Defesa Social*, ao considerar *a priori* uma responsabilidade de cunho moral, afasta-se também da discussão acerca da liberdade do ponto de vista ontológico.

2 A liberdade diante da teoria normativa da culpabilidade

Para a teoria psicológica da culpabilidade, o dolo e a culpa compreendiam a totalidade da culpabilidade, conquanto se admitisse a imputabilidade como pressuposto de culpa jurídico-penal (TOLEDO, 2000, p. 220).

Em 1907, Reinhard Frank introduziu nessa teoria um elemento normativo – a reprovabilidade do ato praticado no tocante ao seu autor –, dando origem à teoria psicológico-normativa da culpabilidade. De acordo com Frank (2004, p. 40-41), para que se possa fazer um juízo de reprovação sobre o comportamento de alguém, torna necessária a imputabilidade, a relação psíquica do autor com o fato (dolo ou culpa) e normalidade das circunstâncias sobre as quais ele atua. A culpabilidade dependeria da *normalidade das condições concomitantes*,¹ modificada posteriormente por Frank para *possibilidade de normal motivação da vontade do agente*, chegando finalmente à fórmula de *liberdade ou domínio do fato, segundo a situação total do agente no caso concreto* (BRUNO, 1967, t. 2, p. 98-99).

Entretanto, como comenta Aníbal Bruno (ibidem, p. 100), deve-se a Freudenthal “a idéia de que na culpabilidade a reprovabilidade resulta de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito”. Assim, além da imputabilidade e do nexó psicológico normativo, acrescentou-se a exigibilidade como elemento da culpabilidade, nas circunstâncias de um comportamento conforme ao direito (TOLEDO, 2000, p. 223).

¹ Assim: “no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podría salvar” (ibidem, p. 41).

A partir da década de 30 do século XX, pela construção finalista de Hans Welzel, o dolo e a culpa passaram a localizar-se no tipo. A culpabilidade limitou-se à pura reprovabilidade, permanecendo com os elementos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

A evitabilidade do fato por parte do agente, como pressuposto da culpabilidade, traria, em princípio, a discussão acerca do livre-arbítrio, principalmente no tocante à exigibilidade de outra conduta; no entanto, alguns doutrinadores sustentam que o direito penal pode prescindir da investigação de uma liberdade *ampla*, aceitando a liberdade *relativa* e inerente a todos os homens dotados de normalidade psíquica.

A esse respeito, Jescheck (apud AMARAL, 2003, p. 204) sustenta que o direito penal pode prescindir do óbice da impossibilidade de demonstrar a liberdade de querer. Considera suficiente à culpabilidade que os indivíduos se deixem determinar pelas normas que assegurem a convivência e a evolução da espécie, consubstanciadas na experiência geral da possibilidade de autodeterminação.

Consoante Figueiredo Dias (1995, p. 33-34), a indagação do livre-arbítrio, analisada psicologicamente, continua sem resposta, pois considera impossível a verificação individual de poder atuar de modo diverso na situação fática concreta. Por isso, no seu entender, a fundamentação da culpa jurídico-penal *de não poder atuar de forma diversa* seria inaceitável do ponto de vista político-criminal, pois a inexigibilidade teria de ser investigada da ótica da valoração individual e não na da valoração da ordem jurídica. Deixaria o direito penal de desempenhar sua função social de proteção subsidiária de bens jurídicos (FIGUEIREDO DIAS, 2007, t. I, p. 603).

Por considerar indemonstrável a liberdade de agir de outro modo no caso concreto, Figueiredo Dias defende uma liberdade de cunho existencial, no sentido de ser característica irrenunciável do ser humano. Segundo o autor, “a essência do homem não reside em algo de substancial, que lhe seja assinalado previamente por uma sua natureza, antes é algo que ele tem de cumprir concretamente no mundo e que só pode cumprir agindo, realizando-se no seu concreto existir”

(FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 139). É nesse contexto que se deve procurar a liberdade existencial – decorrente da responsabilidade pelo existir. A culpa existencial residirá “na falta de cumprimento das exigências do ‘dever-ser’ que ao existir são postas como condição da sua própria existência” (ibidem, p. 158).

Essa responsabilidade de cunho existencial encontra amparo no pensamento filosófico de Jean Paul Sartre (1997, p. 68), para quem

[...] a liberdade humana precede a essência do homem e torna-a possível: a essência do ser humano acha-se em suspenso na liberdade. Logo, aquilo que chamamos liberdade não pode se diferenciar do *ser* da “realidade humana”. O homem não é *primeiro* para ser livre *depois*: não há diferença entre o ser do homem e seu “*ser-livre*”.

Como explica Franklin Leopoldo e Silva (2004, p. 138), ao analisar o pensamento de Sartre,

[...] o motivo, que está tanto depois quanto antes do ato, por constituir-se pelo ato, não anula a liberdade enquanto origem absoluta do ato. É nesse sentido que sou minhas ações e sou também os motivos pelos quais as pratico. Sou, e não posso deixar de ser, a minha própria liberdade: “não somos livres para deixar de ser livres”.

Segundo Paola Gentile Jacobelis (2003, p. 79),

[...] na filosofia sartriana não é necessário que algo seja objeto de reflexão para que seja próprio da consciência, pois há uma consciência irrefletida que é condição mesma dessa reflexão e que, portanto, também escolhe seus fins e age em função deles. Dessa forma, o próprio ato de perseguir os fins de maneira apaixonada ou deliberada será uma *escolha* da consciência, uma escolha de nossa liberdade originária”.

Dessa ótica, no âmbito da culpabilidade penal, considerada *a priori* a capacidade de autodeterminação do indivíduo, diante da generalidade das pessoas dotadas de normalidade psíquica, o *poder agir de outro modo* deixa de ser valorado indivi-

dualmente diante de cada caso concreto, passando a ter uma valoração do prisma da ordem jurídica, ou seja, uma valoração puramente normativa. Como exemplos dessa assertiva, pela legislação penal vigente, a embriaguez voluntária ou culposa, a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade (art. 28, incisos I e II, do Código Penal).

Por esse motivo, diante da impossibilidade de valorizar-se a liberdade individual, em cada caso concreto, a não-exigibilidade de conduta diversa, como elemento da culpabilidade, tem seu campo de atuação restrito a situações legais ou a fatos análogos aos previstos na legislação como excludentes de culpabilidade.

Nesse sentido, Aníbal Bruno (1967, t. 2, p. 103) comenta que os casos mais claros de não-exigibilidade de outra conduta já se encontram previstos nas legislações. Por isso, só em situações excepcionais deve esse princípio ser aplicado, sob pena de enfraquecer o sistema penal. Em sentido semelhante, Damásio de Jesus (2003, v. 1, p. 483-484) sustenta:

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento ilícito. Em face de um caso concreto, seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por não ser exigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa.

Já Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 566) manifestam-se pela desnecessidade de buscar-se uma causa excludente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa na legislação penal brasileira atual, sob pena de prejudicar a sistemática da culpabilidade.

Mesmo para os que admitem a inexigibilidade de conduta diversa, como causa excludente autônoma de culpabilidade, a configuração dessa causa restringe-se apenas a fatos ou a circunstâncias de caráter exógeno e não a motivos endógenos, relacionados ao psiquismo do agente. Isso porque, como concluído nesta parte do estudo, o direito penal adota uma perspectiva de liberdade normativa.

3 A perspectiva ontológica da liberdade

A perspectiva ontológica da liberdade humana aproxima-se da idéia de liberdade fornecida pela Psicologia, afastando-se da perspectiva puramente normativa de liberdade no âmbito do Direito Penal, como se constata pelas obras de alguns estudiosos no campo da Psicologia, embora essas obras façam referência a situações genéricas da vida humana.

Segundo Erich Fromm (1967, p. 140), os argumentos em favor do livre-arbítrio deixam dúvidas diante da experiência cotidiana. Fromm indaga se um indivíduo crescido em ambiente de pobreza, material e espiritual, desprovido de amor ou de preocupação com outras pessoas, além de ter o corpo condicionado por anos à bebida, sem possibilidades de modificar suas condições, poderia ter liberdade de escolhas. No seu entender, “a liberdade nada mais é do que a capacidade para seguir a voz da razão, da saúde, do bem estar, da consciência, contra as vozes das paixões irracionais” (ibidem, p. 146). Dessa ótica, somente indivíduos capazes de se tornarem conscientes das suas paixões serão capazes de atingir a liberdade.

Em sua obra *Psicopatologia na Vida Quotidiana*, Sigmund Freud (s.d, v. VI, p. 289-290) assim se manifesta acerca da liberdade psíquica:

É sabido que grande número de pessoas alega, contra a afirmação de um absoluto determinismo psíquico, sua intensa convicção da existência de uma vontade livre. Essa convicção sentimental não é incompatível com a crença no determinismo. Como todos os sentimentos normais, deve ter alguma justificação. Mas, pelo que pude observar, não se manifesta nas decisões grandes e importantes, em que antes temos a sensação de uma coação psíquica, com a qual nos desculpamos. (“É-me impossível fazer outra coisa”). Em compensação, nas resoluções triviais e indiferentes, sentimos-nos seguros de ter podido agir de um modo ou de outro, isto é, de ter agido com a vontade livre, não motivada. Depois de nossas análises, não se faz mister discutir o direito ao sentimento de convicção quanto à existência do livre arbítrio. Se distinguimos a motivação consciente, da motivação inconsciente, esse sentimento de convicção nos indicará que a motivação

consciente não se estende a todas as decisões motoras. *De mínima no curat praetor*. Mas o que por este lado fica livre, recebe sua motivação pelo outro, pelo inconsciente, e deste modo se consegue, sem solução de continuidade, a determinação no reino psíquico.

A liberdade, no entanto, poderia ser conquistada por meio da psicanálise, com a conscientização dos impulsos inconscientes.

No mesmo sentido, o pensamento de Rollo May (2004, p. 134):

Liberdade é a capacidade do homem de contribuir para sua própria evolução. É a aptidão para nos amoldarmos. Liberdade é o outro aspecto da autoconsciência: se não tivermos consciência de nós mesmos, seremos impelidos pelos instintos, ou pela marcha automática da história [...] A autoconsciência dá-nos a aptidão para nos afastarmos da rígida cadeia de estímulos e reações, fazer uma pausa e assim avaliar, decidir qual será a nossa resposta [...] Que autoconsciência e liberdade andam a par fica patente no fato de quanto menos conhecimento de si mesmo tem a pessoa, menos livre ela é.

Assim, tanto na visão de Rollo May, como na de Freud, somente indivíduos com autoconsciência desenvolvida seriam capazes de não serem impelidos por forças inconscientes.

Sobre o assunto, Carl Jung (1998, v. VIII, p. 138-139) chama a atenção para a possibilidade de atitudes em que se desencadeia no indivíduo um processo inconsciente, sem o concurso e sem motivação racional. Por esse motivo, conclui que o comportamento é influenciado por instintos em graus mais elevados do que normalmente admitidos.

Para Jung (apud HUMBERT, 1985, v. 25, p. 106),

[...] a psique real e verdadeira é o inconsciente, enquanto o consciente só pode ser considerado como um fenômeno temporário [...] As causas e as metas ultrapassam o consciente de um modo que não se deve subestimar, e isto implica que suas naturezas e suas ações sejam irreversíveis e inalteráveis enquanto

não sejam objetos de consciência. Só podem ser corrigidos pela perspicácia consciente de determinação moral; é por isso que o autoconhecimento, tão necessário é também tão temido.²

Pelo exame desses estudiosos no campo da Psicologia, conclui-se que vários comportamentos podem estar desvinculados da liberdade de escolha consciente, que é imprescindível para reconhecer o sentido ontológico e amplo de liberdade.

Do ponto de vista psicológico, não se pode afirmar, a priori, que a generalidade das pessoas possua efetiva liberdade de escolhas conscientes, ao contrário do sentido de liberdade estabelecido pelo ordenamento jurídico-penal, que acolhe uma liberdade relativa, abstrata, inerente a todos os indivíduos dotados de normalidade psíquica, que não se encontrem em certas condições biológicas ou fáticas estabelecidas em lei.

Conclusão

Como concluiu Figueiredo Dias, diante da impossibilidade de aferição psicológica do livre-arbítrio, não seria aceitável a fundamentação da culpa jurídico-penal na capacidade de atuar de forma diversa do ponto de vista político-criminal, sob pena de comprometer a função social do Direito Penal, de proteção subsidiária de bens jurídicos.

O Direito Penal, então, alicerça-se em uma perspectiva de liberdade não-ontológica, inserida em conceito puramente normativo, no qual o indivíduo é considerado *a priori* dotado de liberdade de autodeterminação, e, portanto, culpável, ao praticar um fato típico e antijurídico, quando presentes certas condições biológicas, psíquicas ou fáticas previstas em lei como requisitos da culpabilidade.

Esse conceito normativo de liberdade, contudo, afasta-se do conceito ontológico de liberdade no campo da Psicologia, porquanto, como examina-

do, inúmeros comportamentos tidos como racionais podem estar desvinculados da liberdade de escolha consciente, embora essa aferição não se afigure possível no campo normativo, em cada situação fática concreta.

Em seu sentido ontológico, a experiência de liberdade é de precariedade e de desamparo ante o destino, demonstrando a instabilidade constante na existência humana, como conclui Gilberto Safra (ago. 2005), para quem o próprio caminhar "é desequilibrar-se continuamente". O ser humano é afetado por cada passo na sua existência.

A conscientização dessa perspectiva ontológica de liberdade, além de propiciar novos enfoques acerca da culpabilidade, principalmente no tocante à exigibilidade de conduta diversa, poderá certamente contribuir para a humanização cada vez maior do Direito Penal, sem que com isso sejam enfraquecidas suas almeçadas funções preventivas e socializadoras.

MARQUES, O. Duek. Culpability and the ontological overview of freedom. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 65-71, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** Apart from the responsibility of an objective character, it remains the difficulty in conciliating the culpability, in the realm of criminal law, and the notion of freedom. The exigibility of diverse conduct, as an element of culpability, is restricted to situations predicted in law or analogue to these. The conscience of the distantiation of the ontological perspective of freedom on behalf of psychology and the one used in the criminal scope contributes to the humanization of the criminal law.

• **KEYWORDS:** Freedom. Determinism. Culpability. Exigibility.

Referências bibliográficas

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
 ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Tradução de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* – parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo 2.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal* – parte geral. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1, p. 11.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade-culpa* – Direito Penal. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Direito Penal* – parte geral. 1. ed. Brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007. Tomo I.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Euros, 2004.

FREUD, Sigmund. Psicopatologia na vida quotidiana. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. Tradução de Elias Davidovich. Rio de Janeiro: Delta [s.d.], v. VI.

FROMM, Erich. *O coração do homem: seu gênio para o bem e para o mal*. 2. ed. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

JACOBELIS, Paola Gentile. Temporalidade e liberdade ou da compreensão da realidade humana em o ser e o nada. In: SOUZA ALVES, Igor et al (Orgs.). *O drama da existência: estudos sobre o pensamento de Sartre*. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* – parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v 1.

JUNG, Carl G. A Dinâmica do Inconsciente. Cap. V – Fatores Determinantes do Comportamento Humano). In: *Obras Completas de C. G. Jung*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Vozes, v. VIII. 1998.

LEOPOLDO E SILVA, Franklin. *Ética e literatura em Sartre: ensaios introdutórios*. São Paulo: UNESP, 2004.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Editores, 1899.

LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

MAY, Rollo. *O Homem à procura de si mesmo*. 3. ed. Tradução de Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004.

PRINS, Adolphe. *Science Pénale et Droit Positif*. Bruxelles: Bruylant-Christophe / [s.d.].

SAFRA, Gilberto. *Perspectivas ontológicas da condição humana*. Aulas ministradas na Pós-Graduação em Psicologia Clínica da USP, em 19 e 26 ago. 2005, gravada em vídeo (DVD) (da série A visão Clínica de Gilberto Safra). São Paulo: Edições Sobornost, 2005.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdigão. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VELO, Joe Tennyson. *Criminologia Analítica: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em criminologia*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro* – parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

² No mesmo sentido, a lição de Marie-Louise von Franz (1991, p. 57): "Antes que tenhamos tempo de pensar, a observação desastrosa foi feita, a trama foi urdida, a decisão errada foi tomada, e nos defrontamos com resultados que jamais havíamos pretendido ou desejado conscientemente".

A Invocação ao Sobrenatural Vale como Prova?

Sergio DEMORO HAMILTON*

• **RESUMO:** As experiências mediúnicas e o uso da psicografia merecem distinção, pois a última encontra-se consubstanciada em um documento, meio de prova lícito, admitido, expressamente, no Código de Processo Penal (arts. 231 a 238). De qualquer maneira, tanto a prova mediúnica como a resultante da psicografia são incabíveis, pois ambas não podem ser nem confirmadas nem infirmadas, gerando perplexidade para o juiz e para as partes e impedindo um juízo crítico adequado para o deslinde da causa.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal. Prova. Invocação ao sobrenatural. Impossibilidade.

A matéria objeto do presente estudo raramente é versada entre os tratadistas da prova em razão da sua episódica incidência no campo do processo penal, muito embora, vez por outra, o tema venha à baila por meio de noticiários esparsos da imprensa, quase sempre abordados de forma superficial, buscando mais o sensacionalismo da notícia que a informação técnica e precisa. Fica-se, assim, sem saber ao certo até que ponto a prova emanada de experiências mediúnicas ou de documentos psicografados influenciou ou não na decisão da causa, pois somente por meio de percuente exame dos autos respectivos é que se poderia emitir um pronunciamento seguro a respeito dos fundamentos do julgado em que ela restou apreciada e determinar até que ponto o dado sobrenatural teve relevância na decisão.

Valho-me, inicialmente, para o estudo do nosso assunto, de um caso concreto, distribuído à 16ª Vara Criminal – GB, em que tive a oportunidade de officiar, quando ainda Promotor Substituto, ao tempo do extinto Estado da Guanabara, atuando somente na fase final do processo, ou seja, quando da apresentação das alegações finais escritas (art. 500 do CPP).

O feito criminal em tela pode ser assim resumido: os denunciados no processo em questão (nº

22.596), C.G. e H.G., haviam conhecido o lesado, O.S.M.P., no distante ano de 1928 e, a partir de então, passaram a exercer domínio sobre a pessoa do ofendido, O.S.M.P., mediante ardil, a ponto de dominar-lhe a vontade, dizendo-se C.G., com a participação de H.G., porta-voz de um “Mago Peruano” imaginário. Por aconselhamento do tal “Mago Peruano”, O.S.M.P., homem de grande fortuna, passou a fazer a entrega de elevadas importâncias em dinheiro a C.G. e H.G., bem como a transferir bens imóveis para estes.

A atividade criminosa dos réus teve início em 1942, prolongando-se até setembro de 1959. Portanto, estendendo-se por longos 17 anos.

Vendo-se espoliado em seu patrimônio, O.S.M.P. pretendeu reaver os bens materiais que havia entregue aos réus, por influência do aludido “Mago Peruano”. C.G. e H.G. alegaram, então, que não devolveriam as vultosas quantias em dinheiro e os imóveis, que lhes tinham sido doados, sob o argumento de que o ofendido, igualmente, não lhes poderia restituir os “bens espirituais” (*sic*) recebidos por intermédio da ação do tal “Mago Peruano”.

O processo em exame gozou, na época, de grande repercussão, pois tanto o lesado como os imputados eram pessoas bastante conhecidas, tendo o ofendido arrolado uma série de testemunhas de notória representatividade social, entre elas o jornalista e empresário Roberto Marinho, presidente das Organizações “Globo” (Jornal, Revistas, TV etc.), que, ao prestar depoimento, se disse ser velho amigo da vítima e que certa feita ouvira do próprio O.S.M.P. declaração de que a figura de um “Mago Peruano” o influenciara a entregar recursos dele, lesado, para negócios imobiliários em favor dos denunciados.

* Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor universitário.

Igualmente, prestou depoimento Eloy Dutra, político bastante influente naquele momento, afirmando que conhecia O.S.M.P., tido e havido como protetor dos irmãos C.G. e H.G.. Salientou, em seu depoimento, que o lesado fora vítima de estelionato uma vez que fora induzido em erro por meio de "fraudes religiosas" (*sic*) aplicadas pelos irmãos C.G. e H.G.. Tais informações, segundo disse, foram prestadas ao conhecido homem público pelo próprio ofendido.

Como de fácil observação, era o próprio ofendido, O.S.M.P., que alegava que os irmãos C.G. e H.G. atuavam como porta-vozes do "Mago Superior Peruano".

C.G. e H.G. se viram denunciados por infração ao art. 171 do Código Penal, na modalidade da ficção legal do crime continuado, tendo em vista o lapso de tempo decorrido e o número de crimes perpetrados.

Esta constitui, de forma bastante resumida, a *quaestio iuris* na parte que interessa ao nosso estudo, pois o volumoso feito contou com outros desdobramentos, tais como por exemplo o aditamento da denúncia além de duas preliminares de natureza processual, que aqui não merecerão análise por não apresentarem qualquer relevância para o presente trabalho.

Chamado a oficiar em alegações finais escritas (art. 500 do CPP), portanto na fase final da instrução postulatória, após refutar as preliminares suscitadas, neguei qualquer valor à prova sobrenatural, isto é, à atuação do "Mago Peruano" que, por intermédio dos réus, em atuação mediúnica, fez que o lesado transferisse para os acusados elevadíssimas somas em dinheiro, além de imóveis.

Pareceu-me que havia entre o ofendido e os réus uma sociedade de fato, que se estendeu por quase duas décadas e que, em determinado momento, por razões ignoradas, chegou ao fim. As transações poderiam ter sido feitas mediante atos jurídicos simulados ou por meio de negócios fiduciários praticados entre as partes. Ressaltei que se tratava de mera hipótese, pois jamais me foi possível saber o que havia de subjacente na relação comercial de que participaram as partes em contenda.

A esdrúxula e infantil alegação trazida aos autos de que o "Mago Peruano", também indicado no

processo como "Mago Superior", por meio dos irmãos C.G. e H.G., exercia sobre o lesado total influência, mantendo-o sob domínio absoluto, não mereceu da minha parte qualquer relevância, até porque ridícula. Com efeito, o lesado era homem de indiscutível inteligência, empresário bem-sucedido no seu campo de atividades, tendo, inclusive, exercido o cargo de ministro da Fazenda em caráter interino. Em contrapartida, os réus pareciam-me pessoas de poucas letras, sendo conhecidos como lutadores de jiu-jitsu, que desfrutavam de grande popularidade.

Dessa maneira, não é crível que o lesado fosse aceitar a influência de um "Mago", soando-me inverossímil a afirmação de que transferira para os réus vultosas somas em dinheiro e imóveis em troca de "benefícios espirituais" obtidos graças ao aconselhamento do "Mago Peruano", por meio dos médiuns C.G. e H.G.. Para os não-iniciados, médium, na doutrina espírita, é o intermediário entre os vivos e a alma dos mortos. É o que ensina o léxico.

A sentença criminal, da lavra do saudoso juiz Deocleciano d'Oliveira, endossou o pronunciamento do Ministério Público desacolhendo as preliminares argüidas e, *circa merita*, absolveu os denunciados.

No juízo cível, igualmente, foi rechaçada a pretensão de O.S.M.P., buscando a reparação do dano, tendo a sentença salientado que se algum ilícito fora praticado nas relações havidas entre as partes, O.S.M.P. seria quem o praticara.

Há outras experiências mediúnicas relatadas envolvendo a figura do conhecido médium brasileiro "Chico Xavier", falecido em 2001, em que, em três casos emblemáticos, suas psicografias acabaram por influenciar no resultado de três crimes que culminaram com a morte das vítimas. É o que narra o douto promotor de justiça Renato Marcão (2007), em seu apreciado artigo "Psicografia e prova penal".

Salienta o ilustre membro do Ministério Público de São Paulo que, nos três casos por ele indicados, as psicografias influenciaram a prova em benefício dos réus. Dos três episódios a que se refere o aludido doutrinador, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e os respectivos processos foram distribuídos, em momentos diversos, ao julgamento do mesmo juiz de direito. No primeiro caso, deu-se a absolvição sumária (art. 411 do CPP), não che-

gando o réu a ser submetido a julgamento pelo Júri. No segundo, o acusado acabou por ser absolvido pelo Tribunal Popular por seis votos contra um. Em ambos, ressalta o Autor citado, havia relatos baseados no espiritismo, ligados os dois à psicografia. No terceiro evento, ocorrido em 1980, no Mato Grosso do Sul, o réu veio a ser condenado, em segundo julgamento, pela prática de homicídio culposo, tendo por vítima sua mulher.

Nos casos narrados, há notórias diferenças quanto à maneira com que se deu a intervenção sobrenatural. No feito criminal em que atuei como promotor de justiça, não houve o uso de psicografia, pois o "Mago Peruano" ou "Mago Superior" incorporava nos irmãos C.G. e H.G. para influenciar a vítima. Havia uma troca de benefícios. O lesado fornecia dinheiro e patrimônio em troca de "benefícios espirituais" obtidos por meio da ação do "Mago". É certo que, no processo, havia uma correspondência redigida em código entre os dois acusados e o lesado, que não me foi possível decifrar, não podendo afirmar se ocorreu na hipótese, também, o emprego de psicografia. Já nos eventos envolvendo os três casos de homicídio, as repercussões processuais no campo da prova ocorreram em razão do uso da psicografia.

Antes de examinar o *thema* sob o ângulo jurídico em função do nosso direito positivo, gostaria de deixar claro que não é meu intento ofender ou menosprezar aqueles que, professando o espiritismo, acreditam na veracidade de tais fenômenos sobrenaturais. Professo, com respeito, o irenismo. Minha análise irá ater-se, tão-somente, em função do nosso *ius positum*, para que se possa chegar a uma conclusão se, diante da lei, podem eles embasar uma decisão judicial.

Com efeito, desde que se examine a nossa Constituição Federal, veremos que ela considera inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e protegendo os locais de culto e suas liturgias na forma da lei (art. 5º, inciso VI); além disso, *apertis verbis*, afirma a nossa Carta Magna que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política ... (art. 5º, inciso VIII).

Dessa maneira, é a própria Lei Maior que, ao consagrar o Estado laico, exige tal postura por parte do intérprete.

Portanto, que fique bem claro nosso posicionamento diante de tão delicado assunto, envolvendo matéria de crença religiosa, a qual respeito ainda mesmo quando não a aceite.

Nos episódios aqui examinados, envolvendo a psicografia, o assunto torna-se mais delicado que o evento noticiado relativo ao "Mago Peruano", este último, ao meu pensar, totalmente bizarro e inaceitável.

A razão da maior dificuldade no enfrentamento do problema reside no fato de que o documento psicografado ganha materialização nos autos, permitindo, portanto, exame crítico de um dado concreto.

Cabe, assim, primeiro, definir o que seja psicografar ou, mais ainda, o que significa psicografia.

O verbo *psicografar* significa "redigir (o que é ditado por espíritos)" (FERREIRA, 1986, p. 1.412) ao passo que o substantivo *psicografia* consiste na "escrita dos espíritos pela mão do médium" (op. cit., loc. cit.). Por seu turno, como já definido aqui, o médium figura como intermediário entre os vivos e os mortos.

Nessa ordem de idéias, o que vem para os autos é um *documento*, tal como o define nossa lei processual penal em seu art. 232. Para ela, consideram-se documentos "quaisquer escritos".

Portanto, *prima facie*, cogita-se de meio de prova previsto em lei (art. 232 do CPP, Capítulo IX, Título VII, Livro I do CPP, que se ocupa "Da Prova"). Se assim é, em um primeiro exame da matéria, dever-se-ia aplicar o brocardo *nulla restrictio sine lege*, tendo em vista que as restrições, todas elas, são de direito singular, isto é, não existem sem lei expressa que as consagrem. Haverá, assim, prévia, regra vedando a prova, podendo ela ser encontrada na lei processual ou na lei material, estejam encontradas tais vedações expressas nos códigos respectivos ou, ainda, em leis extravagantes. Outras vezes, a proibição decorrerá de manifesta incompatibilidade com os princípios consagrados na própria Constituição da República. Esta, portanto, há de ser a orientação consentânea com o sistema do livre con-

vencimento e com a busca da verdade real consagrados em nossa lei processual penal, que estabelece a ampla liberdade na produção de provas (Título VII – “Exposição de Motivos” do CPP).

O Código de Processo Civil, quando se ocupa “Das Provas”, declara, em suas “Disposições Gerais”, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos [...] são hábeis para provar a verdade dos fatos [...]” (art. 332, Seção I, Capítulo VI, Título VIII do Livro I), preceito que, sem sombra de dúvida, encontra aplicação no processo penal (art. 3º do CPP).

Sabe-se, da mesma forma, que o procedimento probatório passa por diversas fases, a saber: a propositura da prova pela parte, a admissão da prova pelo juiz, a produção da prova e, por fim, a valoração da prova pelo magistrado, por ocasião da sentença.

Dessa maneira, diante da natural perplexidade com que se depara o magistrado diante da indicação pela parte de uma prova arrimada no sobrenatural, deve ou não o juiz admiti-la ainda na primeira fase do rito probatório?

Renato Marcão (2007), a respeito do uso da psicografia como prova penal, salienta que não há no ordenamento jurídico vigente qualquer preceito expresso que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia uma vez que de prova ilícita não se trata, concluindo por afirmar que no sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova, seja para autorizá-lo, seja para vedá-lo. O Estado, afinal, é laico.

Portanto, de acordo com o pensamento daquele ilustre promotor de justiça, a prova em questão merece ser admitida, produzida e valorada pelo juiz por não se tratar de prova obtida por meio ilícito.

De outro lado, deve deixar-se ao juiz a prerrogativa de, de acordo com o sistema do livre convencimento, dar ao documento o valor que entender cabível, como procederia com qualquer outro meio de prova.

Coloco-me tomado por séria dúvida diante de tal posição em relação ao *thema*. Como será possível a valoração de prova que, se não é vedada expressamente, *jamaiz* poderá ser normatizada?

Em conseqüência da indagação, vejo-me levado a uma outra pergunta. Como colocar a sorte de

um feito criminal nas mãos das convicções religiosas do magistrado?

Um juiz, fosse ele agnóstico, ou, mais ao extremo, fosse ele ateu, jamais admitiria tal modalidade de prova. Por outro vértice, um julgador que fosse adepto da crença espírita aceitaria como válida a psicografia ao argumento de que ela não é, expressamente, proibida pela lei processual e que vem ao encontro de sua crença religiosa.

Restaria a possibilidade do exame caligráfico do documento, regulado minuciosamente no art. 174 do CPP, que versa a respeito do reconhecimento de escritos, por comparação de letra. Mas que letra? Do médium? Do espírito? Seria uma forma técnica pela qual se poderia chegar a uma conclusão definitiva? Não creio.

Penso que, ainda assim, tal modalidade de exame grafotécnico não daria suficiente respaldo para a aceitação da validade da psicografia, pois não seria possível, caso assim desejasse uma das partes (ou o determinasse o próprio juiz), submeter-se ao crivo do contraditório o espírito desencarnado, para que confirmasse o laudo (se positivo a respeito da autoria do escrito) ou viesse a contestá-lo (se negativo em relação ao valor do documento).

Tal direito não poderia ser sonogado à parte acusadora, caso desejasse, por tratar-se de direito individual assegurado pela Constituição Federal aos litigantes em qualquer processo judicial (art. 5º, inciso LV). Referi-me, de modo especial, ao Ministério Público ou ao querelante, pois, tanto quanto me foi dado observar, a psicografia somente tem sido utilizada em favor dos réus. É certo que, na espécie, restaria a possibilidade de sabatinar, sob o crivo do contraditório, o médium. Porém, ele não seria o autor intelectual do escrito, mas mero copista daquilo que o espírito lhe teria ditado.

O documento, por si só, dada a peculiaridade da prova, não poderia merecer aceitação, sem que se completasse por meio da prova oral. Mas como fazê-lo?

Bonnier (1847), examinando o valor emanado da prova obtida por meio de invocação ao sobrenatural, lança, sem meias palavras, vigoroso anátema contra seu aproveitamento no processo, *in verbis*: “En el dia no se permitiría ya, como hijo un Tribunal

escocés en 1754, que dos testigos afirmaron bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio.”

No mesmo sentido, o pensamento de Julio Acero (p. 226), que transcreve, inclusive, o ensinamento de Bonnier.

Averbe-se que, no caso de crime de competência do Tribunal do Júri, a valoração do documento psicografado torna-se especialmente delicada, partindo-se do fato de que o veredicto não é fundamentado. Ali não há que falar em livre convencimento, sistema adotado pelo juiz de direito para validar suas decisões. No Júri, ao contrário, o sistema esposado é o da íntima convicção dos jurados, tornando lotérica a decisão que viesse a acolher como prova o documento psicografado. Bastaria que o Conselho de Sentença se visse composto, em sua maioria, por adeptos do espiritismo ou por pessoas influenciáveis por tais fenômenos para que a prova obtida por meio de psicografia ganhasse relevo incomensurável em relação às demais, mesmo quando estas a desmentissem totalmente.

Releva observar que os casos emblemáticos aqui referidos no tocante à psicografia envolviam, TODOS, crime doloso contra a vida (homicídio) e, pois, deveriam merecer julgamento pelo tribunal popular.

Rechaçar a psicografia importaria numa limitação à prova, pois o documento em que ela se consubstancia constitui meio de prova lícito (art. 231 do CPP)? Penso que não. No meu entendimento, o documento psicografado não deveria chegar sequer à fase de valoração da prova. Esbarraria na fase de admissão, cumprindo ao juiz indeferi-lo, *in limine litis*, escoimando-o dos autos.

Não haveria em tal maneira de decidir qualquer ato de arbítrio do julgador, pois não somente as provas ilícitas são inadmissíveis. Igualmente, as provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes.

É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom senso, não merecerão, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidos a um juízo crítico severo.

No caso da psicografia haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

É interessante observar que no caso do “Mago Peruano”, caso eu tivesse oficiado nos autos desde o início do procedimento, não teria sequer oferecido a denúncia por falta de justa causa para a imputação, pois jamais admitiria formular acusação contra os indiciados naquelas circunstâncias.

Deparando-me com a psicografia, já como salientei, de nada valeria igualmente colher o depoimento do médium, não somente porque o conteúdo do escrito não lhe pertenceria pois fora ditado por um espírito, como também porque estaríamos diante de uma verdadeira petição de princípio, paralogismo em que se estaria acolhendo previamente como verdadeiro aquilo que se tinha em mira demonstrar. Torna-se evidente que o médium iria confirmar haver recebido a mensagem do espírito.

Demais disso, resta saber se o padrão gráfico estampado no documento emanava do punho do médium ou se provinha do espírito. Se emanasse do primeiro, estaríamos, novamente, diante de uma petição de princípio. Se proviesse do segundo, haveria, em tese, a possibilidade da realização do exame grafotécnico, efetivado por meio das indicações constantes do art. 174, incisos II e III do CPP. Porém, dada a peculiaridade da prova assim colhida, não se poderia prescindir da inquirição do autor do escrito. Como fazê-lo?

Há, ainda, um dado intrigante em relação à psicografia que exige, por certo, análise cuidadosa. É que ela vem sendo usada, de forma sistemática, em benefício dos réus. Nunca me deparei diante de uma acusação originária do Ministério Público fundada na psicografia.

Outro aspecto que merece ser destacado reside na circunstância do seu aproveitamento, também usual, nos processos da competência do Júri. Ali, mais que nunca, passando da fé à mera credence, o jurado sofre, sem dúvidas, grande influência para absolver o réu, tanto mais que sua decisão não vem motivada.

Outras vezes, movido pelo medo do desconhecido ou ainda por simples superstição, o jurado tende a acatar a comunicação do além, sempre muito bem explorada pelo tipo de oratória usado pela defesa da tribuna do Júri.

Não se pode olvidar que os jurados são pessoas oriundas das mais diversas camadas da população, muitas vezes desprovidas de formação religiosa e cultural, sujeitos, portanto, aos apelos emocionais lançados no interesse da defesa no objetivo de obter a absolvição.

Tanto quanto eu saiba, repito, os espíritos jamais auxiliaram o Ministério Público...

Conclusões

Pode-se, em resumo, chegar a algumas conclusões:

- A prova mediúnica, por não poder ser nem infirmada nem confirmada, não pode merecer aceitação uma vez que não enseja ao juiz e às partes a realização de um juízo crítico adequado.
- No caso da psicografia, por tratar-se formalmente de prova documental prevista em lei, não pode ela ser acoimada de prova ilícita; porém, trata-se de prova incabível para a demonstração dos fatos, não podendo servir de base quer para a condenação, quer para absolvição. Como tal, deve ser expungida, desde logo, do processo, não ultrapassando a fase de admissão da prova. Quando muito, caso chegue à fase de valoração da prova, merecerá desacolhimento.
- De nada valerá o depoimento do médium, por evidenciar-se, no caso, uma verdadeira petição de princípio.
- Não deixa de ser estranhável o fato de que a invocação ao sobrenatural se dê sempre em favor dos réus, buscando inocentá-los.
- A psicografia tem sido admitida, ao que sei, em processos da competência do Júri, justamente em ra-

zão de que lá o veredicto é imotivado, sofrendo o jurado, pelas razões mais diversas, toda a sorte de influências (medo, superstição, credence etc.).

- Não haverá qualquer cerceamento para a parte, caso o juiz não admita, desde logo, a produção de qualquer prova fundada no sobrenatural.
- Qualquer fato que escape aos limites da nossa inteligência, no estágio atual de nosso conhecimento, não poderá merecer aceitação como prova.

DEMORO, HAMILTON, S. Is the claim of supernatural phenomena acceptable as evidence? *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 73-78. jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** Medium experience and the use of psychography deserve distinction due to the fact that the latter is found consubstantiated in a document, legal means of evidence, expressly admitted in the Criminal Process Code (articles 231 to 238). By any means, both medium evidence and those which result from psychography are inadmissible, owing to the fact that they cannot be confirmed or disproved, generating perplexity to the judge and to the parts involved and hindering an adequate critical judgement to the unraveling of the law.

• **KEYWORDS:** Criminal process. Evidence. Supernatural summoning. Impossibility.

Referências bibliográficas

- ACERO, Julio. *Procedimiento penal*. 4. ed. Puebla: Editorial José M. Cajica, Jr. S.A, Puebla. p. 226.
- BONNIER, Edouard. *Procedure civile*. Joubert: Paris, 1847.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.412.
- MARCÃO, Renato. *Psicografia e prova penal*. In: *Fórum-MP*. Acesso em: 13 mar. 2007.

O Costume no Direito Brasileiro

Dirceu de MELLO*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Antecedentes legais do costume no Brasil. 2 Direito civil e costume. 3 Direito comercial e costume. 4 Direito penal e costume. 5 Outros direitos e o costume. 6 Prova do costume. 7 Direito processual e costume. 8 Valor do costume como fonte do direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Este artigo apresenta uma análise crítica sobre o uso de costumes como uma fonte mediata de criação da Lei, no que se refere à sua influência sobre cada um dos diferentes ramos da ciência jurídica, como o penal, o civil, o comercial etc. Ele aborda a importância e as consequências da sua utilização, além de explicar as razões pelas quais, historicamente, os costumes estão sendo cada vez mais empregados na área jurídica, baseando-se na criação de “regras não escritas” constituídas por condutas de comportamento geralmente aceitas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Lei. Fontes. Costumes. Normas.

Introdução

É conhecida a condição de fonte subsidiária do direito do costume, ao lado de outras, e em contraposição à lei, fonte principal e imediata desse mesmo direito. Mas isso em tempos que não os antigos, como os da velha Roma, por exemplo, onde o *mos majorum* aparecia como fonte única do direito (FOIGNET, 1947, t. 1, p. 12). Costume esse que, na difundida conceituação de May, corresponderia ao “conjunto de regras jamais proclamadas ou reconhecidas pelo poder legislativo e que no entanto são aceitas por todos como regra das relações sociais”. E que tiraria sua autoridade do assentimento geral, mas tácito, dos cidadãos, transmitido de geração para geração, por uso repetido.

Esse, na verdade, sobre a maneira de constituição do direito costumeiro, o pensamento surgido com Justiniano

Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt; mérito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes. (D., I, 3, fr. 32, § 1º)

dos grandes nomes da escola histórica do direito, entre os quais Puchta, Savigny e Windscheid.

O *jus non scriptum*, assim, conforme essa corrente, repousaria na chamada consciência jurídica popular. Entendimento, porém, que, como sabido, sofreu e sofre a contestação de muitos – como a de Ihering, Geny e Del Vecchio, para só ficar com alguns. O último, particularmente, enfatizando que o grave defeito da escola histórica foi o de ater-se, apenas, à fase inferior da evolução jurídica, concebendo-a como algo nebuloso, fantástico, idílico, de tal sorte que a consciência popular seria qualquer coisa de misterioso, de infalível (DEL VECCHIO, v. 1, p. 190).

Hodiernamente, como acentua, entre nós, Clóvis Beviláqua (1946, p. 31 e ss.), invocando Köhler, prevaleceria o entendimento de que o costume se estabelece não somente em função da consciência coletiva, mas também da ação das sentenças dos tribunais, da doutrina dos escritores e da prática dos interessados. Coisa de que, é certo, se deu conta e pregou, ainda entre nós, Jorge Americano (v. 1, p. 564), ao dispor que

* Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica/SP. Desembargador aposentado e Ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[...] avulta o estudo da jurisprudência, como conjunto de sentenças (atos processados em juízo), que afirmam a existência do costume, desde que digam respeito à mesma matéria. A opinião comum dos escritores também opera como presunção da existência dos usos e costumes. Outro meio de prova acessível é o exame de contratos e documentos não respeitantes à causa, onde se faça referência à norma invocada como uso ou costume.

1 Antecedentes legais do costume no Brasil

Não há incoerência na utilização da expressão costume. Porque, conquanto *jus non scriptum*, vem o costume, desde tempos longínquos, ligado à tradição portuguesa, estatutariamente proclamado, no país, fonte subsidiária do direito declarado. Referiram-se a ele, com efeito, as Ordenações Filipinas (3, 64), ao falar que os conflitos judiciais, na ausência de leis, seriam resolvidos pelos estilos da Corte e pelos costumes. Era a valia do direito costumeiro, mandado observar, como esta na codificação em pauta, quando “longamente usado e tal que por direito se devesse guardar”.

Mais especificamente, é exato, veio a cuidar do assunto, em 18 de agosto de 1769, a lei conhecida como da boa razão, e que estabeleceu que só seriam legítimos os costumes conforme a boa razão, não contrários à lei e observados, pelo menos, há cem anos.

Depois disso, a referência dos textos aos usos e costumes (expressões que, na terminologia nacional, pode-se dizer sinônimas) já é daquele que poderíamos chamar direito brasileiro autêntico, examinado destacada e separadamente, em homenagem à disciplina do método.

2 Direito civil e costume

Ainda antes do diploma de 1916, fizeram alusão ao costume, à exceção do Esboço de Teixeira de Freitas, todos os projetos de codificação. Embora, é verdade, afinal, não haja a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) cuidado expressamente do tema, já que, em seu art. 7º, se limitou a ditar: “aplicam-se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

Todavia, basta a consulta ao texto de 1916, propriamente, para que se observe que o legislador civil, a cada passo, prestigiou e elevou o costume à condição de fonte mediata do direito (arts. 588, § 2º, 1.192, 1.210, 1.215, 1.218 e 1.219, por exemplo). Até que, com o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, mereceu a questão o tratamento que se tem como adequado.

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, de fato, eis como está hoje vazado o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 ratificou a importância do costume como fonte mediata do direito, reproduzindo alguns dos dispositivos do texto de 1916 (arts. 569, 596, 597 e 1.297, § 1º, por exemplo).

Mais que no civil, porém, é incontroverso que, no campo comercial, ainda nos dias que correm, luz o costume como fonte prestigiosa do direito.

3 Direito comercial e costume

Várias foram as remissões ao costume feitas pelo vetusto, mas ainda vigente, Código Imperial do Comércio (arts. 130, 131, nº 4, 234, 673, nº 3 etc.). Notadamente, porém, reportaram-se a ele os regulamentos 737 e 738, de 25 de novembro de 1890. O primeiro para estabelecer que “constituem legislação comercial o código do comércio, e subsidiariamente os usos comerciais e as leis civis. Os usos comerciais preferem às leis civis somente nas questões sociais, e nos casos expressos no código” (art. 2º) e o último para dar-lhe os requisitos:

[...] serem conforme aos são princípios da boa fé e máximas comerciais, e geralmente praticados entre os comerciantes o lugar onde se acharem estabelecidos; não serem contrários a alguma disposição do código comercial ou lei depois dele publicada e terem mais de cinquenta anos. (arts. 25 e 26)

Quer dizer, no campo comercial, de tal maneira se valorizou o costume, que, em inúmeras situações, pouco distante ficou ele da norma escrita como fonte do direito.

O direito comercial inicialmente se desenvolveu com base nos usos e costumes. Trata-se, portanto, de um ramo do direito que tem como fonte natural as práticas negociais dos comerciantes, hoje denominados empresários. O próprio Código Comercial de 1850 dispunha, em seus arts. 154, 168, 179, 186, 201, 207, nº 2, e 291 (revogados pelo Código Civil de 2002), que os usos e costumes poderiam ser utilizados nas relações mercantis. Quadro esse que, conquanto abrangido, em especial pela formulação do sistema processual e da lei de quebras, continua caracterizado, a justificar, assim, destaque de Waldemar Ferreira (1947, v. 1, p. 157), no sentido de que

[...] no comércio existem, paralelamente, normas jurídicas emanadas do poder estatal competente e, ao lado delas, as de criação anônima, surgidas por força das necessidades, locais ou gerais, mas praticadas com tanta eficácia quanto aquelas. Há, pois, o direito escrito. Também o direito não escrito ou consuetudinário.

Aliás, mais no terreno do comércio internacional – em ascensão e de notáveis perspectivas, quando facilitada a comunicação entre os povos e diminuídas as distâncias – do que no do comércio interno, é sensível a influência do costume (como se colhe do que vigora sobre o uso das universalizadas siglas das vendas marítimas, por exemplo, ainda Waldemar Ferreira (op. cit., p. 161).

4 Direito penal e costume

Vigente, aqui, o princípio da reserva legal (art. 1º do Código Penal), não podia desfrutar o costume do prestígio que goza nos já mencionados ramos civil e comercial do direito.

No campo criminal, a definição das infrações e a cominação ou aplicação das penas é coisa que só a lei pode fazer. Isso, consoante tradição entre nós antiga e que encontra suas origens na afirmação mesma do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por isso, a nenhuma alusão do texto penal ao costume. O que, todavia, não quer significar sua desvalia total diante desse ramo do direito.

Como assinala Magalhães Noronha, tipos delituosos encontramos invocando o costume, ao aludirmos a certos elementos como a honra, o decore, a inexperiência, a justificável confiança, a mulher honesta etc. Impossível, aí, o conhecimento da norma desprezando-se o costume (NORONHA, 1968, v. 1, p. 50).

Depois, reproduzidas as palavras do mestre paulista, inspiradas em Soler e Aníbal Bruno,

[...] há casos em que ele (o costume) indiretamente é integrador do direito penal, quando a norma deste faz remissão a outra de diverso ramo jurídico, como o civil ou o comercial, que não o repudiam, e pode ser diretamente integrante, quando no mesmo caso, a norma civil, v.g., a ele referir de modo direto, não obstante ser isso excepcional [...]

e, ainda,

[...] aceita igualmente é sua influência, no tocante à extensão das causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade. Em muitos casos, o próprio fundamento da justificativa ou dirimente, ou a limitação de sua eficácia, está no costume, na prática uniforme e constante, segundo os interesses e tendências sociais e culturais. (Ibidem, loc. cit.)

Sem se falar, outrossim, em aspecto bem marcado por José Frederico Marques (1964, v. I, p. 190), ao dispor que

[...] onde também é preponderante o papel dos costumes, é nas regras sobre a aplicação da lei penal no espaço, dado que certas imunidades reconhecidas e proclamadas pelo direito das gentes, além de se basearem no direito consuetudinário, encontram neste certas ampliações comumente aceitas.

5 Outros direitos e o costume

Consectário lógico do que vem no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, normas, entre

outras, como a que se encontra no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho valorizando o costume como fonte do direito:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Já no tocante ao direito internacional privado, cuja disciplina maior, entre nós, aparece nos arts. 7º a 18 da referida Lei de Introdução ao Código Civil, é sentida a influência do costume. Di-lo, na verdade, cuidando do assunto, com sua autoridade, Oscar Tenório:

As deficiências e lacunas do direito internacional privado têm permitido a elaboração de um direito costumeiro, vivamente assentado no espírito nacional ou nas necessidades que a lei não previu. Algumas regras de direito internacional privado, como *mobilia sequuntur personam*, tiram sua força da prática repetida, sem oposição, a texto legislativo, e outras tornam a própria disposição legal inócua. O princípio *locus regit actum* é de caráter costumeiro em vários países. São, na verdade, princípios costumeiros internos.

Aliás, a propósito, é conhecida a classificação das fontes do direito internacional privado de Clóvis Beviláqua (1934, p. 121/122): a lei especial de cada país, os tratados, a tradição e os costumes. Costumes, aqui, seriam tanto os nacionais como os internacionais; os primeiros caracterizados por sua independência de qualquer estipulação ou ajuste externo e os segundos como acordos tácitos dos Estados, no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas mútuas relações (MACHADO VILELA).

Mais do que tudo prestigiado o costume como fonte do direito, finalmente, no campo do direito internacional público. Onde, em rigor, ao lado dos princípios gerais de direito, aparecem como fonte exclusiva do direito (cf. ACCIOLY, 1948, p. 10). Porque, quanto aos tratados e convenções internacionais, não se olvide que nada mais representam do que a consagração de princípios e costumes generalizadamente aceitos, ainda consoante Hildebrando Accioly (ibidem, loc. cit.).

Bem por isso, no art. 38 do Estatuto da Corte de Justiça Internacional, aderente o Brasil, regra assim vazada:

A corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral, aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59 (que diz respeito à autoridade relativa da coisa julgada), as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

6 Prova do costume

Na esfera comercial e no passado, feita de conformidade com as normas dos arts. 26 *usque* 29 do regulamento 738. Nos dias atuais, porém, procedida de acordo com as regras dos arts. 260, 261, 262 do Código de Processo Civil (CPC), que distinguem entre costume comercial nacional e costume comercial internacional.

Prova do costume comercial nacional são os assentos das Juntas Comerciais, ou das Câmaras Sindicais dos Corretores, onde as primeiras não existam (texto básico, Decreto nº 596, de 1º de julho de 1890). Desses assentos é que são extraídas as certidões, mencionadas no art. 260 do CPC.

Enquanto não existir assento, diante de prática regular de uso na praça, poderão as Juntas fornecer atestados aos interessados. Atestados esses que, acolhidos pela Justiça, permitirão a tomada das providências a que alude o art. 262 do CPC (cf. REZENDE FILHO, 1950, v. II, p. 359).

Já do costume comercial internacional são prova os atos autênticos, devidamente formalizados, do país em que se tenham originado (art. 261 do CPC).

Por ato autêntico se entenderá o instrumento escrito de acordo com a lei do país de origem. Na França, é um parecer dado por comerciantes idôneos. Na Itália, é um parecer da Câmara de Comércio ou um julgamento do Tribunal. A juntada aos autos do ato autêntico relativo a uso comercial estrangeiro depende de sua prévia tradução em português por tradutor público. (REZENDE FILHO, op. cit., p. 360)

No campo do direito internacional privado, como anota Oscar Tenório (op. cit., p. 53), a prova do costume nem sempre é fácil. "Cabe – palavras suas – ao aplicador utilizar os meios consagrados pela *lex fori*, para verificar a sua existência. A palavra de uma autoridade e a adesão da magistratura a certos cânones que o uso acolheu servem na pesquisa e comprovação do costume". Demonstração trabalhosa, em suma.

Em termos de direito internacional público, prova do costume são, de regra, os tratados e convenções para os quais podem evoluir. Como, no entanto, sua força compulsória procede, antes de tudo, de uma prática geral, admitida como lei, pode-se acrescentar que o consentimento unânime ou prévio dos Estados não é necessário para que o costume internacional seja obrigatório (cf. ACCIOLY, 1948, p. 10).

Na esfera dos outros ramos do direito onde o costume conta, é certo que sua demonstração poderá ser feita pelos meios de prova em geral permitidos. Sobre a prova do costume civil, particularmente, há dispositivo expresso no CPC (art. 259).

7 Direito processual e costume

Sim, praxes há, e várias, que orientam o processo, atuando como verdadeiras fontes subsidiárias do direito judiciário.

Embora entre nós, especificamente, norma alguma se encontre – costume como fonte do direito processual –, é de Hugo Alsina (1941, v. I, p. 169) a observação acerca de que em nenhum ramo do direito, como o do processo, os usos e costumes têm tanta importância fundamental.

Conquanto se possa reputar exagerada a consagração do processualista alienígena – parece certo que o costume tem influência bem maior na esfera do direito internacional e do direito comercial –, não deixa de ser sugestivo o registro.

Mesmo porque, entre os autores nacionais, não se nega a condição de fonte mediata do direito processual do costume (ver, entre outros, João Mendes Júnior, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Eduardo Espinola Filho, Lopes da Costa, Pedro Batista Martins, Carvalho Santos, Borges da Rosa, Moacir Amaral Santos e Jorge Americano).

Daí, pois, a legitimidade da referência inicial deste item.

8 Valor do costume como fonte do direito

Dependendo do ramo do direito considerado, como já acentuado, será esse valor maior ou menor. Destacado, assim, no campo do direito comercial e do direito internacional; diminuto no do direito penal; de significado intermediário no do direito civil e do direito judiciário.

Poder-se-ia, como ponto de partida, sustentar que o costume reconhecido é o interpretativo e o supletivo da lei, não o ab-rogatório (cf. BEVILÁQUA, 1946, p. 34). Observação, é certo, não válida para o direito internacional.

Para o direito criminal, no entanto, a ressalva teria que ser até mais rigorosa. Não obstante, exemplos podem ser anotados de costumes que acabaram se sobrepondo à lei escrita.

É Beviláqua (op. cit., p. 34/35), ainda, que cita o caso da instituição do seguro de vida entre nós, até certo ponto contrária à disposição formal do art. 685, nº 2, do Código Comercial.

Do grande civilista, também, as notas quanto a dois alvarás célebres (4 de julho de 1789 e 30 de outubro de 1793), porque consagradores do poder revocatório das leis do desuso (ibidem, loc. cit.).

Mesmo no campo do direito penal, onde o costume não goza de franquias maiores, são conhecidas as posições de Schönke, Maggiore e outros, em torno de que o não uso da norma interfere com sua eficácia. Tanto que, na linha de tais doutrinadores, se permitiu José Frederico Marques (ibidem, p. 189) escrever que,

[...] embora possamos admitir que em alguns casos dos apontados, o desuso torne inaplicáveis normas incriminadoras, quer parecer-nos que em muitos dos exemplos citados o que existe é um exercício regular de um direito, que pode também ter base consuetudinária. Um caso típico dessa natureza encontramos no chamado "trote" com que os estudantes recebem os novinhos. É o costume, exclusivamente, que autoriza e justifica certas violências praticadas nessas manifestações estudantinas.

Conclusão

Teríamos, aqui, que distinguir entre os países de codificação e os de direito costumeiro, onde a sorte do costume como fonte do direito, é claro, em termos de previsão, haverá de variar.

Entre os segundos (nações do *Common Law*, por exemplo), parece certo que o prestígio do direito consuetudinário tão cedo não será abalado.

Entre os Estados de codificação, porém, de há muito vem o costume sendo hostilizado. Clóvis Beviláqua (1946, p. 37), a propósito, enumera diplomas sucessivos (Áustria, Alemanha, Portugal, Espanha e Uruguai), nos quais normas especiais procuram minimizá-lo como fonte do direito.

Entre nós, inclusive, já prognosticou Carvalho de Mendonça (apud REZENDE FILHO, 1950, p. 358) que, sem embargo da importância que lhes empresta a própria lei, o valor dos usos comerciais como fonte do direito comercial dia a dia se enfraquece e de preferência a eles e ao próprio direito civil se tem buscado, na legislação e na jurisprudência dos países de cultura jurídica adiantada, os elementos para a solução dos casos omissos no Código. Prognóstico, todavia, a que se opõe a realidade de um comércio internacional, baseado em hábitos generalizados,

cada vez mais desenvolvido (FERREIRA, 1947, v. 1, p. 161 e ss.).

Depois, é em outro sentido a opinião de muitos, como Massari (1913, p. 28), por exemplo, penalista – frise-se –, a sustentar que a evolução doutrinária e penal é favorável à ampliação da esfera do costume no direito criminal).

Isso, é exato, sem se falar nas manifestações do direito internacional, pela sua própria natureza e ao que tudo indica sem possibilidade de alteração próxima, inspiradas, sobretudo, no costume. Costume que, ao ver do signatário, enquanto insuficientes os textos – o que vale dizer, *ad eternum*, que a perfeição nos homens é utopia – continuará a ter seu lugar como fonte, secundária, é razoável, mas perene e intangível do direito.

MELLO, D. de. Custom in Brazilian Law. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 81-87, jul./dez. 2007.

• ABSTRACT: This article is a critical analysis about the use of customs as a mediate source of the creation of Law, regarding its influence on each of the different branches of legal science, such as criminal, civil science, commercial etc. It tells the importance and the consequences of its use and explains the reasons why the customs historically spread out in the legal area, basing the creation of "non written norms" formed by behavior conducts generally accepted.

• KEYWORDS: Law. Sources. Customs. Norms.

Referências bibliográficas

- FOIGNET, René. *Manuel elementaire de droit romain*. Paris: Nouvelle Collection Foignet, 1947. t. 1.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: 1948.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesual civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941. v. I.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

DEL VECCHIO, Giorgio *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado. Editor-sucessor, v. 1.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. v. 1.

MACHADO VILELA, *Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado*, n. 8.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1964. v. I.

MASSARI, Eduardo. *La norma penale*. S. Maria C. V.: Francesco Cavotta, 1913.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 1.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. São paulo: Saraiva, 1950. v. II.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953.

O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade

Emerson GARCIA*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Direitos fundamentais. 2 Os direitos fundamentais como limites materiais à reforma da Constituição. 3 O direito à educação no plano internacional. 4 O direito à educação no Brasil. 5 A eficácia das normas constitucionais. 6 O direito subjetivo à educação. 7 O direito à educação e o mínimo existencial. 8 A questão da efetividade do direito à educação e os recursos públicos disponíveis. 9 Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O direito à educação, elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade e à concreção da cidadania, está sedimentado no plano das ordens jurídicas interna e internacional. Nessa perspectiva, a educação fundamental assume especial relevo, refletindo um direito fundamental que se interpenetra ao princípio da dignidade humana e dá origem a direitos públicos subjetivos, permitindo sejam exigidas, perante os órgãos jurisdicionais, as prestações necessárias à sua efetividade.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Direito à educação. Direito fundamental. Direito público subjetivo. Direitos sociais. Efetividade. Limites materiais. Mínimo existencial. Reforma da Constituição. Reserva do possível. Separação dos poderes.

Introdução

O substantivo educação, derivado do latim *educatio, educationis*, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural (TORRINHA, 1942, p. 278). A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, per-

mitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Em essência, "educação é o passaporte para a cidadania". Além disso, é pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo.

Em linhas gerais, o presente estudo tem por objetivo analisar o enquadramento do direito à educação sob a epígrafe dos direitos fundamentais e como parcela indissociável do denominado mínimo existencial. Demonstrada a essencialidade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a educação, discorre-se sobre a sua imutabilidade, tratando-se de um exemplo característico de limite material ao exercício do poder de reforma constitucional.

Os contornos básicos do direito à educação são identificados a partir de uma breve enumeração das convenções internacionais relativas ao tema e, no âmbito interno, com o estudo dos textos constitucionais, atual e pretéritos, além de algumas normas infraconstitucionais. Esse singelo apanhado normativo almeja sedimentar uma visão cosmopolita do direito à educação, o que em muito contribuirá para a sua definitiva inclusão nos fluidos limites do mínimo existencial, de alcance tradicionalmente restrito aos *originários e inalienáveis* direitos de liberdade, como dizia Locke¹ pouco depois da *Glorious Revolution* de 1688.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e da Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela mesma Universidade.

¹ *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government* (1976, p. 14 e ss.).

Avançando, é traçado um paralelo do instituto do direito subjetivo nas searas pública e privada, o que visa a demonstrar a imediata exigibilidade do direito à educação fundamental e o dever jurídico do Poder Público em atendê-lo. Ainda sob a ótica da efetividade do direito à educação, são tecidas algumas considerações sobre o princípio da divisão das funções estatais, não raras vezes a pedra angular do entendimento que tenta obstar o poder de coerção a ser exercido pelos órgãos jurisdicionais, bem como a prestigiada tese da reserva do possível, que busca legitimar a postura abstencionista do Poder Público com a constante alegação de insuficiência de recursos para o atendimento de todos os direitos consagrados no texto constitucional.

1 Direitos fundamentais

São entendidos como fundamentais² aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matiz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica. O historicismo (cf. LARENZ, 1997, p. 510)³ aqui referido, no entanto, não tem por fim afastar uma visão prospectiva das conquistas sociais. Visa tão-somente a estabelecer um elo de continuidade e sedimentação na evolução

publicado inicialmente em 1690, como parte da obra *Two Treatises of Government*, estabeleceu o alicerce fundamental da teoria clássica da divisão dos poderes posteriormente desenvolvida por Montesquieu.

² Como se sabe, não é dividida uma uniformidade terminológica em relação aos direitos fundamentais, que recebem múltiplas outras designações (direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, direitos naturais etc.). Buscando evitar o desvirtuamento do objetivo principal, não realizaremos maiores incursões nessa seara, motivo pelo qual deixamos de acentuar as distinções doutrinárias comumente suscitadas. Para maior desenvolvimento do atributo da fundamentalidade, que aponta para o especial relevo que deve merecer a proteção de tais direitos, ver Robert Alexy (1993).

³ Um interessante resumo da evolução dos direitos fundamentais, em uma perspectiva nitidamente historicista, pode ser encontrado em Andrew D. Weinberger (1960, p. 18-23).

social, permitindo que direitos, liberdades e garantias conquistadas no passado sirvam de esteio àqueles do presente, e estes aos vindouros, concepção que permanece hígida ainda que a evolução de um instituto social possa apresentar dissonâncias entre os fins a serem alcançados em suas diferentes fases. A metodologia histórica, longe de mostrar a mera sucessão de fenômenos sociais, indica suas formas vitais, seu desenvolvimento e sua desaparecimento.⁴

Costuma-se identificar três dimensões ou gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente. São os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de fraternidade, classificação que repete o ideário político da Revolução Francesa: *liberté, égalité et fraternité*. A primeira geração alcança os direitos individuais e políticos, que são verdadeiros direitos de defesa, impondo limites à ação estatal.⁵ Tais direitos foram consagrados no *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de junho de 1776, fruto da Revolução Americana, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e nas dez primeiras emendas à Constituição americana, que, após a ratificação por três quartos dos Estados da Federação, entraram em vigor em 1791. A segunda geração corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem um *facere* do Estado, vale dizer, uma ação positiva com o fim de propiciar melhores condições de vida (*lato sensu*) à pes-

⁴ Cf. VERDU, nas considerações preliminares à obra de Gualter Jellineck (1991, p. XVII).

⁵ Sobre os direitos de primeira geração, que refletiriam os direitos de liberdade, é oportuno lembrar serem constantes as críticas à doutrina clássica que sustentava a ausência de qualquer custo para o Estado em sua manutenção, pois consubstanciariam meras abstenções. Um entendimento inicial preconizava que, contrariamente aos direitos de primeira geração, somente os direitos prestacionais acarretariam custos para o Estado. Contra essa teoria, tem-se argumentado que sobre o Estado também recaem elevados custos para assegurar a liberdade e a sua própria defesa, merecendo ser mencionados, à guisa de ilustração, os gastos com a segurança pública e com o aparato judicial, que atua na recomposição da ordem jurídica sempre que violado um direito. Nesse sentido, é constantemente mencionada a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, *The Cost of Rights* (1999). No Brasil, merece ser conferido o artigo de Flávio Galdino, intitulado *Os Custos dos Direitos* (2002).

soa humana e diminuir as desigualdades sociais. Como marcos fundamentais dessa geração, podem ser mencionadas as Constituições do México de 1917 e a alemã de Weimar, esta de 1919.⁶ A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, do que é exemplo o meio ambiente – em síntese: são direitos despersonalizados, pertencentes a todos e, simultaneamente, a ninguém em especial.

Como derivação da própria necessidade de coexistência dos distintos valores por eles incorporados, tem sido voz corrente que os direitos fundamentais são princípios jurídicos, estando sujeitos ao tratamento lógico-jurídico dispensado a essa espécie normativa, daí decorrendo a possibilidade de ponderação, consoante as circunstâncias, para solver possíveis colisões entre dois ou mais princípios que incidam no caso.⁷

⁶ Segundo o art. XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, “*toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade*”. No mesmo sentido, tem-se o art. 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

⁷ Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (*dever ser*). Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, servindo de norte à resolução do caso apreciado. Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementam automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação (cf. DWORKIN, 1980, p. 24). Enquanto as regras

No Brasil, a Constituição de 1934 previu um título específico para a ordem econômica, ali incluindo, pela primeira vez, os direitos sociais. Na Constituição de 1988, os direitos sociais foram previstos em capítulo próprio, havendo especial deferência aos direitos dos trabalhadores. Segundo o seu art. 6º,

são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁸

2 Os direitos fundamentais como limites materiais à reforma da Constituição

Além dos lineamentos intrínsecos que indicam a fundamentalidade de um direito, a sua inserção em uma Constituição rígida, com a conseqüente imposição de limites materiais à sua reforma ou supressão, é um indiscutível fator de indicação desse *status*. Atenta à importância e à essencialidade dos denominados “*direitos e garantias individuais*”, a

impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus (cf. ALEXY, 1993, p. 86 e ss.), e a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, não sendo a solução desse conflito identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

⁸ Como ressaltou Norberto Bobbio (1992, p. 21), “todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os direitos sociais, que consistem em poderes”. Por outro lado, não é demais lembrar que a Lei Fundamental alemã, diploma que sucedeu o nacional-socialismo de Hitler, não contemplou um rol de direitos sociais em seu texto. Esse fato, por certo, não obstar a observância desses direitos na Alemanha ou desautorizou a sólida dogmática dos direitos fundamentais cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão. A omissão, em verdade, tem colorido histórico: a grande distância verificada entre o extenso rol de direitos sociais contemplado na Constituição de Weimar e a sua concretização perante a classe proletária alemã foi o fertilizante adequado ao surgimento do III *Reich*, daí a preocupação em não se assegurar direitos que se reduziriam a um mero exercício de retórica.

Constituição de 1988, em seu art. 60, § 4º, inciso IV, os erigiu à condição de *cláusulas pétreas*, insuscetíveis de qualquer modificação que venha a reduzir, de forma qualitativa ou quantitativa, o seu conteúdo.

Com isso, além das naturais limitações que se espraiam sobre o legislador infraconstitucional, cujo espaço de conformação é necessariamente limitado pela Constituição – concebida como o vértice da pirâmide normativa estatal, isso para utilizarmos a sugestiva imagem de Kelsen (1979) – também o poder de reforma terá a sua atividade confinada aos limites ali traçados. Assim, lhe é vedado conferir colorido constitucional a uma prescrição normativa que esteja em desacordo com as normas que o constituinte ergueu à condição de núcleo imutável da Carta Política, o que é essencial à preservação das decisões político-fundamentais ali exaradas.⁹

⁹ No que concerne ao núcleo estrutural da Constituição, não merece ser acolhida a vigorosa crítica de Thomas Paine (1996, p. 35/36), escrita no final do século XVIII: “nunca existió, nunca existirá y nunca podrá existir un Parlamento, ni cuerpo alguno de hombres, ni generación de éstos en ningún país, que posea el derecho o el poder de obligar y controlar a la posteridad ‘hasta el fin de los tiempos’, ni el de ordenar por siempre cómo haya de gobernarse el mundo, ni quién haya de gobernálo; y, en consecuencia, aquellas cláusulas, leyes o declaraciones por las cuales sus autores traten de hacer ejecutar lo que tienen el derecho ni el poder de hacer, son en sí nulas y sin ningún valor. Todas las épocas y generaciones deben ser libres y actuar por sí mismas en todos los casos en que han actuado por sí mismas las épocas y generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, ni ninguna generación tiene derecho de propiedad sobre las generaciones venideras”. A preservação da Constituição, como alicerce do Estado de Direito, é indispensável à própria manutenção deste, o que torna inadmissível qualquer tentativa de comprometer sua força normativa ou afastar as decisões político-fundamentais do Constituinte. Além disso, quem reforma preserva as características do objeto reformado. Não fosse assim, não se poderia falar em reforma, mas em criação. Quanto aos possíveis efeitos deletérios que poderiam advir da imutabilidade do núcleo essencial, não é demais lembrar que o mesmo poder responsável por sua edição certamente possui legitimidade para alterá-lo, sendo possível a convocação de uma Assembleia Constituinte voltada especificamente a este fim. Essa tese, sustentada por Sieyès (2001) para afastar os óbices opostos ao processo revolucionário francês de 1789, merece ser integralmente acolhida.

Os limites materiais do poder reformador derivam justamente desse núcleo imutável da Carta Política. Nessa perspectiva, os limites tanto podem ser explícitos, recebendo o designativo de *cláusulas pétreas*, como implícitos ou imanentes.¹⁰ No que concerne aos últimos, que também buscam preservar as características essenciais da Constituição, apesar da ausência de uniformidade quanto ao seu alcance, a doutrina majoritária os acolhe (cf. CANOTILHO, 1998, p. 996).¹¹

Frise-se, no entanto, que a existência do poder reformador, cujos atos devem estar em harmonia com os limites materiais, formais, temporais e circunstanciais previstos na Constituição, é um imperativo de ordem lógica. Ainda que o texto constitucional passe ao largo de uma visão dirigente e programática, limitando-se a traçar as linhas estruturais do Estado, não raras vezes será necessário adequá-lo aos influxos sociais que passaram a nortear a sociedade após a sua edição. Apesar de a produção normativa ser primordialmente voltada para o futuro, sendo prospectiva por excelência, é indiscutível que, em dado momento, esgotar-se-ão aquelas situações adredemente disciplinadas, tornando imperativa a regulamentação de outras mais, o mesmo ocorrendo em relação às mudanças verificadas em tais situações.

Especificamente em relação aos direitos sociais, dentre os quais está o direito à educação, é indiscutível a existência de limites ao poder reformador. Os direitos sociais, apesar de não mencionados em sua literalidade pelo art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que somente se refere aos *direitos e garantias indi-*

¹⁰ A emenda constitucional que não esteja em harmonia com os balizamentos do poder reformador é passível de ser impugnada via controle de constitucionalidade (STF, Pleno, ADIn nº 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, RDA nº 199/21, 1995). Esse controle pode ser deflagrado, inclusive, no curso do processo legislativo, sendo admissível a utilização do mandado de segurança para obstar o seguimento de proposta de emenda que infrinja os limites fixados pelo Constituinte (STF, Pleno, MS nº 21.642, Rel. Min. Celso de Mello, RDA nº 191/200, 1993).

¹¹ Na Constituição brasileira, é exemplo de limite imanente a forma republicana de governo, que, não obstante ausente do rol do art. 60, § 4º, é, indiscutivelmente, um dos alicerces fundamentais da Carta.

viduais, são meras especificações desses últimos. Os direitos ali referidos, em verdade, tanto aglutinam as liberdades individuais, que podem ser opostas ao próprio Estado, como o direito a prestações, que situa o indivíduo no pólo ativo de uma relação obrigacional instituída *ex vi legis*. Além disso, não se pode restringir a proteção constitucional ao rol de direitos previstos no art. 5º, preceito situado no Capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e que não exclui outros previstos no texto constitucional (*v.g.*, direitos políticos, limitações ao poder de tributar etc.). Essa conclusão, aliás, deflui da própria letra do § 2º do art. 5º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹²

Ainda que o reconhecimento dos direitos individuais e dos direitos sociais seja um elemento característico das diferentes mutações verificadas na evolução do Estado de Direito, transitando de uma perspectiva abstencionista (direitos de defesa) até alcançar o comprometimento com a implementação de determinado feixe de prestações, é indiscutível o seu papel comum na busca do bem-estar social, objetivo que ocupa o epicentro de qualquer estrutura estatal. Como observou Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 41/42),

[...] as propostas “categorias” de direitos (individuais e sociais ou coletivos), complementares e não concorrentes, com variações em sua formulação, podem ser propriamente examinadas à luz da *unidade fundamental* da concepção dos direitos humanos. Logo tornou-se patente que tal unidade conceitual – e

indivisibilidade – dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcendia as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação.

A interpenetração entre os direitos individuais e os direitos sociais também pode ser visualizada na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, cujo art. 6º, 2, dispõe que

[...] todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Frise-se, ainda, que os direitos sociais, consagrados no próprio preâmbulo da Constituição Brasileira, possuem, em inúmeras ocasiões, características indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana,¹³ sendo ínsitos e inseparáveis do sistema de direitos consagrado no texto constitucional.

Assim, quer se analise a questão de uma perspectiva explícita, entendendo estarem os direitos sociais incluídos sob a epígrafe “Dos direitos e garantias individuais”, quer seja valorada a matéria sob o prisma dos limites imanentes do poder reformador, os direitos sociais erigem-se como efetivos limites de ordem material.¹⁴ Nesse particular, entendemos que todos os direitos sociais consagrados no texto

¹³ Cf. art. 1º, inciso III, da CF/88. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ver, de nossa autoria, Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico, in: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, p. 380, 2004.

¹⁴ Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet, “Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”, in *Revista Interesse Público* nº 17/56, 2003.

¹² Técnica similar já fora adotada na 9ª Emenda à Constituição Norte-Americana: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será alegada para negar ou subestimar outros direitos que pertençam ao povo”.

constitucional, ainda que não integrantes do denominado mínimo existencial, são alçados à condição de limites ao poder reformador.¹⁵ Consubstanciando decisões fundamentais do Constituinte, não se nos afigura legítimo prestigiar o designativo de direitos *formalmente* fundamentais, o que, em um País de insignificante tradição democrática, abriria um perigoso espaço de valoração para aqueles que ainda não se desprenderam das amarras do passado. Essa conclusão, aliás, resulta clara de uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional, que busca estender e tornar efetivos os direitos ali consagrados, não restringi-los e reduzir a sua capacidade de penetração na realidade fenomênica.

3 O direito à educação no plano internacional

Em decorrência da referida tendência à universalidade dos direitos fundamentais, têm sido intensificadas, a partir da Segunda Guerra Mundial, as iniciativas para se conferir um colorido normativo ao seu reconhecimento. A consagração do direito à educação, como não poderia deixar de ser, tem sido constantemente lembrada nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais que buscam estabelecer a pauta de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. Para melhor ilustrar a exposição, realizaremos uma breve referência a alguns desses documentos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁶ adotada e proclamada pela Resolução 217 A

¹⁵ O STF, prestigiando o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, já se pronunciou pela inconstitucionalidade material do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, diploma que, ao instituir o IPMF (imposto provisório sobre movimentação financeira), excepcionou a incidência do princípio (*rectius*: regra) da anterioridade tributária, consagrado no Art. 150, III, b, da Constituição da República (Pleno, ADIn nº 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18/03/1994, RDA nº 198/123). Como é fácil concluir, à míngua de outras informações circunstanciais, somente verificáveis à luz de um caso concreto, não se pode afirmar que a *ratio* da decisão tenha sido a de prestigiar o mínimo existencial, o que demonstra o não acolhimento da tese de que existem direitos que sejam apenas *formalmente* fundamentais.

¹⁶ A designação atual resultou da Resolução 548 (VI) da Assembleia Geral, que deliberou pela substituição da anterior – Declaração Universal dos Direitos do Homem – em todas as publicações das Nações Unidas.

(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948,¹⁷ dispõe, em seu art. XXVI, que:

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Não obstante o flagrante desalinhamento entre a plasticidade de suas linhas e a ausência de qualquer obrigatoriedade jurídica aos Estados subscritores, pois a Declaração Universal não chega a ser um tratado, mostra-se inegável o papel por ela desempenhado na sedimentação do imperativo respeito aos valores que aglutina e, por que não, perpetua. Como veremos, somente em 1966, com a edição dos Pactos Internacionais, os princípios e as aspirações ali veiculados receberiam o colorido da vinculatividade em relação aos Estados que os ratificassem.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Resolução XXX, da IX Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948, na Cidade de Bogotá, dispôs, em seu art. XII, que:

Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa edu-

¹⁷ O Brasil assinou a declaração na mesma data.

cação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

Também a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, aprovada na mesma ocasião, assecurou, em seu art. 4º, que

[...] todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tanto, o Estado organizará o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica.

A Declaração dos Direitos da Criança,¹⁸ adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, dispôs, em seu princípio 7º, que

[...] a criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se membro útil da sociedade.

¹⁸ Ratificada pelo Brasil em 13 de julho de 1990.

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação celebrou, em 14 de dezembro de 1960, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino. A Convenção, dentre outras hipóteses, considerou, no art. I, o termo *discriminação* como abrangente de qualquer iniciativa que terminasse por:

- a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;
- b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo; e
- c) impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.

Segundo o art. IV da Convenção, além de eliminar as formas de discriminação, os Estados Partes devem formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover a igualdade de oportunidade em matéria de ensino e, principalmente:

- a) tornar obrigatório e gratuito o ensino primário; generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei;
- b) assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado;
- c) encorajar e intensificar, por métodos apropriados, a educação de pessoas que não receberam instrução primária ou que não a terminaram e permitir que continuem seus estudos em função de suas aptidões;
- d) assegurar sem discriminação a preparação ao magistério.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹⁹ adotado pela Resolução nº

¹⁹ Ratificado em 24 de janeiro de 1992.

2.200-A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 13, dispôs que:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente [...].

O Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁰), também denominado Protocolo de San Salvador,²¹ adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, dispôs, em seu art. 13, 3, que:

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

- a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
- b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
- c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
- d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
- e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia

²⁰ Ratificada em 25 de setembro de 1992.

²¹ O Protocolo foi promulgado pelo Decreto Legislativo nº56, de 19 de abril de 1995. O Brasil depositou a ratificação na ONU em 28 de agosto de 1996.

Geral das Nações Unidas,²² de 20 de novembro de 1989, em seu art. 28, dispõe que:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:
 - a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;
 - b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
 - c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
 - d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
 - e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar [...].

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas e de suas organizações especializadas, devem ser lembradas a Declaração Mundial de Educação para Todos, adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, e a Declaração de Salamanca, adotada em 1994 pela Unesco e que propõem, ressaltadas circunstâncias excepcionabilíssimas, a matrícula de todas as crianças em escolas regulares.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 7 de dezembro de 2000²³ pelos órgãos comunitários (Parlamento, Conselho e Comissão), com o fim de conferir “maior visibilidade” aos “valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano”, dispõe, em seu art. 14, que “todas as pessoas têm direito à educação, bem como

ao acesso à formação profissional e contínua”, acrescentando que “esse direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório”.

O grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem, dentre os quais a educação básica. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico – além de admitirem reservas – só vinculariam os Estados subscritores, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

Na senda dos tratados internacionais, foi contínuo o processo de adequação dos ordenamentos nacionais aos novos influxos trazidos pelo processo de universalização dos direitos fundamentais. À guisa de ilustração, vale mencionar o exemplo espanhol, cuja Constituição, em seu art. 27, dispõe que:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.²⁴
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos

²⁴ Sobre a distinção entre *libertad de enseñanza* e *enseñanza libre* no sistema espanhol, ver Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (1999, p. 1.767). Em linhas gerais, a liberdade de ensino é um fator impeditivo à censura ideológica e a qualquer ato direcionador ou limitador da cátedra ou do aprendizado, assegurando a livre manifestação do pensamento. O ensino livre, por sua vez, consiste na dispensa de frequência aos bancos universitários, bastando a matrícula e a direta submissão a exames em determinada Universidade ou, a depender da carreira (v.g., medicina, farmácia e veterinária – Art. 18 da *Ley de Ordenación Universitaria*, com a redação dada pela lei de 16 de julho de 1949), com a prévia comprovação de realização dos trabalhos práticos. Esse sistema em muito se assemelha ao da *livre docência*, praticado no Brasil, que permite a obtenção de um título acadêmico, sem a necessária frequência a curso destinado a esse fim, por indivíduos que possuem o grau universitário e demonstrem ter aptidão para a realização de pesquisa desassistida.

²² Ratificada em 24 de setembro de 1990.

²³ Publicada no jornal oficial em 18 de dezembro de 2000, p. 1/22.

reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. [...].

A Lei Geral de Educação de 1970 já havia estabelecido a obrigatoriedade e a gratuidade da educação básica. Posteriormente, a Lei Orgânica Espanhola nº 8, de 3 de julho de 1985 (com alterações posteriores, *v.g.*, Lei Orgânica nº 1, de 3 de outubro de 1990, que dispôs sobre a Ordenação Geral do Sistema Educativo), passou a regular o direito à educação. De acordo com o preâmbulo da Lei Orgânica nº 8,

[...] la extensión de la educación básica, hasta alcanzar a todos y cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas. En efecto, el desarrollo de la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. No es de extrañar, por ello, que el derecho básico, y que los estados hayan asumido su provisión con un servicio público prioritario.

Segundo o inciso 1 de seu art. 1º,

[...] todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca.

Em seguida, no inciso 2, acrescenta:

[...] todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función

de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.

O art. 6º, após enumerar um extenso rol de direitos dos educandos, reconhece, inclusive, o “derecho a protección social en los casos de infortunio familiar o accidente”.

Na França, a alínea 13 do Preâmbulo da Constituição de 1946 já dispunha que “a nação garante o igual acesso das crianças e dos adultos à instrução, à formação profissional e à cultura. A organização do ensino público gratuito e laico em todos os graus é um dever do Estado”. Dentre os inúmeros diplomas que trataram do ensino, merecem ser lembrados: a) a “Lei Guizot”, de 28 de junho de 1833, que organizou o ensino primário e disciplinou a criação de estabelecimentos de ensino; b) a “Lei Falloux”, de 15 de março de 1850, que consagrou a liberdade de ensino secundário; e c) as “Leis Ferry”, que conferiram o formato hoje adotado no ensino público francês, assegurando a gratuidade (Lei de 15 de junho de 1881), a obrigação de matrícula escolar e a laicidade no ensino (Lei de 28 de março de 1882) e a atividade de coordenação a cargo do Poder Público (Lei de 30 de outubro de 1896). Atualmente, o Decreto nº 86-217, de 18 de setembro de 1986, reconhece a igualdade de acesso à instrução como um dos princípios fundamentais do serviço público; a Lei de 26 de janeiro de 1984 regula o ensino superior, que não é gratuito; a “Lei Haby”, de 11 de julho de 1975, disciplina a educação em geral; e a Lei de orientação à educação, de 10 de julho de 1989, dispõe, em seu art. 1º, que “a educação é a primeira prioridade nacional”. Diversamente do que se verifica em relação ao ensino superior, desde 1881 é assegurada a gratuidade do ensino primário e, desde 1927 (com produção de efeitos a partir de 1936), a do secundário (cf. FAVOREU ET AL., 2003, p. 828-831).

Em Portugal, a Constituição de 1822 dispunha sobre a necessidade de existirem escolas suficientemente dotadas, “em todos os locais onde convier”, sendo previstos nos demais textos constitucionais a gratuidade da instrução primária: art. 145, § 30, da

Carta Constitucional de 1826; art. 28, inciso I, da Constituição de 1838; art. 3º da Constituição de 1911, que dispunha, além da gratuidade, sobre a obrigatoriedade do ensino primário, sistema que foi repetido nas Constituições de 1933 (43, § 1º) e na atual (art. 74, 2, a, após as revisões de 1982, 1989 e 1997). A Constituição de 1976 ainda dedica todo um capítulo aos “direitos e deveres culturais”, integrado pelos arts. 73 *usque* 79.

4 O direito à educação no Brasil

À fundamentalidade recebida do texto constitucional e de inúmeras convenções internacionais se associa o fato de o direito à educação estar diretamente relacionado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial com o da dignidade da pessoa humana. Parece-nos claro que a efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Ver art. 3º da CF/88.)

Ainda que concebido como um direito social, ocupando a segunda geração aqui enunciada, a efetividade do direito à educação é imprescindível à própria salvaguarda do direito à livre determinação. Com efeito, como se poderia falar na liberdade de um ser acéfalo e incapaz de direcionar seus próprios movimentos em uma sociedade de massas, cujas relações intersubjetivas, a cada dia mais complexas, exigem um constante e ininterrupto aperfeiçoamento? A educação, assim, não obstante considerada um direito social, é imprescindível à salvaguarda de um direito que, sob um prisma lógico-evolutivo, o antecede na formação do Estado de Direito: a liberdade. Direitos de primeira e de segunda gerações, como se constata, convivem de forma harmônica e indissociável.

O direito à educação, ainda que de forma tímida em alguns casos, foi previsto nos textos constitucionais pretéritos.

A Constituição do Império, em seu art. 179, dispunha que

[...] a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] 32. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

Aqui já é possível divisar a estreita vinculação entre a instrução primária e a concreção de outros direitos de natureza constitucional, como os direitos políticos e a liberdade.

A primeira Constituição republicana fez referência ao direito à educação em seus arts. 35 e 72, § 6º. Em linhas gerais, dispôs sobre a obrigação do Congresso em “animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências”, em “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados” e em “prover a instrução secundária no Distrito Federal”. Além disso, em sua Declaração de Direitos, dispôs que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

A Constituição de 1934, moderna e de vida efêmera, dedicou todo um capítulo à educação e à cultura, tendo reservado os arts. 148 *usque* 158 à matéria. Ali era estabelecida uma divisão de competências entre os entes federativos, assegurada a isenção de tributos aos estabelecimentos particulares de ensino que oferecessem gratuidade em seus serviços e fossem oficialmente considerados idôneos, garantida a liberdade de cátedra, previsto um percentual mínimo dos impostos a ser aplicado no sistema educativo e criada a obrigação de se manter fundos de educação, inclusive com o oferecimento gratuito, aos alunos necessitados, de “material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica” (art. 157, § 2º, da CF/34).

A Carta outorgada de 1937, consagrando um capítulo dedicado à educação e à cultura, reservou à matéria os arts. 128 *usque* 134. Foram mantidos alguns preceitos da Carta anterior e acrescentados outros. Garantiu-se à infância e à juventude o acesso ao ensino em todos os seus graus, priorizou-se o ensino pré-vocacional e profissional, e manteve-se a obri-

gatoriedade e a gratuidade do ensino primário – mas foi prevista uma “contribuição módica e mensal” para aqueles que não alegassem escassez de recursos (art. 130 da CF/37).

A Constituição de 1946, em linhas gerais, retomou e aperfeiçoou o sistema adotado em 1934, tendo surgido sob a sua égide a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Dentre outras disposições, consagrou a educação como direito de todos, assegurou a obrigatoriedade do ensino primário e acresceu que “o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos comprovarem falta ou insuficiência de recursos” (art. 15, § 3º, da EC nº 1/69).

A Constituição de 1967 disciplinou a matéria em capítulo intitulado “Da Família, da Educação e da Cultura”, que abrangia os arts. 167 *usque* 172, não tendo introduzido modificações substanciais.

A Emenda Constitucional nº 1/69 manteve as características do sistema anterior e acrescentou a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios no caso de não aplicação anual, no ensino primário, de 20% da receita tributária municipal (art. 15, § 3º, da EC nº 1/69). Esse percentual, aliás, terminou por ser alterado pela Emenda Constitucional nº 24/83, que o fixou em 13% para a União e 25% para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A Constituição de 1988 dedicou toda uma seção ao direito à educação, sendo integrada pelos arts. 205 *usque* 214. Cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino: a União 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25% (art. 212 da CF/88).²⁵ O sistema atual atribuiu aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e infantil e aos Estados e ao Distrito Federal, também de forma prioritária, a manutenção do ensino fun-

²⁵ Não observado o preceito constitucional, será possível, a teor dos arts. 34, inciso VII, alínea e, e 35, inciso III, a intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios.

damental e médio (art. 211, §§ 2º e 3º).²⁶ Com isso, é possível afirmar que inexistem quaisquer óbices a que tais entes federativos atuem em outros níveis de educação, o que, por óbvio, pressupõe o atendimento satisfatório nos níveis em que sua atuação seja prioritária.

Sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, era necessário que, além das atribuições de ordem material, também a competência legislativa fosse disciplinada pela Constituição da República. Consoante o art. 22, inciso XXIV, à União compete legislar, de forma privativa, sobre *diretrizes e bases da educação nacional*.²⁷ De forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal também lhe cabe, a teor do art. 24, inciso IX, legislar sobre *educação, cultura, ensino e desporto*. Neste caso, o § 1º do referido preceito restringe sua competência à edição de normas gerais, que serão de observância obrigatória pelos demais entes federativos. Os Estados e o Distrito Federal também poderão exercer a competência legislativa plena, situação que perdurará até a superveniência da lei nacional, ocasião em que a eficácia da lei estadual será suspensa: é esse o conteúdo dos parágrafos do art. 24 da Constituição da República. Em que pese a obviedade, não é demais lembrar que inexistem hierarquia entre as normas emanadas dos diferentes entes federativos, mas, sim, uma divisão de competências.

Ainda sob a ótica da produção normativa, podem os Estados dispor sobre a matéria em suas respectivas Constituições. Devem, no entanto, observar os princípios constantes da Constituição da República (*v.g.*, aqueles previstos nos arts. 1º e 34).²⁸ Daí

²⁶ A ação prioritária dos Municípios é reforçada pelo art. 30, inciso VI, que dispõe ser competência desses entes “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental”.

²⁷ A União, no uso de sua competência, editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que teve, como últimas modificações, aquelas introduzidas pela Lei nº 10.709, de 31 de julho de 2003 (DOU de 1º/8/03).

²⁸ Ainda que se trate de norma de repetição obrigatória, o STF já decidiu pela possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo

se dizer que as Cartas Estaduais devem apresentar uma relação de simetria para com ela. (Ver art. 25 da CF/88.)

As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão concentradas no art. 208 da Carta de 1988, *in verbis*:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – *ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;*

II – *progressiva universalização do ensino médio gratuito;*

III – *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;*

IV – *atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;*

V – *acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*

VI – *oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;*

VII – *atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*

§ 1º – *O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*

§ 2º – *O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregu-*

Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com a possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente” (RTJ nº 147/404).

lar, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º – *Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola [grifos nossos].*

Como se constata, o constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma norma programática, configura, independentemente de qualquer requisito étario, direito subjetivo da pessoa humana.²⁹ Com isso, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade.³⁰ Essa norma indica, de modo insofismável, que, dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental³¹ foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

As opções políticas do constituinte, no entanto, não têm o condão de engessar o contínuo evoluir de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista.³² Respeitadas as decisões fundamentais consagradas na Constituição da República, nada

²⁹ Como observa Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 80), o direito ao ensino fundamental compreende a implementação dos programas suplementares referidos no art. 208, V, da Constituição (material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde), fazendo com que, verificada sua ausência, a oferta do ensino seja considerada irregular.

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Revista de Direito Social*, n. 7, p. 137, 2002 – Memória Histórica), analisando o art. 176, § 1º, III, da Carta de 1969, já se manifestara no mesmo sentido.

³¹ Segundo o art. 21 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), “a educação escolar compõem-se de: I- educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e médio; II- educação superior.” A educação infantil tem por finalidade o desenvolvimento da criança até seis anos de idade (art. 29), o ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, terá por objetivo a formação básica do cidadão (art. 32) e o ensino médio, com duração mínima de três anos, é a última etapa da educação básica.

³² Sobre os contornos do pluralismo e a necessária tolerância que deve reger as porções sociais que prestigiem dogmas

impede a constante renovação da vontade popular, com a conseqüente expansão das concepções ideológicas outrora prevalecentes.

Nessa linha, foi editada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente* e dá outras providências. Trata-se de diploma avançado e que substituiu os antigos dogmas da doutrina da *situação irregular* pelo *princípio da proteção integral* da infância e da adolescência. Afastando quaisquer dúvidas sobre o alcance do Estatuto, dispõe o seu art. 3º que

[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Como se vê, o objetivo foi ampliar, em relação às crianças e aos adolescentes, o rol de direitos previstos no texto constitucional. Especificamente em relação ao direito à educação, o art. 54 do Estatuto repetiu, com pequenas alterações redacionais, os termos do art. 208 da Constituição da República.

Ante a constatação de que os direitos sociais contemplados no texto constitucional são constantemente vistos como meras exortações, destituídos de toda e qualquer força vinculativa em relação ao Poder Executivo, o art. 208 da Lei nº 8.069/90 assegura, de forma expressa, a vinculação desses direitos junto ao Poder Judiciário, *in verbis*:

Art. 208 – Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

- I – do ensino obrigatório;
 - II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
 - III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
 - IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
 - V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
 - VI – de serviço de assistência social visando à proteção, à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
 - VII – de acesso às ações e serviços de saúde;
 - VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.
- Parágrafo único – As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Enquanto o constituinte optou por indicar o mínimo existencial com a utilização do designativo *direito subjetivo*, o legislador infraconstitucional chegou a resultado similar por meio diverso. Como veremos, somente é possível falar em direito em havendo o correspondente dever jurídico, e somente poderemos falar em dever caso seja detectada a existência de um poder de coerção apto a alcançar o resultado almejado em não sendo ele espontaneamente observado. Assim, ao prever a exigibilidade desses direitos prestacionais e assegurar a imediata sindicabilidade judicial dos direitos mencionados no art. 208, o legislador infraconstitucional reconheceu, implicitamente, a sua essencialidade para o desenvolvimento digno das crianças e dos adolescentes. Afora o ensino fundamental, devem ser adotadas as medidas possíveis à imediata implementação do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (prestação de cunho igualmente assistencial), do ensino noturno regular, adequado às con-

divergentes e quicá contrapostos, vide Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, principalmente p. 75/96.

dições do educando, dos programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental e da escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), também reforçou a garantia de acesso ao Poder Judiciário em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo.

§ 1º. Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

- I – recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;
- II – fazer-lhes a chamada pública;
- III – zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º. Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º. Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º. Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º. Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Além da proteção integral, o art. 227, *caput*, da Constituição da República assegurou às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, o gozo de inúmeros direitos, dentre os quais o direito à educação. No plano léxico, prioridade indica a

qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia, preferência conferida a alguém relativa ao tempo de realização de seu direito, com preterição de de outros; qualidade de uma coisa que é posta em primeiro lugar dentro de uma série ou ordem. (FERREIRA, 1997)

Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o âmbito de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, *a priori*, pelo constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para opção distinta daquela que prestigie a *absoluta prioridade* (*v.g.*, entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (*v.g.*, para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito à educação de uma criança).

Em outra ocasião (GARCIA, 2003), tivemos oportunidade de afirmar que os direitos cuja extensão não esteja perfeitamente delimitada, assumindo contornos “abertos” ou “móveis” e, em especial, os princípios jurídicos, facilmente entram em colisão entre si, o que é reflexo da falta de fixação de sua amplitude. Em caso de conflito, um direito deve ceder em prol do outro, ou ambos devem realizar concessões mútuas até que seja encontrada a situação mais justa e consentânea com o ordenamento

jurídico no caso concreto. Por não representarem os direitos grandezas quantitativamente mensuráveis, a ponderação, em verdade, é apenas uma imagem que reflete a sua valoração, pois a ausência de um escalonamento hierárquico entre todos os bens e valores impede que as hipóteses de conflito sejam adredemente solucionadas como numa tabela (cf. LARENZ, 1997, p. 575/576).

A ponderação, no entanto, não deve ser desenvolvida em uma atmosfera de intenso subjetivismo, pois o contrário certamente conduziria ao arbítrio. Segundo Robert Alexy (1993, p. 92), deve ser ela direcionada por critérios racionais que culminarão em estabelecer uma *relação de precedência condicionada*, identificando o princípio que possui maior peso em determinada situação a partir da verificação das condições específicas que envolvam essa ponderação. Com isso, chegar-se-á à estruturação da *lei de colisão*, segundo a qual as condições que conduzem à prevalência de um princípio sobre o outro constituem o pressuposto fático de uma regra que explica a consequência jurídica do princípio precedente, em que, “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro” (op. cit., p. 94).

Ainda sobre a ponderação, afirma Alexy que ela deve suceder em três fases:

Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase *sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio*. (*Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 78, 1999)³³

³³ Em outra oportunidade, observou Alexy que “essa estrutura elementar mostra o que céticos, acerca da ponderação, radicais como, por exemplo, Schlink, devem contestar, quando dizem que nos ‘exames da proporcionalidade em sentido estrito [...] somente a subjetividade do examinador’ tem ‘efeito’ e que ‘as operações de valoração e ponderação do exame da proporcionalidade em sentido estrito [...] devem’ ser ‘efetuadas somente por decisão não-fundamentada’. Eles devem contestar que sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis. Pois bem. Mas facilmente

A técnica da ponderação tem sido utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão para solucionar situações de colisão entre direitos fundamentais, do que é exemplo o importante “caso Lebach”, que foi objeto de comentário por Robert Alexy (1993, p. 95 e ss.). O litígio versava sobre a pretensão de uma emissora de televisão de exibir um filme-documentário sobre o assassinato de soldados em Lebach, crime que assumira trágicas proporções no país e que consistira na morte de quatro soldados do Exército Federal, lotados em um depósito de munições próximo a Lebach. O crime fora praticado enquanto as vítimas dormiam e visava à subtração de armas do local, as quais seriam utilizadas para a prática de outros crimes. Um dos cúmplices do crime, que havia sido condenado e estava prestes a deixar a prisão, considerou que a exibição do documentário, no qual era nominalmente identificado e tinha sua fotografia exibida, violaria seus direitos à honra e à privacidade, além de em muito dificultar a sua ressocialização. Após a negativa das instâncias inferiores, que haviam prestigiado os direitos à informação e à liberdade de imprensa, denegando a pretensão de que fosse proibida a divulgação do filme, foi apresentado recurso à Corte Constitucional.

Após a realização de ampla instrução, na qual foram inquiridos diversos especialistas em criminologia, comunicação social e psicologia, o Tri-

se deixam encontrar exemplos, nos quais tais sentenças sem mais podem ser tomadas. Assim, é dever dos produtores de artigos de tabacaria colocar em seus produtos alusão a perigos à saúde – uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição total de todos os produtos de tabacaria. No meio disso deixam-se classificar casos de intensidade de intervenção mediana. Dessa forma, nasce uma escala com os graus ‘leve’, ‘médio’ e ‘grave’. O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis. O mesmo vale para as razões em sentido contrário. Os perigos à saúde unidos ao fumo são altos. As razões de intervenção pesam, por conseguinte, gravemente. Se, desse modo, está determinada a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão de intervenção como alto, então o resultado da ponderação, como o tribunal constitucional federal observa em sua decisão sobre alusão à advertência, é ‘manifesto’ (BverfGE 95, 173, 187). A razão de intervenção grave justifica a intervenção leve” (ALEXEY, in: *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 43, 2002).

bunal Constitucional, ao apreciar a questão, equacionou o litígio em três vertentes.

Na primeira, visualizou a tensão existente entre a proteção da personalidade e o direito à informação, ambos amparados pela Lei Fundamental. Enquanto o primeiro princípio, por si só, conduziria à proibição da transmissão, o segundo a autorizaria. Como nenhum dos dois princípios tinha precedência sobre o outro e não seria possível declarar a invalidez de qualquer deles, a identificação do interesse que deveria prevalecer seria realizada a partir da ponderação das circunstâncias do caso em particular.

Identificada a colisão de princípios, o Tribunal, em uma segunda etapa, concluiu pela precedência geral da liberdade de imprensa quanto à informação sobre fatos criminosos contemporâneos à sua veiculação. Essa precedência geral, no entanto, não é intangível, pois nem todas as informações atuais poderão ser livremente expostas, sendo admitidas exceções consoante a situação concreta.

Ao final, a Corte Constitucional decidiu que a repetição de informações sobre um crime há muito perpetrado, e que já não correspondia aos interesses atuais de informação, comprometia a ressocialização do autor, o que fez que a proteção da personalidade, no caso, tivesse precedência sobre a liberdade de imprensa.³⁴

³⁴ No Brasil, ainda que não expressamente invocada, a técnica da ponderação de interesses é constantemente utilizada. Nesse sentido, merece ser lembrada a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 21 de fevereiro de 2002, a Reclamação nº 2.040/DF. Tratava-se de cantora mexicana que se encontrava detida na carceragem da Polícia Federal aguardando o desfecho do processo em que o Governo mexicano pleiteava a sua extradição. Nesse período, a extraditanda engravidou, tendo afirmado que fora vítima de estupro realizado pelos policiais responsáveis pela sua custódia. Ante a negativa de todos os policiais envolvidos e o iminente descrédito da Instituição, a Corte autorizou, contra a vontade expressa da extraditanda, a utilização de material biológico da placenta para a realização de exame de DNA. Na ocasião, sendo vencido o ministro Marco Aurélio, afirmou-se que a ponderação entre os valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição – atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação – indicava que deveria prevalecer o esclarecimento da verdade. Frisou-se, ainda,

5 A eficácia das normas constitucionais

Sedimentada a organização estatal, mostra-se necessária a edição de padrões de conduta a serem observados pelos indivíduos, com o fim de assegurar a interpenetração e a coexistência dos distintos interesses existentes – não raras vezes contrapostos –, bem como padrões de estruturação e funcionamento dos próprios órgãos estatais. Esses padrões, que recebem o designativo de normas jurídicas, são dotados de imperatividade, devendo ser por todos observados, o que não exclui a possibilidade de os interessados agirem em norte contrário ao seu conteúdo sempre que, de forma expressa ou não, sejam autorizados a tanto pelo próprio ordenamento. A norma será *existente* caso emane de um órgão estatal, seja formulada e revelada ao mundo exterior de determinada forma e tenha um objeto (*rectius*: um padrão normativo). Além de existente, será *válida* caso seus elementos constitutivos possuam os atributos exigidos no texto constitucional: o órgão seja competente (*rectius*: competência legislativa do ente federativo e de seus órgãos internos), a forma, inclusive em relação aos atos que antecederam a sua formação (*rectius*: o processo legislativo), seja a exigida e o seu objeto guarde uma adequação material com a Constituição. A norma existente e válida será *eficaz* tão logo esteja apta a produzir os efeitos que lhe são próprios, o que se dará no momento em que se implementarem as condições previstas em seu texto ou em outra norma (*v.g.*, com a sua vigência). Não obstante existente, válida e eficaz, a norma somente terá *efetividade* (ou eficácia social como preferem alguns) quando seus efeitos, concebidos em estado latente, se materializarem no plano fático.

Sempre que encartadas em uma constituição rígida – logo, somente passíveis de modificação por um processo legislativo específico – são denominadas normas jurídicas constitucionais. A natureza constitucional, por óbvio, não desvirtua ou enfraquece a sua normatividade, estendendo-se a elas as

que o exame de DNA seria realizado sem invasão da integridade física da extraditanda e de seu filho. Ao final, demonstrou-se a inverdade das declarações, sendo outro detento, antigo namorado da extraditanda, o pai de seu filho.

características inerentes às demais normas jurídicas. Para os fins desta exposição, releva analisar a questão da sua efetividade, pois eficácia jurídica todas a possuem.

A análise da efetividade das normas constitucionais, embora restrita a algumas poucas palavras, pressupõe uma breve referência à classificação das referidas normas, obrar que, por evidente, não poderá avançar no estudo das múltiplas construções realizadas pela doutrina pátria e alienígena. Assim, restringiremos nossa perspectiva de análise à conhecida construção de José Afonso da Silva (2000), cuja obra há muito incorporou o designativo de clássica e que desenvolveu, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, uma divisão tripartite das normas constitucionais. Segundo essa classificação, tem-se: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas restringíveis; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem em normas definidoras de princípio institucional e normas definidoras de princípio programático.

Normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, produzindo ou tendo a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais nelas previstos. Não necessitam de integração normativa ulterior para a sua aplicação e criam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, exigíveis de imediato.

As normas constitucionais de eficácia contida, embora tenham igualmente recebido normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, também criando situações subjetivas de vantagem caracterizadoras de direitos subjetivos, podem ter sua eficácia e aplicabilidade limitadas por outras normas. Enquanto não editada a legislação restritiva, terão eficácia plena.

Quanto às normas de eficácia limitada, em geral, não receberam normatividade suficiente para sua aplicação, deixando-se ao legislador ordinário o ônus de completar a regulamentação da matéria nelas prevista em princípio ou esquema. Ressalta o autor que "as de princípio institucional encontram-

se principalmente na parte orgânica da constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos socioideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo" (ibidem, p. 262). As normas constitucionais de princípio institucional podem deixar uma margem maior de liberdade ao legislador ou indicar desde logo o conteúdo da lei. As de princípio programático limitam-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelas diferentes funções estatais, sempre com o objetivo de realizar os fins inerentes à organização estatal.

As normas programáticas, apesar de não possuírem eficácia suficiente à regulação de uma situação fática ou jurídica previamente definida, a exemplo das demais normas jurídicas, possuem o atributo da imperatividade. Assim, além de prestarem um relevante auxílio na interpretação das normas infraconstitucionais, exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com elas compatíveis.

As normas constitucionais que dispõem sobre a educação fundamental, na medida em que asseguram a imediata fruição desse direito, já que, consoante o art. 208, § 1º, foi ele tratado como direito subjetivo público, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de integração pela legislação infraconstitucional. Não bastasse isso, essa conclusão é reforçada por integrarem o rol mínimo de direitos imprescindíveis a uma existência digna, o que afasta qualquer tentativa de postergar a sua efetivação. Igual conclusão, aliás, deverá prevalecer quanto aos já mencionados preceitos da Lei nº 8.069/90.

Jorge Miranda (2000, t. IV, p. 384), após afirmar que a maior parte dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Constituição portuguesa depende de legislação integradora, ressalta ser imperativa a observância do conteúdo essencial desses direitos e que, verificadas as condições de sua efetivação,

[...] tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (mesmo se o reconhecimento desses pressupostos e, por vezes, a determinação ou determinabilidade das normas exigem uma intervenção do legislador. Um exemplo é o art. 74, nº 2, alínea a, que assegura o ensino obrigatório e gratuito, ficando, porém, a definição do que seja "ensino básico" a cargo da lei).

Para melhor esclarecimento do alcance do preceito constitucional, realizaremos uma breve análise do instituto do direito subjetivo, de índole eminentemente privatista, e dos lineamentos básicos do mínimo existencial.

6 O direito subjetivo à educação

Em um primeiro momento, parece-nos relevante lembrar a dicotomia direito objetivo e direito subjetivo: o primeiro indica a norma, dissociada de circunstâncias afetas à realidade fenomênica e que, com maior ou menor grau de abstração, disciplina determinada situação jurídica (*norma agendi*); o segundo veicula a faculdade, conferida ao seu titular, de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico (*facultas agendi*).³⁵

Tanto o direito objetivo como o subjetivo possuem um epicentro comum: a pessoa, natural ou jurídica, que é a titular em potencial das relações jurídicas

³⁵ Considerando os estreitos limites deste arrazoado, não adentraremos à polêmica estabelecida entre as teorias negativas, que negam a existência dos direitos subjetivos, pois toda prerrogativa decorreria da norma, independentemente da vontade do indivíduo, cabendo a este, unicamente, usufruir das suas conseqüências caso presente uma situação jurídica que o autorize (DUGUIT, 1927, cap. II, especialmente p. 274 e ss.) ou aplicar a norma individual, criada pela declaração de vontade legitimada por delegação do Estado (KELSEN, 1979). As teorias afirmativas, por sua vez, capitaneadas, dentre outros, por Savigny (1840, t. I), apesar de não destoarem quanto à existência do direito subjetivo, divergem quanto à importância da vontade na sua integração. No direito pátrio, uma síntese das diferentes teorias pode ser encontrada em Vicente Rão (1991, v. 2, p. 479 usque 566).

que se desenvolvem no organismo social. Enquanto o direito objetivo ocupa uma vertente externa à pessoa, mas a ela direcionada, o direito subjetivo se realiza na própria pessoa,³⁶ sendo ambos absorvidos pela noção mais ampla de direito, que busca assegurar o primado da ordem jurídica e a existência digna de todos.

O direito subjetivo é intitulado privado quando consagrado em norma de igual natureza. Direito subjetivo público, por sua vez, é o decorrente de norma de caráter público, designativo que aufere suas características básicas no objeto da relação jurídica e na sua indisponibilidade, sendo prescindível que o Estado figure em um dos pólos do vínculo (*v.g.*, o direito à intimidade, oponível tanto ao Estado como aos demais indivíduos).

Consagrada a disciplina normativa e assegurado, em abstrato, o exercício de um direito, está o seu titular autorizado a exigir daquele que detém o dever jurídico a transposição desse estado potencial para a realidade fenomênica, com o conseqüente cumprimento da prestação devida, quer seja positiva ou negativa. Dessa assertiva defluem os elementos essenciais do direito subjetivo: sujeito, objeto e relação jurídica.

O sujeito é o titular do direito.³⁷ Tratando-se de obrigações oriundas do direito privado, em regra, o sujeito será certo e determinado. Tal, no entanto, não chega a ser erigido à condição de elemento essencial, sendo plenamente factível, em especial nos direitos

³⁶ Não se deve confundir direito subjetivo com faculdade e qualidade jurídica. Enquanto os direitos subjetivos são caracterizados pela possibilidade de exigir o cumprimento de um dever jurídico por parte de outrem, as faculdades jurídicas, também designadas de direitos potestativos, independem da existência de um dever que recaia sobre outra pessoa, sendo a aptidão reconhecida na norma para que determinado ato produza efeitos jurídicos (*v.g.*, a faculdade de casar-se, de contratar, de testar etc.). Quanto à qualidade jurídica, indica ela os atributos de que o indivíduo se encontra revestido e que lhe permitem praticar certos atos jurídicos (*v.g.*, o *status* de cidadania, de família – casado, solteiro – etc.). São os pressupostos para o exercício de um direito ou de uma faculdade jurídica. Para maior desenvolvimento do tema, ver San Tiago Dantas (1979, p. 151 usque 154).

³⁷ Na conhecida fonte romana: "*hominum causa omne ius constitutum est*" (*Digesto*, Livro I, tit. V, fr. 1).

que auferem o seu fundamento de existência diretamente na norma (*ex vi legis*), que somente sejam indicadas as características essenciais dos respectivos titulares, não se descendo a minúcias quanto à sua individualidade.

O objeto, que pode ter características materiais ou imateriais, é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce a faculdade que lhe fora assegurada pela norma. Ultrapassados os períodos mais primitivos da história da civilização, não mais se concebe, sob um prisma universal e absoluto dos direitos fundamentais, seja o homem objeto de direito (*v.g.*, na condição de escravo). Questão mais complexa reside na possibilidade de o homem, como sujeito de direito, dispor sobre a própria pessoa ou sobre os atributos inerentes à sua personalidade. Como decorrência da individualidade existencial do homem e do elemento anímico que direciona seu comportamento, há muito se consagrou o entendimento de que lhe é dado fazer tudo o que lhe aprouver, desde que sua conduta não rompa as fronteiras da indisponibilidade consagradas no ordenamento jurídico, em especial nos princípios que congregam os valores ético-morais inerentes a determinado grupamento (*v.g.*, em contraposição à licitude de um contrato de trabalho firmado entre um acrobata e um circo, seria ilícita, por atentatória à dignidade da pessoa humana, a cláusula que previsse a possibilidade de o acrobata, a juízo do empregador, permanecer pendurado em uma corda, completamente nu, enquanto os espectadores se divertissem arremessando frutas e legumes deteriorados contra ele).³⁸ Ultrapassados tais limites, com a conseqüente mácula à integridade de direitos que, em sua essência, são indisponíveis, ter-se-á a ilicitude da conduta. Traçando-se um paralelo imaginário com o direito de propriedade, que é caracterizado pelo *ius utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, gozar e dispor), seria possível afirmar que o homem pode usar e gozar dos atributos inerentes à sua pessoa e à sua personalidade, mas deles não pode dispor.

³⁸ Cf. Decocq, 1960, p. 99, que realça a desproporção entre os interesses medíocres que se busca satisfazer e os danos causados à conservação da pessoa.

A relação jurídica é o vínculo mantido entre o titular do direito subjetivo e aquele que tem o dever jurídico de observá-lo. Não raras vezes, o pólo passivo da relação jurídica é ocupado por sujeitos indeterminados (*v.g.*, no direito de propriedade, em que o proprietário ocupa o pólo ativo e todos têm o dever de observá-lo, sendo integrantes do pólo passivo),³⁹ o que em nada descaracteriza o direito. É importante ressaltar, uma vez mais, não ser possível falar em *direito* sem o correspondente *dever* de outrem, sendo este o elemento fundamental de uma relação jurídica.

Como decorrência lógica da própria consagração de um direito, que é violável por excelência, tem-se como indispensável a possibilidade de utilização do poder de coerção estatal para assegurar a sua efetiva implementação no plano fático. Entendendo desatendido um direito seu em razão da inobservância de um dever jurídico que recaía sobre outrem, poderá o interessado deduzir sua pretensão⁴⁰ em juízo.

O direito subjetivo, não obstante concebido de uma perspectiva eminentemente privatista, em que os interesses individuais justificavam a previsão normativa e direcionavam a sua concreção, bem demonstra a presença de um dever e a existência de um direito à sua usufruição. Essa constatação não sofre alterações substanciais ao ser transportada para o plano dos direitos sociais já que, mantida a essência, tem-se tão-somente a ampliação dos titulares da *facultas agendi*. Em vez do seu exercício de modo individual, torna-se possível e aconselhável que tal se dê em uma dimensão coletiva.⁴¹

³⁹ Fala-se em direitos absolutos quando são oponíveis à generalidade das pessoas e em direitos relativos quando o dever jurídico é imposto tão-somente a determinadas pessoas.

⁴⁰ Na conhecida lição de Carnelutti (2000, v. II, p. 30), pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

⁴¹ Em artigo intitulado Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes (GARCIA, in: *Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 11, p. 367, 2000), assim nos pronunciamos sobre a defesa de direitos afetos ao grupamento: "Inicialmente, cumpre dizer que a análise do tema pressupõe a abstração da clássica visão privatista da relação processual, adstrita à esfera de direitos eminentemente individuais. Assim, deve ser sedimentado o ideal de efetividade do

Assim, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito de todos, o direito à educação, a depender da ótica em que seja analisado, será passível de enquadramento na categoria dos direitos subjetivos, pois integrante do denominado mínimo existencial. É justamente com olhos voltados a essa constatação que deve ser interpretado o art. 208, § 1º, da Constituição da República: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo".⁴²

Não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas. Tal teoria, aliás, já se mostrou inexecutável em relação aos dogmas do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que teve grande expansão a partir da Segunda Guerra Mundial. Fosse de outro modo, bastaria transpor a legislação de um país dotado de elevados índices de desenvolvimento humano para outros nos quais esse fator não apresentasse a mesma desenvoltura para que, tal qual um passe de mágica, todos os problemas sociais do mundo contemporâneo fossem resolvidos. Essa tese, infelizmente, destoa de um padrão de razoabilidade, motivo pelo qual seu prestígio está em franco declínio. Como contraponto, tem-se o mínimo existencial, que, em face de seu conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade, atende à razão e satisfaz à dignidade da pessoa humana.

Na Itália, após acentuarem a constitucionalização da obrigação do Estado de "*instituire scuole statali para todas as ordens e graus*" (art. 33, 2, da Constituição italiana de 1947), Celso e Salerno (2002, p. 208-212), analisando o art. 34 da Constituição, que assegura o "direito ao estudo", não hesitam em visualizar a existência do direito a obter dos poderes públicos, segundo as condições estabelecidas na Constituição e na lei, as prestações necessárias ao profícuo desenvolvimento dessa atividade. Acrescentam que, "não diversamente do direito ao trabalho, o direito ao estudo nasce como liberdade e se desenvolve como direito cívico ou social ou, como outros preferem dizer (Martines), evolui da liberdade negativa à liberdade positiva". Apesar disso, apresenta uma diferença substancial em relação ao direito ao trabalho, pois a Constituição e a lei impõem os meios (*v.g.*, bolsa de estudo) para tornar efetivo esse direito, indicando uma concreta linha de ação, do que resulta um verdadeiro poder jurídico de exigir a sua prestação. Ao final, lembrando a Sentença 215/87, do Tribunal Constitucional, concluem que "la scuola è aperta a tutti" (a escola está aberta a todos).

Igual entendimento tem prevalecido na Espanha, onde o art. 27 da Constituição dispõe que "todos tienen derecho a la educación". Segundo o Tribunal Constitucional (STC 86/1985, FJ 3), esse direito tem um teor primário de direito de liberdade e, mais especificamente, uma dimensão prestacional que, na atualidade, ressalta das exigências do Estado social. Em razão desse preceito, o Poder Público está obrigado a assegurar a efetividade do direito à educação, em especial nos níveis básicos de ensino integrantes do sistema educativo, pois, a teor do item 4 do mesmo artigo, tais níveis, além de obrigatórios, são gratuitos. Esse direito pode ser imediatamente exigido por qualquer cidadão, perante os tribunais, inclusive com a utilização do recurso de amparo (cf. CALLEJÓN et al., 2003, p. 269), que apresenta certa similitude com o mandado de segurança pátrio.

processo, possibilitando a transcendência do individual ao coletivo, com o conseqüente desprendimento da doutrina liberal-individualista. Nas ações coletivas, o objeto mediato, diferentemente das ações de caráter privado, não concerne especificamente ao *dominus litis*, o qual ocupa a condição de *ideological plaintiff*, a exemplo do que ocorre nas *class actions* do direito norte-americano. Os efeitos da decisão proferida, em última *ratio*, refletirão em cada um dos membros do organismo social cuja situação fática e jurídica se subsuma àquela deduzida na causa de pedir da ação civil pública. A legitimidade conferida ao Ministério Público e aos demais substitutos processuais possibilita a condensação do pólo ativo da relação processual, evitando-se que todos os titulares individuais da *facultas agendi* compareçam em juízo para auferir os mesmos efeitos que advirão da ação civil pública".

⁴² Como frisou Ricardo Lobo Torres (1995, p. 161), "a elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução".

Tratando-se de outros níveis de educação que não aqueles previstos no art. 208, § 1º, da Constituição da República e no art. 208 da Lei nº 8.069/90, a exigibilidade de sua implementação dependerá do concurso de uma complexa rede de circunstâncias fáticas e jurídicas. Em linhas gerais, exigirá, como antecedente lógico, o atendimento de outros direitos igualmente integrantes do mínimo existencial (*v.g.*, habitação), que correspondem a valores de indiscutível fundamentalidade e preeminência em qualquer sociedade. Em um segundo momento, exigirá, à luz do caso concreto, a realização de um juízo de ponderação em relação a outros princípios que igualmente incidem na espécie. Além desses juízos valorativos, torna-se necessária a análise das possibilidades materiais do ente estatal, o que permitirá a transposição dos direitos normativamente previstos de um campo dominado pela retórica para uma seara ao alcance da realidade e da fruição social.

7 O Direito à educação e o mínimo existencial

Também denominado *núcleo duro* ou *núcleo comum dos direitos fundamentais*, o *mínimo existencial* indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos, resultando “de um levantamento comparativo de sua incidência em instrumentos de direitos humanos (os próprios textos), fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas” (TRINDADE, 1991, p. 42). Esse conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, com tendência à universalidade, resulta de sua paulatina incorporação aos tratados internacionais, de sua penetração nas cartas políticas e de sua disseminação pela legislação infraconstitucional, o que torna imperativa a interpretação desta à luz dos valores superiores que direcionam sua aplicação.⁴³

⁴³ Da preeminência normativa da Constituição decorre a idéia de filtragem constitucional. Como lembrado por Paulo Ricardo Schier (1999, p. 25), repetindo a lição de Canotilho e Vital Moreira, “diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional”. Em seguida, acrescenta o autor que, “a partir da perspectiva da filtragem constitucional, surge a necessidade de se buscar uma

Tratando-se de um conteúdo mínimo,⁴⁴ que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentará contra o mínimo existencial a ação concreta, finalisticamente dirigida ao vilipêndio do bem jurídico por ele tutelado, como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa ou mesmo em editar um ato normativo que viabilize o alcance de um *status* jurídico favorável ao indivíduo. A sua observância, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição.

Não obstante incontroversa a sua preeminência axiológica, o mínimo existencial, que está atrelado às condições materiais mínimas exigidas para uma sobrevivência digna, não possui balizamentos precisos. Como visto, os seus lineamentos básicos resultam da paulatina sedimentação de uma pauta de direitos mínimos geralmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana. Essa observação é relevante na medida em que permite situar a legitimação dos direitos humanos em uma posição externa ao próprio ordenamento jurídico (ver TORRES, 2002, p. 397).⁴⁵

inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador diante do direito infraconstitucional (fenômeno conhecido como constitucionalização do direito infraconstitucional).⁴⁴

⁴⁴ O mínimo existencial já foi objeto, inclusive, de previsão normativa. Nesse sentido, vale mencionar o art. 1º da Lei nº 8.742/93, que trata da assistência social, *in verbis*: “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que *provê os mínimos sociais*, realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

⁴⁵ Segundo Torres, *op. cit.*, a legitimação do Estado e do ordenamento jurídico é o processo de julgamento de suas qualidades e de sua validade ética, exigindo “uma razão existente fora do sistema jurídico, o qual não pode se legitimar a si próprio”. Ao final, conclui que a legitimação “funda-se no neocontratualismo e na afirmação procedimental da liberdade, da justiça e da segurança jurídica, o que postula a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade, entre outros. O Estado Democrático de Direito legitima-se, enfim, pela ponderação e pela razoabilidade presentes no elenco dos princípios fundamentais (art. 1º da CF), e dos princípios vinculados à liberdade, à justiça e à segurança (arts. 5º, 6º, 7º, 150, 170, 195, 196, 208)”.

Em países subdesenvolvidos como o Brasil, nos quais o mínimo existencial é historicamente ignorado pelos poderes constituídos, a questão assume perspectivas dramáticas e que certamente não seriam vistas em países do denominado Primeiro Mundo. Nestes, o contingente populacional que depende do intervencionismo estatal para sobreviver é sensivelmente reduzido, o que, em face da reconhecida possibilidade de o Estado assegurar a observância do mínimo existencial, em muito suaviza qualquer polêmica sobre a matéria.

Ainda que o mínimo existencial seja tradicionalmente integrado por zonas interditas à atuação estatal, vale dizer, pelo imperativo reconhecimento de um rol mínimo de liberdades, intangíveis por excelência, merecem igual proteção os direitos conexos, por imprescindíveis à usufruição dessas liberdades, estando a elas umbilicalmente ligados.

Em relação ao direito à educação fundamental, parece-nos incontroverso tratar-se de uma parcela integrante do mínimo existencial, não só por suas características intrínsecas como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna.⁴⁶ Como vimos, há muito a educação fundamental foi incorporada aos tratados e convenções internacionais, isso sem olvidar a sua paulatina inserção nos ordenamentos de inúmeros Estados, inclusive o Brasil. Neste País, aliás, os textos constitucionais, a contar do primeiro, sempre lhe fizeram certa deferência. Além dos prismas da universalidade e do historicismo, a Carta de 1988 a erigiu à condição de direito subjetivo público, o que em muito reduz a abstração que sempre circunda os limites do mínimo existencial e afasta a

⁴⁶ A importância do direito à educação foi bem enunciada pelo ministro Humberto Gomes de Barros no voto proferido no Recurso Especial nº 212.961/MG: “é a própria Constituição Federal que insere a educação no rol dos direitos sociais. Em verdade, educação é o primeiro dos direitos sociais, não apenas na enunciação constitucional, como na ordem natural das coisas. Com efeito, onde há educação, existe saúde, saúde gera trabalho, trabalho pede lazer e assim por diante. Em recente pronunciamento, notável economista não vacilou em dizer: ‘houvesse apenas um real em caixa, eu não vacilaria em destiná-lo à educação’” (STJ, 1ª T., j. em 15/08/2000, DJ de 18/09/2000).

possibilidade de que sua oferta seja postergada ou negada.

Do mesmo modo, ante a reconhecida miserabilidade da população brasileira, também os programas suplementares de oferta de material escolar, transporte, saúde e alimentação são indissociáveis do direito à educação: uma pessoa que não possui livros não poderá acompanhar as lições que lhe são ministradas; não possuindo recursos para custear o transporte, simplesmente não poderá comparecer à escola; estando doente, não poderá estudar e entrar em contato com outros estudantes; e, ainda, sem alimentação não haverá como assimilar as mais mezinhas lições.

Identificados os lineamentos básicos do mínimo existencial, com a conseqüente integração do princípio da dignidade da pessoa humana, parecemos que destoam dos valores por ele condensados qualquer iniciativa dos poderes constituídos, de cunho material ou normativo,⁴⁷ que procure suprimir direitos, liberdades e garantias já alçados a essa condição. Os direitos fundamentais, na mesma medida em que podem impor prestações positivas ao Poder

⁴⁷ Discorrendo sobre as reformas constitucionais e o papel da Suprema Corte como exemplo de razão pública, observa John Rawls (2000, p. 289/290) que uma emenda não é apenas uma alteração. Segundo ele, “uma forma de entender uma emenda é ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação, ou incorporar à constituição um entendimento mais amplo e mais abrangente desses valores. [...] Outra finalidade das emendas é ajustar as instituições básicas, a fim de e liminar pontos fracos que vêm à luz na prática constitucional subsequente. A Suprema Corte poderia dizer, então, que uma emenda que derogue a Primeira Emenda e a substitua por seu oposto contradiz fundamentalmente a tradição constitucional do mais antigo regime democrático do mundo. Portanto, não tem validade. Isso significa que a Carta de Direitos e outras emendas são cláusulas pétreas? Elas o são no sentido de serem validadas por longa prática histórica. Podem ser emendadas segundo as formas mencionadas acima, mas não simplesmente rejeitadas e revogadas. Se isso acontecesse, e não seria inconstitucional que o exercício do poder político chegasse a esse ponto, tal representaria um colapso constitucional, ou uma revolução em seu sentido pleno, e não uma emenda válida da constituição. A prática bem-sucedida de suas idéias e princípios ao longo de dois séculos impõe restrições ao que agora pode ser considerado uma emenda, o que quer que tenha sido verdadeiro no início”.

Público, impõem limites à sua atuação. Sendo a Constituição um sistema aberto de normas, será flagrantemente inconstitucional qualquer medida que se afaste dos valores responsáveis por sua concretização, ainda que emanados de normas infraconstitucionais. À guisa de ilustração, será ilegítimo o ato que determine o fechamento de uma escola sem que existam outras em condições de atender à demanda, a extinção de cargos de professor, com a conseqüente colocação em disponibilidade de seus ocupantes, enquanto flagrante a carência de pessoal nessa seara etc. É indiscutível que um estudo responsável da denominada proibição de retrocesso social exige reflexões mais amplas de seu artífice. No entanto, parece-nos relevante o registro, ainda que meramente enunciativo.⁴⁸

Como vimos, o direito à educação, na vertente aqui analisada, enseja a correlata obrigação do Estado em prestá-la, o que importa na necessária observância dos princípios regentes da atividade estatal, quer sejam expressos, como a impessoalidade e a eficiência, quer sejam implícitos, como o princípio da continuidade dos serviços públicos. Especificamente em relação à continuidade ou permanência do serviço, é ela mera derivação de sua utilidade e essencialidade, ambas de matiz constitucional. Tratando-se de serviço público essencial, é imperativa a sua manutenção em caráter contínuo e regular, vedando-se a interrupção ou mesmo a disponibilização em nível inferior ao exigido. Não bastasse isso, é vedado ao Poder Público, inclusive, desafetá-lo e transferi-lo à responsabilidade da iniciativa privada. Ainda que seja admissível e aconselhável a participação da sociedade na concreção desse direito fundamental, o que representa mera projeção da horizontalidade dessa categoria de direitos, optou o constituinte por tornar inarredável a participação

⁴⁸ Na doutrina, Jorge Miranda (2000, t. IV, p. 397-399), discorrendo sobre o “não retorno da concretização ou” proibição de retrocesso, observa que as normas legais concretizadoras das normas constitucionais a elas se integram, não sendo possível a sua simples eliminação, isto sob pena de retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais correlatas. Além disso, a proibição de retrocesso funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. Ressalta, no entanto, que esse entendimento não visa à equiparação entre normas

estatal, recaindo sobre o Poder Público o dever jurídico de prestá-lo.⁴⁹

8 A questão da efetividade do direito à educação e os recursos públicos disponíveis

Delineados os contornos básicos do direito à educação e a parcela mínima a ser fornecida aos residentes no território nacional, resta aos interessados a utilização dos mecanismos de acesso à justiça sempre que seja divisado o descumprimento do dever jurídico que recai sobre o Estado, quer seja com o seu não-oferecimento ou mesmo com a sua oferta irregular. Dentre os instrumentos processuais contemplados no texto constitucional, merecem ser lembrados, em caráter meramente enunciativo, o mandado de segurança, individual e coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública, os quais serão manejados pelos respectivos legitimados em conformidade com as leis de regência.

constitucionais e legais, pois estas continuam passíveis de alteração ou revogação; o que se pretende é evitar a ab-rogação, pura e simples, de normas legais que conferem efetividade às constitucionais e “com elas formam uma unidade de sistema”. Gomes Canotilho (1998, p. 338-340) afirma que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR, 112/2/2003)”. Favoreu et al. (2003, p. 780) reconhecem que o legislador pode modificar as normas voltadas à salvaguarda da dignidade humana, mas não pode pôr em causa os aspectos materiais já consolidados. Uma análise da proibição de retrocesso no Direito Constitucional germânico pode ser encontrada em artigo de Ingo Wolfgang Sarlet, intitulado “O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade” (*Revista de Direito Social*, n. 3, p. 28, 2001).

⁴⁹ Como consectário da natureza do serviço, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1991, p. 294/295) há muito afirmava que “os direitos do usuário são hoje reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública, como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes. São direitos civis, de conteúdo positivo consistente no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço a que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários. São direitos públicos subjetivos de exercício pessoal, quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação. Tais direitos rendem ensejo às ações correspondentes, inclusive mandado de segurança, conforme seja a prestação a exigir ou a lesão a reparar judicialmente”.

Em casos tais, não nos parece aceitável a tese de que o julgamento favorável de uma pretensão dessa natureza importaria em mácula ao princípio da divisão das funções estatais. A divisão em funções garante a sua especialização e a independência em seu exercício, o que evita os conhecidos e inevitáveis males da concentração do poder.⁵⁰ Não se trata unicamente de princípio de especificação de órgãos e funções, mas de princípio de coordenação e manutenção da unidade e organicidade do Estado. O princípio da divisão dos poderes é, em essência, um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais (cf. HAMON; TROPER; BURDEAU, 2001, p. 93). Assim, como utilizar um princípio que se destina à salvaguarda dos direitos individuais como a pedra angular de um entendimento que busca justamente legitimar a sua inobservância? A atuação do Judiciário não importará em qualquer ingerência externa na atividade desenvolvida, mas tão-somente velará para que esta mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se tratará unicamente de juízo censório ou punitivo à atividade desempenhada por outro poder, mas de aplicação de eficaz mecanismo previsto no regime democrático, sempre com o desiderato final de garantir o bem-estar da coletividade. Pontes de Miranda (1947, v. III, p. 307) há muito afirmara que “o exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os

⁵⁰ De acordo com o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “Toute société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (“Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”). “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor” (Montesquieu, *L’Esprit des Lois*). Na conhecida sentença de Lord Acton, “todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”.

juizes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”.

Do mesmo modo, não merece acolhida a tese de que o Judiciário não estaria devidamente aparelhado para levar a efeito a valoração das circunstâncias periféricas ao caso, em especial aquelas que possibilitem uma visão de conjunto do aparato administrativo, o que inclui a ponderação de toda a gama de interesses individuais e sociais a serem atendidos e a análise das possibilidades operacionais do referido aparato. Integrando a educação fundamental o mínimo existencial e sendo dever do Poder Público o atendimento prioritário às crianças e aos adolescentes, somente em situações excepcionalíssimas será possível, em um juízo de ponderação, prestigiar interesses outros, com o conseqüente comprometimento dos recursos existentes. Assim, a importância dos valores envolvidos confere uma relativa simplicidade a essa operação, conferindo ao *extraneus* – *in casu* o juiz – uma ampla possibilidade de realizá-la.⁵¹

Outro argumento em geral utilizado por aqueles que vêem os direitos sociais como normas meramente programáticas reside na conhecida insuficiência de recursos para o atendimento das múltiplas necessidades da população. É a denominada *reserva do possível*, que pode ser de ordem jurídica – ausência de previsão de gastos na lei orçamentária – ou fática – inexistência dos próprios recursos necessários à satisfação dos direitos. No caso de total insuficiência de recursos, o que deverá ser devidamente demonstrado e não simplesmente alegado,⁵² pouco espaço restará para que o Poder Público seja compelido a cumprir o seu dever jurídico. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia.

⁵¹ Para desenvolvimento do tema com mais profundidade, ver, de nossa autoria, “Princípio da separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais” (*Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 30, p. 129, 2005).

⁵² Na dicção do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu o ônus da prova “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.⁵³ Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais mezesinhos direitos assegurados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o que terminaria por tornar legítimo aquilo que, na essência, não o é. Não é demais lembrar que, ao consagrar direitos, o texto constitucional implicitamente impôs o dever de que sejam alocados recursos necessários à sua efetivação.⁵⁴ Em

⁵³ Nesse sentido, Eros Roberto Grau, Parecer: "Despesa Pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública (*Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, p. 130, 1993). Após estabelecer a distinção entre regras e princípios jurídicos, afirma o autor que as decisões do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais devem prevalecer em relação às regras constitucionais que traçam a disciplina orçamentária. Segundo ele, o conflito entre o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública se resolve com o afastamento deste e a momentânea perda de eficácia de todas as regras a ele vinculadas.

⁵⁴ Segundo o art. 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, "os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis, e quando necessário, no âmbito da cooperação internacional". Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica),⁵⁵ adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, em San José de Costa Rica, ao tratar do desenvolvimento progressivo, dispôs, em seu art. 26, que "os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização

se tratando de direitos coletivos – que em geral exigem um elevado montante de recursos –, apelar para a expedição de precatórios, consoante a sistemática do art. 100 da Constituição, seria o mesmo que relegar os verdadeiros detentores da *facultas agendi* às intempéries da própria sorte, arcando com os efeitos deletérios e irreversíveis que o fluir do tempo causaria sobre seus direitos. Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua descrição política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.⁵⁵

Lembre-se que, em se tratando de matéria afeta à infância e à juventude, o argumento da impossibilidade jurídica jamais poderá beneficiar àqueles que a alegam, pois, como foi dito, nessa seara vige o princípio da absoluta prioridade. Se nem todos os direitos sociais, apesar da previsão normativa, mostram-se plenamente operativos, é necessário "determinar com que prioridade e em que medida deverão ser" (MIRANDA, 2000, p. 393), e esta escolha há muito foi feita pelo Constituinte. E ainda, a Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs sobre a vinculação de verbas específicas do orçamento para a implementação do direito à educação. Além disso, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino

dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados". Preceito similar a este último foi repetido no art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988.

⁵⁵ Ana Paula de Barcellos (Educação, Constituição, democracia e recursos públicos, in: *Revista de Direito da Associação dos*

Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), que tinha por fim universalizar o ensino fundamental e remunerar condignamente o magistério. Em momento posterior, dando continuidade ao esforço de formação intelectual e construção da capacidade crítica da população brasileira, pressuposto necessário e indissociável de uma verdadeira ideologia participativa, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, também denominado de Fundeb, regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Como se percebe, o Fundeb possui contornos muito mais amplos que o extinto Fundef: enquanto o último estava finalisticamente voltado ao custeio do ensino fundamental, o primeiro absorve a educação básica em todas as suas modalidades, incluindo não só o ensino fundamental, como também a educação infantil e o ensino médio. Ambos os Fundos integram o plano de estruturação e desenvolvimento do ensino brasileiro. Iniciado em 1996, a pri-

Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. XII, p. 35, 2002) acena com a possibilidade de aplicação do disposto no art. 213, § 1º, da Constituição da República, que, ao tratar dos recursos públicos destinados às escolas de igual natureza, dispõe que "os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade".

Segundo a autora, a ausência de lei específica não impede a utilização do preceito pelo Poder Judiciário, pois a sua *ratio* é evitar a utilização desarrazoada de recursos públicos, os quais deixariam de ser investidos nas redes de ensino. Com a intermediação do Poder Judiciário, esse óbice é afastado, com a conseqüente prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. "A exigência de lei prévia, portanto, dirige-se ao Executivo, não ao Judiciário", logo, nada impediria a condenação do Estado a custear o estudo dos que necessitam dessa prestação em escola privada. Sugere, ainda, maiores reflexões mais aprofundadas sobre a possibilidade de se compensar o valor a ser gasto pela escola particular com débitos tributários devidos por ela ao ente público, pois também aqui é exigida lei específica autorizando a compensação (arts. 156 e 170 do Código Tributário Nacional).

meira fase desse plano perdurou por 10 anos, período de vigência das disposições relativas ao Fundef. A segunda fase, por sua vez, teve início em 2006, com a criação do Fundeb, que, com objetivos mais amplos, embora entrelaçados e em linha de continuidade com o Fundef, produzirão efeitos por 14 anos.

Com exceção da União, cada ente federado contará com seu próprio Fundeb, que será formado por 20% da receita auferida com os impostos de transmissão *causa mortis* e doação, sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e sobre a propriedade de veículos automotores, bem como de parte da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos tributos arrecadados pela União.

A distribuição de recursos, por sua vez, está vinculada ao número de alunos matriculados na rede de ensino da área de atuação prioritária do respectivo ente. No caso dos Municípios, o ensino fundamental e a educação infantil; no dos Estados e Distrito Federal, o ensino fundamental e médio. Assim, ainda que o Estado realize elevados investimentos na educação infantil e no ensino superior, tal será desinfluyente ao direcionamento das receitas do Fundeb, pois não são áreas de atuação prioritária desse ente federado. Observados os requisitos que estabelece, a Lei nº 11.494/07 (art. 8º, § 1º) autoriza sejam computadas as matrículas realizadas em instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o poder público. Sempre que os recursos do Fundo, no Distrito Federal e em cada Estado, não alcançarem o valor mínimo por aluno definido nacionalmente pela União, esse ente os complementarará (art. 60, inciso VIII, do ADCT), isto sob pena de crime de responsabilidade do agente omissivo (art. 60, inciso XI, do ADCT).

A distribuição proporcional de recursos do Fundeb levará em consideração as diversas etapas, modalidades e tipos de estabelecimento de ensino da educação básica previstas no art. 10 da Lei nº 11.494/07, que principiam pela *creche em tempo integral* e se estendem até a *educação de jovens e adultos integrada à educação profissional de nível médio, com avaliação no processo*.

Conclusão

A fundamentalidade do direito à educação é imanente à sua condição de elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e à concreção da própria cidadania.

Identificadas as três gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo de forma harmônica, o direito à educação tem sido tradicionalmente incluído no rol dos direitos sociais, que se enquadram no plano da segunda geração. Apesar disso, é indiscutível a sua importância à concreção dos direitos de primeira geração, pois não se pode falar em liberdade plena sem o exato conhecimento de seu próprio alcance.

Os direitos sociais, quer sejam enquadrados como mera variante dos direitos e garantias individuais, quer sejam considerados como projeções do princípio da dignidade humana, são "cláusulas pétreas", erigindo-se como limites materiais ao exercício do poder reformador.

Em decorrência da tendência à universalidade dos direitos fundamentais, têm sido intensificadas, a partir da Segunda Guerra Mundial, as iniciativas para se conferir um colorido normativo ao seu reconhecimento. Nessa perspectiva, o direito à educação tem sido constantemente previsto nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, os quais buscam estabelecer a pauta mínima de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o direito à educação é presença constante em todos os textos constitucionais, recebendo especial realce na Carta de 1988, ocasião em que o direito à educação fundamental foi erguido à condição de direito subjetivo público. Na mesma linha se desenvolveu a legislação infraconstitucional, que consagrou o princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes (Lei nº 8.069/90) – o que incluiu o direito à educação –, aperfeiçoando o sistema da absoluta prioridade previsto no art. 227 da Constituição da República.

A paulatina contemplação do direito à educação no cenário mundial e pátrio, com a conseqüente busca da sedimentação de sua universalidade, permitiu a integração da educação fundamental ao denominado mínimo existencial, que indica o conteúdo

do mínimo e inderrogável dos direitos fundamentais. Além dessa perspectiva historicista, a Constituição de 1988, em seu art. 208, § 1º, tornou incontroversa a imediata exigibilidade desse direito junto ao Poder Público, erguendo-o à condição de direito subjetivo público. Tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a não oferta do ensino fundamental ou a sua oferta irregular autoriza a imediata sindicância perante o Poder Judiciário.

O provimento jurisdicional que vele pelo cumprimento da Constituição e da legislação infraconstitucional, possibilitando a concreção de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, em nada viola o princípio da divisão das funções estatais. Esse princípio, em essência, é um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais, não sendo legítima a sua utilização como a pedra angular de um entendimento que busca justificar a sua inobservância.

Ressalvada a total inexistência de recursos, o que depende de prova por parte do Poder Público, sendo insuficiente a mera alegação, será plenamente possível a emissão de provimento jurisdicional com o fim de determinar o contingenciamento ou a realocação de dotações orçamentárias para o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental.

GARCIA, E. The right of education and their perspectives of effectiveness. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 89-119, jul./dez. 2007.

• ABSTRACT: The right of education, essential component to the complete development of personality and to the accomplishment of citizenship, is recognized in the plane of internal and international juridical orders. In this sense, the fundamental education assumes especial prominence, reflecting a fundamental right that sinks to the principle of human dignity and gives origin to subjective public rights, permitting the demand, before jurisdictional organs, the necessary renderings for their effectiveness.

• KEYWORDS: Right of education. Fundamental right. Subjective public right. Social rights. Effectiveness. Material limits. Existential minimum. Constitutional amendment. Possible reserve. Separation of powers.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*, n. 799, p. 43, 2002.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais do estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 78, 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos na ordem mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direitos humanos, do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *La llamada enseñanza libre en el ámbito de la enseñanza universitaria*. In: *La protección jurídica del ciudadano, estudios en homenaje al profesor Jesus Gonzalez Perez*. Madrid: Civitas, 1993.

BARCELOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, democracia e recursos públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, n. XII, p. 35. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Aurélio Wander. *Coletânea da legislação educacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCHABQUI, Jorge Santos. Direito à educação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista de Direito Social*, n. 2, p. 46, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2000. v. II.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil – parte geral. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DECOCQ, André. *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960.

CELSONO, M. Mazziotti di; SALERMO, G. M. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *O Estado Moderno e a proteção dos direitos do homem*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs E. de Boccard, 1927. Tome I.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

_____. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. 6. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 11. ed. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Arquivo Gamma Editorial.

GALDINO, Flávio. Os custos dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. *Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 4, p. 380, 2004.

_____. *Improbidade administrativa – 1ª parte*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, n. 23, p. 59, abr./jun. 1998.

- GARCIA, Emerson. Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 11, p. 367, 2000.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, p. 130. São Paulo: Malheiros, 1993.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel*. 27. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University, 1997.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999.
- JELLINEK, Gualter. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Batista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOCKE, John. *The second treatise of government: essay concerning the true original, extent and end of civil government*. 3. ed. Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.
- MARTINES JÚNIOR, Eduardo. A educação como direito fundamental do ser humano no Brasil. *Revista de Direito Social*, n. 6, p. 77, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Social*, n. 7, p. 137, 2002.
- Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T. IV.
- PAINE, Thomas. Los derechos del hombre. Trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muños Molina. 2. ed. 1ª reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I. (Edição Universitária).
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 208, p. 147, 1997.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. 2ª impr. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista de Direito Social*, n. 3, p. 28, 2001.
- _____. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Revista Interesse Público*, n. 17, p. 56, 2003.
- SAVIGNY, M. F. C. *Traité de Droit Romain*. Trad. por M. CH. Guenoux. Paris: Firmein Didot Frères Librairie, 1840. Tome 1.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional, construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Trad. de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. 2. ed. Porto: Gráficos Reunidos Lda, 1942.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos, fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- VERDU, Pablo Lucas. Consideraciones preliminares. In: JELLINEK, Gualter. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- WEINBERGER, Andrew D. *Liberdades e garantias, a Declaração de Direitos*. Trad. de Hersília Teixeira Leite Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense: 1960.

Novas Perspectivas do Direito de Família

Euclides de OLIVEIRA*

• **SUMÁRIO:** Introdução: Antecedentes históricos – evolução no Direito de Família. 1 A família no Código Civil. 1.1 Maioridade civil. 1.2 Casamento 1.2.1 Impedimentos matrimoniais. 1.2.2 Causas suspensivas. 1.2.3 Causas de nulidade e de anulação do casamento. 1.2.4 Direitos e deveres conjugais. 1.3. Dissolução da sociedade conjugal. 1.3.1 Ausência como causa de término do casamento. 1.3.2 Separação judicial. 1.3.3 Divórcio. 1.3.4 Efeitos jurídicos da dissolução da sociedade conjugal. 1.3.4.1 Nome do cônjuge. 1.3.4.2 Proteção da pessoa dos filhos. 1.3.4.3 Dever de alimentos. 1.3.4.4 Partilha de bens. 1.3.4.5 Reparação civil. 1.3.5 Conciliação e reconciliação. 1.4 Filiação. 1.4.1 Reconhecimento dos filhos. 1.4.2 Adoção. 1.5 Poder familiar. 1.6 Regime de bens no casamento. 1.7 Alimentos. 1.8 União estável. 1.8.1 Aspectos patrimoniais da união estável. 1.8.2 Conversão da união estável em casamento. 1.8.3 Concubinato. 1.9 Bem de família. 1.10 Tutela. 1.11 Curatela. 2 Leis avulsas. 3 Direito projetado. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** As notáveis mudanças operadas no Direito de Família, especialmente a partir do último quartel do século XX, com a Constituição Federal de 1988, passaram a integrar o corpo do novo Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, com acréscimos na mesma linha de atualização normativa. Esse o campo de fundo do presente estudo, com apontamento dos tópicos essenciais da moderna legislação civil brasileira. A instituição familiar viu-se reforçada pelo reconhecimento jurídico dos diversos modos de sua formação, em paralelo ao casamento civil. Demais disso, as relações entre os cônjuges e os direitos paterno-filiais planificaram-se pelo princípio fundante da igualdade de direitos e de deveres. A análise desses pontos é procedida em tópicos distintos, por uma razão de ordem metodológica, porém visando à harmonização dos critérios que norteiam os direi-

tos inerentes ao ente familiar no vigente sistema jurídico.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Família. Formas de entidade familiar. Casamento. Igualdade dos direitos e deveres conjugais. Filiação. Igualdade dos filhos. Regime de bens. Separação e divórcio. União estável e concubinato. Poder familiar. Alimentos. Tutela e curatela. Bem de família. Direito projetado. Estatuto das famílias. Mediação.

Introdução: antecedentes históricos – evolução do direito de família

Não deixou saudades, o Código Civil de 1916, pela sua estreita e discriminatória visão na seara do Direito de Família.

Suas normas de caráter patriarcal e patrimonialista limitavam a instituição familiar à união sacramentada pelo casamento, impediam a dissolução da união conjugal e distinguiam seus membros, com qualificação rebaixada para as pessoas unidas sem casamento e para os filhos havidos dessa relação considerada ilegítima.

Em seqüência à lenta evolução legislativa operada em meados do século passado, com destaque para o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), adveio a Constituição Federal de 1988, com mudanças realmente notáveis, desde a solene proclamação da família como a base da sociedade, digna de especial proteção do Estado (art. 226).

Nesse contexto, a Lei Maior estabelece as diretrizes fundamentais da instituição familiar, ampliando sua conceituação para abranger outras entidades além daquela oriunda do casamento civil ou do casamento religioso com efeitos civis. Seus

* Advogado, Ex-promotor de Justiça, Desembargador aposentado e Presidente do IBDFAM em São Paulo. Autor de obras jurídicas. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

pontos essenciais podem ser assim resumidos: reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre o homem e a mulher; reconhecimento, como entidade familiar, da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; e a consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Como decorrência dos novos mandamentos constitucionais, foram editadas leis especiais asseguradoras daqueles direitos, com atualização do texto da Lei nº 6.515/77, relativa à separação judicial e ao divórcio, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº 8.560/92) e as leis da união estável (nºs 8.971/94 e 9.278/96), dando aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

Esse repositório de leis inovadoras passou a produzir forte impacto no arcaico texto do Código Civil de 1916, tornando letra morta muitos de seus dispositivos, alguns revogados expressamente (como os referentes ao antigo desquite), enquanto outros subsistem no texto escrito como simples referência histórica em vista de não terem sido recepcionados pela Carta de 1988 e serem incompatíveis com os novos ordenamentos legais (por exemplo, o capítulo do velho Código referente à odiosa discriminação dos filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos).

Era preciso, portanto, que se atualizasse o texto do Código, para que deixasse de ser um simples conjunto de normas relativas ao casamento e outros institutos paralelos, passando efetivamente a regulamentar o Direito de Família com as concepções atuais de sua ampliação e respeito às figuras dos seus componentes humanos.

Todo esse evoluir legislativo constitui indispensável acompanhamento (que nem sempre ocorre a passo certo) das profundas modificações sociais e científicas observadas no mundo da composição familiar, atingindo especialmente as novas formas de filiação, que exigem uma análise da bioética no

campo do Direito. Basta lembrar os novos modos de reprodução assistida, pela fertilização *in vitro* e inseminação artificial, sem falar na mais complexa situação da possível e aventada clonagem de seres humanos.

1 A família no Código Civil

O Código Civil em vigor, ao dispor sobre o Direito de Família, no livro IV da Parte Especial, arts. 1.511 a 1.783, abandona de vez o enfoque patriarcalista que inspirou a elaboração do Código revogado, quando o casamento era a única forma de constituição da família e nesta imperava a figura do marido, ficando a mulher em situação submissa e inferiorizada.

O foco atual é bem outro, como já visto, desde as inovações da Constituição de 1988, com ampliação das formas de constituição do ente familiar e a consagração do princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher, assim como iguais são todos os filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independentemente de sua origem familiar.

Para estudo mais abrangente das inúmeras e importantes inovações trazidas ao Direito de Família pelo novo Código Civil, sempre lembrando que muitas delas já constam de leis esparsas, agora incorporadas ao texto do novo ordenamento, vamos a um destaque dos principais tópicos, atendendo a critérios de relevância, alterações no sistema jurídico e justificação de crítica construtiva.

1.1 Maioridade civil

A plena capacidade civil da pessoa humana é reduzida, no vigente Código Civil, de 21 anos para 18 anos de idade (art. 5º).

Essa disposição produz importantes reflexos no Direito de Família, como se observa nas situações de autorização paterna para o casamento, sujeição ao poder familiar (antigo *pátrio poder*), cessação da tutela, cessação do direito a alimentos etc.

Dessa mesma ótica da antecipação da capacidade, reduz-se para 16 anos de idade o limite para emancipação dos filhos por outorga paterna (art. 5º, parágrafo único, inciso I), e iguala-se também em 16 anos a idade núbil para o homem, como já era para a mulher (art. 1.517 do novo CC).

1.2 Casamento

Com o casamento, homem e mulher vinculam-se por laços de afeto e de relações jurídicas numa complexa trama de direitos e deveres recíprocos. Tem-se presente um núcleo social primário, formando uma sociedade conjugal, uma das formas de constituição da família (CF 1988, art. 226).

Pode conceituar-se o casamento como uma união civil ou religiosa com efeitos civis, entre homem e mulher, celebrada na forma da lei, com o estabelecimento de vínculos jurídicos para uma vida em comum com o propósito de constituir família.¹

Extraí-se do art. 1.511 do Código Civil a descrição das características do casamento pelo efeito que se lhe reconhece, de estabelecer “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Como complemento, tem-se a norma protetiva do art. 1.513 a declarar que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.²

Para coroar o preceito de eficácia da sociedade conjugal, dispõe o mesmo Código, no art. 1.565, que, “pelo casamento, homem e mulher assumem

mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.³

Os referidos textos conjugam-se em solene afirmação da união legal que se realiza por meio do casamento, para constituição de família em bases igualitárias, com integral proteção do Estado à vida em comum adotada por homem e mulher, em respeito à sua dignidade como pessoas humanas integradas na célula primária do organismo social.

Disposições sobre o casamento religioso, em alteração a normas da Lei registrária (nº 6.015/73), facilitam o registro civil desta espécie de união legal. A facilitação decorre da possibilidade de efetuar-se o registro a qualquer tempo, mesmo depois de vencido o prazo de 90 dias de sua realização, bastando que se renove a habilitação matrimonial, providência essa que visa apurar a inexistência de impedimentos para o casamento.

Observa-se uma valorização crescente do casamento, seja civil, seja religioso com efeitos civis, tanto que o cônjuge é alçado à categoria de herdeiro necessário, assim com direito à legítima (art. 1.845), além de concorrer na herança com os descendentes e os ascendentes do falecido (art. 1.829).

1.2.1 Impedimentos matrimoniais

Operou-se a redução do rol de impedimentos matrimoniais a sete situações, conforme enumeração do art. 1.521.

Esses impedimentos, que também se aplicam à união estável, correspondem aos impedimentos absolutos do Código de 1916, descritos em seu art. 183, incisos I a VIII, com exceção do inciso VII, que proibia o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado.⁴

¹ Na primitiva conceituação do direito romano, o casamento se erigia como consórcio para toda a vida, com a mútua comunicação de direitos humanos e divinos: *conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris comunicatio*. No direito moderno, o casamento perdeu as características de sacralidade, muito embora se reforce a valia do casamento religioso, que a qualquer tempo pode ser inscrito no registro civil para eficácia neste plano (CC, art. 1.515). Também não é mais indissolúvel, o casamento, desde que modificada a Constituição Federal brasileira pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, com regulamentação pela chamada “Lei do Divórcio” e, no momento, pelo Código Civil de 2002.

² Parece intuitiva a vedação da interferência de terceiros na comunhão de vidas que se estabelece entre os casados. Na verdade, o conjunto de regras atinentes ao casamento e seus efeitos jurídicos com relação às partes já serve como esteio ao ente familiar. De outra parte, a previsão do art. 1.513 citado não poderia restringir-se às pessoas de direito público ou privado, pois há de igualmente estender-se a qualquer pessoa humana a coibição de interferência na sociedade conjugal formada pelo casamento.

³ Em consonância com a previsão constitucional, o legislador trouxe à colação a igualdade entre homem e mulher, no âmbito do Direito de Família, fazendo eco ao dominante entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, e fazendo ruir tudo quanto em contrário se via no texto do Código revogado. Sobre essa matéria, cf. OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 9.

⁴ Bem agiu o legislador em afastar o impedimento decorrente de adultério, seja por cuidar-se de figura que se acha esmaecida e em fase de extinção como ilícito penal, como também por contrapor-se, aquele impedimento, à solução naturalmente romântica de uma nova união com a pessoa amada, desde que dissolvido o casamento por divórcio ou viuvez.

Cingem-se, os impedimentos absolutos, às hipóteses tradicionais de vedação do casamento entre parentes próximos, ascendentes e descendentes, colaterais até o terceiro grau, adotante e adotado, afins em linha reta, pessoas casadas e união do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Note-se que a vedação relativa aos afins em linha reta passa a abranger também as pessoas em união estável, em vista da ampliação daquele conceito de parentesco legal, nos termos do art. 1.595 do novo Código Civil, antes limitado ao cônjuge, e agora extensivo ao companheiro.

Quando aos impedimentos entre colaterais, observa-se que o novo Código não contempla a ressalva de autorização judicial para o casamento entre os colaterais de terceiro grau (tio e sobrinha), que era prevista no Decreto-lei nº 3.200/41. Mas o entendimento doutrinário tem se firmado no sentido de que prevalece esta regra excepcional, mesmo porque não revogada e nem incompatível com a disposição genérica do novo ordenamento civil.

O exame dos impedimentos matrimoniais faz-se em procedimento administrativo da habilitação, perante o Oficial do Registro Civil do domicílio dos nubentes. A esse respeito, enseja reparo a disposição do art. 1.526 do novo Código, a exigir que a habilitação seja “homologada pelo juiz”. Mas que juiz será esse? O juiz de casamentos ou Juiz de Direito Corregedor do Cartório? Nenhum dos dois deve ter essa incumbência, mas, sim, o oficial do registro civil, que é quem prepara a habilitação, sob fiscalização do órgão do Ministério Público. Esse é o sistema tradicional, desde o Código de 1916, em que os autos da habilitação somente são levados à decisão do juiz corregedor quando há impugnação fundamentada ou parecer desfavorável do promotor oficiante naquele procedimento.

1.2.2 Causas suspensivas

Fora do rol dos impedimentos matrimoniais, situam-se as chamadas “causas suspensivas”, na forma disposta no Código Civil, art. 1.523, a dizer que não devem contrair casamento certas pessoas, em hipóteses em que o Código anterior, no art. 183, incisos XIII a XVI, classificava como impedimentos

meramente proibitivos, embora com algumas alterações no texto.

As disposições referem-se ao viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não se proceder ao inventário e partilha dos bens; ao divorciado, enquanto não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; à viúva ou mulher com casamento anulado, até 10 meses depois da viuvez ou da dissolução do casamento; e, finalmente, ao tutor ou curador e seus parentes, com a pessoa tutelada ou curatelada.

Note-se o emprego da expressão “não devem”, em lugar de “não podem”, para excluir o caráter impeditivo daquelas causas suspensivas, que, na verdade, desaparecem desde que haja autorização judicial. De qualquer forma, mesmo que tais causas sejam violadas, não se acarreta a invalidade do casamento, limitando-se à sanção de obrigatoriedade do regime da separação de bens (art. 1.641 do novo CC).

1.2.3 Causas de nulidade e de anulação do casamento

No capítulo da invalidade do casamento, o novo Código distingue os casos de casamento nulo e de casamento anulável.

Nulo será o casamento contraído: a) por enfermo mental sem discernimento para os atos da vida civil; e b) por infringência de impedimento (art. 1.548). Na hipótese primeira, classificam-se os portadores de doença mental que torne a pessoa absolutamente incapaz, distinguindo-se de outras situações de incapacidade relativa, que ocasionam apenas a anulabilidade do ato. Na segunda hipótese, lembre-se que o novo Código apenas considera como impedimentos as situações mais graves, enumeradas no art. 1.521. São os chamados impedimentos absolutos do Código de 1916, uma vez que os impedimentos relativos passam a ser considerados, pelo novo ordenamento, como meras causas de anulação do casamento.

Com efeito, no rol de causas de anulação do casamento, o novo Código Civil trata de situações relacionadas à falta da idade mínima para casar (16 anos), à falta de autorização do representante legal para os menores de 18 anos, ao vício de vontade, à

incapacidade relativa, à atuação de mandatário com procuração revogada e à incompetência da autoridade celebrante (art. 1.550). A questão do mandato revogado constitui inovação em relação ao Código de 1916, mas com interessante ressalva de que não tenha havido coabitação entre os cônjuges, vez que esse tipo de comportamento estaria convalidando a celebração do casamento ainda que por mandatário excluído.

Enquadram-se como causas de anulação do casamento por vício de vontade aquelas relativas ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (art. 1.556). A enumeração dos casos de “erro essencial”, conforme art. 1.557 do novo Código, repete os mesmos requisitos fáticos enunciados no art. 219 do Código anterior, com exceção do referente ao “defloramento da mulher”, que a jurisprudência já considerava revogado pelas superiores regras de igualdade e de vedação de atos ofensivos à dignidade da pessoa humana. Em acréscimo, o novo Código prevê que se anule o casamento também na hipótese de doença mental grave de um dos cônjuges, anterior ao casamento e que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

1.2.4 Direitos e deveres conjugais

Ao estabelecer a co-responsabilidade dos cônjuges pelos encargos da família, o art. 1.565 do Código Civil revela a preocupação em extirpar o tratamento jurídico diferenciado que se via no Código de 1916. Basta lembrar que o art. 233 desse antigo ordenamento qualificava o marido de “chefe” da sociedade conjugal, e o art. 240, originalmente, classificava a mulher como “auxiliar” e, com a reforma da Lei nº 4.121/61, deu-lhe promoção para “colaboradora, companheira e consorte”, mas conservando a submissão feminina ao marido, ao restringir a função da mulher a velar pela direção material e moral da casa (ou seja, ela era “dona de casa”).

O princípio igualitário não se compadece com essa visão discriminatória dos membros da entidade familiar. Por isso é que se enfatiza, no art. 1.567 do atual Código, que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

O rol de deveres de ambos os cônjuges, contido no art. 1.566 do mesmo Código, repete os quatro

incisos do art. 231 do Código anterior – fidelidade, vida em comum, assistência, criação dos filhos –, e acrescenta mais um: respeito e consideração mútuos. Não se cuida de mera extensão pleonástica do dever de assistência moral. A ênfase tem justificativa no princípio fundante da “comunhão plena de vida”, que pressupõe harmonia e entendimento do casal. O distanciamento por falta de diálogo, a frieza no trato pessoal e outras falhas de comunicação certamente prejudicam a convivência, motivando, com isso, novas figuras de quebra do dever conjugal.

1.3 Dissolução da sociedade conjugal

Com o desenlace da união, mediante causas previstas na lei, seja por consenso das partes ou por motivações externas, esgarça-se o vínculo que irmanava a vivência do casal: dá-se a dissolução da sociedade conjugal e, nas situações extremas, também a dissolução do vínculo conjugal.

Do ponto de vista estritamente jurídico, distinguem-se os casos em que a sociedade conjugal termina, daqueles outros, mais estritos, em que igualmente se dissolve o casamento, pela quebra do vínculo.

A dissolução da sociedade conjugal ocorre pela morte de um dos cônjuges, incluindo-se a presunção de morte por ausência, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio. Dispõe dessa forma o Código Civil, art. 1.571 e §§ 1º e 2º, assinalando que o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

1.3.1 Ausência como causa de término do casamento

As disposições sobre a declaração judicial de ausência, que constavam da parte especial do Código Civil revogado, agora constam da parte geral do Código, em seus arts. 6º, 7º e 22 a 29.

Considera-se a ausência como morte presumida para fins de sucessão definitiva e outras situações de grave risco de vida do desaparecido.

A primeira espécie de ausência induz presunção de morte pelo desaparecimento de uma pessoa quando for extremamente provável sua morte pela situação de perigo em que se encontrava; trata-se

de situação de grave risco a exigir sentença judicial de reconhecimento do provável óbito, à semelhança do que dispõe a Lei de Registros Públicos, nº 6.015/73, em seu art. 88. A outra situação prevista no novo Código como de morte presumida é a de alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, que não seja encontrado até dois anos após o término da guerra.

Em todos esses casos, portanto, dá-se o efeito dissolutório do casamento, por força do que dispõe o Código Civil, em seu art. 1.571, § 1º, última parte, mandando aplicar a presunção de morte para o ausente.

1.3.2 Separação judicial

A separação judicial constitui sucedâneo do antigo desquite. Permanece como via de opção primeira, para fins de futura conversão em divórcio, quando não se queira esperar o prazo de dois anos de separação de fato para o pedido de divórcio direto.⁵

Essa duplicidade de veredas para obtenção da dissolução da sociedade conjugal afigura-se desnecessária, quando muito mais prático seria manter a figura isolada do divórcio, de maior alcance que a simples separação. A esta se concede o efeito de dissolver a sociedade conjugal, enquanto ao divórcio se garante mais ampla consequência, pela quebra do vínculo conjugal, com decorrente fim do casamento.

Bastava que o legislador reduzisse o tempo de espera para o divórcio direto e já se teria, na prática, a inutilidade da mera separação judicial. É quanto se espera, em reforma legislativa que atenda ao critério simplificador da chancela ao fato extintivo da vida conjugal.

A separação judicial permanece com a clássica divisão em:

a) separação consensual (amigável, por mútuo consentimento), quando desejada por ambos os cônjuges; e

b) separação litigiosa, reclamada por um dos cônjuges em face do outro.

A forma litigiosa reparte-se em subespécies: *separação culposa*, também chamada de *separação sanção*, quando decorra de imputação de culpa a um dos cônjuges; *separação sem culpa*, baseada em fatos objetivos – ruptura da vida em comum por mais de um ano, caracterizando a *separação falência*; e grave doença mental de um dos cônjuges, a denominada *separação remédio*.

Na separação consensual, a inovação do Código de 2002 está na redução do prazo de casamento, de dois para um ano (art. 1.574).

Mostra-se correta essa diminuição do chamado *prazo de experiência* no casamento, que poderia ser até menor, em torno de três ou de seis meses, tempo mais que suficiente para que os casados decidam sobre seu destino familiar.

A separação litigiosa por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, que torne insuportável a vida em comum, tem a sua casuística ampliada, relativamente às previsões genéricas do art. 5º da Lei nº 6.515/77. O novo Código retorna ao sistema de enumeração de motivos, que constava do revogado art. 317 do Código de 1916. Agora, o rol constante do art. 1.573 foi ampliado, porém com característica meramente exemplificativa, abrangendo os seguintes motivos: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa.

O parágrafo único do mesmo artigo faculta ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Logo se vê a inutilidade da enumeração dos motivos, pois todos eles estariam já compreendidos, como se verifica no sistema da Lei nº 6.515/77, art. 5º, nas previsões genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais. Outras críticas podem ser anotadas com relação aos motivos descritos no novo Código. Melhor que *adultério* seria menção a *infidelidade*, porque esta é mais abrangente e condiz com a quebra do dever conjugal correspondente.

⁵ O termo *separação* pode levar a certos equívocos por ser também utilizado nos casos de mera "separação de fato" (ruptura da vida em comum), ou de "separação de corpos" (afastamento do lar determinado ou autorizado pelo juiz). Daí empregar-se o nome composto *separação judicial*, que pode ser *consensual* ou *litigiosa*, quando decorrente de sentença do juiz no processo próprio.

Também não se compreende a menção a abandono do lar por um ano contínuo, quando sabidamente ocorrem situações de abandono da convivência em tempo muito inferior, caracterizando hipótese de injúria grave, conforme iterativa jurisprudência que assim já proclamava ao tempo de vigência do art. 317 do Código de 1916, que mencionava o prazo de dois anos de abandono.

Parece desnecessária ou mesmo imprópria a causa referente à condenação por crime infamante, pois já enquadrável, a hipótese, como conduta desonrosa, além de estabelecer uma graduação de tipo criminoso que não se contempla na legislação penal, na qual a qualificação mais grave se reserva ao crime hediondo, e ainda porque "infamante" todo crime o é por sua própria natureza de ato censurável. Também pode haver confusão com o efeito específico do crime em relação ao outro cônjuge, levando o intérprete a imaginar que a infâmia estaria ligada à desonra sofrida por este, como se dá nos crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria) e também nos crimes contra os costumes (atentado violento ao pudor, estupro e outros do gênero). Mas não se pode olvidar que outros crimes, ainda que não infamantes com relação à pessoa do cônjuge, merecem repulsa ainda maior pelo seu alto potencial ofensivo a terceiros e à própria sociedade, como se dá nos crimes de homicídio, seqüestro, roubo, latrocínio e outros mais. Melhor seria, então, que a explicitação do Código Civil fosse mais precisa do ponto de vista técnico, referindo genericamente os crimes dolosos como motivo para pedido de separação judicial.

De qualquer forma, o art. 1.573 contém uma previsão que, de certa forma, abarca todas as prece-dentes, ao mencionar, no inciso VI, a conduta desonrosa do cônjuge. Esta expressão tem manifesta amplitude, abrangendo, como é curial, a prática de ilícitos penais ou mesmo civis, em face da desonra causada por tais condutas. Era por isso mesmo que a Lei do Divórcio adotava semelhante nomenclatura na menção às causas da separação por culpa, apontando a conduta desonrosa ao lado da grave violação dos deveres conjugais, desde que tornasse impossível a manutenção da vida em comum.

Na previsão adicional de "outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em co-

mun" podem ser enquadradas diversas condutas que antes escapavam à tipificação legal, possivelmente abrangendo os casos mais sérios de "incompatibilidade de gênios" e de "crueldade mental", próprios de casais que efetivamente "não combinam", desde que o comportamento de um dos cônjuges se revele ofensivo ao recíproco dever de "respeito e consideração", tornando insuportável a convivência.⁶

Na verdade, preferível seria que o legislador abandonasse o critério da perquirição de culpa para decreto de dissolução da sociedade conjugal, que significa uma indesejável intromissão do Estado-juiz na privacidade das relações domésticas. Sem falar que se torna muito difícil a descoberta da verdade real em muitos casos, exatamente porque os desentendimentos se circunscrevem ao ambiente íntimo do lar, só aparecendo no processo a "ponta do iceberg", enquanto a maior parte do bloco de gelo se afunda no oceano das angústias e desencontros do amor desfeito ou da paixão malconduzida.

A moderna doutrina vem se direcionando na eliminação dessa forma de separação culposa para contentar-se com a subsistência apenas da chamada separação-ruptura, já prevista na Lei nº 6.515/77 em caráter alternativo para a separação judicial e como forma única de invocação para o divórcio direto.⁷

De igual forma vem despontando a jurisprudência, com ressaltos para o fato de que

⁶ A esse propósito, lembre-se o disposto no art. 1.511 do Código Civil, ao expressar que o casamento estabelece uma *comunhão plena de vida*. Ora, é bem provável que esta inserção da finalidade do casamento no novo texto legal poderá, quiçá, emoldurar, *contrario sensu*, uma hipótese de causa para a ruptura da sociedade conjugal, naquelas situações em que pudesse restar comprovado que a comunhão existente entre os cônjuges já não é mais plena, mormente quanto ao aspecto espiritual do casamento.

⁷ Bem se sabe que o real motivo da separação reside na quebra do vínculo afetivo, ocasionada por grave violação de dever conjugal ou conduta desonrosa que tornem impossível a vida em comum. Com acerto, anota Maria Berenice Dias, op. cit., p. 298, que "olvidou-se o legislador de que a perquirição da causa da separação está perdendo prestígio. O fim do casamento vem sendo chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a

[...] a vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto.⁸

O Superior Tribunal de Justiça proferiu importante decisão com decreto de separação judicial das partes ante a manifesta ruína da vida em comum, embora não comprovadas as imputações de culpa recíproca na ação e na reconvenção.⁹

Oportuna a observação de Marcos Colares (2000, p. 111) sobre a atribuição de culpa nas separações entre os casais:

Falar na existência de culpados em relação à separação é esquecer que esta é muitas vezes gestada durante a conjugalidade e que, na

apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade das pessoas. Só que cabe dizer amém e dar por findo o casamento". No mesmo sentido manifesta-se Luiz Edson Fachin (1999, p. 179), ressaltando que a violação da intimidade das pessoas na vivência doméstica, por um sistema perquiridor de culpas, revela-se inconstitucional por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸ TJRS, 7ª. Câm. Civ., Ac. 70005834916, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 2.4.2003. Arremata o acórdão que "a análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional".

⁹ Para o ministro Ruy Rosado, relator do processo, pareceu a melhor solução a decretação da separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5º da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, deixando de se constituir a sentença um decreto de *separação-sanção* para ser apenas uma hipótese de *separação-remédio*: "Esta solução está contemplada no Código Civil de 2002, cujo art. 1.573, parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum", afirmou o ministro. (RESP 467.184/SP, 4ª Turma, j. em 05.12.2002, www.stj.gov.br).

maioria das vezes, os casais desenvolvem uma "codependência", inclusive no tocante aos limites da relação.

De forma brilhante e sensível, o autor também trata das delicadas questões acerca das quais o Direito se depara nas separações:

Podemo-nos questionar sobre o sentido de o Direito intervir nas relações afetivas. Será da competência jurídica manifestar-se acerca das coisas do amor? Ocorre que o limite entre o amor e o ódio é muito tênue; se motivados pelo amor, os casais de seres humanos podem mimar-se reciprocamente; sob a influência do ódio, mais facilmente tornam-se temperamentais e injustos. Cabe ao Direito produzir uma trilha, tão objetiva quanto possível, para que as relações de afeto, durante o seu percurso e quando do seu término, sejam inspiradas no ideal de justiça. (op. cit., p. 175).

Vale repisar, em suma, que o divórcio direto, com efeito mais amplo que a separação, por importar dissolução do vínculo conjugal, prescinde de discussão de culpa, bastando-lhe o prazo de dois anos de ruptura da vida em comum. E o mesmo ocorre na separação litigiosa, desde que decorrido um ano de separação de fato do casal. São caminhos mais simples, fáceis de percorrer, seguros e respeitosos, que bem poderiam substituir na sua integralidade a arriscada *via crucis* da separação baseada na culpa.

Quanto à separação judicial sem culpa, permanecem no Código Civil as duas causas objetivas que a fundamentam:

- a) ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (*separação-falência*); e
- b) doença mental grave, manifestada após o casamento, de cura improvável e que permaneça por mais de dois anos, tornando impossível a convivência (*separação-remédio*).

Note-se que houve redução do prazo para a separação judicial por doença mental grave, caindo para dois anos, em vez dos cinco anos previstos na Lei nº 6.515/77.

Não mais se prevê a chamada *cláusula da dureza* para obstar à decretação da separação judicial nesses casos. No sistema do Código Civil, a existência de uma daquelas causas objetivas serve ao decreto de separação judicial, sem que ao juiz seja dado recusar sua aplicação sob pretexto de nocividade aos filhos ou ao próprio cônjuge doente.

Outra modificação introduzida pelo novo ordenamento refere-se ao efeito patrimonial da separação sem culpa, consistente na perda, pelo cônjuge requerente, dos bens remanescentes que o cônjuge enfermo levou para o casamento, assim como na perda da meação dos aqüestos, se o regime adotado o permitir (art. 5º, § 3º, da Lei nº 6.515/77). Essa penalidade fica restrita, no vigente ordenamento, ao caso de separação requerida por motivo de doença mental (art. 1.572, § 3º), o que nos parece positivo em vista do interesse em proporcionar maior amparo à pessoa doente.

1.3.3 Divórcio

Pelo divórcio chega-se à plena dissolução do casamento civil e cessam os efeitos civis do casamento religioso. Liberam-se os descasados, portanto, para eventual celebração de novas núpcias.

Sua instituição no direito nacional deu-se pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, emprestando ao casamento o caráter da finitude voluntária.

Seguiu-se a regulamentação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, denominada "Lei do Divórcio", embora igualmente cuidasse da separação judicial.

No princípio o divórcio era restrito à conversão da separação judicial, desde que transcorrido o prazo de um ano. Havia previsão excepcional do divórcio direto para casais que já estivessem separados de fato por mais de cinco anos antes da Emenda nº 9/77.

A Constituição Federal de 1988 veio ampliar e facilitar a concessão do divórcio, reduzindo o prazo de conversão da separação e consagrando as duas

espécies que se mantêm no vigente Código, no art. 1.580, §§ 1º e 2º:

- a) divórcio indireto, pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano;
- b) divórcio direto: pela comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Não se menciona a culpa na motivação do pedido de divórcio. Basta que se verifique o decurso do prazo estabelecido em cada uma dessas situações.

O divórcio, em qualquer das modalidades, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Assim dispõe o novo Código, no art. 1.582, afastando a exigência contida na Lei nº 6.515/77 para a conversão da separação judicial em divórcio, que se entendia também aplicável ao divórcio direto.¹⁰

Cumpra anotar que o divórcio indireto exige prévia sentença de separação judicial. O prazo de um ano conta-se do trânsito em julgado da sentença, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

A redação do art. 1.580 do Código Civil tem gerado interpretação equivocada, por distinguir o termo inicial da contagem do prazo, com a alternativa de que seja o da decisão concessiva da separação de corpos. Daí parecer que poderia haver o decreto de divórcio pela conversão da mera separação de fato do casal, sem que sentenciada a ação de separação judicial. Tal o entendimento adotado por Maria Berenice Dias (ibidem, p. 300), ao afirmar que "se houve prévia separação de corpos, chancelada judicialmente, após um ano, cabe sua conversão em divórcio (1.580), ainda que não ultimada a ação de separação". E mais, apontando os caminhos do divórcio e até admitindo decisão *ex officio*: "Assim, implementado qualquer dos prazos (um ano da separação de corpos ou dois da separação de fato) cabível o decreto do divórcio nos autos da separação".

Há que ponderar, no entanto, que o preceito legal é o de conversão em divórcio da separação judicial decretada por sentença, ainda que facilitada a

¹⁰ Bem se conhece a grande celeuma jurisprudencial que o tema comportava, ainda que em parte pacificada pelo entendimento adotado na Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça, a dispensar partilha para decretação do divórcio direto.

contagem do prazo de um ano pela sua retroação à data da concessão da separação de corpos. Considere-se, a esse respeito, não só a previsão constitucional de conversão da separação judicial em divórcio (art. 226, § 6º), mas igualmente o texto explícito do Código Civil, no § 1º do art. 1.580, em adendo à redação do *caput*, ao dispor que “a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença[...]”, deixando claro que não seria possível a conversão apenas da separação de corpos do casal. Ressalve-se, naturalmente, a hipótese de transcurso do prazo de dois anos de ruptura da vida em comum, mas então a sentença não será de conversão e sim do divórcio direto.

1.3.4 Efeitos jurídicos da dissolução da sociedade conjugal

Com a sentença de separação judicial extingue-se a sociedade conjugal, mas não assim o casamento. O vínculo conjugal permanece como fator impeditivo de novas núpcias dos separados. Não obstante essa vinculação legal entre os separados, cessam os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como o regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (CC, art. 1.576).

Igualmente desaparecem, embora não referidos na lei, outros deveres próprios dos casados, como os de mútua assistência moral e de respeito e consideração um para com o outro, embora o dever de civilidade recomende que se mantenha o tratamento respeitoso entre os descasados.

1.3.4.1 Nome do cônjuge

Pela sistemática da Lei nº 6.515/77, a mulher perdia o direito de continuar usando o nome do marido quando culpada pela separação judicial. E, ainda que cônjuge inocente, podia sofrer aquela perda ao converter a separação em divórcio, salvo em casos excepcionais.

Altera-se o panorama no vigente Código Civil. A adoção do sobrenome do cônjuge passa a ser direito assegurado a ambos os nubentes (art. 1.565, § 1º). A perda desse nome acrescido somente ocorrerá para o cônjuge declarado culpado se assim o requerer o outro e desde que a alteração não cause

prejuízos para a identificação do cônjuge, distinção entre o seu nome de família e o dos filhos, ou dano grave reconhecido em decisão judicial (art. 1.578).

Deu-se um avanço com relação à lei anterior, em decorrência da ampliação do direito de manutenção do nome adotado pelo cônjuge no casamento e que passa a identificá-lo no meio familiar, social e profissional, integrando o seu próprio direito de personalidade. Mas o legislador deveria ter ido além, deixando sempre a possibilidade de escolha pelo titular do nome, único a saber se lhe interessa manter o sinal distintivo de seu nome de casado, independentemente de ser ou não culpado na separação.

1.3.4.2 Proteção da pessoa dos filhos

A separação judicial diz respeito unicamente aos cônjuges, não aos seus filhos, como é curial. Assim, permanecem os direitos e deveres dos pais com relação à assistência aos filhos menores ou incapazes, por decorrência do disposto nos arts. 1.566, inciso IV, e 1.703 do Código Civil e pelos efeitos do exercício conjunto do poder familiar, conforme regulado arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil.

O poder familiar, atual denominação do antigo pátrio poder, consiste no conjunto de deveres dos pais com relação à pessoa do filho incapaz e à administração de seus bens. Subsiste esse poder independentemente de cessada a vivência conjugal. Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade. No caso de haver divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (CC, art. 1.631, e seu parágrafo único).¹¹

¹¹ O art. 1.634 do Código Civil, ao cuidar do exercício do poder familiar, diz o que compete aos pais em relação à pessoa do filho menor, enumerando os deveres básicos de criação, educação, companhia e guarda, consentimento para o casamento, nomeação de tutor, representação legal etc.. Cabe reparo, nesse aspecto, ao ranço conservador do preceito que outorga aos pais o poder de exigir dos filhos “obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição” (art. 1.634, inciso VII), o que poderia levar a o extremo de demandar trabalho obrigatório às crianças; também choca a estipulação de perda do poder familiar na hipótese (dentre outras) de castigo imoderado do filho (art.

Separados ou divorciados os pais, cabe a eles dispor de comum acordo sobre a guarda dos filhos menores. Não havendo consenso, a decisão caberá ao juiz. Nesse sentido dispõe o Código Civil, afastando-se do critério de culpa na separação, para dizer, de forma concisa e lapidar, que a guarda dos filhos será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la” (art. 1.584).

Leva-se em conta, portanto, o superior interesse dos filhos, para que permaneçam com o pai ou com a mãe, independentemente de quem tenha sido o responsável pela separação. O que importa examinar, nesse caso, é a condição pessoal do guardião, a significar capacidade material e moral para assistência e educação dos filhos. Por certo que não tem prevalência o aspecto puramente material, mesmo porque sua falta pode ser suprida por prestação alimentícia a cargo do outro genitor. Para conhecimento da situação, valer-se-á, o juiz, dos regulares meios de prova e, também, do indispensável concurso de auxiliares, como assistentes sociais e psicólogos, firmando seu julgamento num conceito multidisciplinar e determinando medidas de acompanhamento do caso para que se constate a perfeita adaptação do menor ao regime de guarda adotado.

O Código não fala em “guarda compartilhada”, mas tampouco veda essa espécie de estipulação que pode decorrer do consenso das partes ou de decisão judicial, mostrando-se útil quando presentes certos requisitos, como os relativos a moradias próximas, compreensão e diálogo, que permitam esse modo de atuação conjunta dos pais separados em benefício dos filhos em comum.

Paralelo ao direito de guarda por um dos cônjuges, tem-se o direito do outro a visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589). A extensão desse regime de visitas será maior ou menor dependendo da idade do filho e das condições pessoais do genitor. O importante é que não se comporte como

1.638, inciso I), levando a concluir que seria lícito o castigo físico moderado, o que se afigura atentatório aos direitos de integridade física do menor e ofensivo à sua dignidade como pessoa humana.

um mero “visitante”, e sim como efetivo pai ou mãe, interessado na vida e na formação do filho, por isso devendo, mais do que fiscalizar, realmente participar das decisões relativas à sua criação e educação.¹²

Omite-se, o Código, assim como também omite-se a legislação anterior, quanto ao direito de visitas por avós ou outros parentes próximos dos menores. Trata-se de aspecto importante na integração familiar da criança, que naturalmente se estende da mera relação paterno-filial para atingir o envolvimento afetivo com os demais membros desse agrupamento nuclear da sociedade, que é a família na sua mais ampla concepção. Não obstante a falta de previsão legal, doutrina e jurisprudência vêm admitindo como lícita e possível a visitação por parte de avós ou outros parentes próximos dos menores, especialmente irmãos, para que se obtenha sua plena integração na comunidade familiar.¹³

1.3.4.3 Dever de alimentos

O dever de assistência material entre cônjuges persiste mesmo após dissolvida a sociedade conjugal. Realiza-se pela prestação de alimentos, conforme seja acordado pelas partes ou determinado pelo juiz, tendo em vista os parâmetros legais da necessidade de quem pede e da capacidade econômica do cônjuge obrigado (CC, art. 1.694).¹⁴

O encargo alimentar pode ser resolvido por mútuo consenso das partes. Se não houver acordo,

¹² O art. 1.121, inciso II, do Código de Processo Civil foi alterado pela Lei nº 11.112, de 13 de maio de 2005, para mencionar que o acordo de separação deve dispor sobre a “guarda dos filhos menores e do regime de visitas”. Acrescentou-se § 2º ao mesmo artigo, aclarando que “entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos”.

¹³ Mais considerações sobre o tema em Oliveira (*Revista Brasileira de Direito de Família*, ano IV, n. 13, abr.-jun/2002, p. 76/84).

¹⁴ Ressalta Regina Beatriz Tavares da Silva (1990, p. 226) haver falha na redação do art. 1.576, pois somente menciona a extinção dos deveres de fidelidade e de coabitação, como se os deveres de mútua assistência, respeito e consideração permanecessem depois da separação judicial, quando apenas o dever de assistência material, em hipóteses determinadas pela lei, converte-se em obrigação de alimentos.

poderá ser reclamada decisão judicial, para o reconhecimento da obrigação de prestar alimentos e a fixação do justo valor devido.

Na separação judicial litigiosa, mantém-se a regra de que a pensão somente é devida em favor do cônjuge inocente e desprovido de recursos, conforme disposto no art. 1.702 do Código Civil, com reforço em seu art. 1.704.

Ressalve-se, porém, que os alimentos serão devidos mesmo ao cônjuge culpado, mediante concessão do mínimo indispensável à sua subsistência. Nesse sentido dispõe o § 2º do mencionado art. 1.694, quando a situação de necessidade resulte de culpa de quem reclame assistência alimentar. Com mais clareza, o parágrafo único do art. 1.704 condiciona a concessão dos alimentos mínimos ao cônjuge declarado culpado, desde que não tenha parentes em condições de lhe prestar ajuda, nem aptidão para o trabalho.

1.3.4.4 Partilha de bens

Com a dissolução da sociedade conjugal cessa o regime matrimonial de bens (CC, art. 1.576). Por consequência, deve ser feita a partilha dos bens comuns, mediante proposta dos cônjuges, homologada pelo juiz ou por este decidida (CC, art. 1.575, parágrafo único). Apura-se a meação, no que couber, readquirindo, cada qual, a titularidade exclusiva dos seus bens, sem as peias da propriedade em comum.

A partilha pode constar da própria ação de separação judicial ou de divórcio, caso requerida pelas partes, ou ser relegada para fase posterior à sentença. O Código Civil, em seu art. 1.581, dispõe que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, afastando, pois, a exigência da obrigatoria partilha de bens na separação, para a concessão do divórcio, que constava do art. 31 da Lei nº 6.515/77.

Decretado o divórcio, extingue-se também o vínculo conjugal. Esvai-se por completo o casamento, com todas as suas consequências jurídicas. O restabelecimento da sociedade conjugal só será possível por novo casamento (sem revalidação do regime de bens adotado anteriormente, pois se garante

aos nubentes a plena liberdade contratual). Dispõe nesse sentido o art. 33 da Lei nº 6.515/77, sem igual reprodução no Código Civil, mas mantido o sistema, uma vez que o divórcio põe termo ao casamento e a todos os seus efeitos, de sorte que os divorciados, pretendendo restabelecer a união, somente poderão fazê-lo por meio de nova celebração do ato nupcial, com estipulações próprias desse ato jurídico.

1.3.4.5 Reparação civil

Em face da gravidade da ofensa de um cônjuge ao outro, que justifique ação de separação judicial, pode caracterizar-se ato ilícito que chame à responsabilidade civil do cônjuge infrator. Constatando-se a ocorrência de prejuízos materiais e/ou de grave constrangimento de ordem moral ao ofendido, mostra-se pertinente, afora o suporte para separação judicial baseada na culpa, igualmente o pedido cumulativo de indenização por danos materiais e morais.

Apresenta-se cabível e relevante o pleito reparatório, em tais casos, ante a aplicação dos princípios da responsabilidade extracontratual, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Assim, a título de exemplificação, considere-se a hipótese de agressão do marido à mulher, com lesão que lhe acarrete dano estético; ou da prática de adultério em despudorada exibição pública da amante, a causar constrangimento ao cônjuge traído. Além de motivado a separar-se, o outro cônjuge terá o direito de se ver ressarcido, seja pela deformidade física, seja pelo constrangimento e dor moral a que submetido em consequência dos danos à sua pessoa.¹⁵

¹⁵ Mas não será qualquer motivo de separação judicial que implique o desforço na órbita da reparação patrimonial. Assim, no caso de infidelidade, abandono do lar e de outras quebras de dever conjugal, há que se examinar a situação concreta, para enquadramento do ato como caracterizador de efetivo dano moral, só possível quando haja maior gravame ao ofendido, diante das repercussões familiares e sociais do ultraje à sua honra. Sobre o difícil tema, ver a monografia de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos (1999) e o, artigo de José de Castro Bigi (*Revista dos Tribunais*, v. 679, p. 46, 1992).

1.3.5 Conciliação e reconciliação

A ação de separação judicial demanda fase preliminar de audiência das partes, objetivando sua reconciliação, ou seja, a preservação do casamento. Não sendo alcançado esse objetivo principal, na separação litigiosa, a audiência toma o rumo da conciliação, isto é, composição amigável, transigência quanto aos termos da separação, transformando-a de litigiosa em consensual.

Na separação consensual é prevista audiência prévia dos requerentes sobre os motivos do pedido e as consequências de sua manifestação de vontade (CPC, art. 1.122). Se inviável a reconciliação, convencendo-se o juiz de que as partes, livremente e sem hesitações, desejam a separação, mandará reduzir a termo as declarações, para subsequente homologação, ouvido o Ministério Público. Se houver dúvidas quanto ao propósito das partes, será marcada nova data de audiência, com 15 a 30 dias de intervalo, para nova tentativa de conciliação ou para ratificação do pedido.

Ocorrendo a reconciliação do casal, seja na audiência preliminar ou a qualquer tempo antes da sentença de separação judicial, o juiz extinguirá o processo pela perda do seu objeto. A reconciliação será possível mesmo depois de transitado em julgado a decisão judicial, desde que requerida por ambos os cônjuges, com o restabelecimento da sociedade conjugal, ressalvados os direitos de terceiros (CC, art. 1.577).

1.4 Filiação

Neste capítulo, o novo Código Civil elimina as odiosas distinções entre filhos legítimos, legítimos e ilegítimos, contidas no vetusto Código de 1916.

Reproduzindo regra de ouro inscrita no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispõe o art. 1.596 do novo ordenamento civil que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Continuam previstos os casos de presunção de paternidade para os filhos concebidos na constância do casamento. Mas acrescentam-se mais três hipóteses, no art. 1.597, incisos III, IV e V do novo

Código, para inclusão de filhos: havidos por fecundação artificial homóloga (com o sêmen do marido, mesmo que falecido); havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e havidos por inseminação artificial heteróloga (com o sêmen de outrem), desde que tenha prévia autorização do marido.

Com essas importantes inovações abre-se campo à aplicação das modernas técnicas de engenharia genética na chamada reprodução assistida, em suas múltiplas modalidades, o que enseja, naturalmente, mais detalhada regulamentação por leis especiais.

A contestação da paternidade presumida cabe ao marido, conforme reza o art. 1.601 do novo Código, acrescentando que tal ação é imprescritível e pode ser prosseguida com os herdeiros, se vier a falecer o autor. Diversamente, o Código de 1916 emprestava maior força ao princípio *pater is est*, estabelecendo curtos prazos decadenciais, de dois ou três meses, para que se contestasse a paternidade, conforme estivesse ou não presente o marido por ocasião do nascimento dos filhos nascidos de sua mulher. Agora, com a imprescritibilidade, ainda que por respeito à verdade genética, corre-se risco de desintegração do ente familiar por tardia recusa, sempre admissível, da paternidade anteriormente assumida, quebrando laços de afetividade que poderiam subsistir por parte do filho que se veja renegado.

1.4.1 Reconhecimento dos filhos

Adotando inovações da Lei nº 8.560/92 e na esteira do mandamento constitucional de igualdade dos filhos, o novo Código Civil, no art. 1.607, permite o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, pelos pais, conjunta ou separadamente. Faz-se o reconhecimento voluntário pelas formas indicadas no art. 1.609: no registro de nascimento, por escritura pública, por escrito particular a ser arquivado em Cartório, por testamento, ou por declaração perante o juiz em qualquer processo.

Não se dispõe a respeito do reconhecimento administrativo, mas a omissão se entende suprida

pela subsistência da correspondente norma da cita-da Lei nº 8.560/92, que possibilita se faça o registro por ordem do juiz corregedor do Cartório de Registro Civil, após convocação do suposto pai e sua anuência, quando nomeado pela mãe no ato de registro do filho.

1.4.2 Adoção

Não obstante a duplicidade de regimes de adoção previstos no Código Civil de 1916 e no ECA (Lei nº 8.069/90), aplicáveis, respectivamente, para maiores e para menores de 18 anos, seus efeitos se tornaram equiparados diante do preceito maior da igualdade de todos os filhos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988). Importa dizer que todos os filhos, inclusive os havidos por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações na ordem jurídica.

Com o novo Código Civil, que dispõe a respeito nos arts. 1.618 a 1.629, resta unificada a disciplina da adoção, que se aplica a todas as pessoas, sem distinção por faixas etárias. Uno também passa a ser o procedimento, obrigatoriamente sujeito à assistência efetiva do Poder Público e de processo judicial com sentença constitutiva.

A idade mínima para o adotante passa a ser de 18 anos, novo patamar da capacidade plena. Mas continua a natural exigência de que ele seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado para que se justifique a perfilhação.

A adoção por duas pessoas pressupõe que sejam marido e mulher ou companheiros em união estável. A exceção fica com os divorciados e separados judicialmente, que poderão adotar em conjunto contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência (exigido para menores) tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Continua sob a égide de legislação especial a adoção por estrangeiros, conforme dispõe o art. 1.629 do novo Código Civil. Subsistem nessa esfera, portanto, as normas do ECA (Lei nº 8.069/90, arts. 51 e 52).

1.5 Poder familiar

O *pátrio poder* passa a denominar-se *poder familiar*. Foi intuito do legislador afastar a conotação

patriarcalista, de predominância da figura paterna nas relações com os filhos menores.

Essa mudança de conceito já se dera, em parte, com a nova redação do art. 380 do Código Civil de 1916, no referir que o pátrio poder compete aos pais, quando a primitiva redação falava em poder do pai e, na sua falta, da mãe. Também o ECA (Lei nº 8.069/90) já cuidara de acertar ponteiros com expressão menção, em seu art. 21, de que o pátrio poder é exercido pelos pais, em igualdade de condições.

Mas a denominação *poder familiar ainda* conserva uma carga de supremacia e comando que não se coaduna com o seu verdadeiro sentido, já que os pais têm, com relação aos filhos, não só poder, mas um complexo e relevante conjunto de deveres relativos a guarda, sustento e educação. Em vez de poder, melhor seria denominar essa relação paterno-filial de *autoridade parental*, como consta, dentre outros, do Código Civil francês.

No que concerne ao exercício do poder familiar, o novo Código repete os preceitos do anterior e também cuida das hipóteses de sua suspensão e de extinção.

Cabe reparo, nesse aspecto, ao ranço conservador do preceito que outorga aos pais o poder de exigir dos filhos "obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição" (art. 1.634, inciso VII), e de estipular que a perda do poder familiar pode ocorrer na hipótese (dentre outras) de castigo imoderado do filho, levando a concluir que seria lícito o castigo físico moderado, o que se afigura atentatório aos direitos de integridade física do filho e ofensivo à sua dignidade como pessoa humana.

1.6 Regime de bens no casamento

Substanciais mudanças se observam na regulamentação, pelo novo Código Civil, do regime matrimonial de bens (arts. 1.639 e ss.).

A opção continua sujeita à celebração de pacto antenupcial, por escritura pública, salvo se escolhido o regime da comunhão parcial, em que bastará a redução a termo no processo de habilitação (art. 1.640 e seu parágrafo único).

Diversamente da imutabilidade prevista no Código de 1916, o novo ordenamento permite a alte-

ração do regime de bens no curso do casamento, desde que autorizada judicialmente em pedido motivado de ambos os cônjuges, comprovando-se as razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (art. 1.639, § 2º).

Quatro são os regimes de bens, pelo novo Código, porém com enumeração diversa do Código de 1916. Desaparece o regime dotal, que, na realidade, tem sido de raro uso entre nós. Ao lado dos regimes da comunhão universal, da comunhão parcial (que continua sendo o regime legal, na falta de convenção) e do regime da separação de bens, surge o regime da participação final nos aqüestos. Trata-se, esse último, de absoluta novidade inspirada na legislação de países europeus. Consiste numa forma híbrida de separação de bens durante o casamento e de comunhão parcial ao dissolver-se a sociedade conjugal. Esclarecem os arts. 1.672 a 1.675 do novo Código que, nesse regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que possuía ao casar e os adquiridos, a qualquer título durante o casamento, fazendo-se, à época da dissolução da sociedade conjugal, a partilha do patrimônio adquirido onerosamente durante a vida em comum.

O regime da separação de bens pode ser convencional (pacto antenupcial) ou obrigatório, em hipóteses assemelhadas ao sistema do Código de 1916. Ligeira modificação se faz para igualar em 60 anos o limite de idade das pessoas sujeitas àquele regime, tanto o homem quanto a mulher (antes, para esta, o limite era de 50 anos). Ainda assim, o dispositivo continua sendo manifestamente inconstitucional por estabelecer uma restrição à liberdade de escolha do regime de bens por pessoas que são consideradas plenamente capazes para todos os atos da vida civil.

Quanto à alienação de bens por um dos cônjuges, persiste a necessidade de consentimento do outro, ou suprimento judicial da outorga, mas abrem-se exceções para o regime de separação absoluta, em que a disponibilidade dos bens particulares cabe exclusivamente ao seu titular, e para o regime da participação final nos aqüestos, se houver estipulação a respeito no pacto antenupcial.

1.7 Alimentos

Dispõe o art. 1.694 do novo Código Civil que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social e para fins de educação.

A referência à condição social do alimentante significa variação do valor para atendimento das peculiaridades de cada pessoa, mas sem se distanciar de suas necessidades, o que significa exclusão de dispêndios tidos como excessivos ou meramente voluptuários. De outra parte, há que se levar em conta a capacidade econômico-financeira da pessoa obrigada ao pagamento, para que se fixe a prestação de forma racional e equilibrada, conforme se extrai das disposições dos arts. 1.694, § 1º, e 1.695 do novo ordenamento.

Na obrigação entre parentes mantém-se o sistema de prioridade para os de grau mais próximo, a significar, por exemplo, que os avós somente podem ser chamados na falta dos pais do menor que reclame assistência alimentar. Mas se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, o parente sucessivo pode ser chamado a efetuar a complementação. Nessa hipótese, determina o art. 1.698 do novo Código que, sendo várias as pessoas coobrigadas, serão todas responsáveis na medida de seus respectivos recursos, de sorte que, se intentada a ação contra apenas uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Esse dispositivo resolve velha celeuma jurisprudencial a respeito da responsabilidade dos ascendentes ou de irmãos, quando os pais do menor tivessem reduzida capacidade econômica para atendimento das necessidades do alimentando.

Outro ponto de interesse por seu caráter inovador refere-se à possibilidade de serem fixados alimentos mesmo em caso de culpa da pessoa necessitada, porém, nesse caso, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência (art. 1.694, § 2º). O mesmo tratamento se dá ao cônjuge na separação judicial, ou seja, o culpado perde o direito a alimentos, salvo se necessitar e não tiver parente em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, ficando o ex-cônjuge obrigado ao pagamento no va-

lor indispensável à sobrevivência do necessitado (art. 1.704 e parágrafo único).

A transmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor é prevista no art. 1.700 do novo Código Civil, de forma mais ampla do que está no art. 23 da Lei nº 6.515/77, uma vez que não se alude às forças da herança, e sim às condições gerais de fixação do valor da pensão que constam do art. 1.694.

Outra novidade diz respeito à vedação de renúncia do direito a alimentos, que abrange todos os possíveis necessitados, incluindo-se cônjuges e companheiros, como deflui do art. 1.707. Constitui retrocesso ao entendimento jurisprudencial de admissibilidade da renúncia dos alimentos pelo cônjuge na separação judicial por mútuo consentimento. Revigora-se, portanto, o enunciado da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, que já não vinha tendo aplicação regular por entender-se ultrapassada, especialmente em situações de renúncia pelo cônjuge que ficasse com bens suficientes para manter-se de forma autônoma.

1.8 União estável

Prevista na Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º, como forma de entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher teve regulamentação específica nas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

Embora não constasse do texto original do projeto do novo Código Civil (mesmo porque anterior à Constituição), o tema veio a ser incluído durante os trâmites de votação, como Título III do Livro do Direito de Família, arts. 1.723 a 1.727.

A conceituação da união estável é a mesma dada pela Lei nº 9.278/96, ou seja, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Não se fala em prazo mínimo de duração, que a Lei nº 8.971/94 estipulava em cinco anos.

Não será possível união estável se houver impedimento matrimonial entre os parceiros. Nesse sentido dispõe o art. 1.723, § 1º, porém com importante ressalva que resolve tormentosa questão: não se aplica o impedimento do inciso VI do art. 1.521, relativo a pessoa casada, se ela se achar separada de fato ou judicialmente.

As chamadas causas suspensivas para o casamento não impedirão a caracterização de união es-

tável. Quanto a outras situações, que o Código de 1916 chamava de impedimentos relativos, e o Código novo deixa para o campo da anulação do casamento, nada se refere no capítulo da união estável, mas certamente também se poderá invocar anulação da união se presentes aquelas causas de invalidação do ato jurídico.

1.8.1 Aspectos patrimoniais da união estável

No aspecto patrimonial, praticamente iguala-se a união estável ao casamento, por sujeitar-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do novo Código). Da mesma forma, o direito a alimentos entre companheiros obedece aos critérios previstos para parentes e cônjuges, fixando-se de acordo com as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada.

Mas não assim na esfera do direito sucessório. O novo Código nem sequer inclui o companheiro na ordem da vocação hereditária, limitando-se a tratar de seus direitos nas disposições gerais do Livro IV, que trata do Direito das Sucessões. Consta do art. 1.790 que a companheira ou o companheiro participarão da sucessão do outro, mas apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Importa dizer que não terão qualquer participação na herança relativa a outros bens, adquiridos antes ou havidos graciosamente pelo autor da herança. Considerando-se, portanto, somente os bens adquiridos na vigência da união estável e a título oneroso, então o companheiro sobrevivente terá direito à herança, nas condições seguintes:

- a) se concorrer com filhos comuns, receberá uma cota equivalente à de cada filho;
- b) se concorrer com descendentes só do autor da herança, receberá metade do que couber a cada um;
- c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- d) se não houver parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

Favorável ao companheiro, sem dúvida, o concurso na herança com descendentes e ascendentes do falecido, tal como se reconhece também ao cônjuge sobrevivente. Mas não se compreende que o companheiro concorra com os demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto

grau. Trata-se de evidente retrocesso, pois no sistema da Lei nº 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes.

Demais disso, considere-se a hipótese de o falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança. Então, o companheiro nada herdar, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando toda a herança para o Município, uma vez reconhecida jacente e vacante.

Por fim, convém lembrar que o novo Código extingue o direito a usufruto parcial dos bens. Conserva o direito de habitação no imóvel que servia de residência ao casal, mas somente em favor do cônjuge sobrevivente. Não prevê esse mesmo direito, que tem elevado cunho social, ao companheiro sobrevivente, que assim é deixado inteiramente à míngua, nem mesmo podendo continuar a residir no imóvel que lhe servia de residência na união estável, quando não tenha direito à meação ou à participação na herança nas situações já analisadas.

Como se verifica, o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório, em comparação com a posição reservada ao cônjuge, nada justificando essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

1.8.2 Conversão da união estável em casamento

A possibilidade de conversão da união estável em casamento é tratada no art. 1.726, mas com inadequada referência a pedido dos companheiros ao juiz, quando, na verdade, o pedido cabe ao Oficial do Registro Civil, mesmo porque, na conversão, não atua o juiz de casamentos por não haver celebração solene do ato, mas simples registro em seguida à habilitação dos companheiros.

1.8.3 Concubinato

Em disposição final, o novo Código trata do concubinato, definindo-o como relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (art. 1.727). Parece ter sido intuito do legislador extremar o concubinato da união estável, sem pre-

visão de direitos que se restringem a esta espécie de entidade familiar. Seria desnecessária essa menção explícita ao concubinato, mesmo porque outras situações existem que refogem ao figurino da união estável, ainda mesmo com a presença de homem e mulher sem impedimentos matrimoniais, desde que a união se desfigure por falta de publicidade, pouca duração ou descontinuidade (situação de meros amantes ocasionais).

Também comporta reparo a menção genérica aos impedimentos matrimoniais, na caracterização do concubinato, sem levar em conta a ressalva contida no artigo 1.723, § 1º, da pessoa casada que esteja separada de fato ou judicialmente, sem ficar impedida, nessa hipótese, de constituir família sob o pálio da união estável.

1.9 Bem de família

O novo Código acertadamente retira o bem de família da Parte Geral e o inclui no Livro de Direito de Família, em subtítulo dos direitos patrimoniais (subtítulo IV – Do Bem de Família, arts. 1.711 a 1.722).

Trata-se do bem de família convencional, instituído por cônjuges ou por entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, podendo também ser instituído por terceiro, via testamento ou doação, desde que aceito pelas pessoas beneficiadas.

Pode ser objeto dessa convenção não só o imóvel residencial urbano ou rural, com suas pertencas ou acessórios, mas também valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

O bem de família constitui-se pelo registro da escritura no Registro de Imóveis. Sua proteção dá-se pela isenção de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Quanto ao bem de família legal, continua sendo regido por lei própria, que é a Lei nº 8.009/90, cobrindo com a proteção da impenhorabilidade o imóvel residencial ocupado por casal ou entidade familiar.

1.10 Tutela

Poucas as mudanças relativas à nomeação de tutores para os menores órfãos ou com pais destituídos do poder familiar, conforme regulado no novo Código Civil a partir do art. 1.728.

Persistem as três modalidades de tutela:

- a) testamentária, com nomeação reservada aos pais em conjunto (e não mais aos avós);
- b) legítima, deferida aos parentes consanguíneos do menor, com preferência aos ascendentes e aos colaterais mais próximos; e
- c) dativa, por nomeação judicial.

Como novidade maior, a reintrodução no cenário jurídico da figura do "protutor" (não previsto no Código de 1916), que pode ser nomeado pelo juiz para fiscalizar os atos do tutor.

No mais, o exercício da tutela, o rol de deveres do tutor e a exigência de prestação de contas em muito se aproximam dos dispositivos constantes do Código anterior.

1.11 Curatela

As pessoas sujeitas a curatela por interdição têm a sua numeração ampliada no novo Código, art. 1.767, a fim de abranger não apenas os portadores de enfermidade ou deficiência mental e os pródigos, mas também outras pessoas que não possam exprimir sua vontade ou sofram de restrições por serem ébrios habituais, viciados em tóxicos ou excepcionais sem completo desenvolvimento mental.

Acrescentem-se, ainda, as hipóteses de curatela do nascituro (art. 1.779), bem como do enfermo ou portador de deficiência física. A respeito destes, em absoluta novidade de importante reflexo prático, o novo Código dispõe, no art. 1.780, que a curatela dependerá de requerimento do doente ou, se impossibilitado de fazê-lo, de qualquer das pessoas habilitadas a requerer a interdição, com a finalidade de se dar curador para cuidar de todos ou de alguns dos seus negócios ou bens.

São habilitados a promover a interdição os pais ou tutores, o cônjuge, qualquer parente ou, excepcionalmente, o Ministério Público. A previsão está no art. 1.768 do novo Código, sem sabor de novidade, mas com injustificada omissão do companheiro de pessoa que venha a se tornar incapaz. Evidente a falha legislativa diante do tratamento jurídico que merece a união estável como entidade familiar. Demais disso, é de se admitir que o companheiro pos-

sa requerer a curatela em face do que dispõe o art. 1.775 do mesmo Código, com expressa menção do companheiro (por falta do cônjuge) para ser o curador do outro, quando interdito.

Outras disposições relativas à investidura e ao exercício da curatela constituem repetição de normas do Código de 1916, lembrando-se, por final, que se aplicam à curatela, subsidiariamente, as normas relativas à tutela.

2 Leis avulsas

Não obstante o intuito unificador da codificação civil, persistem normas avulsas regulando aspectos peculiares do direito de família.

Assim as regras especiais do ECA (Lei nº 8.069/90) sobre direito de convivência familiar e comunitária, estabelecendo conceitos de família natural e família substituta (arts. 25 a 36), além de outros aspectos ligados à assistência paterna (arts. 19 a 24), educação e profissionalização do menor (arts. 53 a 69), mais as regras de prevenção (art. 70), política de atendimento (art. 86) e medidas de proteção pela prática de ato infracional (arts. 98 e ss.). Suas disposições sobre adoção (arts. 39 e ss.) foram abrangidas e alteradas pelo Código Civil (arts. 1.618 a 1.628), salvo aquelas pertinentes à adoção internacional (art. 1.629 do CC; arts. 51 e 52 do ECA).

Também em vigor paralelo as normas da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, sobre a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, em especial as referentes ao reconhecimento administrativo (art. 2º), não cuidadas no Código Civil.

Mais recente, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica familiar, em cumprimento ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal e reforçando as convenções internacionais.

Esse diploma, mais conhecido como Lei Maria da Penha,¹⁶ manda instituir Juizados de Violência e

¹⁶Referência a Maria da Penha Maia, mulher que sofreu diversas agressões do marido, que culminaram com um tiro que lhe foi desferido nas costas, vindo a ficar paraplégica. Por isso é lembrada como símbolo da luta contra a violência doméstica.

Familiar contra a Mulher e contém normas de direito civil, de direito penal e de cunho processual, sempre com vistas à punição mais severa do praticante de "violência doméstica" no âmbito familiar, assim entendida, de forma ampla, a convivência entre pessoas independentemente de sua orientação sexual.

Sob o aspecto processual, tem relevância a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que facilita o procedimento de separação e de divórcio, ao permitir que se efetue por escritura pública. Seu art. 3º introduz no Código de Processo Civil o art. 1.124-a, permitindo essa atuação extrajudicial desde que as partes estejam de acordo, não haja filhos menores ou incapazes do casal e sejam observados os requisitos legais quanto aos prazos.

Essa via administrativa – que serve também para inventário e partilha de interessados capazes – tem o manifesto propósito de facilitar a prática do ato, porque permite modo mais simples e célere para resolver a pendência sucessória.

Com isso reduz a pleora dos serviços judiciários, abrindo campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas que em muito se assemelha, pelo caráter privado, ao da prática de outros atos de transmissão, em especial as escrituras de venda e compra, de permuta ou de divisão de bens.

Bem se nota que o legislador deu realce à autonomia da vontade das partes. Por isso mesmo, permite-lhes a dispensa de comparecimento a juízo e afasta os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa tão-somente chancelar a declaração de vontade dos sucessores na formalização da transmissão dos bens deixados pelo autor da herança.¹⁷

¹⁷Bem o diz Rodrigo da Cunha Pereira, em artigo divulgado pela imprensa, mostrando esperança que "o espírito desta nova lei se propague pelos três poderes idealizados por Montesquieu, para que se faça um Estado menos interventor da vida privada", e lembrando que já está na hora de o Estado respeitar a livre manifestação de vontade de partes maiores e capazes, sem que sejam compelidas a rogar a tutela judicial" (site www.ibdfam.org.br, sob o título *Divórcio e partilha mais fáceis: autonomia do privado*).

3 Direito projetado

Apesar do pouco tempo de vigência, o Código Civil de 2002 já sente a necessidade de reformas para preenchimento de lacunas e o acompanhamento das novas tendências do direito de família contemporâneo.

Nem toda novidade legislativa se traduz em acertada correção ou efetiva melhoria. Por certo que esta nova codificação de leis civis, embora constitua notável avanço em relação ao arcaico texto do Código de 1916, especialmente no Livro do Direito de Família, ainda comporta aperfeiçoamento em muitos pontos. Para essa empreitada maior estamos todos convocados nesta fase de iniciação do novo sistema jurídico, na expectativa de que tenhamos em breve uma legislação civil que efetivamente responda aos anseios de justiça da pessoa humana integrada no agrupamento familiar, núcleo básico da sociedade brasileira.

Sobrepondo-se a anteriores esboços de reforma legislativa, deu entrada no Congresso Nacional recente projeto de lei de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), para criação do Estatuto das Famílias. O intuito é promover uma revisão do Código Civil e da legislação esparsa para consolidação da matéria em um texto único, abrangendo as diversas espécies de configurações familiares. Significa uma abrangência não apenas das uniões formadas pelo casamento ou pela união estável, mas também as famílias monoparentais e as uniões afetivas estáveis – entre parentes ou não – que tenham por finalidade a convivência familiar.

O projeto, subscrito pelo deputado federal Sérgio Barradas Carneiro, representa uma evolução necessária para atender à realidade da família brasileira. Entre as mudanças práticas definidas em seu texto, merecem realce o reconhecimento da união homoafetiva, dando aos parceiros direitos de adoção, guarda de filhos, alimentos, assistência previdenciária e herança. Sugere-se a criação do estado civil de convivente para definir as pessoas relacionadas por união estável. A separação e o divórcio por escritura pública entram para o texto do Estatuto, com acréscimos de outros procedimentos paralelos, como a alteração do regime de bens do casal,

quando não tenham filhos incapazes. É proposta a extinção do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 60 anos, uma vez que plenamente capazes, nada justificando a interferência estatal na liberdade de escolha de seu estatuto patrimonial.

Ainda, como alternativa para a solução dos conflitos familiares aponta-se o instituto da *mediação*. Há projeto de sua implementação no País. Independentemente de sua regulamentação legal, porém, a mediação já vem sendo utilizada e merece incremento, por iniciativa dos advogados no encaminhar seus consulentes a essa modalidade de assistência, ou por determinação judicial, facultativa, quando se revele conveniente no intercurso da demanda.

Conclusão

As inovações trazidas pelo Código Civil brasileiro representam significativo avanço no trato das questões familiares, em resposta às mudanças sociais e à paz doméstica na instituição basilar do Estado.

Aspectos novos, na espiral dos conflitos interpessoais, reclamam, no entanto, estado de alerta e constante atualização.

Nesse sentido, é de maior importância a revisão de determinados preceitos legais em vigor e sua consolidação em um estatuto próprio, que facilite a sua exegese prática, além de atender a outras necessidades do convívio sociofamiliar, como se dá nos casos de reprodução assistida e nas uniões fora dos padrões tradicionais admitidos pela legislação atual.

Enfim, as mudanças estão aí, acontecendo a passos céleres, e ainda muito há que fazer diante dessa revolução em marcha. Enquanto se aguarda a consolidação normativa, “a jurisprudência e a doutrina têm dirigido esforços para cumprir sua tarefa de fonte do Direito, tentando dar respostas e adequação a essa nova realidade da família”. A observação é de Rodrigo da Cunha Pereira (Apresentação, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 1, 2000), em sábia advertência: “diante dessas mudanças e da dificuldade e necessidade de adequação às novas representações sociais da família, é preciso pensar, mas, principalmente, repensar o Direito de Família”.

OLIVEIRA, E. de. New perspectives in Family Law. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 121-141, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The remarkable changes in Family Law, specially during the last quarter of the 20th century, brought upon by the 1988 Brazilian Constitution, have become part of the new Brazilian Civil Code, which came into force on January 11, 2003, with additions in the same line of legislation updating. This is the background of this study, which points out the essential topics of modern Brazilian civil law. The institution of the family has been reinforced by the legal recognition of the various modes of its formation beyond civil marriage. In addition, the relationships between spouses and the parents/children rights have been delineated by the basic principle of equal rights and duties. The analysis of those issues is carried out in different topics by methodological reasons, but seeking to harmonize the criteria that inform the rights involved in the family as a unit in the current legal system.

• **KEYWORDS:** Family. Forms of family units. Marriage. Equal rights and duties of spouses. Paternity. Equality of the children. Division of property. Separation and Divorce. Common-law Marriage and De Facto Union. Familial Power. Alimony and Child Support. Tutorship and Guardianship. Homestead. Projected Law. Statute of Families. Mediation.

Referências bibliográficas

- AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Leud, 2001. (7. ed. atual., no prelo).
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 679, p. 46, 1992.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COLARES, Marcos. *A sedução de ser feliz – uma análise sociojurídica dos casamentos e separações*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 111/175.

DELGADO, Mário Luiz et al. *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 5, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses jurídicas – Direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007/2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Andrade. *Novo Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*. 6. ed. Método: São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Família*

no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 93, v. 822, p. 11-27, abr. 2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de visitas dos avós aos netos. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano IV, n. 13, abr.-jun. 2002.

_____; HIRONAKA, Giselda. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Cap. II, p. 9.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Apresentação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 1, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Beatriz Tavares da. *Dever de assistência imaterial entre os cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 6).

Apontamentos sobre as Categorias Fundamentais da Jurisdição Constitucional

José Jesus CAZETTA JÚNIOR*

- **SUMÁRIO:** Introdução: os limites e o objetivo deste ensaio. 1 Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta. 2 O controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado (a gênese do instituto, notas sobre sua expansão e classificação). 3 Estrutura e classificação das normas constitucionais (regras, princípios e valores). 4 A interpretação constitucional: limites e peculiaridades (o delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito). 5 A motivação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade: importância e função. 6 Eficácia da decisão e coisa julgada: uma distinção fértil – A necessidade de ir além para entender a eficácia normativa dos precedentes (ou efeito vinculante).
- **RESUMO:** Este artigo examina algumas categorias fundamentais da jurisdição constitucional (os conceitos de Constituição, de sua força normativa e de sua rigidez); a origem do controle de constitucionalidade, as causas de sua expansão e os interesses a que tem servido; a divisão das normas constitucionais em regras, princípios e valores; a interpretação constitucional, com breve reflexão a respeito de seus limites e peculiaridades, que gravitam em torno do delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito; a motivação das decisões constitucionais, com ênfase na importância que ela tem e na função que realiza; a distinção entre coisa julgada e eficácia da decisão.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta. Controle de constitucionalidade: motivação e eficácia das decisões. Coisa julgada. Classificação das normas constitucionais: regras, princípios e valores. Interpretação constitucional: limites e peculiaridades.

Introdução: os limites e o objetivo deste ensaio

O chamado efeito vinculante é produzido por algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF): aquelas, próprias do controle concentrado de constitucionalidade, nas quais há o acolhimento ou a rejeição do pedido.¹ Trata-se, pois, de um efeito peculiar às decisões de mérito que nossa Corte Constitucional profere: na ação direta de inconstitucionalidade; na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (cf. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 28, parágrafo único, e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, art. 10, § 3º).

Ainda não há consenso quanto à sua estrutura, quanto à sua função e quanto aos seus limites. Tudo isso merece, certamente, um estudo cuidadoso. Mas o nosso propósito, aqui, situa-se em uma questão prévia: simplesmente definir as circunstâncias históricas e os fatores ideológicos subjacentes à introdução dessa categoria no direito brasileiro. Daí a necessidade de refletir sobre o contexto no qual

* Promotor de Justiça em São Paulo (Capital). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo, instituição pela qual também se graduou.

¹ Em ação declaratória de constitucionalidade, proposta conjuntamente pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pela Mesa do Senado Federal, o STF decidiu que pode conceder medida cautelar para assegurar, temporariamente, eficácia geral à futura decisão de mérito. O relator citou precedente (RTJ 76/342), considerou irrelevante a inexistência de previsão constitucional para a providência e argumentou que “o poder de acautelar é imanente ao de julgar”. Com esse fundamento, suspendeu *ex nunc*, e até o julgamento do mérito, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, motivada na suposta inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, vício afirmado por muitos juizes e sobre o qual havia intensa controvérsia entre distintos órgãos da Justiça Federal (STF, Pleno, ADC 4 (MC), j. 11.2.98, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.5.99, p. 00002; no mesmo sentido: ADC 8-DF, j. 13.10.99, rel. Min. Celso de Mello).

surge ou, mais exatamente, sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional.

Algumas doutrinas políticas centenárias, nascidas na Europa (ou, mais exatamente, na área situada ao norte do Atlântico) e exportadas para muitas de suas antigas colônias (inclusive para o Brasil), ainda conservam uma extraordinária força na argumentação jurídica. Assim se dá com a divisão funcional do poder ou, como se prefere dizer entre nós, com a *separação dos poderes*. Na sua versão clássica, nasceu entre o século XVII e o XVIII e teve sua máxima difusão ao longo do século XIX. Ela só faz sentido no sistema político e jurídico moderno que designamos como Estado e, na sua gênese, é indissociável de um tipo peculiar de relação (ideal) entre este e a sociedade, cujo traço mais nítido é o relativo isolamento entre ambos.

Esse modelo de organização da estrutura estatal foi concebido para superar o absolutismo e propunha uma divisão cômoda para o modesto papel que a doutrina liberal atribuía ao Estado. Segundo o esquema proposto, as funções estatais básicas – que atraem e absorvem todas as outras – são redutíveis a três categorias, conforme se trate de a) editar as regras jurídicas gerais; b) aplicá-las espontaneamente para a realização de algum interesse público; ou c) decidir controvérsias relativas a violações de normas, impondo eventualmente as sanções cominadas, sob a provocação de quem tenha interesse e perante partes contrapostas. Tais classes correspondem, respectivamente, à função *normativa*, à função *executiva* e à função *jurisdicional* e em torno delas que se organizam aparatos distintos entre si, para que as exerçam em caráter tendencialmente privativo. Apresentados como titulares por excelência das funções fundamentais, esses grupos de órgãos tornam-se, portanto, os três Poderes do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esse mecanismo ideal – que sempre conviveu com desvios marginais – foi pensado para assegurar o equilíbrio no movimento geral do aparato público e servia (como ainda serve) para reduzir o ritmo de sua atuação, tanto mais quando combinado, adequadamente, com a doutrina dos freios e contrapesos. O eixo daquela tripartição é justamente a idéia de uma sociedade civil, composta por indivíduos livres e ca-

paz de se desenvolver por si mesma, virtualmente separada do Estado, entre cujas virtudes ingressa, pois, uma boa dose de lentidão e até de inércia. Interessada em remover os últimos obstáculos para sua expansão, a burguesia pregara o reconhecimento e a garantia de amplos espaços de liberdade em todos os setores das relações sociais, sobretudo para a produção e a acumulação da riqueza. E como convinha ao ideário da época, o Estado foi modelado para se abster de interferências nocivas no gozo desses direitos e para defendê-los, com o monopólio da violência legítima e a promoção da segurança jurídica.

A concepção liberal exigia que pelo menos um órgão do Legislativo representasse a sociedade civil burguesa, que via a si mesma como a melhor defensora da (sua) liberdade. Desse modo assegurava que as normas jurídicas, vinculativas para os demais Poderes, fossem um veículo eficaz para os seus próprios valores. E ao Judiciário se outorgava uma independência instrumental em relação ao Executivo e ao Legislativo, para que se limitasse a aplicar a lei, tal como fora produzida, no (falso) pressuposto de que o raciocínio jurídico é composto por uma série de silogismos, cujas premissas estão imunes à vontade de quem realiza as inferências.

Esse desenho foi figurativo enquanto durou a realidade política que ele buscara retratar. Porém, profundas mudanças na economia e na cultura – associadas ao desenvolvimento do capitalismo – levaram à gradual dissolução das bases do Estado oligárquico (o que, aliás, não aconteceu em idêntico ritmo em todos os lugares, como bem sabemos).

Do ponto de vista puramente formal, um dos fatores que contribuíram para isso foi o extraordinário crescimento, em toda parte, do colégio eleitoral, com a progressiva incorporação de vastas categorias de eleitores, até então excluídas de influência na formação do Parlamento.

Certo peso também deve ser atribuído ao papel que passou a ser assumido, modernamente, pelos partidos políticos ou, mais exatamente, pelos grupos de pressão,² explicitamente voltados à defesa de

² Os grupos de interesse – assim chamados porque expressam interesses parciais ou defendem causas específicas – operam no sistema social e não disputam as eleições. Qualificam-se como grupos de pressão quando buscam uma influência sobre

interesses parciais, vinculados a algumas classes, setores ou grupos da sociedade. Portanto, em aberta contradição com o mito que a opusera, em bloco, ao Estado, como se fosse (o que nunca foi) um conjunto homogêneo e compacto.

Nesse contexto – de profunda fragmentação das forças políticas e de antagonismo entre elas –, é claro que a lei já não podia ser o veículo supremo dos valores. Com a alteração no equilíbrio político, emergira o risco concreto de que se convertesse no principal instrumento para negá-los. Daí a sua gradativa transformação de critério em objeto (eventual) de julgamento. Em última análise, é disso que cuida o controle de constitucionalidade.

O vocábulo controle não pertence exclusivamente ao mundo do Direito e na terminologia jurídica tem mais de um sentido (cf., por exemplo, COMPARATO, 1977, p. 9 e ss.). Entretanto, em Direito Público geralmente é empregado em uma acepção estrita: expressa a verificação de compatibilidade entre uma conduta (ou atividade) e os preceitos a que ela está submissa.

Esse fenômeno pressupõe uma relação entre sujeitos ou órgãos *distintos*, um dos quais *fiscaliza* o comportamento do outro. Estão em causa duas competências diferentes: a primeira, para produzir o ato; a segunda, para revê-lo. Portanto, não se trata de *renovar* o exercício do *mesmo* poder (cf. PIZZORUSSO, 1988, p. 1 e ss.), mas de *complementá-lo* – ali está a função principal; aqui, a acessória (cf. GIANNINI, 1981, p. 47).

os centros políticos de decisão, como corpos intermediários entre os indivíduos e as estruturas políticas. Se agem de modo organizado, são designados como “lobbies”. A expressão desses interesses setoriais é favorecida pelo pluralismo político da democracia contemporânea. Cf., inclusive para essas distinções terminológicas, Lorenzo Ornaghi (*Enciclopédia del Diritto, Aggiornamento*, 1999, p. 656-667). A literatura sobre o tema é vastíssima: Cf., por exemplo, inclusive para outras referências bibliográficas, Robert Morrison MacIver (1935, p. 344-348); Lester Milbrath (1968, p. 471-468); Gianfranco Pasquino (apud BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 496-505); Alan Cawson (apud BOGDANOR (1987, p. 370-372); Stanislas Ehrlich (apud ARNAUD, 1993, p. 274-275); Giovanni Boggetti (1998, *passim*, especialmente p. 1-8, 69 e ss. e 169-182).

Com esse significado, é claro que o controle nunca pertence à própria ação de que se ocupa.³ Além disso, sempre interfere em uma atividade anterior⁴ e sua função é justamente conferir se está em harmonia com alguns critérios (e valores) para cuja preservação foi concebido. Ele se compõe, necessariamente, de um juízo de adequação e atinge, conforme o caso, a validade ou a eficácia do ato. Estes são, resumidamente, seu objeto, seu fim e sua estrutura – aspectos fundamentais para compreender o conceito (cf. FORTI, apud ORLANDO, 1915, p. 607 e ss.).

O controle de constitucionalidade pertence a esse gênero: tendo por parâmetro a Constituição e por escopo a manutenção de sua primazia, incide em atos imediatamente inferiores, fiscalizando o processo de produção de atos normativos e o respectivo produto.

Esta é uma descrição sintética, que oculta, deliberadamente, a imensa complexidade do quadro. Para apreendê-lo em (algumas de) suas dimensões infinitas, é indispensável uma visão clara da miríade de fatores que o compõem. Como é freqüente na prática profissional do Direito, muitos deles são simplesmente pressupostos e ficam, assim, tácitos, para poupar esforço e tempo. Acontece que as diferenças de concepção variam do zero ao infinito e aí está, provavelmente, a principal fonte da confusão no incessante debate sobre a estrutura, o objeto e o fim da jurisdição constitucional.

Aprofundar aqui todos os elementos seria inviável e, para a finalidade específica deste ensaio, basta focalizar alguns, que constituem as suas categorias fundamentais. Daí a importância de percorrer um itinerário que pode ser resumido em seis etapas, assim ordenadas:

³ O autocontrole é, simplesmente, moderação, prudência, comedimento, mas por efeito da própria vontade, que traça para si as fronteiras em que opera e cujos marcos remove quando lhe convenha.

⁴ Assim também ocorre com o chamado controle *prévio*: o que o distingue de seu antônimo (o controle *a posteriori*) não é a inexistência de uma atividade que o preceda, mas a circunstância de incidir antes que ela se complete ou adquira eficácia.

- a) em primeiro lugar, vem a Constituição, sua força normativa e sua rigidez (sem a qual o problema proposto não tem razão de ser);
- b) em segundo, uma questão prejudicial – e rica de conseqüências práticas –, pela qual se tem tratado de inserir o controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado, tema em que é útil refletir sobre a origem do instituto, as causas de sua expansão e os interesses a que tem servido;
- c) em terceiro – e com o aproveitamento da solução que se der à questão prévia –, entra a divisão das normas constitucionais em regras, princípios e valores;
- d) em quarto, ingressa a interpretação constitucional, com breve reflexão a respeito de seus limites e peculiaridades, que gravitam em torno do delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito;
- e) em quinto, um tema conexo, que concerne à motivação das decisões constitucionais e busca estudar a importância que ela tem e a função que realiza;
- f) em sexto, vem a distinção entre coisa julgada e eficácia da decisão, habitual em nossa doutrina, mas que certamente não basta para explicar a eficácia normativa dos precedentes, à qual pertence o nosso efeito vinculante.

1 Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta

A palavra “Constituição” tem diversos sentidos. Em um deles, expressa o limite ao poder político. É este o conceito próprio do constitucionalismo liberal, cuja pedra angular está na separação dos poderes e na garantia de um âmbito de autonomia individual, imune ao Estado. Essa idéia ficou nítida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes determinada não dispõe de constituição”.⁵

⁵ No original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

Modernamente, a Constituição já não demarca, apenas, a fronteira entre o Estado e a sociedade. Ela não é só um limite, mas a fonte de legitimação do poder estatal (cf. HÄBERLE, 2000, p. 15). Por isso, já não é simplesmente “um sistema de regras de procedimento para a produção de decisões vinculantes com eficácia geral”; ela contém também “um projeto ou desenho mais ou menos abrangente, mais ou menos utópico, da vida comunitária em uma sociedade” e serve, assim, “como modelo básico para a atribuição dos recursos materiais”, razão pela qual até mesmo as normas programáticas, ao fixar os objetivos da atividade estatal, ou ao reconhecer as necessidades particulares de determinados grupos, indicam os pontos cardeais para qualquer avaliação futura do Estado.⁶

Aqui o termo será empregado para designar um documento normativo específico e singular, dotado de certas características formais – ou seja, um texto, redigido em linguagem natural e que exprime as normas jurídicas fundamentais do Estado. Nessa acepção, está no vértice do ordenamento e se distingue das demais fontes pelo nome, pelo procedimento de formação e pelo conteúdo típico, que é a atribuição de poderes aos órgãos estatais (inclusive para a produção de normas) e a disciplina das relações que o Estado mantém com os indivíduos.

A Constituição é, por definição, o produto do poder constituinte – noção ainda impregnada por intensa manipulação ideológica e que, em última análise, só faz sentido em contraste com o poder constituído, que dela extrai o seu fundamento de validade (e eficácia). Quando proíbe a própria revisão ou sempre que sua reforma pressupõe um processo mais complexo do que o previsto para a formação da lei, ela adquire uma força peculiar, que a coloca acima de todas as outras fontes do ordenamento, inclusive o direito formulado com a contribuição do Parlamento. Nesse caso se diz que é rígida e dotada, portanto, de primazia sobre a lei, que por isso mesmo só é válida quando, além de não a contrariar na forma, é materialmente compatível com o que ela ordena.

⁶ Cf. Erhard Denninger (apud PÉREZ LUÑO, 1996, p. 311). Em sentido semelhante, cf. Hans Peter Schneider (1991, p. 40 e 44-47).

O legislador, desse modo, também se sujeita à Constituição. Isso não quer dizer que só possa agir quando tenha sido especificamente autorizado. Nem significa que as leis devam se limitar a um desenvolvimento lógico dos princípios constitucionais (cf. GUASTINI, 1995, p. 90). Ele nunca é um simples executor da Constituição e a função que realiza não constitui mera aplicação de normas. Por isso mesmo, não pode ser equiparada à que é feita, em relação à lei, por atos administrativos ou decisões judiciais.

Por ser um conjunto de preceitos finito e incompleto, será necessariamente compatível com a Constituição qualquer ato que discipline uma matéria de que ela não cuidou (cf. PIZZORUSSO, in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 3, 1989). E assim também se dará em relação a tudo que tenha autorizado, sem a escolha da forma e, sobretudo, do objeto. Nessas hipóteses, basta a ausência de contradições entre o ato inferior e a Constituição. Mas quando ela predetermina o conteúdo do ato, este só é constitucional quando tenha sido deduzido dela mesma, não sendo suficiente, pois, que inexista a antinomia.

Contudo, até mesmo quando antecipa o conteúdo da lei,⁷ a norma constitucional freqüentemente só cuida de circunscrevê-lo dentro de certos limites e deixa ao legislador alguma margem, mais ou menos vasta, para uma determinação política. A lei, nesse caso, pode assumir diversos conteúdos legítimos: concebem-se, em suma, várias soluções compatíveis com a norma superior. Em última análise, ao legislador se permite tudo que a Constituição não lhe proíba (cf. GUASTINI, op. cit., loc. cit.).

Na esfera ideal em que opera, a norma jurídica se impõe de modo irresistível.⁸ Entretanto, não é imune ao pensamento e a uma revisão crítica. Os aspectos mais vulneráveis a esse juízo são, justa-

mente, o fim que a inspira e a solução que elege. Esta, assim como a intenção, pode parecer péssima ou não ser a melhor, entre as possíveis.⁹ Interessa, pois, o seu fundamento intrínseco – um tema assíduo na Filosofia e que envolve a pesquisa dos títulos de justificação. Na bela metáfora de Luis Recaséns Siches, pretendemos um julgamento presidido pela reflexão filosófica e citamos o Direito positivo para que se justifique no foro da nossa consciência (cf. SICHES, 1999, p. 367/368).

Como em qualquer julgamento, o essencial é definir, previamente, um critério. Mas a norma positivada, precisamente por ser o objeto da avaliação, não serve de base para sua própria estimativa. Ingressam aqui os valores: são eles que apóiam o respectivo juízo. A história do pensamento registra a presença constante desse problema e as infinitas tentativas de resolvê-lo. Em última análise, é o tema central da justiça ou do *Direito que deve ser*, que busca uma ordem transcendente, com validade necessária e função paradigmática.

Essa idéia de uma norma superior e absoluta, como parâmetro ético de outras normas, é antiqüíssima. Inspirou, por exemplo, Antígona na sua sublime resistência ao poder político, em nome de um Direito que “não é de hoje nem de ontem”. A um decreto cujas fronteiras eram bem definidas – que teve certidão de batismo e teria atestado de óbito –, ela contrapôs, em suma, uma medida suprema e infalível, independente da vontade e das contingências históricas. A noção de uma “lei fundamental” tem, como se vê, raízes profundas na cultura ocidental.¹⁰

Mas como não há um critério ético infalível ou que seja compartilhado por todos,¹¹ uma apreciação

⁹ No testemunho de Aliomar Baleeiro, “em política raramente a escolha é entre o bom e o ruim, mas a menos má entre duas soluções más, sem melhor alternativa” (cf. VALE, 1976, p. 180 – resposta ao questionário formulado pelo autor e reproduzido como anexo).

¹⁰ Cf. Edward S. Corwin (*Harvard Law Review*, v. 42, n. 2, p. 149-185 – primeira parte –, Dec. 1928); e *ibidem* (v. 42, n. 3, p. 365-409 – segunda parte); Christian Starck (apud STARCK, 1995, p. 51-52).

¹¹ A inclusão de diversos valores nas Constituições mais recentes, precisamente porque legitima a crítica ao Direito, mas enuncia as bases para sua formulação, é, nesse sentido, uma solução de compromisso entre os adeptos do positivismo e do direito natural.

⁷ Para facilitar o discurso, a palavra *lei* será usada em sentido amplo, para abranger todos os atos normativos primários.

⁸ Mas, na realidade política, a normatividade de uma Constituição pressupõe separação dos poderes; eleições periódicas; clareza e precisão dos seus dispositivos e uma cultura política favorável, que inclua certos padrões estáveis de julgamento (cf. STARCK, 1995, p. 49 e 52).

desse tipo é potencialmente perniciosa para a sobrevivência da própria noção de um direito positivado. Por isso, a solução que Sócrates preferiu não foi a que Sófocles escolheu para sua personagem: o filósofo – podendo fugir e aconselhado a fazê-lo para escapar a uma sentença injusta – resignou-se à pena capital a que fora condenado. E assim procedeu para a realização de um valor ético, que reputava superior até mesmo ao seu natural interesse em conservar a vida. Segundo seu próprio pensamento, as decisões dos juízes e as leis de Atenas tinham vocação para uma justiça superior, fundada em uma ordem divina inteligível e racional. Por isso mesmo, todos os cidadãos lhe deviam acatamento. Em última análise, fez uma opção pelo direito positivo, justificando-a com um princípio de direito natural (cf. SICHES, op. cit., p. 369).

No sentido moderno, os Estados Unidos foram o primeiro país a converter em prática política o postulado segundo o qual a Constituição e as (outras) normas estatais não estão no mesmo plano positivo de validade. Foi ali que, de modo pioneiro, o Poder Judiciário extraiu efeitos concretos da doutrina que atribui a uma lei fundamental – a Constituição – plena supremacia sobre todas as outras normas positivas. Entre essa atividade e as condições econômicas, políticas e culturais da sociedade norte-americana há um nexo de implicação recíproca. Em outras palavras, o êxito dessa prática foi causa e efeito do ambiente a que pertence.

A concepção subjacente à experiência norte-americana é, aliás, mais remota do que a independência das antigas colônias britânicas. Contudo, sua assimilação pela cultura européia tardou mais de um século. Essa teoria só foi exportada gradualmente e não triunfou em todos os países. Por exemplo, ainda não prevalece na Inglaterra, onde nenhuma norma estatal é superior ao direito escrito de origem parlamentar. E, no entanto, a doutrina da supremacia constitucional foi construída com apoio no pensamento de juristas ingleses e em precedentes do *Common Law*. O pano de fundo dessa divisão ideológica é, exatamente, a luta que levaria à independência das 13 colônias.

Conta-se que, no auge da crise política gerada por uma lei tributária (*Stamp Act*),¹² um lorde disse a Benjamin Franklin que os norte-americanos tinham uma noção errada a respeito da Constituição (inglês, naturalmente).¹³ Essa divergência teórica (e prática)¹⁴ ainda permanece. De acordo com o pensamento vitorioso nos Estados Unidos da América do Norte, o Governo é um produto da Constituição. Logo, não pode alterá-la: está acima dele e serve, precisamente, para limitá-lo. Isto se aplica a todos os poderes constituídos, abrangendo, pois, a atividade legislativa. Ela conhece, assim, diversos limites e está sujeita à fiscalização dos demais Poderes e, em especial, do Judiciário. Este pode opor-se ao resultado mais característico da atividade parlamentar e deve fazê-lo para a prevalência da Constituição, que adquire, assim, a defesa de que necessita para ser perene.

Nos Estados Unidos, a lei é suscetível, portanto, de uma qualificação negativa – a inconstitucionalidade –, que resulta em sua ineficácia e, conseqüentemente, na impossibilidade de ser aplicada como critério de uma decisão. Entretanto, quando um inglês critica uma lei por ser inconstitucional, ele não está dizendo que o juiz possa lhe negar aplicação. Simplesmente a reprova, por lhe parecer inconveniente ou contrária à tradição do povo no assunto de que se ocupa. Limita-se, em suma, a um juízo de valor político ou depreciativo, que, entretanto, não pretende fundar nenhuma tese de que essa lei é inexistente, nula ou anulável. Ela permanece, pois, como a máxima expressão normativa da comunidade e com aptidão formal para resistir a toda norma que lhe seja oposta em uma controvérsia judicial (cf. LEVY, 2000, p. 513).

É bem verdade que no século XVII o direito inglês conheceu uma tendência diversa (cf. CORWIN,

¹² Essa lei, de 1765, vigorou por apenas quatro meses e foi um dos episódios mais importantes nos conflitos que levaram à independência. Cf. Stamp Act Congress, Resolutions of (October 19, 1765). (*Encyclopedia of the American Constitution*, 2000, v. 5, p. 2.470-2.471).

¹³ Cf. Leonard W. Levy (*Encyclopedia of the American Constitution*, op. cit., p. 512).

¹⁴ Cf. Gordon S. Wood (*Encyclopedia of the American Constitution*, op. cit., p. 84).

1929; CUDIHY, 2000, v. 1, p. 207/208). O fato, porém, é que ela não se desenvolveu ali e só seria levada às últimas conseqüências nas prósperas colônias da América do Norte.

O modo concebido para colocar em prática aquela teoria – segundo a qual todo poder constituído é limitado, nenhum sendo, pois, soberano – foi a grande contribuição norte-americana à matéria. Só no século XX a Europa pôde aderir a essa idéia e experimentar alternativas para levá-la a sério: antes disso não estavam presentes os pressupostos ideológicos e culturais de que ela descende.

2 O controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado (a gênese do instituto, notas sobre sua expansão e classificação)

A idéia de que todos os poderes são limitados pela Constituição superou, historicamente, a doutrina política burguesa, que fundara o Estado de Direito. A corrente anterior via na lei a expressão da vontade geral e considerava os órgãos representativos como os verdadeiros depositários da soberania, precisamente por lhes competir o exercício da função legislativa, em nome do povo. Bem por isso, a Constituição não valia, na prática ou em teoria, como limite intransponível para o Poder Legislativo, que podia alterá-la, suspendê-la ou revogá-la. Quando este, à semelhança dos demais, passa a ser visto como um poder limitado – e se torna inferior ao poder constituinte –, o Estado de Direito dá lugar ao Estado Constitucional de Direito (cf. ZAGREBELSKY, 1992, p. 11). É só no último que existe a Constituição rígida e é nele (exclusivamente) que o Poder Legislativo encontra autênticos limites, à luz dos quais os seus atos podem ser controlados.

Entretanto, a rigidez constitucional é uma qualidade graduável. Ela depende, em primeiro lugar, da complexidade do procedimento de revisão constitucional. Este é o dado formal que determina a força peculiar às Constituições rígidas. Ora, tal atributo, para ser efetivo, postula logicamente algum modo de controle sobre a conformidade das leis (e dos demais atos de império) à Constituição. Eis o

problema comum a todos os países que têm Constituições rígidas: preservá-la. Os métodos variam muito. Todos partem da premissa de que o Parlamento não é um guardião confiável. O sistema mais antigo é o americano (ou difuso) e a ele normalmente se contrapõe a fiscalização concentrada.¹⁵

Há muito, porém, já se tem consciência de que essa contraposição é um tanto simplista. Atualmente, a classificação mais fértil é a que divide os métodos de controle em dois grandes grupos, conforme se destinem unicamente à defesa objetiva da Constituição ou (também) à proteção de direitos individuais.¹⁶

Por isso mesmo, a tendência é de considerar mais ricos os sistemas que, de algum modo, combinam esses instrumentos (como ocorre na Alemanha e na Espanha), escapando, assim, ao figurino estreito do controle puramente objetivo – ao qual ainda se mantêm fiéis, por exemplo, a França e a Itália (ZAGREBELSKY, op. cit., p. 175). Por esse critério, o modelo brasileiro é, teoricamente, riquíssimo. Bem sabemos, porém, que o seu funcionamento não tem correspondido às suas imensas potencialidades e um dos propósitos deste trabalho é entender as causas que podem explicar esse relativo insucesso.

O controle de constitucionalidade consiste, basicamente, na verificação da legitimidade constitucional de atos – normativos e não normativos –, sob o duplo aspecto do seu procedimento de formação e do seu conteúdo.

Quando incide sobre atos não normativos, isto é, singulares e concretos, essa atividade geralmente se desenvolve pelos mecanismos normais de proteção jurisdicional e administrativa, como uma das etapas do controle de legalidade. Todavia, em alguns países são previstas formas de defesa especial para quem considere ter sofrido uma concreta lesão

¹⁵ Essa terminologia consagrou-se. Um dos pioneiros na sua utilização foi Calamandrei (cf. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, 1950, p. 5).

¹⁶ Cf., para uma contraposição entre os sistemas abstratos e concretos e suas distintas potencialidades quanto à proteção dos direitos fundamentais, Alessandro Pizzorusso (*Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, p. 529-530, dic. 1982); Gustavo Zagrebelsky (1988, p. 174-175).

de um direito garantido pela Constituição, por efeito de um ato da autoridade pública – derivado da função normativa, administrativa ou jurisdicional. Nesse caso, o prejudicado pode recorrer ao órgão encarregado dessa tutela para obter a suspensão ou a anulação do ato e restaurar a sua situação jurídica.

Essas formas especiais de proteção normalmente pressupõem o esgotamento das ações e recursos ordinários. Todas, sem exceção, inspiram-se em uma idéia fecunda, que assim pode ser resumida: a uma violação jurídica tão grave – ou seja, a que afeta um direito fundamental ou garantido diretamente pela Constituição – deve corresponder uma tutela judicial específica, adaptada ao caráter insubstituível do bem lesado, à urgência da sua reintegração e à inadequação de sanções tendentes ao mero equivalente econômico (cf. CAPPELLETTI, 1974, p. 2 e ss.).

Alguns exemplos desses mecanismos especiais são a *Verfassungsbeschwerde* na República Federal da Alemanha,¹⁷ o *recours de droit public* ou *Staatsrechtliche Beschwerde* na Suíça¹⁸ e a *Individualbeschwerde* na Áustria (cf. ÖHLINGER, in: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, dic. 1982, p. 543-544). Todos eles são interponíveis por quem se considere lesado nos seus direitos fundamentais. Uma função análoga é realizada pelo *habeas corpus*, tanto entre nós quanto nos países do *Common Law*. E assim também se dá com o *amparo* – instituto presente, por exemplo, na Espanha (cf., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, 1994) e no México, onde foi concebido.¹⁹ Porém, uma interpretação ampliada

¹⁷ Cf., por todos, Peter Häberle (2000); e Luís Afonso Heck (*Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 124, p. 115-133, out./dez. 1994).

¹⁸ Como explica Laura Poggi Ernst, o recurso individual direto por violação de direitos constitucionais – o chamado recurso de direito público –, interponível contra atos de uma autoridade pública dos cantões, é a principal via de acesso ao Tribunal Federal e a coluna-mestra do sistema de jurisdição constitucional da Suíça. Cf., sobre os requisitos de admissibilidade, o procedimento e a eficácia, *La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero* (apud TARCHI, 2000, p. 118-222); Pedro Cruz (1987, p. 57-61).

¹⁹ Cf. Mauro Cappelletti (*Enciclopedia del Diritto*, v. II, p. 329-330, 1958) e Alfredo Buzaid (1965, p. 134-148).

dos arts. 14 e 16 da Constituição mexicana converteu o *juicio de amparo* em um procedimento de proteção (também) dos direitos ordinários (assim como se dá com o nosso mandado de segurança). O amparo mexicano perdeu, desse modo, a característica original de um meio de tutela específica – e particularmente reforçada – dos direitos fundamentais.

Este trabalho tratará, sobretudo, do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos primários, porque esta é a parte mais rica do fenômeno e é nela que ingressa, diretamente, o tema escolhido.

Quanto ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, a gênese é bem conhecida. Na motivação da famosa sentença sobre o caso *Marbury v. Madison* (1803) – bem conhecida por todos, mas que permanece um ponto de referência obrigatório –, John Marshall observou que há um princípio sagrado, que se reputa essencial a todas as constituições escritas: uma lei em contraste com a Constituição é nula. Bem por isso, os juizes – assim como todos os outros órgãos e indivíduos – são obrigados a lhe negar execução, para que prevaleça a norma constitucional. Segundo uma explicação que fez escola, ou a Constituição é a lei suprema, imutável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível das leis ordinárias e como estas é modificável sempre que o legislador o queira. Se a primeira proposição é verdadeira, uma lei contrária à Constituição não é uma lei; se a segunda é correta, então as Constituições escritas são simplesmente uma absurda tentativa de limitar um poder que, por sua própria natureza, não é suscetível de limites.

Com esta argumentação simples e linear,²⁰ o controle de constitucionalidade foi introduzido, pela Suprema Corte, no ordenamento norte-americano, cuja Constituição, entretanto, não contém uma única disposição explícita a respeito dele.²¹ O controle

²⁰ Cf., para uma crítica quanto à consistência lógica do argumento, Carlos Santiago (1992, § 18, § 73, p. 675).

²¹ Em estudos clássicos, Edward S. Corwin fez um minucioso exame da base jurídica para o exercício, pela Suprema Corte, do controle de constitucionalidade sobre as leis federais e da opinião dos constituintes. Cf. *The Supreme Court and*

que o Judiciário reivindicou para si concede a todos os juizes – estaduais e federais – o poder de verificar se as leis (e os outros atos de império) estão em conformidade ou são compatíveis com os preceitos da Constituição. E isso para fiel cumprimento do seu dever de recusar aplicação a tudo que esteja em contraste com as normas constitucionais.

Na ciência jurídica, são bem raras as questões que admitem uma resposta *unívoca*. E, sobretudo em matéria constitucional, a solução ora é *deduzida*, ora é *pressuposta*. A Constituição dos Estados Unidos não contém *uma única* palavra sobre o controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte. Uma interpretação engenhosa, defendida, entre outros, por Alexander Hamilton,²² mas construída, sobretudo, por Marshall²³ (no célebre precedente que foi recordado), deu-lhe essa competência e, aparentemente, só se tornou perene porque, embora assumisse tal função, a Corte teve a sensibilidade de reivindicá-la em um caso no qual, *para torná-la efetiva*, não dependia da cooperação dos demais poderes, nem estes dispunham de meios práticos para *resistir à decisão*, a despeito do ambiente político – intensamente hostil, na época, ao Judiciário.²⁴

and Unconstitutional Acts of Congress (*Michigan Law Review*, v. 4, p. 616-630, 1905-1906); *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review* (idem, v. 12, p. 538-572, 1913-1914).

²² Cf. Alexander James John (1984, p. 575-582). Hamilton temia o despotismo democrático e, por isso, propôs um governo da maioria, mas com limites fixados pela Constituição. Para ele, a participação popular nas decisões políticas não era um fim em si, mas mero instrumento para a proteção dos direitos individuais. Cf., para uma análise do seu pensamento, Gottfried (*Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 3, p. 307-328, 1957); e *ibidem* (v. 42, n. 4, p. 501-518, 1957).

²³ Sobre a importância de John Marshall no Direito norte-americano e a sua contribuição para a influência assumida pelo Poder Judiciário, cf. Felix Frankfurter (*Harvard Law Review*, v. 69, n. 2, p. 217-238); Edward S. Corwin (*University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 1, 1955-1956); Michael J. Gerhardt (*William and Mary Law Review*, v. 43, 2001-2002).

²⁴ Cf. John Arthur (1995, p. 12); Henry J. Abraham (1998, p. 340/345); John Brigham (apud HALL, 1992, p. 465/466).

Como é notório, concorreu para esse extraordinário triunfo o cuidado, que a Corte Suprema sempre demonstrou, para não vulgarizar o exercício dessa atividade. Esse poder não foi, portanto, uma *dedução*, mas um *postulado* (cf. TRIBE, 1988, p. 23/27). Por uma linha alternativa – e igualmente racional –, seria perfeitamente possível recusá-lo à Suprema Corte, ao menos *quanto aos atos do Congresso*.²⁵ E, segundo a opinião de Oliver Holmes, não haveria, *só por isso*, conseqüências trágicas para a sobrevivência da Federação (cf. *Law and the Courtn Collected Legal Papers*, 1920, p. 295/296).

A idéia de confiar aos juizes o controle das leis demorou, entretanto, a se expandir. Ela não foi repelida apenas na Inglaterra, onde tinha contra si o princípio fundamental da *supremacy of the Parliament*, que, aliás, ainda permanece relativamente íntegro, apenas abalado, parcialmente, pela adesão do Reino Unido à União Européia.

Também nos demais países de *common law*, por todo o século XIX e enquanto durou a vinculação ao Império, prevaleceu o preceito segundo o qual as Cortes estão vinculadas ao princípio da estrita subordinação à lei. Eventuais dúvidas de conformidade das leis dessas colônias com as “leis do Reino da Inglaterra” eram resolvidas pelo *Privy Council* da Coroa Britânica.²⁶ Só no século XX a *judicial review of legislation* ingressou em outros ordenamentos da mesma família (por exemplo, Canadá e Austrália). E isso na exata medida em que as “Cartas” ou Constituições, outorgadas pela Coroa, de instrumentos de domínio se converteram em armas de defesa e de controle da atividade legislativa.

Na Europa, a experiência política do século XIX acolheu o princípio da rigidez da Constituição, mas, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, ele não foi utilizado para gerar formas de controle dos atos normativos mediante meios repressivos exter-

²⁵ Cf. Alexander Bickel (1962, p. 1/14); John Hart (1980, nota 11, p. 186); Laurence Tribe, op. cit., p. 25.

²⁶ Sobre o *Privy Council* e sua importância central para a organização de um Estado nacional inglês, cf. John P. Dawson (in: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 4, p. 393-428 [primeira parte], 1950; e *idem*, v. 48, n. 5, p. 627-650 [segunda parte], 1950).

nos e por incumbência de juízes. Essa expansão do controle judicial foi frustrada pelo mito da soberania da lei e pelo conseqüente respeito ao princípio da supremacia do parlamento, direto representante do povo.²⁷

“Tanto a instituição do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos quanto sua rejeição na Europa” – escreve Gottfried Dietze – “resultaram de um desejo de libertar o indivíduo da opressão governamental”.²⁸ Sendo, entretanto, distintas as condições históricas,²⁹ o que na Europa se difundiu foi uma forma de controle *político*, em que o respeito à Constituição foi entregue à lealdade do legislador e das forças que o apoiavam.

O exemplo americano só encontrou suas primeiras adesões no final do século XIX. No direito suíço, por exemplo, e no norueguês, no qual foi se afirmando como “incontestável” o poder, peculiar a todos os tribunais, de verificar a harmonia entre as leis³⁰ e a Constituição, com a conseqüente negativa de aplicar – no caso concreto – a norma que fosse considerada inconstitucional. Mas mesmo essa modalidade de *judicial review* não produziu o resultado que obtivera nos Estados Unidos. Entre outros motivos, porque a Magistratura européia não tinha suficiente influência política nem estava disposta a desenvolver com coerência e empenho o controle de constitucionalidade – missão sabidamente delicada pelo intenso potencial de oposição ao Gover-

no. Faltavam especialmente órgãos comparáveis à Suprema Corte norte-americana, com força para se contrapor ao poder político, em relação ao qual permaneceram fiéis, por muito tempo, ao seu velho papel de meros auxiliares.

Porém, com a Constituição austríaca de 1920 houve uma notável mudança de rumo. De acordo com um projeto elaborado por Hans Kelsen,³¹ surgiu um tribunal com a função específica de protegê-la. Um órgão destacado da magistratura ordinária, composto de modo a refletir um equilíbrio entre a cultura jurídica e a experiência política, com poderes em teoria equivalentes aos da Suprema Corte norte-americana e comparável a esta quanto ao prestígio e à colocação institucional. Esta foi a gênese de um novo instituto – a Corte Constitucional –, com o qual finalmente surgiu um modelo europeu para o controle de constitucionalidade dos atos normativos. E esse método, por estar mais adaptado às características políticas locais, logo se difundiu por boa parte do Continente.

As primeiras experiências foram efêmeras: são célebres os casos da República da Tchecoslováquia de 1920 e da Espanha de 1931 (cf. CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 277-419). Mas, após a Segunda Grande Guerra, acabaram se firmando de modo duradouro e com notável êxito. O que favoreceu a difusão do novo instituto foi o clima político, marcado pelo descrédito do princípio da supremacia do parlamento e do mito de soberania da lei. Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia e Bélgica instituíram Tribunais ou Cortes Constitucionais com a função específica de velar pela conformidade das leis com a Constituição.³² Focalizando essa questão, bem observou Nicolò Trocker: a Europa que saíra da experiência das ditaduras convencer-se, finalmente, de

³¹ Sobre a contribuição de Kelsen à instituição do Tribunal Constitucional austríaco, cf. Caravita (1985, p. 40-43, 46-50 e 57-67); e Schmitz (in: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 240-265).

³² O elenco é meramente exemplificativo: também foram instituídos Tribunais Constitucionais em outros países, como, por exemplo, o Chipre, a Turquia e a Iugoslávia. Sobre a expansão do controle de constitucionalidade, cf. Cappelletti (in: *California Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1.033-1.039, Oct. 1970); Zagrebelsky (1988, p. 33-37).

²⁷ Cf. Gottfried Dietze, (in: *Michigan Law Review*, 1956-1957, v. 55, p. 539-566, especialmente p. 550-558).

²⁸ No original: “Both the establishing of judicial review in America and its rejection in Europe resulted from a desire to make the individual free from governmental oppression”. Cf. *America and Europe – Decline and Emergence of Judicial Review*. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.236, Dec. 1958.

²⁹ Gottfried Dietze demonstra que as condições históricas que precederam a Independência Americana e a Revolução Francesa tiveram um importante papel nessas diferenças institucionais: nas colônias inglesas, o Parlamento era visto como o principal opressor; na França (mas, de um modo geral, por toda a parte continental da Europa) o rei era o tirano e os juízes, seus prestimosos auxiliares. Cf. *America and Europe – Decline and Emergence of Judicial Review*. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.241, Dec. 1958.

³⁰ No caso da Suíça, tão-somente as dos cantões. Cf. Cappelletti, 1955, p. 23-35; Cruz Villalón (1987, p. 53-57).

que em uma democracia constitucional não há lugar para “soberanos absolutos”.

Além disso, a experiência totalitária revelou que era preciso proclamar e proteger – a sério – os direitos e as liberdades fundamentais do indivíduo. E assim, enquanto a Constituição da Áustria de 1920 se limitava, em última análise, a preparar uma lei orgânica do Estado federal austríaco, as Constituições mais modernas (Alemanha, Itália, Espanha etc.) têm uma ampla e complexa parte dedicada à configuração ou ao reconhecimento dos direitos fundamentais. O papel por elas aberto ao controle e à obra de concretização das Cortes supera, pois, a função de equilíbrio e garantia do correto funcionamento do mecanismo federal, originalmente atribuída ao Tribunal Constitucional austríaco.

Essa impressionante expansão da Justiça Constitucional não se limitou à Europa ocidental. Depois da Segunda Grande Guerra também houve novas adesões na Ásia (um caso importante foi o do Japão)³³ e na América Latina. Entre nós, o controle, em teoria, é tão velho quanto a República, mas a história acidentada desta, com uma triste sucessão de Constituições e de golpes de estado – aliada a uma fraqueza congênita do Poder Judiciário – não permitiu que o instituto prosperasse. Por isso mesmo, durante muitos anos esse instituto foi, com boa vontade, uma espada de papel. Nem poderia realmente funcionar em um ambiente no qual as diversas Constituições eram, na prática, menos rígidas e respeitadas do que o Código Civil e mais vulneráveis do que algumas leis do Império, como, por exemplo, o vetusto Código Comercial.

O controle *judiciário* de constitucionalidade é previsto em vários ordenamentos, mas não é realizado sempre da mesma forma. Segundo a classificação mais famosa, pode manifestar-se em duas modalidades típicas, conforme seja:

³³ Criada em 1947, a Suprema Corte raramente declarou alguma lei inconstitucional (somente quatro vezes até 1973). Entretanto, conquistou gradualmente grande influência, sobretudo em relação aos juizes. Cf. Danelski (in: *Notre Dame Lawyer*, v. 49, jun. 1974, p. 955-980).

a) difuso, isto é, confiado a todos os órgãos judiciais inferiores e superiores, estaduais e federais, que o atuam por ocasião do exercício de sua competência, sobretudo no momento da decisão da controvérsia e com eficácia limitada ao caso concreto; ou

b) concentrado, isto é, reservado a um único órgão judiciário, em regra especialmente constituído – a Corte ou Tribunal constitucional –, o qual examina a questão de constitucionalidade em seu alcance geral e a resolve com eficácia *erga omnes*.

O modelo difuso penetrou sobretudo nos países do *common law*. Já o método concentrado expandiu-se nos países de *civil law*.

A opção dos países de base romanística pela criação de uma Corte constitucional específica deve-se, sobretudo, à consciência de que um método que autoriza cada juiz, individualmente, a não aplicar a lei sempre que a considere em contraste com a Constituição – sem algum ponto de referência de alcance geral – gera o risco de se produzir uma situação de confusão e de incerteza do direito (cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 1.041-1.045). Esta, no entanto, não surge (ou, pelo menos, se reduz a uma medida tolerável) nos Estados Unidos (e nos outros países do *common law*), onde a última palavra, em razão do sistema das impugnações, compete em definitivo a uma Corte Suprema, cujas pronúncias são aceitas como tendentes a vincular todos os outros juízes, por força da regra do *stare decisis*.

Além disso, nos ordenamentos de *civil law*, a magistratura ordinária, ao contrário do que acontece com a dos países de *common law*, é constituída usualmente por juízes de carreira selecionados por um modo burocrático e tais magistrados, segundo originalmente se dizia, eram pouco habilitados a realizar tarefas e a exercer poderes com alto potencial de criatividade, como é o caso do controle de validade substancial das leis (ibidem, p. 1.045-1.049). De resto, as Cortes que ocupam o vértice do sistema judiciário nos países de *civil law* não são nem compactas nem homogêneas, faltando-lhes, portanto, as qualidades típicas das Cortes superiores dos países de *common law* que asseguram a autoridade de suas decisões. No entanto, a criação de um órgão *ad*

hoc, como a Corte constitucional, cujos membros são escolhidos de modo a ligá-los às forças políticas e sociais, propicia ao instituto uma qualificação democrática suficiente para impedir que o órgão de justiça constitucional se isole da sociedade.

Aliás, na opinião de uma influente doutrina, o controle de constitucionalidade que se desenvolve segundo as técnicas do processo jurisdicional encontra a sua verdadeira legitimação democrática menos na composição do órgão do que no respeito às garantias formais enunciadas nos conhecidos aforismas *nemo iudex sine actore* e *audiatur et altera pars*. São tais garantias que tornam o processo jurisdicional o mais aberto à participação entre todos os que são realizados pelo Estado.³⁴

Quanto ao modo de ativar o controle judiciário, são bem conhecidas as diferenças. No sistema difuso as questões de constitucionalidade somente podem ser suscitadas *como prejudicial*³⁵ no curso de um processo comum (civil, penal ou de outra natureza) e somente se a lei cuja legitimidade constitucional se discute for *relevante* para a decisão daquele caso concreto. No sistema concentrado, ao contrário, o controle por parte do órgão de justiça constitucional pode ser solicitado não apenas como um incidente, por ocasião de um processo judicial qualquer, mas também por meio de uma demanda específica, franqueada a um círculo restrito de sujeitos (minorias parlamentares, órgãos de governo, certos cidadãos etc.).

³⁴ Cf. Mauro Cappelletti (in: *Southern California Law Review*, v. 53, p. 437, 1979-1980); idem, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*. 1960, p. 38-43 (separata da *Rivista di Diritto Processuale*, a. 15, 1960, p. 376-417).

³⁵ Na Itália – onde o tema foi discutido com muita profundidade e à luz do art. 34 do seu CPC – essa qualificação é polêmica:

a) para alguns juristas, trata-se de questão prejudicial em sentido próprio (cf., por exemplo, CAPPELLETTI, 1957, p. 11 ss. e passim; CALAMANDREI, 1968, v. III, p. 348 ss.; GIONFRIDA, 1957, v. II, p. 95 e ss.; MORTATI, 1957, p. 366 e ss.; ROMANO, 1958, p. 191-192);

b) para outros, o atributo está presente, apenas, na acepção lógica – e não no sentido técnico-jurídico (cf., por exemplo, TROCKER, 1988, fasc. 3, p. 801 e ss.; LIEBMAN, 1957, p. 519; idem, 1958, p. 162; ANDRIOLI (1992) p. 3 e ss.; SATTA, 1959, v. I, p. 32 e ss.; idem, *Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo*. 1959, p. 593).

A maior abertura da iniciativa permite que o modelo concentrado submeta ao controle leis que escapariam de toda possibilidade de apreciação na via incidental, porquanto inidôneas, pelo seu próprio conteúdo, a gerar lides concretas. Porém, essa mesma técnica não está livre de certo perigo: uma forte “politização” do órgão de justiça constitucional, ou pelo menos do seu papel, não tanto pela quantidade dos processos que convergem para ele, quanto pela qualidade de tais demandas e pelas conseqüências também políticas ligadas ao teor e aos efeitos das decisões.

De resto, nas hipóteses de controle pela via principal o objeto do julgamento é o pleno potencial normativo da disposição impugnada – e não a norma que tenha relevância para aplicação em hipóteses de incidência concretas. Esse objeto indiscriminado – quando não seja atenuado por uma cuidadosa atitude de *autocontenção* – pode levar a Corte Constitucional a perigosas valorações de mérito e a discutíveis juízos de conveniência política.³⁶

Ao lado do controle judiciário, mas geralmente em lugar dele, alguns ordenamentos prevêm um controle *político* de constitucionalidade das leis. Típico é o caso da França. Um controle político associado a formas de controle judiciário também é previsto, por exemplo, na Constituição portuguesa de 1976. Nesses casos, ele é externo quanto ao órgão controlado, mas interno ao procedimento legislativo e anterior à vigência da lei. De acordo com a explicação tradicional, não se trata de um controle repressivo sobre as ações do parlamento, mas antes de um limite à ação da maioria legislativa. Várias razões inspiraram a preferência por esse método. No caso francês, o tradicional respeito ao princípio da separação dos poderes – concebido de modo rígido – e o renitente temor de um *gouvernement des juges*, com apego ao passado e capaz de criar obstáculos à vontade das majorias reformadoras.

³⁶ Esse risco esteve no centro da famosa polêmica entre Schmitt e Kelsen, adeptos, respectivamente, da concepção política e da concepção judiciária da garantia constitucional. A respeito, cf. Zagrebelsky, 1989 [reimpr. da ed. 1988], p. 28-33; Kelsen, 1981, p. 143 e ss. e 229 e ss.; Schmitt, 1981.

3 Estrutura e classificação das normas constitucionais (regras, princípios e valores)

Com exceção da supremacia (atributo de que todas gozam), as normas constitucionais nem sempre apresentam as mesmas características e, justamente por isso, podem ser classificadas por múltiplos critérios. Um deles divide três grupos (cf. SANCHÍS, 1998, p. 58-61), em atenção:

- a) à estrutura do enunciado lingüístico;
- b) ao modo de resolver eventuais conflitos;
- c) às técnicas de interpretação e justificação.

São identificadas, desse modo, as seguintes espécies: as regras, os princípios e os valores.³⁷ Essa distribuição em três classes não é consensual. Há quem negue que o critério subjacente seja exato ou útil. Para outros, é admissível e conveniente, mas só há lugar para duas categorias, pois entre os princípios e os valores não existe diferença. Terceiros, entretanto, propõem que ambos sejam estremados (em relação às regras e entre si), ou porque formam classes distintas ou porque os valores demarcam as fronteiras legítimas entre as interpretações que o legislador e o juiz podem fazer da Constituição (no

primeiro caso, uma interpretação política; no segundo, uma interpretação jurídica).

Contudo, essa divisão tríplice é a que será seguida aqui. O motivo é puramente pragmático: o método em apreço favorece a análise de hipóteses que, nas experiências de Justiça Constitucional, não têm sido assimiladas. Justamente por isso, simplifica a compreensão do controle de constitucionalidade e facilita certas distinções quanto à sua extensão e profundidade (isto é, permite compreender melhor os assuntos de que tal atividade pode se ocupar e os efeitos que ela é suscetível de produzir).

Conforme uma antiga concepção doutrinária, três elementos constituem uma norma jurídica: a descrição hipotética de um fato (“matar alguém”), o nexa deontico (“será punido”) e a conseqüência (“seis anos de reclusão”). Essa estrutura, entretanto, só é típica de algumas normas: as regras. Para as demais, a formulação é distinta. E assim se dá, antes de mais nada, com os princípios. Estes são as normas em que:

- a) não há a determinação do fato;
- b) não há a prescrição de uma conduta;
- c) ou nas quais um daqueles elementos comparece de modo fragmentário.

Tratando-se de uma regra, “as propriedades que compõem o caso constituem um conjunto finito e cerrado” (cf. ATIENZA; RUIZ MANERO, 1996, p. 9). Logo, teoricamente é possível determinar todas as hipóteses em que cabe sua aplicação. No entanto, perante um princípio (o da igualdade, por exemplo), é impossível formular uma lista exaustiva das hipóteses de incidência.

Os princípios, por seu turno, dividem-se em duas categorias, conforme a indeterminação recaia sobre o suporte fático ou sobre a conseqüência jurídica. Só o primeiro pode ser utilizado como fonte de um direito (ou de pretensões subjetivas). O segundo – que não impõe nenhuma conduta concreta – é próprio de um programa político ou da legislação: trata-se de simples diretriz e compete ao legislador articular os instrumentos tendentes a tornar efetivo o comando constitucional, sem que, *a priori*,

³⁷ Roscoe Pound também distribuía as normas jurídicas em três tipos, conforme a sua estrutura: *rules, principles e standards*. No primeiro tipo (*rules*), há uma descrição completa da hipótese normativa e das respectivas conseqüências. No segundo (*principles*), a indefinição recai sobre a hipótese de aplicação e sobre os seus efeitos (a função é a de criar regras por meio da argumentação). No terceiro (*standards*), fixam-se os limites gerais de condutas admissíveis, para aplicação de acordo com as circunstâncias de cada caso. Daí sua maior flexibilidade. O autor dá alguns exemplos, entre os quais estes: 1) os Estados somente podem adotar o ouro ou a prata como moeda; 2) quem recebe da Constituição uma competência deve ter os meios necessários para exercê-la efetivamente e 3) o “dever de atuar com cuidado” e o “due process of law”: aquele, a fonte por excelência da responsabilidade civil; este, de inúmeros direitos. É importante observar, entretanto, que, para esse autor, nenhum sistema jurídico é redutível a normas (também inclui as teorias, as concepções e as técnicas tradicionais de aplicação). Cf. a introdução à National Consumers’ League, *The Supreme Court and the minimum wage*: comment by the legal profession on the District of Columbia case. New York: New Republic, 1925, p. XVI-XX; e Hierarchy of sources and forms in different systems of law. In: *Tulane Law Review*, v. VII, n. 4, p. 482-486, 1933.

nenhum deles seja constitucionalmente compulsório (cf. SANCHÍS, op. cit., p. 56-57). São os últimos que ingressam na categoria dos valores (em rigor, mera espécie de princípios).

A classificação em apreço oferece especial interesse para distinguir o modo como princípios e regras se comportam quando entram em conflito com figuras de sua própria classe. É aí que incide, para os primeiros, a ponderação. Ou seja, essa colisão é resolvida conforme as circunstâncias do caso. Essa técnica significa que há entre os princípios uma relação de preferência condicionada – e não uma precedência absoluta (ibidem, p. 57-58).

A importância extraordinária da ponderação é explicável pelo caráter do constitucionalismo do pós-guerra, no qual o modelo tradicional de resolver os conflitos entre regras é inútil, pois a Constituição já não é um documento que consagra valores homogêneos: acolhe, antes, um amplíssimo conteúdo material de princípios e direitos fundamentais tendencialmente contraditórios. Somente ponderando é possível manter a coexistência e a igualdade abstrata entre normas ou direitos que refletem valores heterogêneos, próprios de uma sociedade pluralista, que, entretanto, pretende se manter unida em torno da Constituição (ibidem, p. 61 e ss. e, especialmente, p. 66).

4 A interpretação constitucional: limites e peculiaridades (o delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito)

Toda linguagem – inclusive a usada pelo Direito – se expressa por enunciados, que são redutíveis a duas funções principais, conforme a intenção seja *descrever* um fato ou *dirigir* o comportamento alheio. No último caso, há muitos modos de expor a mensagem: por um pedido, um conselho, uma exigência ou uma ordem. A frase, só por si, não é decisiva, porque fundamental é o contexto em que é proferida. Importa, sobretudo, se há (ao menos tacitamente) a ameaça de uma sanção. Somente quando isso ocorre a conduta pretendida é obrigatória. E só nessa hipótese trata-se de uma *prescrição* ou *comando*.

Muitos comandos condicionam (ou pretendem condicionar) a vida humana. O que varia é a

conseqüência do seu descumprimento. Algumas vezes tudo se limita ao âmbito psíquico. Tal é o caso dos preceitos que o indivíduo dirige a si mesmo (como a promessa de caminhar em um parque todos os dias). A sanção, nessa hipótese, é interna. Mais relevante é a sanção externa, que assume diversas modalidades. Eventualmente, o mero desprezo (que muitas pessoas endereçam, por exemplo, a quem vulnera as regras de cortesia). Entretanto, é mais frequente que a sanção consista na previsão de meios violentos, tendentes a superar a resistência. A norma jurídica pertence à última classe. Ela se distingue, sobretudo, por uma circunstância: é garantida por uma coação legítima, prometida pelo Estado.

Por ora, basta enfatizar que o ordenamento jurídico é composto por enunciados ou textos, que resultam da produção normativa. Ou seja, é gerado pelo discurso da autoridade normativa (cf. BOBBIO, apud SCARPELLI, 1976, p. 342-367). O ideal seria que daí surgisse um conjunto unitário, coerente e completo, como convém a um sistema. Mas não é assim. Há, na verdade, muitas autoridades com poder normativo: a referência ao legislador (no singular) facilita a comunicação, mas é sempre ilusória.

Além de se tratar de uma obra coletiva, o seu aperfeiçoamento é paulatino e reflete a contínua influência de gerações sucessivas. Os textos normativos têm, em suma, muitos autores e as várias contribuições não são contemporâneas. Há, assim, duas dimensões férteis em incoerências: a primeira é sincrônica; a segunda, diacrônica. Nos dois casos é necessário atribuir um significado aos preceitos em que as normas são veiculadas e ordená-las.

Entra agora uma distinção importantíssima: uma coisa é o texto; outra, o seu significado. O primeiro produz o segundo, mas com a intermediação do intérprete. Por isso, é mais exato empregar termos diversos para designar, de um lado, o mero enunciado normativo e, de outro, o sentido que lhe seja atribuído e sem o qual não pode ser aplicado. Com essa cautela, marca-se bem a diferença entre o *objeto* e o *produto* da interpretação: ali o enunciado figura em estado puro, como uma pedra preciosa antes da lapidação; aqui, lapidado pelo artista e pronto para o uso segundo a sua função característica.

Para evitar mal-entendidos, devem ser esclarecidos alguns termos. Enunciado é a unidade mínima de comunicação lingüística. Ou seja, uma expressão de forma sintática completa e dotada de autonomia semântica. Quando sua função não seja transmitir conhecimentos, mas *dirigir, influenciar ou modificar* comportamento humano, trata-se de um enunciado normativo – ou disposição. O seu conteúdo de significado é melhor expresso pela palavra “norma”. Por esse ponto de vista, não há, propriamente, “interpretação de norma”. A interpretação jurídica versa sobre disposições e delas extrai normas. Os dois conjuntos são diversos e entre eles não há uma correspondência biunívoca.³⁸ Para isso, há três razões, sendo a última a fundamental:

- a) a mesma norma pode ser formulada em modos muito diferentes – isto é, expressa por disposições diversas;
- b) uma única disposição pode exprimir várias normas cumulativamente;
- c) cada disposição não exprime potencialmente uma única norma, mas várias: o número coincide com os das interpretações divergentes que ela receba ou possa receber.³⁹

A interpretação consiste, pois, na atribuição de significado a textos.⁴⁰ É uma atividade puramente intelectual e pode ser realizada por qualquer um (o legislador, o jurista, o cidadão etc.). Distingue-se, portanto, da aplicação, que é um momento lógica-

mente sucessivo e uma função própria de órgãos específicos (tipicamente, os juizes e as autoridades administrativas).

Em sua forma mais singela, o discurso interpretativo apresenta-se assim: A disposição “d” exprime a norma *n*. Esta fórmula é de fácil apreensão: ‘d’ é a citação textual de outro discurso (a lei, o contrato etc.). Por isso mesmo, está entre aspas. E *n* é o sentido atribuído ao discurso alheio – ou seja, o significado proposto para a disposição.

Para Riccardo Guastini – que usa tal fórmula –, esse modo de explicar a atividade permite enfatizar três pontos importantes:

Em primeiro lugar, o discurso interpretativo é um discurso (do jurista, do juiz, etc.) que versa sobre um outro discurso (do legislador, dos contraentes, etc.): é o que se diz uma metalinguagem, cuja linguagem-objeto é a disposição interpretada. Em segundo lugar, no discurso interpretativo deve-se distinguir: a disposição, que é objeto da interpretação, e a norma, que é produto da interpretação. Em terceiro lugar, disposições e normas não são, porém, coisas sensivelmente diversas; umas e outras são entidades lingüísticas, ou seja, enunciados normativos; não existe outro modo de formular uma norma se não mediante palavras, isto é, por meio de um enunciado. Disso resulta que interpretar uma disposição equivale a reformulá-la em outras palavras. (Op. cit., item 2.1, p. 2)

Um enunciado interpretativo pode ser empregado em dois modos bem diversos: para atribuir um significado (hipótese mais frequente) ou para descrever interpretações, como, por exemplo, o sentido que foi ou tem sido atribuído a certa disposição. Por isso, Guastini adverte:

Ora, de um discurso descritivo faz sentido perguntar se é verdadeiro ou falso, porquanto sua correspondência aos fatos pode ser controlada. Mas de um discurso atributivo não faz sentido indagar se é verdadeiro ou falso, porque ele não relata nada. É, portanto, insensata a

³⁸ Correspondência biunívoca é expressão corrente na Matemática. Significa a relação entre dois conjuntos em que a cada elemento do primeiro corresponde apenas um elemento do segundo, e vice-versa.

³⁹ Este parágrafo condensa – e, infelizmente, empobrece – a lição de Riccardo Guastini (cf. 1989, item 1.3, p. 1/2).

⁴⁰ Convém ressaltar, porém, que uma coisa é interpretar um documento normativo e outra, interpretar um ato. No primeiro caso, trata-se de atribuir significado às palavras que o documento contém. No segundo, conferir um certo valor (por exemplo, jurídico, político ou social) e, portanto, uma qualificação normativa. Assim, quando interpreto um ato como crime (e não como uma manifestação artística), atribuo a ele o valor jurídico de um crime, empregando normas de direito penal. Cf., nesse sentido, Guastini, op. cit., item 1.1., p. 1.

questão tradicional: se existe uma interpretação “verdadeira”. Uma interpretação pode ser mais ou menos argumentada e persuasiva, mas em nenhum caso pode ser verdadeira (ou falsa). De qualquer modo, já é assente na doutrina que a linguagem dos documentos normativos é – como todas as linguagens não formalizadas – vaga e ambígua. E, não existindo uma coisa como o “significado próprio” das palavras, falta um critério objetivo para aceitar uma interpretação (“d” significa *n*) e rejeitar outra (“d” significa *n*). (Ibidem, p. 3)

Pelas razões expostas, os significados das disposições (as normas) não preexistem à interpretação. Esta, porém, não é arbitrária, pois os procedimentos interpretativos têm limites e os discursos dos intérpretes sujeitam-se a controles. O ponto merece aprofundamento.

Em toda disposição há, normalmente, um núcleo de significado certo (ou quase certo) e uma vasta área de incerteza, que abrange muitos significados possíveis. O último setor é a chamada zona de penumbra, em cujo âmbito o intérprete se move com alguma liberdade. Por isso, sua atividade não envolve puro conhecimento: também consiste em avaliar e decidir. Mas submete-se a alguns vínculos, que propiciam a crítica e o controle público. Há, em primeiro lugar, as disposições que orientam ou disciplinam a interpretação. Em segundo lugar, pesa um fator cultural: em qualquer ambiente, os usos lingüísticos de uma expressão sempre constituem um conjunto finito. Os significados incompatíveis com os enunciados normativos ou estranhos aos hábitos do grupo tendem a ser repelidos e é provável que se destinem ao insucesso.

Para propiciar o controle, é fundamental que o intérprete justifique suas escolhas interpretativas. Nisso consiste a motivação e é ela que permite verificar se há congruência entre os argumentos e a decisão. Bem por isso, é claro que ela serve para inibir a interpretação que não seja suscetível de uma argumentação razoável.

Não raro se diz que a interpretação constitucional apresenta certas peculiaridades. E isto porque a plena compreensão do preceito normativo só seria propiciada pelo caso concreto a resolver, fora

do qual não haveria, propriamente, interpretação constitucional, mas mera exegese (cf. COMPARATO, 1996, p. 62/63, 74/77, 154/156 e 197).

A esse respeito, Fábio Konder Comparato ensina:

Hoje [...], o método hermenêutico mais autorizado em matéria constitucional é o da *concretização*. Segundo ele, o sentido e alcance de uma norma jurídica nunca se colhe *in abstracto*, antes de suscitado o problema vital a resolver. A verdadeira inteligência normativa só se acende em contato com o fato controvertido. A norma, isolada da realidade concreta, é suscetível de uma leitura meramente formal e, por isso mesmo, estéril: ela não produz soluções, mas presta-se, quando muito, a uma análise literária, isto é, conceitual ou sintática.⁴¹

É duvidoso, porém, que se trate de uma diferença específica da interpretação constitucional. O que distingue a interpretação constitucional de qualquer atividade do mesmo gênero não é uma característica dela própria (cuja estrutura, no fundo, é uma só), mas apenas o objeto em que incide, como, aliás, já observara Marshall, ao recomendar que o texto constitucional não fosse interpretado como um testamento. De qualquer modo, compreende-se a ênfase que a doutrina tem dado a essa diferença (suposta ou efetiva): toda Constituição moderna é rica, sobretudo, em princípios e são estes que geralmente dão margem aos mais graves conflitos de interpretação. Daí a extraordinária importância, nessa hipótese, do fato controvertido: somente a apreciação de cada caso permite a gradual atribuição de significado aos preceitos constitucionais.

5 A motivação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade: importância e função

De acordo com um mito ainda vivo no debate político, mas que já está sensivelmente desacredi-

⁴¹ Cf. op. cit., p. 197; no mesmo sentido, Hesse, 1998, § 20, III, n. 60-78, p. 61/70.

tado na doutrina jurídica, o juiz realizaria uma atividade de mecânica tradução para o singular de previsões legislativas gerais: a ele competiria, simplesmente, aplicar a norma ao caso concreto, para extrair das disposições normativas significados unívocos, soluções pré-constituídas e interpretações exatas. Não teria, assim, um poder real, porque ligado à simples aplicação da norma jurídica ao caso concreto, mediante uma operação automática de recondução do particular ao universal, regida pelo falso pressuposto de que o preceito seria, só por si, suficiente para ser imediatamente convertido em prescrições individuais de comportamento.

Essa idéia, segundo a qual os juízes seriam, por assim dizer, seres inanimados, que não poderiam moderar nem a força, nem a rigidez da lei, mas simplesmente pronunciar suas palavras, nasceu da preocupação de assegurar ao mesmo tempo a supremacia da lei e a sua aplicação imparcial, numa época em que, sobretudo na França, os abusos da casta judiciária – que extraía o seu poder da incoerência do Direito e da obscuridade da lei – eram particularmente sentidos e entravam em contraste com as tentativas de racionalização empreendidas pelos monarcas absolutistas.

Entretanto, a cultura predominante na época contemporânea – ao menos nas democracias ocidentais – já adquiriu consciência de que o momento criativo não pode ser eliminado da interpretação e vê o *proprium* da jurisdição, simplesmente, na imparcialidade do juiz e na sua independência. Este, em suma, é encarado como alguém que, colocado entre duas partes contrapostas, escuta as razões de ambas e edita uma decisão que não se inspira por nenhum interesse próprio, mas só pela objetiva aplicação da norma pertinente ao caso concreto. Certamente contribuiu para isso a crise de generalidade da lei e a convicção de que esta é, freqüentemente, uma decisão parcial, obtida por grupos de pressão ou, quando muito, um compromisso transitório entre forças parlamentares portadoras de interesses setoriais. Daí, precisamente, a importância de que haja a possibilidade efetiva de decisões imparciais e que os juízes sejam, de fato, órgãos independentes do poder político, visto hoje como o reino, por excelência, da parcialidade e do arbítrio.

A independência funcional dos juízes explica-se, exatamente, em razão da sua imparcialidade. Por ela, cuida-se de livrá-los de ordens ou instruções de outras autoridades, ainda que integrantes da própria Magistratura.⁴² Desse modo se assegura que o juiz possa agir segundo sua convicção racional e sem o receio de represálias, tanto dos agentes investidos de poder político quanto de particulares. É livre, pois, para exprimir o próprio convencimento quanto à matéria de fato e ao sentido do preceito que deva aplicar. Mas, porque se trata de liberdade para discernir – e não para expressar uma simples impressão subjetiva –, deve expor o seu critério. Daí o dever de motivação, imposto entre nós na Constituição Federal (art. 93, inciso IX).

A argumentação judicial desenvolveu historicamente um estilo mais depurado e persuasivo do que as exposições legais e as motivações administrativas,⁴³ “talvez porque tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo baseiam sua legitimidade na justificação de sua origem, mais do que na racionalidade de suas decisões” (cf. GASCÓN ABELLÁN, 1993, p. 9). Situada hoje, ao lado da dogmática, como o paradigma da argumentação jurídica, é provável que o interesse pelo tema tenha crescido ao mesmo tempo em que diminuiu a confiança na tese de que um juiz neutro – empregando a lógica ou outro método seguro – sempre pode encontrar uma única resposta correta para cada caso concreto (ibidem, p. 10).

Há uma relação interna entre o atributo “correto” e o conceito de justificação: quem afirma que alguma coisa é correta, subentende que é possível justificá-la com boas razões (cf. ALEXY, 1998, n. 9, p. 105). Mas, em última análise, é a sua exposição metódica que pode ser controlada: não a intenção de quem a proferiu. A motivação é esse discurso justi-

⁴² A literatura sobre o tema é vastíssima e está em permanente ampliação: cf., *v.g.* Guarnieri, 1981, especialmente p. 103/109; Castanheira Neves, 1983, p. 18/20 e 101 e ss.

⁴³ Sobre os aspectos históricos da motivação de decisões judiciais e sua importância, cf. Dawson, 1968, especialmente p. XI-XII, 85-88, 376/80 e 504. Outros textos fundamentais: Taruffo, 1975; idem, 1999, p. 772/789.

ficativo e cumpre uma função específica: permitir que a decisão seja considerada válida e justa.

Há aqui uma interdependência entre forma e substância: uma decisão judicial, para ser justa, pressupõe a validade (e a justiça) do procedimento em que foi proferida e um determinado método para sua prolação. Ou seja, somente contém essa qualidade quando, a) tendo surgido após um procedimento justo e válido e b) sendo proferida como a resposta adequada à compreensão dos fatos relevantes da demanda, nela o preceito jurídico pertinente ao caso tenha sido c) interpretado e aplicado corretamente.

Tratando-se do controle de constitucionalidade (no qual há ampla abertura para os valores morais), a exposição dos motivos assume especial importância, pois dela depende a legitimação dessa atividade, que integra o conceito de democracia constitucional. Aliás, é sabido que só o poder democrático presta contas de suas razões. É aqui, precisamente, que está a fronteira entre o seu exercício autoritário ou racional: a motivação deve fornecer fundamentos racionalmente organizados. A ela não pertencem as divagações, os argumentos supérfluos ou tudo que dissimula e não justifica as escolhas decisórias do juiz. Sobretudo quando se trata das decisões de uma Corte Suprema ou de um Tribunal Constitucional, sua destinatária precípua é a opinião pública, que é livre para submetê-la a um controle político.⁴⁴

A tendência, entre nós, é que esse controle da motivação seja monopolizado pelos juristas. Antes de mais nada, porque é a classe que tem o preparo

⁴⁴ Em 1975, durante a ditadura militar, o ex-ministro Aliomar Baleeiro foi convidado a fazer um prognóstico quanto ao retorno ao Estado de Direito e com relação ao papel que a esse respeito podia ser prestado pelo STF. A resposta dada por ele condensa sua dupla experiência como político e jurista: “[...] a volta à plenitude do estado de direito dependerá mais dos atos e atitudes do Congresso, do Presidente da República e de outras instituições nacionais, além do próprio povo. Deste, contei já o que ouvi dum coronel eleitoral dos sertões: ‘povo, Dr. Aliomá, é a Maria-vai-com-as-outras; mas as outras só vão para onde ela vai[...]’.” (cf. VALE, op. cit., p. 181).

cultural específico e os instrumentos práticos para exercer esse poder de modo efetivo. Além disso, a linguagem técnica se tornou extraordinariamente complexa e é notório que nossos juízes (como, aliás, os advogados) normalmente abusam do tecnicismo e não escrevem para a compreensão do leigo – e sim do grupo restrito ao qual pertencem, cujos integrantes são dotados, como eles, de instrução jurídica.

Essa, porém, é uma tendência nefasta, à qual convém resistir. O Direito vigente – dizia Carlos Santiago Nino – integra um fenômeno de maior amplitude, i.e., aquele “complexo de práticas, instituições, costumes, atitudes culturais e crenças básicas que definem uma sociedade” (cf. SANTIAGO NINO, 1992, § 18, p. 66). Como uma catedral em permanente construção por sucessivas gerações, é produzido pelas contribuições passadas, contemporâneas e futuras de milhões de pessoas e nenhum dos partícipes, agindo de modo isolado, consegue controlar completamente essa obra coletiva e inacabada (cf. op. ult. cit., § 17, p. 63-66).

Exatamente por ser partícipe de uma obra comum, é fundamental que cada juiz, ao decidir um caso, mantenha aberto o diálogo com a sociedade e tenha em conta que: as decisões pretéritas dos legisladores e dos outros juízes geraram expectativas sociais; sua decisão se combinará com outras, proferidas contemporaneamente pelos demais magistrados; e se não for repelida pelo legislador ou por outros juízes, em casos futuros ela poderá servir de precedente (ibidem, § 18, p. 67). Em outras palavras: um modelo de racionalidade para a prática jurídica pressupõe que cada juiz conceba suas próprias decisões como “parte de um processo de interação [...] que se estende no tempo” (ibidem, § 17, p. 63).⁴⁵

⁴⁵ Analisando o contexto norte-americano, Abram Chayes destaca que a legitimidade do Poder Judiciário e a aceitação das suas decisões dependem da sua habilidade em proferir-las preservando esse contínuo e prudente diálogo com os demais atores políticos – notadamente, parlamentares, administradores, eleitores, imprensa, acadêmicos e membros da comunidade jurídica. Cf. Abram Chayes (in: *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.316, may 1976).

6 Eficácia da decisão e coisa julgada: uma distinção fértil – A necessidade de ir além para entender a eficácia normativa dos precedentes (ou efeito vinculante)

A segurança jurídica é um dos valores constitucionais mais relevantes. O Direito, aliás, não faz sentido sem ela.

A necessidade de certeza – que é imanente a todo ordenamento jurídico – cresceu com a expansão do capitalismo e com a absorção, pelo Estado, de funções relacionadas aos direitos sociais. Houve uma aceleração vertiginosa do ritmo de produção das normas jurídicas e um conseqüente aumento maciço das possibilidades de sua violação. Daí a correlata importância do controle e dos mecanismos tendentes à preservação da certeza do Direito. Mas reduzir o ordenamento jurídico a esse aspecto envolve uma boa dose de fanatismo (cf. ALEXY, 1997, p. 58).

Essa necessidade prática não foi resolvida de modo idêntico nos sistemas de *common law* e *civil law*: ali, optou-se pela vinculação aos precedentes; aqui, pela codificação. Os efeitos principais são comparáveis, mas há profundas diferenças quanto à respectiva estrutura (cf., por exemplo, SHENTON, in: *Dickinson Law Review*, v. XXIII, n. 2, p. 37-57, Dec.-Jan. 1918). Quando a segurança jurídica é propiciada predominantemente pela lei, o ordenamento que daí resulta é um sistema de normas abstratas, que tende a encontrar em si mesmo as respostas para todos os problemas. Se idêntico fim é propiciado pelo precedente judicial, o que se forma é um sistema aberto de normas concebidas para a decisão de alguns casos – e cuja abstração, por conseguinte, é muito menor. Em outras palavras: o ordenamento que os precedentes podem gerar é estruturalmente finito e muito mais concreto.⁴⁶

⁴⁶ Contudo, Robert Alexy adverte que um sistema que só tenha regras é incompleto e precisa dos princípios exatamente para resolver as lacunas; um sistema que só tenha princípios abstratos tende a ter solução para tudo (cf. ALEXY, 1997).

Com algumas diferenças fundamentais quanto aos limites objetivos e subjetivos, nas duas grandes famílias jurídicas do Ocidente há uma fase a partir da qual o resultado do processo judicial é inalterável.⁴⁷ Na verdade, o fenômeno da coisa julgada e o respectivo conceito têm uma origem muito anterior às duas grandes técnicas de estabilização de normas (de um lado, a codificação; do outro, o *stare decisis*). E esse instituto é compatível com ambas, mesmo porque sua evolução também esteve marcada, desde os primórdios, pela estreita ligação com a segurança jurídica (valor extensível à interpretação das normas constitucionais, necessitadas, mais do que as outras, de alguma solidez).

Nesse tema nenhuma pesquisa séria, sobretudo no Brasil, pode prescindir da contribuição oferecida por Liebman, a quem devemos, aliás, boa parte do nosso interesse pelo estudo científico do direito processual civil. Na construção de sua teoria, o jovem professor partiu de um projeto fecundo: estender os efeitos da decisão a quem não tenha figurado como parte no processo em que foi proferida, sem excluir, entretanto, os meios para uma reação razoável e da qual o terceiro porventura necessite. Com esse propósito, distinguiu entre a coisa julgada e a eficácia da decisão (propriamente dita). Seu critério fundamental foi aprimorado no curso de intensa polêmica, da qual participaram alguns dos maiores juristas italianos, nem sempre simpáticos à teoria. Tantos decênios depois de formulada, é claro que diminuiu o ritmo da disputa, mas nunca esteve imune a críticas e ressalvas, tanto na Itália quanto no Brasil (cf., por todos, NEVES, 1970, p. 394-406, 414-415 e 443-447). Entretanto, a distinção feita é perfeitamente válida para o direito brasileiro e está na gênese de ensaios que atingiram um nível insuperável de consistência teórica e utilidade prática – como é o caso dos estudos elaborados, entre outros,

⁴⁷ Para uma excelente comparação entre a coisa julgada no direito norte-americano e em países da tradição romano-germânica, cf. Robert Wyness Millar (in: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 1-36 [1ª parte], 1940; e ibidem, v. 39, p. 238-266 [2ª parte], 1940-1941).

por José Ignacio Botelho de Mesquita⁴⁸ e José Carlos Barbosa Moreira.⁴⁹

A premissa política de que Liebman se serviu é ínsita à unidade do Estado, da qual decorre a idêntica esfera de incidência de todos os seus atos de império. Mas, pelos motivos que serão expostos no desenvolvimento do trabalho, essa teoria – inclusive nas suas versões mais aprimoradas – é insuficiente para explicar o efeito vinculante. Entre outros motivos, porque tanto a coisa julgada quanto a eficácia da decisão levam em conta o que foi objeto do julgamento – e, portanto, são construídas em torno do dispositivo, ao qual pertence o acolhimento ou a rejeição do pedido. Já o efeito vinculante – como toda atribuição de eficácia a um precedente – tem o seu centro de gravidade na motivação⁵⁰ ou, antes, no critério, que servirá como norma para casos análogos. Por outro lado, a coisa julgada, assim como a eficácia da decisão, não se destina a influir na interpretação dos textos normativos: estes não são abrangidos nem por uma nem por outra.

Aliás, Pontes de Miranda (1974, t. 1, p. 171-172) alertava:

As relações jurídicas (*e*) são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos (*d*) e em todos os fatos jurídicos há fatos puros (*c*), que compõem ou entram na composição do suporte fático (*b*) de regra jurídica (*a*). Mas o que se quer seja declarado e se pode declarar, segundo o art. 4º, é (*e*), e não (*d*), (*c*), (*b*) ou (*a*).

⁴⁸ Da autoridade civil da coisa julgada penal. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães* (no 250 aniversário de seu falecimento). Rio de Janeiro: Forense, 1997; e A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Revista Forense*, v. 326, p. 79-84, abr./jun. 1994 (ora In: VÁRIOS AUTORES. *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, p. 141-152, 1995).

⁴⁹ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 100-101; e os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90-96.

⁵⁰ Mais exatamente, no motivo.

Lições semelhantes foram ministradas por Celso Agrícola Barbi (1983, v. I, n. 49, p. 64) e Adroaldo Furtado Fabrício. Este recorda o magistério de Pontes de Miranda, acima transcrito, e explica:

O que por sentença se pode declarar é a relação, não algum elemento isolado dela: não o fato em si ou a norma em abstrato, mas a incidência de norma sobre fato. Não cabe a ação a fim de declarar simplesmente que Tício danificou bem de Caio, nem para declarar que, se alguém danificar bem de outrem, deve indenizar; admite-se, sim, para declarar que Tício, por haver danificado bem de Caio, se tornou devedor de indenização a este. [...] A correta redação do pedido de declaração, por isso mesmo, tem a maior importância para que se defina como seu objeto não o fato simples, ou o fato jurídico, ou a regra jurídica, mas sempre a *relação jurídica*. (FABRÍCIO, 1976, n. 22, p. 55).

De resto, aquele efeito não vincula o próprio Supremo Tribunal Federal: isso está explícito na Lei nº 9.882/99 e, quanto à ação declaratória de constitucionalidade, é o que resulta da própria Constituição, cujo art. 102, § 2º, limita a vinculação “aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Por isso, segundo o conceito que adotamos, não se trata de uma eficácia da decisão: esta, precisamente por ser *erga omnes*, também alcança quem a proferiu. E, nas leis que tratam do controle concentrado, há nítida distinção entre o efeito vinculante e a eficácia contra todos, concebidos como fenômenos cumulativos, como se pode conferir nos seguintes dispositivos:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (Parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999)

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. (§ 3º do art. 10 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999)

Entretanto, focalizar o conteúdo e o alcance desses preceitos não é o tema deste artigo, escrito simplesmente para situá-los no vasto círculo a que pertencem.

CAZETTA JÚNIOR, J. J. Entry on fundamental categories of constitutional jurisdiction. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 143-167, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This article analyses some fundamental categories of constitutional jurisdiction (the concepts of Constitution, its normative force and its stringency); the origin of constitutionality control, the causes for its expansion and interests served by it; the division of constitutional clauses into rules, principles and values; constitutional interpretation, with a brief reflection on its limits and peculiarities, gravitating to the delicate balance between production and application of rights; motivation of constitutional decisions, emphasizing the importance it has and the function it performs; the distinction between *res judicata* and force of decision.

• **KEYWORDS:** Constitution: stringency, normative force and direct applicability. Constitutionality control: motivation and force of decisions. *Res judicata*. Classification of constitutional clauses: rules, principles and values. Constitutional interpretation: limits and peculiarities.

Referências bibliográficas

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. _____ . Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. 7. ed. New York e Oxford: Oxford University, 1998.

ALEXI, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Giustizia como corretezza. In: *Ragion pratica*, n. 9, p. 105, 1998.

ANDRIOLI, Virgilio. Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, ora In: *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1992.

ARTHUR, John. *Words that bind: judicial review and the grounds of modern constitutional theory*. Boulder, S. Francisco e Oxford: Westview, 1995.

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, n. 49, p. 64.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University, 1962.

BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950). In: SCARPELLI, Uberto (Ed.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Giuffrè, 1976.

BOGNETTI, Giovanni. *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*. Milano: Giuffrè, 1998.

BRIGHAM, John. *Judicial Review*. In: HALL, Kermit L. (Ed.) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. N. York e Oxford: Oxford University, 1992.

BUZAI, Alfredo. “Juicio de Amparo” e Mandado de Segurança (contrastes e confrontos). In: *Estudos de Direito Processual in Memoriam do Ministro Costa Manso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 134-148.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

_____. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: *Opere giuridiche*, v. III. Napoli: Morano, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis. In: *Southern California Law Review*, v. 53, 1979-1980.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. In: *California Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1.033-1.039, Oct. 1970.

_____. *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 38-43 (separata da *Rivista di Diritto Processuale*, a. 15, 1960, p. 376-417).

_____. Amparo. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. v. II.

_____. *La pregiudizialità costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà, primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*. Milano: Giuffrè, 1955.

CARAVITA, Beniamino. *Corte 'giudice a quo' e introduzione del giudizio sulle leggi: I - La Corte Costituzionale Austriaca*. Padova: Cedam, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CAWSON, Alan. Grupos de interés. In: BOGDANOR, Vernon (Org.). *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* [título original: *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*]. Madrid: Alianza, 1987.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In: *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1-316, may 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CORWIN, Edward S. John Marshall, Revolutionist Malgré Lui. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 1, p. 9-22, 1955-1956.

CORWIN, Edward S. The "Higher Law" Background of American Constitutional Law. In: *Harvard Law Review*, v. 42, n. 2, p. 149-185 (primeira parte), Dec. 1928; e v. 42, n. 3, p. 365-409 (segunda parte).

CORWIN, Edward S. *The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law*. Ithaca, N. Y: Cornell University Press, 1929.

CORWIN, Edward S. The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress. In: *Michigan Law Review*, v. 4, p. 616-630, 1905-1906.

_____. Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. In: _____, v. 12, p. 538-572, 1913-1914.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CUDIHY, William J. Bonham's Case. In: *Encyclopedia of the American Constitution*, 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 1.

_____. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Revista Forense*, v. 326, p. 79-84, abr./jun. 1994.

_____. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: VÁRIOS AUTORES. *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995).

DANIELSKI, David J. The Political Impact of the Japanese Supreme Court. In: *Notre Dame Lawyer*, v. 49, jun. 1974, p. 955-980.

DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: The University of Michigan Law School, 1968.

_____. The Privy Council and Private Law in the Tudor and Stuart Periods. In: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 4, p. 393-428 (primeira parte), 1950.

_____. _____. In: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 5, p. 627-650 (segunda parte), 1950.

DENNINGER, Erhard. La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica, p. 316. Trad. Pérez Luño. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

DIETZE, Gottfried. America and Europe - Decline and Emergence of Judicial Review. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.236, Dec. 1958.

DIETZE, Gottfried. Hamilton's Federalist - Treatise for Free Government. In: *Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 3, p. 307-328, 1957.

_____. _____. In: *Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 4, p. 501-518, 1957.

DIETZE, Gottfried. Judicial Review in Europe. In: *Michigan Law Review*, 1956-1957, v. 55, p. 539-566.

EHRlich, Stanislas. Groupes de pression. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1993.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge-London: Harvard University, 1980, nota 11, p. 186.

ERNST, Laura Poggi. La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero. In: LUTHER, Jörg; ROMBOLI, Roberto; Rolando Tarchi. *Esperienze di Giustizia Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2000. t. I.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 22, p. 55.

FERNÁNDEZ FARRERES, German. *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC*. Marcial Pons: Madrid, 1994.

FORTI, Ugo. I controlli dell'amministrazione comunale. In: ORLANDO, V. E. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano: Società Ed. Libreria, 1915.

FRANKFURTER, Felix. John Marshall and the Judicial Function. In: *Harvard Law Review*, v. 69, n. 2, p. 217-238, Dec. 1955.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GERHARDT, Michael J. The Lives of John Marshall. In: *William and Mary Law Review*, v. 43, p. 1.399-1.452, 2001-2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GIONFRIDA. Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale. In: *Studi in onore di Eula*. Milano: Giuffrè, 1957. v. II.

GUARNIERI, Carlo. *L'indipendenza della Magistratura*. Padova: Cedam, 1981.

GUASTINI, Riccardo. Interpretazione dei documenti normativi. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.

_____. Legalità (principio di). In: *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IX. Torino: Utet, 1995.

HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Trad. it. de Antonio D'Atena. Milano: Giuffrè, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 124, p. 115-133, out./dez. 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, § 2º, III, n. 60-78, p. 61/70.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Org. por C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1981.

HOLMES, Oliver. LAW and the Court. In: *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.

LEVY, Leonard W. Constitution. In: *Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale. In: *Rivista di diritto processuale*, 1957.

_____. Sulla sospensione propria e "impropria" del processo civile. In: *Rivista di diritto processuale*, 1958.

MACIVER, Robert Morrison. Pressures, social. In: *Encyclopaedia of the Social Sciences*, XII. New York: Macmillan, 1935.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Da autoridade civil da coisa julgada penal. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997;

MILBRATH, Lester. Lobbying. In: *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, VII. New York: Macmillan, 1968.

MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgment as res judicata in Continental and Anglo-American Law. In: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 1-36 (1ª parte), 1940.

_____. In: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 238-266 (2ª parte), 1940-1941.

MORTATI, Costantino. Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale. In: *Rivista di diritto processuale*, 1957.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Dissertação (concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. In: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, dic. 1982, p. 543-544.

ORNAGHI, Lorenzo. Gruppi di pressione. In: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, III. Milano: Giuffrè, 1999.

PASQUINO, Gianfranco. Gruppi de pressione. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. 2. ed. Torino: UTET, 1983.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Controlli Costituzionali*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. v. IX.

_____. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. In: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, p. 529-530, dic. 1982

_____. L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 3, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1.

POUND, Roscoe. Hierarchy of sources and forms in different systems of law. In: *Tulane Law Review*, v. VII, n. 4, p. 482-486, 1933.

_____. National Consumers' League, *The Supreme Court and the minimum wage*: comment by the legal profession on the District of Columbia case. New York: New Republic, 1925.

ROMANO, Alberto. *La pregiudizialità nel processo amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1958.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*: análisis filosófico, jurídico y

politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SATTA, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile*. Milano: Vallardi, 1959. v. I.

_____. Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959.

SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. Traduzione para o italiano por A. Caracciolo [de *Der Hüter der Verfassung* (1931)]. Milano: Giuffrè, 1981.

SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria (1918-1920). In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 240-265.

SCHNEIDER, Hans Meter. *La Constitución: función y estructura*. Trad. esp. de K.-J. Albiez Dohrmann e M. Saavedra López. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SHENTON, Clarence G. The Common-Law System of Judicial Precedent Compared with Codification as a System of Jurisprudence. In: *Dickinson Law Review*, v. XXIII, n. 2, p. 37-57, Dec.-Jan. 1918.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado geral de Filosofia del Derecho*. 14. ed. México: Porrúa, 1999.

STAMP Act Congress, Resolutions of (October 19, 1765). In: *Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5.

STARCK, Christian. Constitutional Interpretation. In: _____. (Org.). *Studies in German Constitutionalism: The German Contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

_____. *Constitutional Interpretation*. In: STARCK, Christian (Org.). *Studies in German Constitutionalism: The German Contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Cedam: Padova, 1975.

_____. *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*. In: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, III. Milano: Giuffrè, 1999.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola, New York: The Foundation, 1988.

TROCKER, Nicolò. La pregiudiziale costituzionale. In:

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1988. fasc. 3.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

WOOD, Gordon S. American Revolution and Constitutional Theory. In: *Encyclopedia of the American*

Constitution, 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

_____. *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1989 [reimpr. da ed. 1988].

_____. *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1988.

A Comunicação dos Atos Processuais: Citação e Intimação (Incluídas as Normas das Leis nºs 11.280/06 e 11.419/06)

José Raimundo Gomes da CRUZ*

- **SUMÁRIO:** 1 Comunicação dos atos processuais. 2 As cartas. 3 A citação: conceito, classificação e espécies. 4 Inexistência e nulidade da citação. 5 Efeitos da citação. 6 Citação postal. 7 Citação por mandado, com hora certa e por carta. 8 Citação por edital. 9 A citação por meio eletrônico. 10 A intimação: conceito, classificação e espécies. 11 A intimação pessoal do Ministério Público e da Fazenda Pública. 12 A intimação e os prazos. 13 A intimação por meio eletrônico. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** O artigo começa examinando a informação dos atos do processo judicial às partes e aos demais sujeitos do processo. Depois, ele trata de cada meio usado para a comunicação ao réu (citação) e aos demais sujeitos (intimação), incluindo a comunicação eletrônica.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Comunicação. Citação. Intimação. Comunicação eletrônica.

1 Comunicação dos atos processuais

O Código de Processo Civil, no Livro I, "Do Processo de Conhecimento", Título V, "Dos Atos Processuais", dedica seu Capítulo IV (arts. 200 a 242) às "comunicações dos atos". Há manuais recentes que não se referem ao tema, ou só se limitam a tratar da citação. Obra indispensável de teoria geral apenas cuida de registrar que a "comunicação processual, consistente em citações ou intimações, é realizada pelo escrivão, com o auxílio dos Correios, ou pelo oficial de justiça, em cumprimento a mandados judiciais" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 334). Outros, enfim, elaboram estudo mais detido sobre o assunto (DINAMARCO, 2001, v. 2, p. 502-527; v. 3, p. 403-443; THEODORO JÚNIOR, 1997, v. 1, p. 251-

274; SANTOS, 1997, v. 2, p. 159-181; GRECO FILHO, 2000, v. 2, p. 27-40).

Como disposições gerais, os arts. 200 e 201, na verdade, ou terão sentido mais amplo, naquele, ou mais restrito, neste. Quer dizer, no capítulo sobre atos de comunicação, em rigor, não caberia o disposto no art. 200: "Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial ou requisitados por carta, conforme hajam de realizar-se dentro ou fora dos limites territoriais da comarca". Não se ignora que as cartas não se limitam aos atos processuais de comunicação (citação e intimação), destinando-se também à realização de atos instrutórios (perícia, depoimento de testemunha) e atos constritivos (penhora, arresto).

O art. 201 dispõe: "Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória, nos demais casos". Percebe-se que, além de as cartas não se limitarem, como já vimos, aos atos processuais de comunicação, a norma do art. 201 deveria achar-se na Seção II, dedicada às cartas.

O que se deve destacar é que os atos de comunicação ganham particular relevo, a partir da mais pacífica e elementar definição do contraditório: ciência bilateral dos atos do processo, com a possibilidade de impugná-los. Pela citação, uma das espécies de atos de comunicação, o demandado, no processo de conhecimento contencioso, ou o interessado, nos casos da chamada jurisdição voluntária (arts. 10 e 20 do CPC), fica ciente da sua condição de parte no processo, podendo agir de acordo com tal situação. Se o réu juntar aos autos algum documento, o autor deve

* Procurador de Justiça de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

receber a devida comunicação, por meio do ato de intimação, para que possa impugnar a autenticidade do documento ou fazer eventual prova que o contrarie.

Na própria comarca ou foro relativo à Justiça Federal, o próprio juiz ordena a realização dos atos processuais. Não podendo, contudo, a autoridade judiciária brasileira atuar fora do nosso território, ante a soberania dos Estados estrangeiros, só se admitem atos de colaboração ou cooperação dos juizes alienígenas. Mesmo no plano interno, também não pode o juiz ou tribunal conseguir certos objetivos sem a cooperação do juiz de outra comarca ou outro foro federal, por meio de solicitação adequada, ante a competência de cada órgão jurisdicional.

O impulso processual, que independe de requerimentos das partes, faz que o processo avance sem retrocessos, pois os prazos preclusivos das partes, uma vez transcorridos sem utilização por elas, impedem retornos a fases ou situações ultrapassadas. Daí a importância dos atos de comunicação, seja de atos processuais ocorridos, seja até de fatos processuais *stricto sensu*, pois os prazos se contam a partir da devida comunicação (citação ou intimação).

2 As cartas

Genericamente, a carta pode ser definida como o ato de comunicação por meio do qual uma autoridade judiciária solicita a cooperação de outra. Aqui, na Seção 2, como vimos, deveria achar-se a norma do art. 201, que distingue suas três espécies: a carta de ordem (dirigida por tribunal a juiz hierarquicamente subordinado); a carta rogatória (solicitação de cooperação de autoridade judiciária estrangeira) e a carta precatória (nos demais casos – portanto, não apenas entre juizes de primeiro grau, mas também quando o tribunal não exercer a competência de derrogação dos atos do órgão jurisdicional de grau inferior).

A conceituação da carta rogatória não oferece margem a dúvida: trata-se da solicitação da cooperação jurisdicional dirigida a órgão judiciário de outro país.

Já a distinção entre as cartas relativas à cooperação jurisdicional nacional exige maior atenção. Com base no art. 201 do Código de Processo Civil

(CPC), a carta de ordem corresponde à solicitação de cooperação jurisdicional dirigida por um tribunal a juízo de primeiro grau de jurisdição ou a outro tribunal que lhe seja hierarquicamente subordinado (DINAMARCO, op. cit., v. 2, p. 514/515). O mesmo dispositivo legal considera a carta precatória como a relativa aos *demais casos*. Há quem considere que ela só ocorre “quando dirigida a juiz nacional de igual categoria jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 252). Na verdade, a carta precatória consiste na solicitação de cooperação jurisdicional dirigida por órgão judiciário a outro do mesmo país, sem que entre eles exista relação hierárquica, podendo ser do mesmo grau, ou de tribunal a outro órgão judiciário, de outra Justiça, mas, repetindo, sem a subordinação hierárquica (DINAMARCO, op. cit., p. 517).

O art. 202 do CPC enumera os requisitos essenciais das três espécies de cartas: “I - a indicação dos juizes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz”.

Na carta mais freqüente, por exemplo, serão o deprecante, que faz a solicitação da cooperação, e o deprecado, destinatário da solicitação. A cópia integral da petição e do respectivo despacho judicial permite ao deprecado conhecer aquilo que, de relevante para o caso, consta dos autos, os quais, obviamente, permanecem na sede do juízo de origem. Indispensável é também o instrumento de mandato conferido aos advogados, salvo se as partes tiverem constituído advogado perante o juízo destinatário da carta, para acompanhar o cumprimento dela (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, nota nº 3 ao art. 202 do CPC). O objeto da carta esclarecerá se ela se destina a atos de comunicação (citação, intimação) ou a outros escopos (prova, constrição). O encerramento, com a assinatura do juiz traz a nota de autenticidade da carta.

O § 1º do art. 202 trata de requisitos facultativos da carta: “O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas”. Enumerados nos

incisos anteriores os requisitos essenciais, a expressão verbal usada (*mandará trasladar*) apenas aparentemente nivela a cópia dos atos postulatórios com todo o material ilustrativo indicado de modo exemplificativo. O § 2º se limita à solicitação da prova pericial.

A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, a chamada Lei do Processo Eletrônico, acrescentou ao art. 202 o seguinte § 3º: “A carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória pode ser expedida por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei” (em seu art. 10, inciso III, a mesma lei regula a assinatura eletrônica).

Sete artigos seguintes (203-208 e 212) só se aplicam às cartas de ordem e precatórias. O art. 203 se refere ao prazo, que, evidentemente, a autoridade judiciária brasileira não poderia fixar em carta rogatória: “Em todas as cartas declarará o juiz o prazo dentro do qual deverão ser cumpridas, atendendo à facilidade das comunicações e à natureza da diligência”. Quanto ao prazo da rogatória, já houve acórdão com entendimento contrário (NEGRÃO; GOUVÊA, op. cit., nota nº 1 ao art. 203 do CPC). Mesmo nos casos de âmbito nacional, o destinatário da carta pode ultrapassar o prazo, devendo, contudo, comunicar ao órgão de origem tal ocorrência.

Para facilitar o mecanismo das cartas internas, especialmente as que visem a atos de comunicação, o art. 204 instituiu seu caráter *itinerante*: “antes ou depois de lhe ser ordenado o cumprimento, poderá ser apresentada a juízo diverso do que dela consta, a fim de se praticar o ato”. Por exemplo, tratando-se de carta precatória para citação de alguém, antes de expedido o mandado para a diligência do oficial de justiça, ou até depois, a carta poderá ser apresentada a outro juízo, por lhe caber a prática do ato solicitado.

O caso de *urgência* admite a utilização de telegrama, radiograma ou telefone (art. 205). Contudo, nosso meio forense e nosso legislador sempre se mostraram céticos a respeito de tais transmissões e mesmo da remessa comum de correspondência, cercando-as de segurança um tanto exagerada. Assim, o art. 206 dispõe: “A carta de ordem e a carta precatória, por telegrama ou radiograma, conterão,

em resumo substancial, os requisitos mencionados no art. 202, bem como a declaração, pela agência expedidora, de estar reconhecida a assinatura do juiz”. No tocante ao uso do telefone, o art. 207 estabelece:

O secretário do tribunal ou o escrivão do juízo deprecante transmitirá, pelo telefone, a carta de ordem, ou a carta precatória ao juízo, que houver de cumprir o ato, por intermédio do escrivão do primeiro ofício da primeira vara, se houver na comarca mais de um ofício ou de uma vara, observando, quanto aos requisitos, o disposto no art. antecedente.

§ 1º O escrivão, no mesmo dia ou no dia útil imediato, telefonará ao secretário do tribunal ou ao escrivão do juízo deprecante, lendo-lhe os termos da carta e solicitando-lhe que lhe confirme.

§ 2º Sendo confirmada, o escrivão submeterá a carta a despacho.

Há certa incoerência em admitir-se o telefonema para confirmação no dia imediato: “Mesmo entre Porto Alegre e Belém, o interessado pode viajar em avião de carreira, levando consigo a carta, e demorar tanto ou menos tempo do que a confirmação, no dia seguinte, do telefonema do expedidor da carta” (ARAGÃO, 1991, v. 2, p. 205).

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que regula os Juizados Especiais, dispensa o uso de carta precatória (art. 13, § 2º e 18 inciso III).

A propósito do uso do fax ou do e-mail, ainda há restrições, entre nós. A doutrina mais recente sugere: “A crescente confiabilidade das transmissões via fax ou por e-mail deve conduzir os órgãos judiciários a mitigar esses rigores” (DINAMARCO, op. cit., v. 2, p. 525); a referência ao fax impõe seja mencionado o seguinte precedente: “A citação via fax praticamente equivale à feita por telefone, que não é admitida, de uma ou de outra forma, por ausência de previsão legal” (cf. NEGRÃO; GOUVÊA, op. cit., nota no 1.a ao art. 221 do CPC); também não vale a intimação por telefone (cf. *ibidem*, nota nº 10 ao art. 238 do CPC), embora conste precedente contrário. A Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, restringe a per-

missão do uso do "fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita" (art. 1º). Ela não se refere a atos de comunicação processual.

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, com vigência 90 dias após a data da sua publicação, ocorreu em 17 de fevereiro de 2006, acolhe tal sugestão. Ela mantém o *caput* do art. 154 do CPC ("Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial."). Mas introduz o seguinte parágrafo único: "Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil".

Cabe notar que o Título IV das *California Rules of Court* se dedica às regras para o *Judicial Council* e o *Administrative Office of the Courts*, enquanto o seu Título V traça as normas especiais para cortes de julgamento: regras para o Direito de Família (Divisão I), regras para cortes de menores (Divisão 1.a), regras para arbitragem judicial em casos civis (Divisão III), regras para pequenas causas (Divisão IV), regras para a utilização do fax (Divisão VI) (*Standard California Codes*, 1998; cf. também meu artigo *Os códigos do Estado da Califórnia (EUA)*, apud *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2005), v. 27, p. 190. A propósito do uso do fax ou do e-mail, insisto em que ainda há restrições, entre nós. Por tal razão, convém acrescentar que a regra 2001 do diploma californiano dispõe: "As regras desta divisão são adotadas de acordo com o Código de Processo Civil, § 1012.5 e a autoridade concedida ao *Judicial Council*, pela Constituição, artigo VI, seção 6." O vastíssimo texto do art. 1012.5 do CPC da Califórnia se refere a outra peculiaridade da sua legislação processual *lato sensu*, incluídas as normas de organização judiciária codificadas e classificadas entre os códigos estaduais, mas sem a denominação de código. Aí também se observa certa peculiaridade local: atividade legislativa experimental, por meio de projetos-pilotos (CRUZ, 2005, p. 165-167). O Código de Processo

Civil da Província de Quebec, Canadá, prevê em seu art. 20: "Nos casos em que uma lei ou regulamento preveja o uso do correio, o governo pode, se o serviço postal se interromper, autorizar a utilização, segundo as modalidades que ele fixar, de outro meio de comunicação" (*Code de Procédure Civile - Code of Civil Procedure*, 1997, p. 7/8; cf. também meu artigo *Canadá: direito e processo*, apud *Revista Forense*, v. 351, p. 154, jul./set. 2000). No capítulo sobre o ajuizamento da demanda, o art. 112, segunda parte, do mesmo código canadense dispõe: "o procurador deve inscrever seu nome, endereço, número de telefone e *fax*, se tiver, no original e em todas as cópias" – da petição inicial (cf. CRUZ, op. cit., p. 156).

Percebe-se, nos dois sistemas lembrados, certa dispersão na atribuição de poderes normativos. A matéria se caracteriza pela exigência de grande especialização e flexibilidade, justificando-se a opção do legislador.

Enfim, há precaução quanto às despesas com os atos solicitados em casos de urgência:

Art. 208. Executar-se-ão, de ofício, os atos requisitados por telegrama, radiograma ou telefone. A parte depositará, contudo, na secretaria do tribunal ou no cartório do juízo deprecante, a importância correspondente às despesas que serão feitas no juízo em que houver de praticar-se o ato.

A propósito dos telegramas, nos Estados Unidos eles deixaram de existir, segundo o jornal *O Estado de S. Paulo*, de 26 de fevereiro de 2006: "Tecnologia sepulta os telégrafos, que revolucionaram as comunicações no início do século 19". E no Brasil? Estaríamos também a caminho de tal epílogo? Na mesma página, a resposta, assinada por Renato Cruz: "No Brasil dos sem e-mail, o serviço cresce a cada ano". No ano passado, foram enviados 11,8 milhões de telegramas, entre nós, 10% a mais do que no ano anterior, já que o acesso à *Internet* se restringe a 24% da população. Nos Estados Unidos, só não acessa a rede mundial quem não quer: daí o correio eletrônico ter matado o telégrafo.

O destinatário da carta tem o *dever* de cumpri-la, quer dizer, tal conduta é exigida pelo ordenamento jurídico, o que sujeita o violador de

tal dever às sanções legalmente previstas, até de natureza penal. A redação tradicional incluía certa promessa de reciprocidade, em carta futura expedida pelo destinatário, hoje totalmente dispensável. Claro que o cumprimento de tal dever poderá ser recusado, em casos expressos:

Art. 209. O juiz recusará cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado:

- I - quando não estiver revestida dos requisitos legais;
- II - quando carecer de competência, em razão da matéria ou da hierarquia;
- III - quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Se faltar, por exemplo, a comprovação da procuração, a precatória não poderá ser cumprida (NEGRÃO; GOUVÊA, op. cit., nota nº 3.a ao art. 209 do CPC). Competência decorrente da matéria ou da hierarquia, evidentemente, é absoluta, não se aplicando à incompetência relativa (*ibidem*, nota nº 4, último parágrafo, ao art. 209 do CPC). De resto, sendo duvidosa a autenticidade da carta, esta não será cumprida (DINAMARCO, op. cit., p. 521, se refere, com razão, à recusa de cumprimento às *cartas de ordem e precatórias*).

Os arts. 210 e 211 se dedicam às cartas rogatórias, mais raras e sujeitas também a regras alheias ao CPC. O primeiro deles dispõe:

A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzido para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

A convenção internacional se inclui entre os acordos celebrados entre dois Estados soberanos, os quais, pela via do mútuo consentimento, obrigam-se a cumprir as cláusulas ajustadas, no peculiar plano de coordenação existente no Direito Público Internacional, já que este não observa a subordinação

própria do direito interno. Não havendo convenção sobre o tema, a remessa da carta rogatória seguirá a via diplomática, também própria das relações regidas pelo Direito Internacional Público. A tradução será feita por auxiliar eventual da Justiça, por coerência com o art. 157 do CPC. Por sua vez, o art. 211 estabelece: "A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal". Tal dispositivo se manteve, enquanto não revogado o art. 102, inciso I, alínea *h*, da Constituição de 1988, que atribuía ao STF a competência originária para processar e julgar "a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do 'exequatur' às cartas rogatórias". Revogado tal dispositivo pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que também alterou o art. 105 da Constituição Federal, incluiu-se na competência do Superior Tribunal de Justiça, no seu inciso I: "I) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias". Por força do art. 109, inciso X, a mesma Constituição atribui à Justiça Federal a competência para processar e julgar "a execução de carta rogatória, após o 'exequatur'". *Exequatur*, termo latino que significa *cumpra-se*, ou, mais literalmente, *execute-se*, é o ato pelo qual o STJ manda que se cumpra a sentença estrangeira devidamente homologada, ou a carta rogatória emanada de autoridade estrangeira, independentemente de homologação (cf. NÁUFEL, 1959, v. 2, p. 318/319, embora referindo-se ao regime anterior).

Entre os sete artigos exclusivamente dedicados às cartas nacionais, como vimos, inclui-se o art. 212 do CPC: "Cumprida a carta, será devolvida ao juízo de origem, no prazo de 10 (dez) dias, independentemente de traslado, pagas as custas pela parte". Não se tratando de prazo da parte, sujeito a preclusão, os 10 dias não devem, mas podem, ser ultrapassados. A dispensa do traslado favorece seu cumprimento. A exigência do pagamento de custas, perante o órgão destinatário, porém, pode trazer atraso na devolução.

O art. 338, *caput*, do CPC, dispunha: "A carta precatória e a carta rogatória não suspendem o processo, no caso de que trata o art. 265, IV, *b*, senão quando requeridas antes do despacho saneador".

Este dispositivo passou a ter a seguinte redação, por força da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, já citada: “A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea b do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível”. Louve-se a coerência do uso da expressão *decisão de saneamento*, já que se trata de ato recorrível por meio de agravo, e não mero despacho, que continua irrecorrível (art. 504 do CPC, com a redação trazida pela Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006). O legislador poderia ter incorporado o entendimento no sentido de que se “o juiz considera indispensável a prova objeto da carta, pode suspender o processo, apesar de a mesma ter sido requerida após o saneador” (NEGRÃO; GOUVÊA, 2005, nota nº 4.a ao art. 338 do CPC). O art. 265, inciso IV, alínea b, do CPC prevê a suspensão do processo quando a sentença de mérito “não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo”. E o § 5º do mesmo artigo acrescenta: “Nos casos enumerados nas letras a, b e c do inciso IV, o período de suspensão nunca poderá exceder um (1) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo”. De passagem, apenas, entendimento rigoroso deixaria de acolher a doutrina baseada na distinção entre prova típica e prova atípica: esta é “a prova em que a informação chega ao juiz de uma forma diferente daquela contemplada na lei para a prova típica correspondente” (cf. MOREIRA, 2001, p. 39 e ss., especialmente p. 45).

3 A citação: conceito, classificação e espécies

O art. 213 do CPC define: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Reparos mais ou menos aceitáveis se fazem a tal conceito, que não abrangeria a citação para o processo de execução baseado em título extrajudicial (por força do art. 475-J do CPC, resultante da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, o cumprimento da sentença não mais depende de citação), pois ali o executado não é chamado a juízo para defender-se, mas para fazer a prestação a que

se acha obrigado pelo título executivo ou para, após a nomeação de bens à penhora, por exemplo, na execução por quantia certa contra devedor solvente, *eventualmente*, opor embargos à execução, espécie de defesa com caráter também de ação incidente. Na verdade, o Livro I, “Do Processo de Conhecimento”, não constitui *parte geral* do CPC. Por meio da norma do seu art. 598, e mesmo se ele não existisse, forçosamente se aplicariam subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento” (CRUZ, in: *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, p. 93, abr./jun. 2000. Ora, no Livro II, “Do Processo de Execução”, o art. 652, no exemplo citado da execução por quantia certa contra devedor solvente, estabelece que o executado “será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora”. A propósito, em matéria de execução, há opinião de prestígio considerando a citação “também ato coativo” (MARQUES, 1983, v. 4, p. 76).

Constou, acima, que o executado é citado, entre outras finalidades, para, *eventualmente*, apresentar defesa. Também no processo de conhecimento, a defesa, geralmente mediante contestação, é eventual, pois se trata de ônus do réu. Quer dizer, faculdade ou conduta permitida pelo ordenamento jurídico, cujo exercício é necessário para a realização de um interesse (não ficar revel e conseguir que o juiz leve em consideração também suas razões). Logo, o réu não é obrigado a defender-se, ou melhor, não tem tal dever, que se define como a conduta exigida pelo ordenamento jurídico.

Por meio da citação, principalmente, pode-se dizer que o demandado passa a ser réu no processo. Embora indicado seu nome, no pólo passivo da relação processual, pela petição inicial, só o autor já era *parte* ao ingressar com tal petição inicial em juízo. E o processo já existia e até podia ser extinto antes da citação, por exemplo, se a petição inicial fosse inepta (arts. 263, 267, inciso I, e 295, inciso I e parágrafo único do CPC). O réu se torna *parte* com a citação ou se, dispensando-a, ingressar em juízo, espontaneamente, oferecendo ou não defesa. Esta constitui mero ônus, como vimos. Outros efeitos da citação serão examinados adiante.

Antes do atual CPC, os conceitos dos atos de comunicação não se mostravam seguros. Além da

citação e da intimação, incluía-se a notificação, que atualmente é prevista apenas como medida cautelar (art. 867 e seguintes, especialmente art. 873, do CPC).

Nos períodos mais antigos do processo civil romano, a citação era feita pelo próprio demandante (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 55-57 e 80-83), só aparecendo a comunicação pelo oficial de justiça no período mais recente, sendo certo que aquele chamamento pelo próprio demandante ocorria também entre os bárbaros germânicos. Entre os mais antigos romanos, “a esquiva do demandado autorizava o demandante a ‘obtorto collo rapere in ius’, isto é, agarrá-lo pelo pescoço, torcendo a gola da túnica, conduzindo-o, assim, até o pretor” (AZEVEDO, 1980, p. 105).

Em termos comparativos, para as devidas precauções, por um lado, o próprio vocábulo italiano *citazione* não pode ser traduzido por *citação*, mas como ato inicial do processo ou petição inicial. Por outro lado, o próprio sistema da comunicação da demanda ao réu, na Itália, difere muito do nosso, sendo primeiro feita a entrega da petição inicial ao oficial da justiça (DINAMARCO, Notas. ENRICO TULLIO LIEBMAN, 1984, v. 1, p. 247 e 256). Observou-se, no direito italiano, até a possibilidade da “simples citação sem propositura de demanda” (CHIOVENDA, 1943, v. 2, p. 412). Importante parece a inevitável exigência da comunicação da demanda ao réu (*Code de Procédure Civile* — Code of Civil Procedure da Província de Quebec, art. 5, op. cit.; *summons*, no direito inglês e norte-americano, por exemplo, §§ 412.10 e seguintes do Code of Civil Procedure do Estado da Califórnia — *Standard California Codes*, op. cit., e as regras 4 e 4.1 das Federal Rules of Civil Procedure — *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, 1999; signification, dos arts. 651 e seguintes do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, 1987; a *Ladung*, da ZPO alemã, § 274, 1978, e da ZPO austríaca, § 131, 1991).

Importante livro do período dos códigos estaduais de processo já criticava a confusão terminológica, “propondo conceito de tal ato público, judicial, de chamamento a juízo da ‘parte ou qualquer outra pessoa subsidiária do processo’” (LOPES DA COSTA, 1927, p. 3-9; CRUZ, 1992, p. 302). O conceito do mesmo processualista, sob o CPC de 1939, era o seguinte: “A citação (de *citare* — chamar) é o cha-

mamento a juízo, de qualquer pessoa do processo, partes, testemunhas, peritos” (LOPES DA COSTA, v. 2, p. 169, 1959). Esse autor sugeria que a intimação não era “em si mesma, um ato processual independente, mas derivado de outro [...] Intima-se a citação, intima-se a notificação [...]” (op. cit., p. 185/186). Provável influência de sistemas estrangeiros, especialmente do italiano já citado.

Enfim, deve ser afastada a expressão *citação circunduta* do Código Civil de 1916: “Hoje, no vigente regime processual, não mais se pode falar em citação circunduta, por isso que não se tem aquela audiência destinada especialmente à acusação da citação” (ROSA, 1957, p. 152, referindo-se, portanto, ao CPC de 1939, mas valendo para o atual). Não coincide opinião mais recente: “A citação é nula também por circunduta (CC, art. 175), isto é, quando necessário for o comparecimento do autor em audiência e este não o fizer, como ocorre com o pedido de prestação alimentar, formulado pelo procedimento da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478, de 25-7-1968, arts. 6º e 7º)” (SANTOS, 1996, v. 1, p. 249). Não parece que tal audiência seja para a antiga acusação da citação, em tal caso ou na situação análoga do procedimento sumário. Preferível a segurança doutrinária habitual, em face do art. 175 do Código Civil de 1916, mesmo antes da sua revogação pelo novo CC: “Hoje não existe mais a circundução da citação, de sorte que o texto acima, nesta parte, ficou superado” (NEGRÃO, 2002, nota nº 2 ao art. 175 do Código Civil de 1916). De resto, o novo Código Civil nem se refere à citação circunduta (arts. 202-204).

Ante o exposto, o mais correto conceito de citação é o que a considera “o ato mediante o qual se transmite ao demandado a ciência da propositura da demanda, tornando-o parte no processo” (DINAMARCO, 2001, v. 2, p. 503). O art. 214 concorre para tal noção, dispondo que, para “a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu”.

A citação se classifica como *direta* (quando ela conduz de fato os termos da demanda ao sujeito legitimado a oferecer resposta a ela) ou *indireta* (a citação feita em pessoa diferente da legitimada a oferecer a defesa). Exemplos da direta: citação do próprio demandado e, se ele for incapaz, do seu representante legal; da indireta, do procurador com

poderes específicos e do mero preposto do citando, em certos casos (DINAMARCO, op. cit., v. 3, p. 405 e ss.). O art. 215 do CPC não faz, com exatidão, a distinção:

Far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.

§ 1º Estando o réu ausente, a citação far-se-á na pessoa de seu mandatário, administrador, feitor ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados.

§ 2º O locador que se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou na localidade, onde estiver situado o imóvel, procurador com poderes para receber citação, será citado na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis.

Observa-se que a palavra *feitor*, usada para compor dispositivo exemplificativo, tem o significado de *gestor* (FERREIRA, 1999). Por outro lado, havendo legislação extravagante sobre os procedimentos especiais em matéria de locação de imóveis urbanos, mais seguro seria incluir lá o disposto no § 2º do art. 215 do CPC.

Como acabamos de ver, a citação na pessoa do representante legal é *direta*. Mas pode acontecer que o demandado, ainda não declarado interdito e não dispondo de representante legal (art. 8º do CPC), já se apresente em sério estado de doença mental. Daí a norma do art. 218 do CPC:

Também não se fará citação, quando se verificar que o réu é demente ou está impossibilitado de recebê-la.

§ 1º O oficial de justiça passará certidão, descrevendo minuciosamente a ocorrência. O juiz nomeará um médico, a fim de examinar o citando. O laudo será apresentado em 5 (cinco) dias.

§ 2º Reconhecida a impossibilidade, o juiz dará ao citando um curador, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida na lei civil. A nomeação é restrita à causa.

§ 3º A citação será feita na pessoa do curador, a quem incumbirá a defesa do réu.

Assim, teremos, mesmo sem a incapacidade genérica, com curador permanente em qualquer caso, uma curatela restrita ao caso concreto. De qualquer modo, será típica hipótese de citação *direta*, porque levada a efeito na pessoa do curador *ad hoc*, legitimado para apresentar a defesa do réu.

Também se classifica a citação como *real* (quando feita via mandado, mediante oficial de justiça que entra em contato com o citando, ou quando feita pelo correio, havendo o mesmo contato do carteiro com o citando) ou como citação *ficta* (a citação com hora certa, sem o contato do oficial de justiça com o citando, e a citação por edital). Para que, preferencialmente, a citação seja *real*, e não *ficta*, o art. 216 do CPC determina que ela se faça “em qualquer lugar em que se encontre o réu”. Por comodismo, o autor ou o oficial de justiça pode optar pela citação por edital, ou, só o oficial de justiça, pela citação com hora certa, quando a provável citação real em outro endereço exige sempre nova (ou novas) diligência (s). A mesma idéia se encontra no parágrafo único do art. 216: “O militar, em serviço ativo, será citado na unidade em que estiver servindo se não for conhecida a sua residência ou nela não for encontrado”. Claro que a regra não vale para o militar da reserva, sendo evidente o empenho na localização do local de trabalho dele, caso não seja possível a citação na sua residência. Tal norma torna ainda mais precária a citação ficta que tiver omitido a diligência na unidade em que o militar preste serviços.

O oficial de justiça correrá o risco até de não conseguir depois a citação real, autorizado por texto expresso de lei, inspirado em razões de solidariedade humana:

Art. 217. Não se fará, porém, a citação, salvo para evitar o perecimento do direito:

I - a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso;

II - ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do

falecimento e nos 7 (sete) dias seguintes;
III - aos noivos, nos 3 (três) primeiros dias de bodas;
IV - aos doentes, enquanto grave o seu estado.

Cabe notar que a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, revogou o primitivo inciso I, reenumerando os incisos seguintes. Percebeu, o legislador, o engano de restringir a citação do funcionário público na repartição em que presta serviços. Não havia motivo para pôr em risco a ulterior citação real, como nos casos remanescentes, em que o respeito ao sentimento religioso, ou o respeito aos mortos por seus familiares, a privacidade do casal recentemente casado ou a solidariedade humana com pessoa gravemente enferma justifica o adiamento, aliás, em geral de curta duração, da realização da citação pessoal. No caso do servidor público, a suposta vantagem, na realidade, de modo permanente, acabava dificultando a sua citação real.

Quanto às espécies de citação, o art. 221 do CPC, com o acréscimo trazido pela Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispõe: “A citação far-se-á: I - pelo correio; II - por oficial de justiça; III - por edital; IV - por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria”.

Tendo dedicado a Seção II, Capítulo IV, às *cartas*, em última análise, modalidade de citação por mandado, com a única diferença de ser ele expedido pelo juiz destinatário da carta de ordem, rogatória ou precatória, a Seção III, do mesmo Capítulo, não destaca, a respeito, espécie autônoma de citação. Por outro lado, a citação com hora certa não chega a constituir espécie de citação, mas um modo ficto de fazer a citação por mandado, diante de certa situação de fato: a suspeita de ocultação do citando.

Restaria lembrar a citação feita na pessoa do advogado (arts. 57, *caput*, na citação dos opostos, e 316, quanto à reconvenção, apesar da redação, pois a hipótese do art. 603, parágrafo único, com a redação trazida pela Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994, no tocante à liquidação de sentença, foi revogada pela Lei nº 11.232, de 23 de dezembro de 2005), justificada pela anterior presença dele na relação processual e pela instrumentalidade das formas processuais.

4 Inexistência e nulidade da citação

O art. 214 do CPC considera, como já vimos, em seu *caput*, indispensável a citação inicial do réu, para a validade do processo. E o sistema da legalidade rígida dos atos processuais, por nosso CPC adotado, destaca-se em particular no seu art. 247: “As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.” No entanto, os acréscimos do art. 214 esclarecem: “§ 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação. § 2º Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.

A instrumentalidade das formas mostra, aí, toda a sua força. O ato de comunicação da demanda ao réu apresenta enorme importância. Mas sua finalidade é permitir o ingresso do réu na relação processual, exercendo suas faculdades, poderes e ônus, já que também assume as posições passivas dos deveres e da sujeição. Esta, como se sabe, consiste na inevitabilidade do provimento jurisdicional para as partes.

Entende-se que a falta da citação, ou inexistência desta no processo de conhecimento em que foi proferida a sentença condenatória, com revelia, não permita sequer que tal sentença transite em julgado: a qualquer tempo, a executada poderá arguir tal inexistência e mesmo a nulidade da sentença, no processo de execução contra a Fazenda Pública (art. 741, inciso I, do CPC, com a redação trazida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005), independentemente de impugnação recursal ou de ação autônoma de impugnação (rescisória ou anulatória).

Mas isso só com a revelia, pois o comparecimento da ré afasta o defeito até da inexistência do ato de citação. E ainda que ela só compareça para alegar a nulidade da citação, esta não mais será feita, pois seria totalmente inútil. A intimação da decisão do juiz decretando a nulidade servirá de prazo inicial para a resposta da ré, ou, mais exatamente, considerar-se-á feita a citação na data de tal intimação, ao advogado ou ao réu. Mais uma evi-

dente manifestação do princípio da instrumentalidade das formas (CRUZ, 1995, p. 613/614).

5 Efeitos da citação

O art. 219 do CPC enumera alguns efeitos da citação, sem mencionar o já referido de comunicar ao réu a causa e torná-lo parte. MOREIRA divide os efeitos da citação em efeitos de ordem *processual* e efeitos de ordem *material* (conforme Liebman já o observava em "Nota". CHIOVENDA, 1943, v. 2, p. 399), acrescentando:

O teor do art. 263, 2ª parte, literalmente atribui vários deles, arrolados no art. 219, à *propositura da ação*, e não à citação em si, conquanto esclareça que apenas se operam, quanto ao réu, "depois que for validamente citado". Trata-se, a essa luz, de efeitos cuja produção se subordina a uma condição (legal) suspensiva [...] Não se deve entender com rigor, por equívoca, a cláusula restritiva "quanto ao réu". Alguns dos efeitos enumerados no art. 219, como o da constituição em mora, só mesmo ao réu podem dizer respeito, sendo, pois, supérflua a restrição. Por outro lado, é inconcebível, *v.g.*, que a coisa se torne litigiosa, *quanto a terceiros*, em momento diverso daquele em que se torna tal *para o réu*, o que acarretaria sérias dificuldades quando se tivesse de apreciar a eficácia de atos de disposição porventura por este praticados entre a propositura da ação e a citação (MOREIRA, 1997, p. 32).

Não convém esquecer, contudo, que o terceiro, que porventura adquira algum bem imóvel, pelo menos, pode saber da distribuição da causa, mesmo antes da citação do réu alienante do referido bem, sendo as certidões dos distribuidores destinadas a esse fim (CRUZ, abr./jun. 2000, v. 25, n. 98, p. 110).

Cuidando dos efeitos processuais da citação *válida*, concordamos com a referida proposta: a) completar a constituição da relação jurídica processual, que passa a incluir, além do autor e do juiz, o

réu; b) prevenir, nos casos de competência concorrente (*v.g.*, arts. 94, §§ 1º, 2º e 3º, *fine* e 4º; 95, 2ª parte; 100, parágrafo único), a do órgão judicial que a ordenou (art. 219, *caput*), quanto à ação proposta e a outras que perante ele hajam de correr, independentemente da precedência na distribuição e no despacho da inicial — ressalvada a hipótese de serem distribuídas ações conexas a dois ou mais órgãos com "a mesma competência territorial" (dois juizes de uma mesma comarca ou seção judiciária), quando então incidirá a regra *especial* do art. 106, considerando-se prevento o órgão que houver despachado em primeiro lugar; c) produzir litispendência (art. 219, *caput*) ensejando, se for o caso, enquanto dure o processo, e desde que satisfeitos os requisitos do art. 301, §§ 1º e 3º, a arguição ou a pronúncia *ex officio* (art. 301, § 4º), no feito onde a citação haja sido *posterior*, da preliminar mencionada no inciso V do mesmo artigo, e a conseqüente extinção, sem julgamento de mérito, do segundo processo (art. 267, nºs IV e V); d) tornar inadmissível a ampliação do pedido (art. 294) e, sem o consentimento do réu, a alteração daquele ou da *causa petendi* (art. 264, *caput*...); e) tornar inadmissível, salvo nos casos legalmente previstos, a mudança das partes no processo (art. 264, *caput, fine*) [...] São efeitos materiais da citação válida: a) fazer litigiosa a coisa (*rectius*: o direito deduzido em juízo) (art. 219, *caput*); b) constituir o réu em mora (art. 219, *caput*, desde que esta ainda não haja sido produzida por ato ou fato anterior à instauração do processo: c) interromper a prescrição (art. 219, *caput*) ou obstar ao escoamento do prazo extintivo (art. 220), *retroagindo* esse efeito à data da propositura da ação, nos termos do art. 219, §§ 1º a 4º, na redação da Lei no 8.952. Excedidos os prazos dos §§ 2º e 3º, a citação apenas surtirá o efeito interruptivo ou obstativo da data *em que se realizar*, desde que até então não se haja consumado a prescrição ou a extinção do direito: assim se deve entender a norma do art. 219, § 4º, onde melhor se diria "[...] haver-se-á por não interrompida *na data da propositura da ação*" (MOREIRA, op. cit., p. 32/33).

Percebe-se, desde logo, que o art. 219 não prevê todos os efeitos da citação. Como ele apresenta enorme interesse teórico e prático, convém transcrevê-lo, antes de fazer outras observações:

A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

Os três primeiros parágrafos têm a redação resultante da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Citação *válida*, como consta do texto legal. Logo, se anulada a citação, ela não produz os referidos efeitos (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, nota nº 2 ao art. 219 do CPC).

E, por outro lado, como também consta do dispositivo legal, a citação é *parcialmente* ineficaz, quando deferida por juiz incompetente: "do disposto na 2ª parte do art. 219, *caput*, infere-se que ela deixa de produzir (seja relativa ou absoluta a incompetência, pois a lei não distingue) os efeitos da prevenção, da litispendência e da litigiosidade. No tocante aos dois primeiros, quer isso dizer: a) que, não obstante efetivada com anterioridade, a citação determinada por órgão incompetente (na hipótese do art. 107, à luz de critério *diverso* do territorial!) não

torna prevento o órgão que determinou a citação; b) que, ajuizada a mesma ação perante o órgão X, competente, e o órgão Y, incompetente, a circunstância de haver-se realizado em primeiro lugar a citação por este ordenada não autoriza a extinção (sem julgamento do mérito), por provocação da parte ou *ex officio* (art. 301, nº V e § 4º), do processo instaurado perante X: o outro, sim, é que deve extinguir-se — a menos que, nele, a competência de Y (quando possível) se tenha prorrogado *antes* de feita a citação por ordem de X: assim, caso nesse ínterim, sendo *relativa* a incompetência de Y, se haja esgotado *in albis* o prazo para oferecer exceção." (MOREIRA, op. cit., p. 33).

Não deve ficar dúvida sobre um ponto: mesmo inidônea, a citação, para alguns dos seus efeitos, o processo não é nem *inexistente* nem *nulo*.

6 Citação postal

A redação originária do art. 222 do CPC restringia a citação postal: "A citação pelo correio só é admissível quando o réu for comerciante ou industrial, domiciliado no Brasil." A orientação jurisprudencial mostrava-se rigorosa quanto à entrega da carta ao destinatário, embora já aceita para destinatário residente em outra comarca (NEGRÃO, 1983, nota nº 3 ao art. 222 do CPC).

Por força da Lei nº 8.710, de 24 de setembro de 1993, o art. 222 do CPC passou a contar o texto seguinte:

A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto:

- nas ações de estado;
- quando for ré pessoa incapaz;
- quando for ré pessoa de direito público;
- nos processos de execução;
- quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;
- quando o autor a requerer de outra forma.

A precedência da referência à citação pelo correio de modo algum pode servir como argumento para a sua prioridade, pois já havia tal precedência nos arts. 321 e 322, antes da alteração deste, e a citação pelo correio ainda era excepcional, como vimos no início deste tópico.

A citação pelo correio continua restrita, como se o legislador, desconfiando dela, só a reservasse para situações disponíveis, afastando-a das chamadas matérias indisponíveis (ações de estado, de que nos dá idéia o art. 81, inciso II; quando ré pessoa incapaz ou de direito público). Imprópria para a finalidade da execução (o carteiro não pode desempenhar as funções do oficial de justiça, o que exigiria inútil duplicação de diligências), onde a citação pelo correio é vedada, a deficiência dos serviços postais, na entrega da correspondência em domicílio, exige a atuação do oficial de justiça para supri-la. E o legislador parece ter admitido a própria desconfiança de qualquer autor ao propor demanda, facultando-lhe requerer outra espécie ou modo de citação.

Nossa vida forense, às vezes, revela certa contradição. Para argüir a chamada exceção de pré-executividade, muitos devedores se antecipam ao próprio despacho positivo do juiz na petição inicial, em geral propugnando a recorribilidade do "Cite-se". Note-se que, havendo em tal ingresso antecipado o tal comparecimento espontâneo do art. 214, § 1º, que supre a própria citação, a impugnação ao mencionado despacho fica sem qualquer utilidade, com evidente preclusão lógica. Caso, porém, o réu prefira evitar a citação, a atuação do correio se torna um tanto insegura, com jurisprudência destituída de consistente firmeza, nos freqüentes casos em que o próprio destinatário ou representante legal da pessoa jurídica não assine o recibo devolvido pelo carteiro (NEGRÃO; GOVÊA, 2007, notas nº 3 a 6 ao art. 223 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.710/93).

O próprio rigor formal, justificável, até pela vantagem do nosso procedimento legal e rígido, percebe-se no art. 223, também resultante da Lei nº 8.710/93:

Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço.

Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.

Funciona, em tudo, a intermediação do juízo: a carta contém a cópia da petição inicial com o despacho do juiz, sendo o auxiliar da documentação incumbido dela, com o concurso do agente do correio, com registro e aviso de recebimento. Como veremos adiante, no estudo da intimação, a advertência do art. 285, segunda parte, e a informação do prazo para a resposta ou comparecimento (art. 277 e seu § 2º do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995) constituem intimação ou "ato pelo qual se dá ciência alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa" (art. 234 do CPC) (DINAMARCO, 2001, v. 2, p. 506, e v. 3, p. 413).

Pela menor segurança da citação pelo correio, o art. 222 omite outra ressalva à admissão da citação postal: quando esta se frustrar, far-se-á por meio do oficial de justiça, evidentemente se não for caso da citação por edital.

Embora a experiência da citação postal fora do processo civil possa ser favorável, ela ainda não pode ser considerada o modo preferencial de citação nele.

7 Citação por mandado, com hora certa e por carta

O art. 224 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.710/93, ante o exposto, só aparentemente confirma a preferência do legislador pela citação postal: "Far-se-á a citação por meio de oficial de justiça nos casos ressaltados no art. 222, ou quando frustrada a citação pelo correio".

Ante a provável, ou apenas possível, frustração da citação postal, o autor poderá preferir, nos casos em que isso já não seja exigido pelo art. 222, desde logo, a citação pelo oficial de justiça.

Quando isso ocorrer, por livre escolha do autor ou por imposição da lei, o art. 225 dispõe sobre a ordem de citação do juiz:

O mandado, que o oficial de justiça tiver de cumprir, deverá conter:

- I - os nomes do autor e do réu, bem como os respectivos domicílios ou residências;
- II - o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis;
- III - a cominação, se houver;
- IV - o dia, hora e lugar do comparecimento;
- V - a cópia do despacho;
- VI - o prazo para defesa;
- VII - a assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

Parágrafo único. O mandado poderá ser em breve relatório, quando o autor entregar em cartório, com a petição inicial, tantas cópias desta quantos forem os réus; caso em que as cópias depois de conferidas com o original farão parte integrante do mandado.

Também aí se acham presentes, em essência, os mesmos requisitos da citação por carta, enquanto ato de comunicação com intermediação do juízo, sem colaboração de auxiliar eventual, que é, na citação postal, o carteiro. Os nomes e endereços dos citandos são indispensáveis para que o oficial de justiça os localize. O fim da citação, no caso, se concretiza na causa de pedir e no pedido, núcleo objetivo ou libelo da petição inicial. A eventual cominação (art. 287 do CPC, com pena pecuniária para o descumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer), o momento e o local do comparecimento, por exemplo, na audiência do procedimento sumário, e o prazo de defesa constituem, como vimos a propósito da citação postal, intimação. O despacho traduz a ordem de citação proferida pelo juiz. A assinatura do escrivão com a declaração de que ela decorre de ordem do juiz, embora enumerada em pé de igualdade com os outros incisos, tem sido considerada dispensável (NEGRÃO; GOVÊA, 2007, nota nº 9 ao art. 225 do CPC).

O modelo legal da atuação do oficial de justiça é o seguinte:

Art. 226. Incumbe ao oficial de justiça procurar o réu e, onde o encontrar, citá-lo:

- I - lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé;
- II - portando por fé se recebeu ou recusou a contrafé;
- III - obtendo a nota de ciência, ou certificando que o réu não a apôs no mandado.

Se a citação deve ser feita em qualquer lugar em que o citando se encontre (art. 216), o oficial de justiça não pode ter atitude comodista nas suas diligências. Portanto, deve empenhar-se em citar pessoalmente o réu. Claro que ele não violará as normas sobre o tempo dos atos processuais (por exemplo, o repouso noturno, conforme o art. 172 do CPC) ou o disposto no art. 217 do CPC.

O ato de citação se inicia pela leitura ao citando do mandado. Explica-se que, principalmente sendo o réu pessoa iletrada ou de má vontade, o oficial se limite à explicação geral do significado do ato, o que pode ser mais eficiente do que a leitura de petição em linguagem inacessível, até porque é ato de operador da atividade processual. O oficial de justiça das pequenas comarcas localiza as pessoas até por seus apelidos, porque conhece todo mundo. Já o oficial dos grandes centros, atendendo a recomendações da Corregedoria Geral da Justiça, deve exigir o documento de identidade do citando, ou, quando não conseguir isso, descrevê-lo na sua certidão. O oficial deve entregar ao citando a contrafé que corresponde à cópia do mandado e da petição inicial que o integra.

O oficial de justiça goza de fé pública, quanto à forma dos atos de sua responsabilidade e quanto à veracidade dos fatos que ele declarar que ocorreram em sua presença. Se o oficial de justiça certificar algo que dependa de registro público, claro que nada valerá a sua certidão. Se ele negar a existência de certo endereço, a fácil comprovação contrária disso o desmentirá. Mas o que acontece em seu contato com o citando, merece fé (art. 143 do CPC e NEGRÃO; GOVÊA, op. cit., nota nº 1 a tal dispositivo). Se o oficial de justiça declara que o réu aceitou ou recusou a contrafé, isso tem fé pública, só deixando de prevalecer se produzida prova convincente em contrário.

A obtenção da *nota de cliente*, ou simples declaração de *cliente*, com data e assinatura do citado no mandado deve ser declarada pelo oficial de justiça, da mesma forma que a recusa por parte do réu. A falta de certificação de qualquer dessas formalidades, dos incisos do art. 226 do CPC, gera nulidade (MACHADO, 1993, p. 167/168). Não parece tão rigorosa a jurisprudência sobre tal assunto (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 1996, p. 647).

Breve comentário doutrinário sugere sua transcrição:

Frustrada a citação pelo correio, deve ser tentada a citação pessoal por oficial de justiça. Quando também esta restar infrutífera, ocorrendo as circunstâncias apontadas na Lei (CPC 227), poderá ser marcada hora certa para a citação do réu que se oculta para evitá-la. (NERY; ANDRADE NERY, op. cit., p. 647).

Pelo que vimos, a citação por oficial de justiça não cabe só quando infrutífera a citação postal. Aquela é até mais geral, pois há casos em que não se admite a citação pelo correio. Certo, mesmo, é que a hora certa só se relaciona com a citação pelo oficial de justiça, também chamada de citação por mandado.

A leitura do art. 227 ajuda a demonstrá-lo:

Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Trata-se, portanto, de citação indireta, porque levada a efeito em intermediário próximo do réu (familiar, vizinho, serviçal). Existe tendência à ampliação. O legislador concorreu para isso, tornando possível a citação do servidor público na repartição em que preste seus serviços (art. 217, cujo inciso I, sobre o tema, foi revogado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994).

Não se trata de citação real, mas ficta; portanto, só admissível se efetivamente demonstrada a ocultação. Mera ausência, no horário diurno, pode decorrer até do trabalho exercido pelo citando. Se o oficial de justiça deve “procurar o réu e, onde o encontrar, citá-lo”, e se pode fazê-lo no local de trabalho ou na repartição onde presta serviços o servidor público, é totalmente reprovável que ele marque hora certa por suspeita de ocultação. Além de não poder localizar o citando em outro endereço, o oficial cuidará de motivar, em resumo, os indícios da ocultação do réu. No processo de execução há dispositivo impondo ao oficial procurar o citando “3 (três) vezes em dias distintos” (art. 653, parágrafo único, do CPC). Logo, as três vezes do art. 227 do CPC não terão de ser em dias distintos, mas não se impede que seja em dias distintos, pois a exigência no dispositivo da execução faz presumir a vantagem de tal restrição. A escolha do mencionado intermediário da citação recairá em familiar, empregado doméstico ou vizinho, admitindo-se no local de trabalho, conforme destaca Dinamarco (2001, v. 3, p. 421/422), alguém que trabalhe ali). O próprio art. 227 prevê designação de hora para o dia *útil* (art. 172 do CPC, *caput*) imediato, o que afasta a exigência das horas exatas da procura do citando pelo oficial de justiça.

A etapa seguinte da citação com hora certa se acha no art. 228 do CPC:

No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

O uso forense conhece a expressão *levantamento da hora certa*, que corresponde à diligência

do oficial, no dia útil imediato e na hora previamente designada. No art. 227 consta que o oficial *deverá* providenciar a designação da hora certa. Claro, sem qualquer interferência do juiz (NEGRÃO e GOUVÊA, 2007, nota nº 2b. ao art. 227 do CPC). Também no dia imediato, o oficial de justiça agirá sem qualquer despacho ou outra providência do juiz. Se ocorrer a hipótese mais rara de encontrar o citando, o oficial de justiça fará citação direta e real, observando o art. 226 do CPC.

Se não encontrar o citando, o oficial de justiça procurará saber o motivo da ausência dele. Caso não seja confirmada a sua convicção anterior, quanto à ocultação dele, o oficial certificará o que o impede de concluir a citação com hora certa. Eventual viagem, facilmente demonstrável, principalmente para o exterior, ou internamento também comprovado para tratamento de saúde, ou o serviço como jurado, ou um dos motivos do art. 217 do CPC, só nessa oportunidade revelado, enfim, até a prisão ou a morte do citando poderá ser então informada. Obviamente, o oficial certificará o que ele então verificar. Caso se confirme a sua suspeita de ocultação, ele certificará isso, com breve motivação do seu convencimento, dando por citado o réu. É irrelevante saber onde este se encontra, pois só tem importância o fato de sua ocultação.

O oficial de justiça fará certidão da citação ficta, se confirmada, conforme o parágrafo anterior, a sua suspeita de ocultação e entregará a contrafé, ou cópia do mandado com a certidão e a cópia da inicial, ao intermediário da citação, familiar etc., que poderá não ser aquele intimado conforme o art. 227 do CPC, donde a necessidade de constar seu nome.

Tratando-se de citação indireta e ficta, o legislador tomou uma precaução, que não integra o ato de citação já levado a efeito: “Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.” Não se trata nem de citação postal, nem de carta precatória, mas de correspondência simples, que poderá permitir ao citando eventual impugnação à citação ou, conforme o prazo porventura ainda existente, até a resposta. Convém insistir em que a citação fica completa com as providências do art. 228.

A citação *por carta* não passa de citação por mandado, que o oficial de justiça realiza por ordem direta do juízo a que serve, não daquele em que pende o processo. Na seção *das citações* (arts. 213-233) nada consta “sobre qualquer das modalidades da citação por carta, a qual se insere na disciplina geral *das cartas*, contida em seus arts. 202 a 212” (DINAMARCO, 2001, v. 3, p. 423).

As cartas, porém, sempre envolvem certa complicação, como vimos. Com o intuito de simplificar a atuação do oficial de justiça da própria comarca, o art. 230 do CPC, em seu texto originário já dispunha: “Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, o oficial de justiça poderá efetuar a citação em qualquer delas, desde que a residência ou lugar onde se encontra o citando seja próximo das divisas respectivas.” Contíguo significa próximo, vizinho, adjacente, unido. Às vezes, como acontece em Santos e São Vicente, nem se percebe a linha divisória entre as comarcas, o mesmo ocorrendo até nos limites entre Estados, separando duas comarcas, e até os dois Estados.

Com a Lei nº 8.710/93, tal dispositivo passou a ter a seguinte redação: “Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas”. Tornou-se ainda mais ampla a atuação do oficial de justiça, evitando-se a expedição de carta precatória. Não mais se cogita da proximidade da linha divisória e até se dispensa a contigüidade, no caso das regiões metropolitanas. Enfim, incluiu-se, expressamente, a intimação, que já se considerava implicitamente contida na primitiva redação do art. 230 do CPC (NEGRÃO, 1983, nota nº 1 ao art. 230 do CPC).

8 Citação por edital

A citação por edital constitui a opção brasileira para o caso em que não seja possível a citação direta e real, ou mesmo a indireta e ficta com hora certa. Concilia-se a necessidade do autor de obter a tutela jurisdicional que busca, pelo exercício do poder ou direito público subjetivo de ação, com a do réu, de eventualmente tomar conhecimento da ação proposta em relação a ele. Como só eventualmente haverá ciência da citação por edital, institui-se, quan-

do revel, aquele, que foi citado por edital, a defesa por meio do curador especial (art. 9º, *caput* inciso II do CPC, aplicável também ao revel citado com hora certa), que, perante a Justiça estadual de São Paulo, já teve sua tarefa atribuída ao Ministério Público, como ainda acontece em outros Estados brasileiros. Outros países adotam processo cercado de outras garantias, sem a citação ficta, mas com recurso de prazo excepcionalmente longo, por exemplo.

O art. 231 do CPC dispõe:

Far-se-á a citação por edital:

- I - quando desconhecido ou incerto o réu;
- II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra;
- III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

Embora se possa considerar excepcional a citação por edital, dada a importância do direito de eventual defesa que o réu queira apresentar, o legislador chega a admitir a citação por edital, quando, normalmente, seria caso de citação por carta: "Citar-se-ão, conforme o disposto nos arts. 224 a 230, somente as pessoas domiciliadas na comarca por onde corre o inventário ou que aí foram encontradas; e por edital, com o prazo de 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias, todas as demais, residentes, assim no Brasil como no estrangeiro" (art. 999, § 1º, do CPC). É um dos exemplos de citação por edital com base no inciso III do art. 231 do CPC, como também acontece com a citação dos arts. 653/654 do CPC.

Fora dos raríssimos casos em que o legislador autoriza a citação por edital, quando cabível outra modalidade de citação, ela só se legitima nas hipóteses previstas pelo art. 631 do CPC. Em primeiro lugar, quando desconhecido ou incerto o réu. Hipótese raríssima, mas exemplificada, em termos de jurisprudência, com invasores de propriedade rural, que o autor da ação possessória não consegue iden-

tificar (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, nota nº 6 ao art. 231 do CPC).

De todas as hipóteses, a mais freqüente é a de achar-se o citando em lugar ignorado, incerto ou inacessível, com predominância dos dois primeiros casos, que não chegam a distinguir-se. Na prática, consagrou-se a expressão *lugar incerto e não sabido*, que também traduz o desconhecimento do lugar em que se encontra o citando, para ser citado pessoalmente.

O § 1º do art. 231 considera inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória, como já aconteceu com os Estados Unidos, até algum tempo atrás.

Em outro tipo de lugar inacessível, cuidou o legislador de propiciar maior segurança ao citando, com a divulgação do edital também pelo rádio, com a óbvia condição de que a comarca inacessível conte com emissora de radiodifusão.

O art. 232 traz os requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos ns. I e II do artigo antecedente;

II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;

IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;

V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.

§ 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o n. II deste artigo.

§ 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da assistência judiciária.

A segurança jurídica predomina quando se prevê a presunção do conhecimento da lei nova pela

sua publicação no *Diário Oficial*, quando determinada idade indica a capacidade das pessoas e em tantas hipóteses análogas. Ao longo dos tempos, tal critério se mostrou, às vezes, injusto, mas prevaleceu pela segurança que ele proporciona. Também a publicação de editais pode não ser o meio mais eficiente, mas o que se pretende é estabelecer uma forma segura para a citação ficta. Reunidos certos atos, existe a citação por edital.

Em primeiro lugar, impõe-se que o próprio autor afirme que o réu é desconhecido ou incerto, ou que o oficial de justiça certifique tal fato. Também a hipótese da ignorância ou inacessibilidade, quanto ao lugar em que se encontra o citando, deve ser afirmada pelo autor ou certificada pelo oficial de justiça.

A afixação do edital, no lugar costumeiro do fórum, certificada pelo escrivão também se inclui entre os requisitos que caracterizam a citação por edital.

As publicações devem observar a concentração nos 15 dias, juntando-se exemplar de cada uma das três aos autos, constando a data, para o devido controle.

O edital conterà, em resumo, os requisitos do mandado de citação, devendo o juiz estabelecer certo prazo, de 20 a 60 dias, que se conta a partir da primeira das três publicações do inciso III. Após tal prazo, começa a correr o prazo de resposta do réu.

A advertência do art. 285, segunda parte, quanto a direitos disponíveis, também se faz na citação real.

Já mencionamos a juntada de exemplar das publicações, para controle (§ 1º). O § 2º se refere à assistência judiciária. A solução, para o autor necessitado, que deveria pagar as publicações do jornal local, foi suprimi-las.

Por último, o art. 233, de raríssima utilização, na prática, dispõe: "A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo. Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando."

O dispositivo revela timidez com atitude até criminosa do autor. O legislador, confirmando a tão propalada impunidade, prefere, para afirmação fal-

sa feita pelo autor, intencionalmente, impor-lhe a branda sanção de multa, que beneficiará o citando.

O que, realmente, importa, é a inexistência do processo ou sua nulidade. O revel, como temos demonstrado em vários estudos, nem deve correr o risco de submeter-se ao perigoso biênio da ação rescisória, pois não chega a formar-se a coisa julgada (CRUZ, 1995, p. 614).

9 A citação por meio eletrônico

O Capítulo II da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dedica-se à "Comunicação Eletrônica dos Atos Processuais". O art. 4º, dispositivo inicial de tal capítulo, refere-se à possibilidade de os tribunais criarem Diário da Justiça eletrônico, encerrando regras sobre prazos processuais e sobre intimações, entre outras. O art. 5º trata das intimações por meio eletrônico, alterando, assim, a ordem do CPC, observada no presente estudo.

Sobre as citações por meio eletrônico, dispõem os arts. 6º e 9º da Lei nº 11.419/06. O art. 6º determina: "Observadas as formas e as cautelas do art. 50 desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processual Criminal e Infractional, poderão ser por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando".

De qualquer modo, salvo o processo penal *lato sensu*, que abrange o relativo ao controle jurisdicional do processo disciplinar e qualquer outro de que possa resultar sanção penal em sentido amplo, para qualquer das partes, mesmo a Fazenda Pública, admite-se a citação por meio eletrônico.

A referência ao art. 5º, que será examinado no tópico seguinte, mostra que a Lei nº 11.419/06, colocou a intimação como a comunicação-padrão, passando a citação a sofrer aplicação subsidiária das regras daquela.

A melhor lição sobre as *leis penais*, para fins interpretativos e para evitar outros agravamentos indevidos, continua sendo a de Carlos Maximiliano (1961, p. 405):

[...] a rubrica *leis penais*, aposta a este capítulo, compreende todas as normas que impõem penalidades, e não somente as que alvejam os delinquentes e se enquadram em Códigos

criminais [...] Os preceitos mencionados regem, também, disposições de Direito Privado, de caráter punitivo; as relativas à *indignidade* do sucessor, por exemplo, e diversas concernentes à *falência*.

No campo disciplinar, chegamos, no terreno doutrinário, a defender a natureza jurisdicional material do processo administrativo respectivo, relativo à pena expulsória:

Embora a proposta se faça diretamente ao caso mais grave, ela pode ajustar-se às penalidades disciplinares ensejadoras de estigma para o servidor punido, ou que agravem a situação deste pela reincidência, valendo, ainda, além do campo disciplinar, de modo mais amplo, para toda punição de certa gravidade, a cargo da Administração Pública. (CRUZ, 1996, p. 382)

Talvez pela força do hábito, o novo dispositivo faça referência aos *autos*. Uma das vantagens do processo eletrônico consiste em evitar o conjunto, em geral espesso, de papéis presos a uma capa de papel encorpado. Bastaria constarem as peças sob registro eletrônico do processo ou outra expressão semelhante. Todas essas peças devem estar à disposição do citando.

O art. 7º da Lei nº 11.419/06 dispõe:

As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico.

Concilia-se esta norma com a do art. 6º: entre os órgãos do Judiciário e entre estes e os de outros Poderes, preferencialmente far-se-ão as citações expressamente indicadas e demais comunicações oficiais por meio eletrônico.

10 A intimação: conceito, classificação e espécies

A intimação guarda muitos pontos comuns com a citação, pois ambas constituem atos proces-

suais de comunicação e integram seções do mesmo capítulo destes. O art. 234 do CPC define a intimação como “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

E já antecipamos certa visão que ainda mais associa ambos esses atos:

A primeira das intimações que se fazem no processo civil é aquela que vem incluída no ato de citação do demandado, onde ele é *intimado* do prazo ou momento para defender-se, comparecer *etc.*, com o convite a realizar o que compete e advertência sobre as consequências de eventual omissão. (DINAMARCO, 2001, v. 3, p. 429)

Outra observação merece nossa atenção:

Conhecimento direto é o que as pessoas recebem de imediato, simultaneamente à realização do ato a ser conhecido. Da sentença proferida em audiência as partes tomam ciência imediata e progressivamente, à medida que o juiz a dita ao auxiliar; quando interrompida a audiência para prosseguir outro dia, da nova designação ficam imediatamente cientes todos os sujeitos presentes *etc.* É impróprio falar em *intimação na própria audiência*, porque intimação é ato de comunicação processual [...] e, quando o conhecimento é direto, não se faz necessária intimação alguma: não se intima quem já sabe. (DINAMARCO, op. cit., v. 3, p. 429/430)

Em geral, como a intimação se aproveita da estrutura legal da citação, seu estudo se mostra esquemático, até com capítulo que demonstra tal entendimento: “Citação, intimações” (AMARAL SANTOS, 1997, p. 159).

Intimação pressupõe processo pendente, mas não a citação do réu, pois o autor é intimado do despacho positivo da sua petição inicial, do despacho que determina sua emenda e da eventual sentença que julgue extinto o processo, por exemplo, por inépcia da inicial.

As intimações são bem mais frequentes do que as citações, pois atingem os mais diversos sujeitos, principais e colaboradores, permanentes e eventuais do processo, e não apenas provocando o ingresso de parte ou terceiro no processo, mas dando a todos o conhecimento dos diversos atos do procedimento.

Há intimações simples, de que resultam *ônus*, ou faculdades cujo exercício é necessário para a realização de um interesse (p. ex., a ciência de uma decisão interlocutória, da qual resulta o ônus de recorrer, se a parte prejudicada com tal ato do juiz quiser evitar que haja preclusão e se pretender tentar a alteração do que foi decidido). Há também as intimações de natureza complexa, porque contêm comandos: nesse caso, elas geram deveres, ou condutas exigidas pelo ordenamento jurídico, cuja inobservância traduz desobediência e suas consequências, às vezes até de natureza criminal (DINAMARCO, 2001, v. 3, p. 432).

Há diversas espécies de intimações: a) pela imprensa; b) pelo correio; c) por oficial de justiça; d) pela vista dos autos; e) por edital. Como no caso das espécies de citação, nosso sistema é da legalidade rígida da forma, mas atenuado pela instrumentalidade do processo: irregular ou até inexistente a intimação, pouco importa, se o interessado não sofreu prejuízo.

O art. 235 dispõe: “As intimações se efetuam de ofício, em processos pendentes, salvo disposição em contrário”. O impulso oficial (art. 262 do CPC) só exclui do juiz o poder de iniciativa do processo. Para que este avance sem retrocessos, porém, as intimações se sucedem, com a atuação das partes, sob pena de se consumarem as situações e fases do procedimento, ante o escopo de atingir-se, quanto antes, o provimento pedido.

A intimação mais freqüente é a dos advogados, que se incumbem de praticar os atos cabíveis (requerer provas, juntar documentos, interpor recursos etc.):

Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

§ 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

§ 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

I - pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo;

II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando domiciliado fora do juízo.

A Lei nº 11.419/06 acrescentou ao art. 237 o seguinte parágrafo único: “As intimações podem ser feitas de forma eletrônica, conforme regulado em lei própria”.

Duas observações prévias: da intimação do Ministério Público, trataremos em tópico adiante; incluímos o art. 237, porque ele, em rigor, trata da mesma intimação dos advogados. A regra geral é a prioridade da intimação pela imprensa. Há entidades, como a Associação dos Advogados de São Paulo, que mantêm serviço de leitura dos órgãos oficiais, recortando e remetendo aos advogados associados ou assinantes os trechos das suas respectivas intimações. O risco de eventual omissão é dos advogados. Um dos mais ilustres destes depõe a favor da referida Associação, cujos prepostos são tão diligentes que recortam até os atos em que o informante é citado por sua obra de doutrinador, e não como procurador de alguma das partes (DINAMARCO, 2001, v. 3, p. 434, nota 3 e texto correspondente).

Já se anulou, por louvável exigência da segurança jurídica, intimação pela imprensa que trazia o nome do advogado atuando em causa própria, mas não como advogado, exatamente porque só se faz a leitura dos nomes dos advogados (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, notas nºs 12c. ao art. 236 e 9 ao art. 238 do CPC). Mas se for incluído o nome do advogado, de modo suficiente para a identificação, não se anulará a intimação.

Nas comarcas em que não exista a intimação pela imprensa, o escrivão intimará, pessoalmente, os advogados. Se estes residirem em outra comarca, o mesmo auxiliar da Justiça expedirá carta registrada, com aviso de recebimento, à semelhança da citação postal.

O mesmo esquema acabará funcionando também em relação às partes e seus representantes legais: "Art. 238. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria". A Lei nº 8.710/93, deu nova redação ao art. 238 do CPC, pois antes se previa a intimação por oficial de justiça. Passou, assim, a prevalecer a mesma regra do art. 237, no caso de não existir a intimação pela imprensa, abrangendo-se a opção das partes e seus representantes legais.

A mesma Lei nº 8.710/93 também alterou o art. 239 do CPC:

Far-se-á a intimação por meio de oficial de justiça quando frustrada a realização pelo correio.

Parágrafo único. A certidão de intimação deve conter:

I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de sua carteira de identidade e o órgão que a expediu;

II - a declaração de entrega da contrafé;

III - a nota de ciência ou certidão de que o interessado não a apôs no mandado.

Como se vê, aqui a intimação pelo oficial de justiça se mostra subsidiária da postal, pois esta permanece a forma comum e geral de comunicação dos atos do processo, exceto o chamamento de parte ou terceiro à relação processual. As formalidades do ato não divergem, em essência, daquelas da citação por mandado.

11 A intimação pessoal do Ministério Público e da Fazenda Pública

Antecipamos referência e até a transcrição do art. 236, § 2º, do CPC, que estabelece a prerrogativa

do Ministério Público de contar, em qualquer caso, com intimação pessoal.

Não se trata de privilégio, que ocorre na desigualdade em termos de interesse privado. Quando o legislador contempla o interesse público, há *prerrogativa* (GRINOVER, 1975, p. 30/31).

E o legislador não desconhece a fé pública dos atos do oficial de justiça. Se estabeleceu a regra especial, que não inclui a Fazenda Pública, ele quis com isso fortalecer a atuação em favor dos direitos individuais e transindividuais indisponíveis, pelos quais zela o Ministério Público.

A Lei nº 11.419/06 não alterou o disposto no art. 236 do CPC. Acrescentou o parágrafo único ao art. 237, instituindo a intimação por meio eletrônico, nos termos da lei própria. Como tal, a mesma lei, em seu art. 5º, § 6º, estabelece: "As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais".

Sem a revogação do disposto no art. 236, § 2º, do CPC e sem ressalva expressa, como esta, relativa à Fazenda Pública, subsiste íntegra a exigência da intimação pessoal ao Ministério Público.

12 A intimação e os prazos

A intimação se liga aos prazos e ao impulso processual, como se verifica no art. 240 do CPC:

Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.

Parágrafo único. As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense.

Confirma-se a importância das intimações e a razão do seu rigor formal, aliado ao princípio da instrumentalidade das formas: os prazos se contam a partir delas. E como existiam dúvidas quanto às intimações realizadas em dia sem expediente forense, a Lei nº 8.079, de 13 de setembro de 1990, acrescentou ao dispositivo o parágrafo único que ele exige.

Avulta a importância de fixar o dia inicial de cada prazo:

Art. 241. Começa a correr o prazo:

I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento;

II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;

III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido;

IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida;

V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz.

Esse dispositivo tem a redação dada pela Lei nº 8.710/93. A preocupação do legislador é com a segurança. Daí o critério padronizado, que acabou se refletindo no processo de execução, em que a Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, alterou o art. 738, inciso I, que antes não se referia à juntada do mandado, mas à própria intimação.

Quanto ao edital, que devia incluir expressamente a intimação, embora raríssima a hipótese do seu cabimento, a dilação assinada pelo juiz corresponde ao chamado prazo de espera do art. 232, inciso IV, do CPC.

O art. 242, referindo-se aos prazos para interposição dos recursos, mais corretamente devia constar das disposições gerais dos art. 496 e seguintes, havendo ali dispositivo sobre prazo (art. 506), com expressa referência ao art. 184 e seus parágrafos.

O art. 242 estabelece:

O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

§ 1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença.

§ 2º Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, manda-

rá intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.

Com a observação sobre a alteração trazida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, com revogação do primitivo § 2º do art. 242 do CPC, e nova numeração do seu § 3º, percebe-se a vantagem de salientar o conhecimento direto dos advogados. Evidentemente, o advogado só fica intimado em audiência para a qual ele tiver sido previamente intimado. A antecipação da audiência encerra grave risco para a segurança: o advogado intimado da audiência pode até encontrar-se no exterior ou em outra comarca. Daí a expressa exigência da sua intimação pessoal, quando houver antecipação da audiência.

E não convém vacilar: se houver intimação para a audiência e se nela for proferida decisão ou sentença, a partir dela se conta o prazo recursal. Mesmo que, por descuido ou excesso de zelo, ocorra intimação também pelo órgão oficial, conforme precedente de jurisprudência, o prazo de recurso se conta da audiência (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, nota nº 5 ao art. 506 do CPC).

13 A intimação por meio eletrônico

Tudo o que se acaba de ver, agora, deve ajustar-se à previsão do parágrafo único do art. 237 do CPC, já transcrito. Admite-se, por força deste, sem caráter preferencial, a intimação por meio eletrônico, nos termos da lei própria, por enquanto a Lei nº 11.419/06. Já foi visto que ela antecipou a regulamentação da intimação, em relação à citação.

E realmente, em seu Capítulo II, a chamada lei do processo eletrônico prevê a possibilidade de criação, pelos tribunais, de *Diário da Justiça eletrônico*, para a publicação dos atos processuais e administrativos, dos próprios tribunais e dos órgãos a eles subordinados, assim como para as comunicações em geral (art. 40). O sítio e o conteúdo das publicações referidas serão assinados digitalmente, com base em certificado emitido pela Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica (art. 40, § 10). A publicação eletrônica prevista neste artigo substitui qualquer outro meio ou publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, ressalvados os

casos que, por lei, exijam intimação pessoal (art. 4º, § 2º). Considera-se a data da publicação o primeiro dia útil após tornar-se disponível a informação no Diário da Justiça eletrônico (art. 4º, § 3º). Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil após a data da publicação (art. 4º, § 4º). A criação do Diário da Justiça eletrônico terá ampla divulgação, devendo o seu ato constitutivo ser publicado durante 30 dias no Diário Oficial tradicional (art. 4º, § 5º).

O art. 5º da Lei nº 11.419/06 exige integral transcrição:

As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 10 deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Aí estão as regras estruturais da intimação eletrônica, que o artigo seguinte manda observar também para a citação eletrônica: onde e como serão feitas as intimações eletrônicas; a fixação da data da intimação, que deverá constar do registro (ou dos autos, como se lê no texto legal); o critério para o cálculo do prazo, quando a consulta eletrônica não ocorrer em dia útil; o prazo para tal consulta e a consequência da não-observância de tal prazo; a título de informação, a expedição de correspondência eletrônica confirmando o envio da intimação e o início do prazo há pouco referido; quando a urgência do caso puder causar prejuízo a quaisquer interessados ou quando ficar evidente a tentativa de burlar o sistema, o juiz determinará outra espécie de intimação, que atinja a sua finalidade; enfim, mesmo quanto à Fazenda Pública, as intimações, na forma do dispositivo legal examinado, consideram-se pessoais, para todos os efeitos legais.

O art. 9º da Lei nº 11.419/06, no Capítulo III, "Do Processo Eletrônico", dispõe:

No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Se o processo é eletrônico, por lógica e por força da lei que o instituiu, também os atos de comunicação serão por meio eletrônico. O apego aos autos continua subjacente em tudo. O art. 8º refere-se expressamente a "autos total ou parcialmente digitais". Explica-se, portanto, a preocupação com o

"documento físico" relativo ao ato de comunicação realizado "segundo as regras ordinárias". Tal "documento físico" deverá ser posteriormente destruído. Por qual razão? Evidentemente porque não existirão mais os autos relativos às "regras ordinárias", nos quais os atos de comunicação deveriam ficar documentados.

Criticável retrocesso da Lei nº 11.419/06 se encontra na inclusão da notificação como ato de comunicação, como fazia o CPC de 1939, sabido que o CPC atual a inclui entre as medidas cautelares (cf. item 3 deste estudo - A citação: conceito, classificação e espécies).

Remessa nem é mencionada por José Náufel (1959, v. 3, p. 342), não se incluindo entre os exemplos expressos de *termos*, no sentido de peça em que se materializa o ato processual, *v.g.*, termo de juntada, termo de autuação, termo de vista etc. Eliézer Rosa (1957, p. 316) define *remessa*: "É o termo que lavra o escrivão quando expede os autos de um juízo a outro, de autoridade a autoridade, ou de um juízo a autoridade". Logo, remessa nada tem a ver com *vista*, se se pretende usar a terminologia tradicional.

Em último caso, nem sequer o processo eletrônico conseguirá evitar, ainda que de modo subsidiário, a utilização das "regras ordinárias" para a realização dos atos de comunicação processual.

CRUZ, J. R. G. da. Service of process: citation and summons (including the provisions in laws Nºs. 11.280/06 and 11.419/06). *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p.169-192, jul./dez. 2007.

• ABSTRACT: In this work, I first study the communication of the judicial process acts to the parties or other subjects in the process. Next, I examine each one of the procedural means used to summon a defendant or to notify other subjects, including electronic communication.

• KEYWORDS: Communication. Summons. Notification. Electronic communication.

Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de di-*

reito processual civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado - perfil histórico*. São Paulo: FIEO-Resenha Universitária, 1980.

CALIFORNIA State. *Standard California Codes*. New York/San Francisco: Mathew Bender, 1998.

CANADA. *Code de Procédure Civile - Code of Civil Procedure*. Montréal: Thémis, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. O processo de execução e a reforma do Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, v. 25, n. 98, abr./jun. 2000.

_____. Elogio a Lopes da Costa. *Revista de Processo*, 1992. v. 67.

_____. Canadá: direito e processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, jul./set. 2000.

_____. Os códigos do Estado da Califórnia (EUA), *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2005. v. 27.

_____. *Pressupostos processuais, condições da ação e instrumentalidade do processo*. Uma vida dedicada ao Direito — Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRUZ, RENATO. Tecnologia sepulta os telégrafos, que revolucionaram as comunicações no início do século 19. *O Estado de S. Paulo*, 26 fev. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2-3.

_____. Notas. In: ENRICO TULLIO LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*. Trad. C. R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. *Aurélio Século XXI - o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOUVÊA, JOSÉ ROBERTO F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- FRANCE. *Nouveau Code de Procédure Civile*. Paris: Dalloz, 1987.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Nota. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2.
- _____. *Da citação do processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1927.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 4.
- MAXIMILIANO Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1961.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. *Temas de Direito Processual* - Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1959. v. 2/3.
- NEGRÃO, Theotonio; *Código de Processo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Código de Processo*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Editora de Direito, 1957.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- USA. *Federal Rules of Civil Procedure* - Federal Civil - Judicial Procedure and Rules. West Group, 1999.
- ZPO. München: Goldman, 1978.
- _____. Vienna: Manzsche, 1991.

Considerações sobre a Lei Nº 11.481/07 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e Concessão de Direito Real de Uso

Maria Lígia Coelho MATHIAS*

Maria Helena Marques Bracero DANELUZZI*

• **RESUMO:** O objetivo deste trabalho é discutir alguns aspectos da Lei nº 11.481/2007 referentes a alterações introduzidas nos arts. 1.225 e 1.473 do Código Civil brasileiro. O artigo faz algumas considerações sobre a inadequação da lei, uma vez que ela inseriu questões de lei privada na lei administrativa, como a concessão de uso especial para fins domésticos em propriedade pública e a concessão de direito em termos de uso.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Direito real. Concessão de direito em termos de uso. Concessão de uso e bem público.

O tema objeto do presente estudo é polêmico e suscita inúmeras indagações, tais como a questão relativa à constitucionalidade, vigência e eficácia das normas, em razão dos interesses tutelados terem por objeto bens exclusivos da União. Essa afirmação decorre do fato de a Lei nº 11.481/07 determinar a inclusão, no art. 1.225 do Código Civil, de dois novos direitos reais, bem como introduzir nova redação ao art. 1.473, do mesmo diploma legal, permitindo a hipoteca dos direitos de *uso especial para fins de moradia* e da *propriedade superficiária*.

Entretanto merece destaque o fato da mencionada lei referir-se à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, matéria afeta diretamente ao direito administrativo e não ao direito privado.

Inicialmente, revela-se duvidoso o mecanismo operacional de inserção dos mencionados incisos, agregados aos arts. 1.225 e 1.473 do Código Civil, que, de maneira geral, podemos asseverar, são partes integrantes da esfera administrativa e que, por força da Lei nº 11.481/07, migraram para o Cód-

go Civil, contrariando a estrutura por ele adotada, em detrimento da boa técnica.

Com efeito, o Código Civil disciplina regramentos gerais de direito privado entre particulares podendo, muitas vezes, quando houver linhas convergentes, estipular requisitos específicos, notadamente aqueles relativos às pessoas jurídicas de direito público interno, a saber, União, Estados, Municípios, Autarquias, Associações públicas e as demais criadas por lei (art. 41 do Código Civil).

No entanto, há modelos de direito público que também foram regulados pelo Código Civil, a exemplo do direito de superfície, referido pelo art. 1.377, de teor seguinte: "*O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado por lei especial*".

Por outra senda, a enfiteuse prevista no Código de 1916 (arts. 678 a 694) foi revogada, em razão do advento do Código de 2002, ressaltando o quanto prevê nas disposições transitórias (art. 2.038), esclarecendo que as enfiteuses de terrenos de marinha e acrescidos têm sua disciplina em lei especial, ou seja, o Decreto nº 9.760/46, com as alterações das Leis nºs 9.636/98 e 11.481/07.

Vê-se que essa orientação não foi adotada pela lei ora em estudo, porque introduziu mecanismos

* Professora-adjunta de Direito Civil e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora titular de Direito Civil da Fundação Armando Álvares Penteado. Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica /SP.

* Procuradora do Estado de São Paulo e Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica/SP. Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica /SP.

específicos da esfera administrativa em um diploma legal, voltado para o direito privado. Quer-se dizer com isso, que nada obstará que as esferas privada e administrativa gravitassem no Código Civil, em disciplinas comuns às duas áreas do direito – mesmo porque o diploma civil é norma geral –, conquanto que a especificidade relacionada ao âmbito administrativo – direito público – fosse regulada em lei especial. Exemplificativamente, temos o direito de superfície regulado pelo Código Civil nos arts. 1.369 a 1.377 e na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Nessa quadra, melhor seria houvesse regulamentação especial sem que importasse em alteração da sistemática do Código Civil. Todavia, não o fazendo, conviria que as modificações encetadas na lei civil fossem excepcionadas em um parágrafo ao art. 1.225 ou até mesmo ao art. 1.473 – em relação à hipoteca – ou por meio de um outro artigo, de modo a deixar claro o intuito da lei.

As mesmas considerações devem se estender à possibilidade de dar em garantia hipotecária a propriedade superficiária e o direito real de uso. Com relação à propriedade superficiária, a questão que se põe é a relativa à circunstância da lei abranger os bens da União. Estender-se-ia aos particulares, uma vez que a lei está voltada à regularização fundiária de bens da União? Razoável seria, independentemente dessa lei, considerar a própria existência da propriedade superficiária, com relação ao proprietário superficiário. Atente-se, todavia, para o caráter resolúvel da hipoteca que fica vinculada ao período de duração do direito de superfície, relativamente ao proprietário do terreno.

A singela inserção no Código Civil, abstraindo a boa técnica, poderá levar o intérprete que se atenha à leitura somente do Código Civil à conclusão de que o texto legal se aplicaria a toda e qualquer situação, o que não é o caso.

No tocante à remissão à Medida Provisória nº 2.220/01 feita pela Lei nº 11.481/07, indaga-se acerca de sua vigência e eficácia e, portanto, esbarrando na própria constitucionalidade da Lei nº 11.481/07. Como a matéria é afeta ao direito constitucional, de nossa parte, anotamos somente que nos parecem duvidoso

as a vigência e eficácia, consoante previsão do art. 62, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal.

É de se questionar, ainda: seria eficaz a referida medida provisória, de tal sorte a permitir que a Lei nº 11.481/07 se valesse de seu conteúdo para criação de novo texto legal? Se a medida provisória não convertida em lei nos prazos previstos na Constituição Federal revela-se ineficaz, como poderá lastrear dispositivos de outra lei? Como um texto sem efeito jurídico pode ser fonte para outro? E, mais: em considerando sua eficácia, não seria recomendável que os requisitos ali delineados fossem reproduzidos no corpo da Lei nº 11.481/07?

Feitas essas ponderações, passemos à análise propriamente da Lei nº 11.481/07.

A *concessão de uso especial para fins de moradia* e a *concessão de direito real de uso* são direitos reais sobre coisa alheia, introduzidos no Código Civil por determinação do art. 10 da Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007. Em função disso, o art. 1.225 do Código Civil foi contemplado com mais dois direitos reais. Procuram atender à função social da propriedade garantida constitucionalmente pelos arts. 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Para a inserção das novas figuras jurídicas, houve o acréscimo dos incisos XI e XII ao art. 1.225, que se referem, respectivamente, à *concessão de uso especial para fins de moradia* e a *concessão de direito real de uso*. De nítido caráter administrativo, a Lei nº 11.481/07 dá nova redação aos dispositivos de leis que indica e prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóvel da União.

Em razão do preâmbulo da lei, fica claro que se pretendeu introduzir, no Código Civil, duas modalidades de direito real que somente são afetas, ordinariamente, a imóveis públicos, restringindo, assim, de maneira significativa os possíveis titulares desses direitos e o âmbito de sua abrangência. De qualquer forma, procura a norma jurídica regularizar a desordenada ocupação de área pública.

Importa ressaltar que, tanto na *concessão de uso especial para fins de moradia* como na *concessão de direito real de uso de bem público*, há a transferência da posse para o(s) ocupante(s), constituindo em favor dele(s) um direito real, mas o bem conti-

nua pertencendo à Administração. É ela a proprietária, pois inexistente transferência do domínio.

A *concessão de uso especial para fins de moradia* decorreu de imposição do art. 2º da Lei nº 11.481/07, ao determinar modificação na Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, no sentido de acrescentar alguns dispositivos legais, dentre eles o art. 22-a. Por decorrência dessa disposição legislativa, o direito à concessão de uso especial aplica-se às áreas de propriedade da União, inclusive os terrenos de marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores e ocupantes que preencham os requisitos estipulados na Medida Provisória nº 2.200, de 4 de setembro de 2001. Nesta, o art. 3º confere o direito à concessão de uso especial nos imóveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana.

O que caracteriza, enfim, os dois preceitos legais é que a *concessão de uso especial*, como direito real, abrange rigorosa e exclusivamente imóveis públicos urbanos, destinados à moradia.

O disposto no art. 1º da Medida Provisória 2.200/01 é semelhante ao que estipula o art. 1.240 do Código Civil, porquanto disciplina a questão relativa à *concessão de uso especial para fins de moradia*, de forma análoga à de usucapião especial urbana. Esse direito de uso especial se aperfeiçoa em favor daquele que congrega os seguintes requisitos:

- a) posse somente até 30 de junho de 2001;
- b) ocupação pelo prazo de 5 cinco anos;
- c) posse ininterrupta e sem oposição; ou seja, contínua, mansa e pacífica;
- d) o imóvel há que se localizar em zona urbana;
- e) a dimensão do imóvel não pode suplantar duzentos e cinquenta metros quadrados;
- e) ocupação para moradia do possuidor ou de sua família;
- f) o imóvel tem que ser público;
- g) o ocupante não pode ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel rural ou urbano.

Sem a convergência desses elementos o direito à *concessão de uso especial* não se aperfeiçoa.

A lei exclui os imóveis funcionais do direito à concessão de uso especial para fins de moradia.

Observe-se que a concessão é gratuita e poderá ser conferida ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, mas somente uma vez.

Por seu turno, o art. 2º da Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2001, confere o benefício às pessoas de baixa renda, ocupantes de terreno público, com área superior a duzentos e cinquenta metros quadrados. Patente a similitude nos requisitos necessários para a concessão do uso, com a usucapião coletiva prevista no Estatuto da Cidade. Recorde-se que a usucapião gera aquisição da propriedade particular e a concessão de uso especial confere direito real ao concessionário, mas o bem continua pertencendo ao concedente, que é a Administração Pública.

São requisitos para a conquista dessa modalidade de concessão de uso especial:

- a) posse até 30 de junho de 2001;
- b) imóvel com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados;
- c) ocupação por população de baixa renda para moradia;
- d) posse mansa e contínua por 5 cinco anos;
- e) impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados pelo possuidor;
- f) o ocupante não pode ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel rural ou urbano.

Reunidos esses elementos, a concessão de uso para fins de moradia será conferida de forma coletiva.

Faculta-se a acessão da posse a título singular, podendo o ocupante somar sua posse à de seu antecessor de modo que atinja o prazo de cinco anos necessários para pleitear o direito ao uso especial.

Atendendo à função social que o instituto abraça, determina o diploma legal que caberá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão ocupada, salvo acordo por escrito, onde se estabeleçam frações diferentes. Prevê, no entanto, a Medida Provisória que a fração ideal não poderá ser superior a duzentos metros quadrados.

A obtenção do título de *concessão para fins de moradia*, segundo o art. 6º da Medida Provisória nº 2.220/01, perfaz-se pela via administrativa, mediante a formalização do contrato denominado “concessão de uso especial para fins de moradia” e, excepcionalmente, pela via judicial, quando houver recusa ou omissão por parte do órgão da Administração Pública, por meio do registro da sentença concessiva.

De qualquer forma, o título deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, o que conferirá publicidade e, por consequência, eficácia *erga omnes*.

Importa salientar a transmissibilidade da concessão de uso especial por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, conforme prevê o art. 7º da Medida Provisória. Assim, o titular poderá, em vida, alienar o seu direito gratuita ou onerosamente e a sua morte implicará transmissão do direito de uso especial aos herdeiros.

No entanto, o art. 1º da Medida Provisória permite a sucessão universal na posse, desde que o herdeiro continue a posse de seu antecessor e, para tanto, deve residir no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. A mesma exigência não existe no art. 7º da Medida Provisória, de teor seguinte: “O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*”.

De bom alvitre lembrar, que não há transferência do domínio ao particular. O bem continuará sendo público e o particular terá um direito real sobre coisa alheia, que recebe o nome de *concessão de uso especial*.

A extinção do direito de *concessão de uso especial* para fins de moradia vem disciplinada pelo art. 8º da Medida Provisória e ocorrerá se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia, como, por exemplo, estabelecer um comércio no local, ou, ainda, se o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel, quer urbano quer rural.

A Medida Provisória também cuida da *concessão de uso de imóvel comercial*, qual pode ser requerida, desde que o interessado preencha os seguintes requisitos:

- a) posse até 30 de junho de 2001;
- b) prazo de cinco anos;

- c) possa mansa e pacífica;
- d) imóvel público com até duzentos e cinquenta metros quadrados;
- e) imóvel em área urbana;
- f) utilização para fins comerciais.

A concessão é gratuita e admite-se a acessão da posse.

Resta claro que essa modalidade de concessão de uso foi erigida a um direito do possuidor, pois, à semelhança da usucapião – situação na qual, preenchidos os requisitos legais, o possuidor, caso queira, poderá se tornar proprietário –, o ocupante de bem público tem direito a vir a ser um concessionário, desde que reúna as condições legais exigidas.

Outro direito que passa a integrar o Código Civil, no rol dos direitos reais sobre coisa alheia é a *concessão de direito real de uso*. Esse direito foi instituído pelo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, tendo recebido nova redação o art. 7º, introduzida pela Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007. Do dispositivo legal citado se extrai que a concessão de uso:

- a) alcança terrenos públicos ou particulares;
- b) pode ser gratuita ou onerosa;
- c) admite estipulação por tempo certo ou indeterminado;
- d) é direito real resolúvel;
- e) tem por finalidade a regularização fundiária de interesse social como urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social e áreas urbanas;
- f) admite transmissão por ato *inter vivos* ou *causa mortis*;
- g) é outorgada por termo administrativo ou escritura pública;
- h) requer registro no Cartório de Registro de Imóveis.

A natureza jurídica do *direito real de uso* a que se refere a Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, difere daquela inerente ao *direito real de uso* de há muito previsto no Código Civil.

O direito real de uso de que tratam os arts. 1.412 e 1.413, do Código Civil, importa utilização, pelo usuário, de coisa alheia móvel ou imóvel, de acordo com as necessidades suas e de sua família. Não pode ser cedido, a qualquer título, ainda que gratuito. A natureza é, à evidência, privada, ao passo que o direito de uso decorrente do Decreto-lei nº 271/67 é, eminentemente, instituto de direito administrativo. Por fim, sobre o tema ainda se verterá muita tinta.

MATHIAS, M. L. C.; DANELUZZI, M. M. H. B. Considerations on act nr. 11.481/07 – concession of special use for dwelling purposes and concession of rights of actual use. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 193-197, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The aim of the work is to discuss some aspects of the Act Nr. 11.481/2007 regarding the alterations introduced in the articles 1.225 and 1.473 of the Brazilian Civil Code. It makes some considerations on the inadequacy of the act, as it has inserted in the private law matters affected to the administrative law, as the concession of special use for home purposes in public property and the concession of right in terms of use.

• **KEYWORDS:** Real right. Concession of right in terms of use. Concession of use and public property.

Cognição Judicial em Grau de Apelação, à Luz das Reformas do CPC

Ricardo de Barros LEONEL*

• **SUMÁRIO:** 1 Cognição. 2 Efeito devolutivo da apelação. 3 Efeito devolutivo e duplo grau de jurisdição. 4 A regra do art. 515, § 3º, do CPC (Lei nº 10.352/01). 5 A regra do art. 515, § 4º, do CPC (Lei nº 11.276/06). 6 Aplicação das regras a outros recursos. 7 Possibilidade de decisão monocrática. 8 Incompatibilidade aparente entre o art. 515, § 4º, e o art. 560, parágrafo único, do CPC. 9 Aplicação à Fazenda Pública. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O texto trata do problema dos limites da cognição em sede de apelação, em razão das recentes reformas do CPC. Sugere-se uma interpretação finalística dos §§ 3º e 4º do art. 515, introduzidos pelas Leis nºs 10.352/01 e 11.276/06, demonstrando a mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição. Destaca-se a possibilidade, inclusive, de sustentar a realização de instrução probatória durante a tramitação da apelação, e a viabilidade da aplicação dos dispositivos mesmo em detrimento dos interesses do Poder Público em juízo.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Cognição. Apelação. Efeito devolutivo. Duplo grau. Reformas. Ampliação. Extensão. Profundidade.

1 Cognição

O tema do presente e singelo estudo, como se vê, diz respeito aos limites da cognição judicial em grau de apelação, levando em consideração as reformas do Código de Processo Civil, em especial o acréscimo de dois parágrafos ao art. 515 desse Código: o § 3º, trazido pela Lei nº 10.352/01, e o § 4º, decorrente da Lei nº 11.276/06.

Para a compreensão do problema, é necessário traçar, inicialmente, de forma objetiva e prática, o conteúdo e o sentido do termo cognição.

No léxico, o termo cognição, derivada do latim *cognitione*, é indicado como a aquisição de um conhecimento, percepção, ou ainda a fase processual

de uma demanda em que o juiz “toma conhecimento do pedido, da defesa, das provas, e a decide, em contraposição à fase executória” (FERREIRA, 1986, p. 426).

Hoje já se pacificou a idéia de que o ato de conhecimento realizado pelo magistrado, com o intuito de decidir, não é privativo do processo de conhecimento, mas de todo e qualquer processo, inclusive o de execução. Também ocorre em todo e qualquer incidente processual.

Ainda que no processo de execução a cognição seja realizada em menor escala, pois menos frequentes são as hipóteses de decisão, ela existe. Há aí, também, situações que exigem decisão. A referência é feita, frise-se, aos casos em que subsiste o processo autônomo de execução, por não terem sido englobados no sistema de cumprimento da sentença como fase do processo de conhecimento, nos termos da Lei nº 11.232/05.

Basta pensar na execução contra a Fazenda Pública, na execução de títulos executivos extrajudiciais, naquela realizada pelo rito especial de cobrança dos alimentos, na de sentença penal condenatória, na de sentença arbitral, na de sentença estrangeira homologada, ou ainda na de acordo extrajudicial homologado judicialmente. Nesses casos, exceções de pré-executividade são decididas, incidentes de redução ou reforço de penhora são analisados e julgados etc. Portanto, para a prolação de tais decisões, há cognição e instrução.

O juiz também decide nos casos de cumprimento de sentença nos próprios autos do processo de conhecimento, mesmo já tendo proferido sentença. Trata-se do denominado processo “sincrético”, que tem a execução como fase do processo de conhecimento, ainda que posterior à sentença. Já

* Promotor de Justiça/SP. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ocorria com relação às hipóteses de tutela específica da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa (art. 461 e 461-a do CPC), e ficou fortalecido com a instituição do sistema de “cumprimento da sentença” condenatória em pecúnia, de conformidade com a Lei nº 11.232/05.

O juiz e o Tribunal também conhecem e, portanto, decidem, após a interposição do recurso cabível em cada caso: por exemplo, conhecem e decidem quando realizam o juízo de admissibilidade dos recursos, e conhecem e decidem quando examinam o próprio mérito do recurso.

Daí ser correto afirmar que a cognição não deve ser vista isoladamente, tendo um sentido mais abrangente: o ato de conhecer está relacionado ao de instruir, no que concerne a preparar o processo para julgamento. O juiz instrui (prepara), conhece (examina), e só então decide.¹

Didaticamente, a doutrina afirma que a cognição pode ser delimitada em dois planos: no *horizontal*, ou seja, na sua *extensão*; e no *vertical*, ou seja, em sua *profundidade*.²

No *plano horizontal* (extensão), teremos: a *cognição parcial* ou *limitada* e a *cognição plena*. Em alguns casos, apenas determinadas matérias podem ser objeto de alegação, apreciação e decisão. Isso ocorre em função, geralmente, da especialidade do rito. No mandado de segurança, o impetrante só pode alegar aquilo que pode provar por documentos (o denominado “direito líquido e certo”); nas ações possessórias, não se admite o juízo petitório, que fica reservado para ações de domínio (art. 923 do CPC); a matéria alegável em sede de embargos à execução de título judicial contra a Fazenda Pública é restrita, em função da existência de anterior pro-

cesso de conhecimento (art. 741 do CPC, red. Lei nº 11.232/05); as matérias alegáveis como defesa pelo embargado, contra os embargos de terceiro propostos pelo devedor com garantia real, são limitadas (art. 1.054 do CPC); há restrições quanto às matérias alegáveis como defesa na ação de consignação em pagamento (art. 896 do CPC); na ação de desapropriação por utilidade pública, a contestação só pode versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, devendo qualquer outra questão ser decidida em ação própria (art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41).

Estes são exemplos de restrição à cognição no plano horizontal (extensão), na medida em que apenas algumas matérias podem ser alegadas pelas partes e, conseqüentemente, ser objeto de instrução (preparação e prova), para, finalmente, ser alvo de decisão.

Em contrapartida, ainda no *plano horizontal* (extensão), tem-se a cognição plena quando toda e qualquer matéria pode ser alegada pelas partes, objeto de instrução (preparação e prova) e, conseqüentemente, alvo de cognição judicial (conhecimento) e decisão. Essa é a regra geral do processo civil, tanto no procedimento comum (ordinário ou sumário), como no procedimento especial sumaríssimo dos Juizados Especiais.

No *plano vertical* (profundidade), teremos: *cognição sumária* (*superficial*), ou *cognição exauriente*.

A *cognição exauriente* é a regra geral no processo civil, pois, quando determinada matéria é submetida ao conhecimento judicial, o magistrado pode examiná-la integralmente, ou seja, em toda sua “profundidade”.

Entretanto, há hipóteses em que o exame realizado pelo juiz não é aprofundado. Isso resulta de restrição ao ato de conhecimento do magistrado, decorrente do próprio sistema processual, associada ao escopo da decisão a ser proferida (tutelas de urgência), ou à especialidade do procedimento. Teremos então a *cognição sumária* ou *superficial*.

Há cognição superficial ou sumária no juízo de valor realizado para a concessão de tutelas de urgência (medidas cautelares e antecipação da tutela), pois o exame judicial destina-se a constatar a

¹ Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 120) admite expressamente a existência de cognição, instrução e decisão no processo de execução, ao afirmar que “O juiz da execução é também juiz de todos os incidentes do processo, nos quais ouve partes, examina provas e profere juízos de valor mediante decisões interlocutórias”. Kazuo Watanabe (1999, p. 47/52, também já advertiu para a “relativização da dicotomia ‘processo de conhecimento – processo de execução’”.

² Para estudo “exauriente” a respeito do tema, ver Watanabe (1999, p. 113-121).

existência ou não de relevante fundamentação jurídica (*fumus boni iuris*) e de perigo (*periculum in mora*). É intuitivo que o exame das alegações, e a valoração, aí, não são aprofundados. Isso decorre da provisoriedade e emergência dessas medidas. Também há cognição superficial na ação monitória, pois a única verificação realizada quando de sua propositura diz respeito à aparente idoneidade da prova escrita apresentada para demonstração da existência de obrigação, não se constituindo, porém, em título executivo (art. 1.102-a do CPC).

Estas idéias explicam claramente o significado e os tipos de limites à cognição judicial. Têm plena aplicação para compreensão e análise da atuação judicial no conhecimento e decisão dos recursos em geral e, particularmente, na apelação.

2 Efeito devolutivo da apelação

O efeito devolutivo da apelação tem estrita relação com o problema da *extensão* e da *profundidade* da matéria que será objeto de conhecimento do órgão competente para o julgamento do recurso, e está delimitado no art. 515 e parágrafos do CPC (limites da cognição judicial em grau de recurso).

A extensão do efeito devolutivo da apelação delimita-se pela abrangência da impugnação, valendo aqui a máxima pela qual *tantum devolutum quantum appellatum*.³

É o que disciplina o art. 515, *caput*, do CPC, ao prever que a apelação “devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. O dispositivo se refere, como se vê, à *extensão* (plano horizontal) da cognição do órgão judicial competente para o exame do recurso. Mais: refere-se ao âmbito ou objeto da decisão sobre a qual versa a impugnação. Traduz mérito do recurso, pouco importando se a sentença recorrida seja proferida nos termos do art. 269 (julgamento do mérito da demanda), ou tenha determinado a extinção do feito conforme o art. 267, ambos do CPC.

Vale, aqui, recordar que o CPC adota a idéia dos capítulos de sentença, ao permitir, no art. 505,

que a decisão seja impugnada, por meio de recurso, no todo ou em parte. São perfeitamente cabíveis, destarte, a apelação total (impugnação de todos os capítulos de sentença) ou a apelação parcial (recurso contra apenas um ou alguns dos capítulos).⁴

A idéia dos capítulos de sentença e, conseqüentemente, da possibilidade de apelação total ou parcial ajuda a compreender bem a extensão do efeito devolutivo do recurso.

Suponha-se que seja movida ação contendo três pedidos: nulidade do contrato, indenização por danos materiais e indenização por danos morais. Caso haja vitória total do demandante (procedência dos três pedidos), o demandado poderá apelar de toda a sentença. Poderá, contudo, conformar-se com parte dela, e impugnar apenas um ou dois capítulos de sentença, considerando que a decisão teve possivelmente quatro, ou seja, os três referentes aos pedidos, mais o capítulo atinente ao ônus da sucumbência.

Pois bem: no exemplo imaginado, havendo apelação em face de um ou dois capítulos (apelo parcial), somente eles serão alcançados pelo efeito devolutivo, pois a extensão da devolução está adstrita aos limites da impugnação (capítulos recorridos da sentença).

Resta verificar ainda o problema da *profundidade* (plano vertical) do efeito devolutivo da apelação. O tema é tratado nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. O primeiro, ao afirmar que serão objeto de apreciação pelo tribunal “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”; e o segundo, ao dizer que “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

Ora, de um lado, o § 1º do art. 515, ao referir-se a *questões*, está mencionando os pontos de fato ou de direito que se tornaram controvertidos no curso da ação. Assim, toda a matéria controvertida de fato ou de direito (questões), ainda que não tenha sido

³ É a lição clássica de José Carlos Barbosa Moreira (2005, v. V, p. 431).

⁴ Sobre o problema dos capítulos de sentença, ver Cândido Rangel Dinamarco (2004a, *passim*); e Marcelo José Magalhães Bonício (2006, *passim*).

apreciada em primeiro grau, poderá sê-lo no tribunal, por força da apelação.

De outro lado, o § 2º do art. 515, ao falar em fundamento dos pedidos ou da defesa, está se referindo aos fundamentos de fato ou de direito, da demanda ou da resistência a ela ofertada. Os fundamentos da ação podem não ter sido objeto de controvérsia, configurando-se como pontos. Se contróvertidos, estaremos novamente diante das questões.

Assim, a matéria submetida à apreciação do tribunal, por força da *profundidade do efeito devolutivo da apelação*, são os pontos, questões, fundamentos, de fato ou de direito, que foram ou não apreciados em primeiro grau, e que se encontram inseridos no contexto da causa de pedir, do pedido, ou mesmo das defesas apresentadas.

Acrescente-se, como é evidente, que as matérias de ordem pública, relativas aos pressupostos processuais e condições da ação, podem ser apreciadas de ofício, nos limites contidos nos art. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC.

Alinhavando-se, desse modo, as idéias relacionadas à profundidade e extensão do efeito devolutivo da apelação, aos capítulos de sentença e à apelação total ou parcial, teremos o quadro que nos permite compreender o sistema, a sintetizar-se com a seguinte afirmação: *a devolução decorrente da apelação é completa (profundidade) nos limites (extensão) da impugnação*.

Para compreender melhor, voltemos ao exemplo anteriormente referido, em que foram cumulados na mesma ação três pedidos: se um ou dois capítulos da sentença foram impugnados (o que condenou por dano moral e o que fixou o ônus da sucumbência), os demais transitam em julgado. Conseqüentemente, são devolvidos ao conhecimento do tribunal os capítulos impugnados na apelação (extensão do efeito devolutivo); e, quanto a eles, a devolução é ampla (profundidade), abrangendo todas as questões de ordem pública (pressupostos processuais e condição da ação), as questões de fato e de direito (ainda que não tenham sido examinadas por inteiro na sentença), e, finalmente, os fundamentos do pedido ou da defesa. Tudo, sempre, limitadamente aos capítulos de sentença impugnados.

Cabe aqui, ainda, uma última observação.

O mérito da ação nem sempre coincide com o mérito do recurso. Lembrando que vícios de juízo (*errores in iudicando*) devem, caso acolhidos em eventual apelo, provocar a *reforma* da decisão, os vícios de atividade (*errores in procedendo*) provocarão, em princípio, sua anulação.⁵ Entretanto, como adiante melhor se verá, as modificações na sistemática da apelação (os §§ 3º e 4º do art. 515, introduzidos pela Lei nº 10.352/01 e pela Lei nº 11.276/06) levarão, em dadas hipóteses, a soluções distintas.

Note-se, entretanto, que o mérito do recurso será coincidente com os limites (*extensão*) da impugnação. E, aí, poderemos ter tanto questões processuais, conduzindo *a priori*, em caso de acolhimento do recurso, à anulação do julgado de primeira instância, como ainda questões ligadas ao mérito da demanda (capítulos de sentença impugnados).

Assim esclarecidos os limites do efeito devolutivo da apelação, tanto na sua *extensão* quanto em sua *profundidade*, ficam assentadas as premissas para a compreensão das modificações contidas nos §§ 3º e 4º do art. 515 do CPC.

3 Efeito devolutivo e duplo grau de jurisdição

É viável identificar correlação entre o problema do efeito devolutivo dos recursos, em especial da apelação, e o denominado duplo grau de jurisdição.

Note-se que a devolução de determinada matéria ao conhecimento do tribunal, por força do apelo, acaba por concretizar, na prática, a efetiva observância do duplo grau.

Em contrapartida, pode gerar algum questionamento à supressão de um grau de jurisdição, em decorrência de dispositivos que possibilitam o equacionamento de casos concretos sem a observância de dois julgamentos de mérito.

Todavia, a tendência da doutrina processual é ver no duplo grau um princípio, não uma garantia constitucional.⁶

⁵ A distinção lapidar é feita por José Carlos Barbosa Moreira (ibidem, p. 419/420).

⁶ Ver, por todos, Oreste Nestor de Souza Laspro (1995, *passim*).

As regras trazidas pelos §§ 3º e 4º do art. 515 do CPC, por força das Leis nºs 10.352/01 e 11.276/06, provocam discussões dessa natureza.⁷

Entretanto, é consistente o argumento de que na nossa ordem constitucional não há uma garantia do duplo grau, mas apenas um princípio, que pode ser, em certa medida, mitigado (cf. DINAMARCO, 2002a, p. 150/152). Trata-se de opção de política legislativa dotada de razoabilidade, em benefício de valores constitucionalmente garantidos, como a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, decorrentes do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF (este último, em decorrência do acréscimo promovido pela EC 45/04).

Admitindo, assim, que o duplo grau é um princípio a ser potencialmente atendido, mas não uma garantia, compreende-se facilmente a inexistência do reexame necessário como regra geral, bem como que o próprio legislador pode suprimi-lo em certas situações.

Nos casos de sentença terminativa ou de nulidades processuais, anteriormente, o tribunal, acolhendo o apelo, estava autorizado a proferir apenas o juízo *rescisório* (*anulação* da decisão e remessa dos autos à primeira instância para novo julgamento). Em razão das alterações realizadas pelas Leis nºs 10.352/01 e 11.276/06, com o acréscimo dos §§ 3º e 4º ao art. 515 do CPC, passará, doravante, a ter a competência para ir além, realizando também o juízo *rescindente* (reforma da decisão). Ampliou-se assim a competência do tribunal no que toca ao julgamento da apelação.

4 A regra do art. 515, § 3º, do CPC (Lei nº 10.352/01)

A regra contida no § 3º do art. 515 do CPC, por força da Lei nº 10.352/01, prevê que “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

⁷ Importantes críticas a respeito foram feitas por José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 100/102).

A hipótese contida no dispositivo é clara: é possível a supressão de um grau de jurisdição, com o julgamento do mérito diretamente em segunda instância, se a sentença apelada for extintiva, nos termos do art. 267 do CPC, e a *questão for exclusivamente de direito*.

Na técnica original do Código, antes da modificação em exame, a solução era outra. O apelo dirigido contra a sentença que extinguiu o feito sem exame do mérito trazia ao exame do tribunal um vício de atividade (*error in procedendo*). Conseqüentemente, o acórdão, ao acolher o recurso, teria obrigatoriamente que anular a decisão, e remeter os autos ao juízo *a quo*, para que fosse sanado o vício, e proferida nova sentença, agora de mérito.

A solução inovou, mitigando o princípio do duplo grau, como visto, em prol de outros valores que ostentam previsão constitucional, ou seja, a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, decorrentes do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF (este último, por força da EC 45/04).

Aliás, a mitigação de princípios do direito processual em prol da efetividade do processo é, sem dúvida, uma válida opção de política legislativa, que vem sendo adotada em situações específicas. Há hipóteses em que o legislador optou pela quebra dos princípios da demanda, da inércia jurisdicional, da congruência, e até mesmo da disposição de que o juiz não poderia inovar após a prolação da sentença.

Podemos exemplificar: a) a possibilidade de instauração do inventário de ofício, por determinação do juiz (art. 989 do CPC); b) a execução, por iniciativa judicial, da sentença trabalhista que contenha condenação ao pagamento de contribuição prevista no art. 195 da CF (art. 114, inciso VIII, da CF, red. EC 45/04); c) a possibilidade de condenação, de ofício, ao pagamento de alimentos, no caso de procedência da ação de investigação de paternidade (art. 7º da Lei nº 8.560/92); d) a fixação, majoração ou redução da multa, de ofício, na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa; bem como a imposição, de ofício, de medidas que assegurem o resultado

prático equivalente ao pretendido pelo autor (art. 461 e parágrafos e 461-a e parágrafos do CPC).⁸

Qual é o alcance prático da regra? Dois aspectos surgem da leitura do dispositivo, como pressupostos para sua incidência: primeiro que a sentença seja terminativa (art. 267 do CPC), e, segundo, que a matéria envolva questão exclusivamente de direito.

Para a compreensão do dispositivo, é oportuno traçar um paralelo com o disposto no art. 330 do CPC, que prevê, em seus dois incisos, as hipóteses de julgamento antecipado do mérito: quando a questão de mérito for exclusivamente de direito; quando a questão de mérito for de direito e de fato e não houver necessidade de produção de prova em audiência; e quando ocorrer a revelia.

Sabemos que “questões”, em direito processual, devem ser entendidas como pontos controvertidos. Pontos, de fato ou de direito, são afirmações feitas pelo autor ou pelo réu. Assim, quando há alguma afirmação, e a ela se oferece resistência, surge a questão.⁹

Portanto, uma interpretação literal do dispositivo nos levaria à conclusão de que só seria possível sua aplicação pelo tribunal quando a controvérsia fosse exclusivamente de direito, e não de fato.

Entretanto, devemos extrair das regras, em direito processual, sua máxima efetividade, e isso, no caso em exame, é viável, mediante interpretação sistemática: traçando-se o paralelo entre o § 3º do art. 515 e o art. 330, ambos do CPC, no qual, tudo indica, o legislador buscou inspiração, chega-se à exegese mais apropriada. É cabível o julgamento do mérito, na apelação contra a sentença terminativa, sempre que o processo estiver “em condição de imediato julgamento”.¹⁰

⁸ Essa é a linha de argumentação, para justificar as novas tendências das reformas do direito processual brasileiro, de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 11/20), em “Relendo princípios e renunciando a dogmas”. Igualmente manifestam seu apoio às novas tendências, tratando também da hipótese do art. 515, § 3º do CPC, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2005, p. 258 e ss.).

⁹ A propósito, ver Cândido Rangel Dinamarco (2004b, v. III, p. 36).

¹⁰ Locução de Cândido Rangel Dinamarco (2003), em “O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos”. O mesmo pensamento é externado por Luiz Rodríguez Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2005, p. 269/270).

A abrangência das situações que cabem na aplicação da regra examinada é exatamente idêntica às hipóteses de julgamento antecipado do mérito, ou seja, todos os casos em que for desnecessária a realização de provas sobre questões de fato.¹¹

Em outras palavras, o órgão competente para a apreciação do apelo deverá julgar o mérito da demanda, quando nada mais restaria a fazer, e, devolvendo-se os autos à primeira instância, a única providência que restaria seria mesmo a prolação da sentença de mérito. Desloca-se a competência para tal julgamento, por força do § 3º do art. 515, com a supressão de um grau de jurisdição, para o órgão *ad quem*.

Deve-se salientar, também, que não há violação ao devido processo legal, contraditório, ou direito à prova, pois: a) a regra está positivada no Código de Processo, inserindo-se no contexto legislativo que confere os contornos ao princípio constitucional do *due process*; b) não há qualquer surpresa, pois, cientes da possibilidade (a regra está na lei), as partes podem argumentar a respeito da solução do mérito da demandas, nas razões ou contra-razões do recurso; c) não há prova alguma a ser produzida, julgando o tribunal do mesmo modo como julgaria o magistrado em inferior instância, caso os autos lhe fossem devolvidos por força da anulação da sentença terminativa.

Aliás, os argumentos ora mencionados justificam a afirmação, inclusive, no sentido da possibilidade de que o tribunal aplique, de ofício, a regra do § 3º do art. 515, independentemente de pedido do recorrente. Ora, como não há violação de princípios como os mencionados há pouco, deslocando-se a

¹¹ Como anota Cândido Dinamarco (ibidem), a regra em exame deve ser lida pelo avesso, assim: se não houver questões de fato ainda dependentes de prova” (p. 166). Em outra passagem, afirma que não há prova alguma a ser produzida “a) quando nenhuma prova houver sido requerida pelas partes e não for o caso de o juiz determinar de ofício a sua realização; b) quando as provas requeridas forem inadmissíveis e assim o juiz entender, não havendo outras provas a produzir; c) quando todas as questões de fato já estiverem suficientemente esclarecidas pela prova dos autos, notadamente a documental; d) quando nenhuma questão de fato estiver em debate pelas partes, ma exclusivamente uma ou várias de direito” (p. 165).

competência para a apreciação do mérito se preenchidos requisitos contidos na lei, o órgão julgador *deve* aplicar o dispositivo sempre que não haja necessidade de produção de provas. Afinal, é assim que age o juiz ao julgar antecipadamente o mérito, se presentes os pressupostos do art. 330 do CPC, e o faz *independentemente de provocação das partes*.

5 A regra do art. 515, § 4º, do CPC (Lei nº 11.276/06)

A inovação decorrente da Lei nº 11.276/06 permite, acrescentando o § 4º ao art. 515 do CPC, que, “constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

A inovação sugere os seguintes pressupostos para sua aplicação: a) que haja nulidade sanável na sentença recorrida; b) realização ou renovação do ato processual; c) contraditório, com intimação das partes; d) intuitivamente, desnecessidade de remessa dos autos à inferior instância.

É pertinente a afirmação de que o dispositivo avança um pouco mais na mesma linha de soluções que vem sendo fornecida na reforma, no sentido de privilegiar o conteúdo com relação à forma. Trata-se de homenagem à instrumentalidade e efetividade do direito processual, sempre que isso seja possível e compatível com o respeito aos princípios constitucionais do processo.¹²

Uma leitura tímida nos levaria à conclusão de que a regra serviria apenas para positivar no ordenamento aquilo que uma tendência jurisprudencial mais moderna já admite, ou seja, o saneamento de nulidades com a conversão do feito em diligência, por determinação do relator ou do colegiado competente para o julgamento do recurso.

¹² Para uma compreensão moderna do problema, com a abordagem da idéia da instrumentalidade das formas e da efetividade do processo da perspectiva dos respectivos princípios constitucionais, é imprescindível a atenta leitura das lições de José Roberto dos Santos Bedaque (2006, *passim*).

Serviria como recomendação aos magistrados nos tribunais para que observassem a instrumentalidade do processo e a possibilidade de saneamento de atos processuais viciados, tanto quanto devem fazê-lo os juizes em primeira instância. A regra estaria dirigida, portanto, à solução de problemas relacionados ao juízo de admissibilidade da demanda e ao juízo de admissibilidade dos recursos, que por sua própria natureza são matérias de ordem pública.¹³

Tal providência poderia ser determinada (e assim vem ocorrendo) para resolver problemas, por exemplo, relacionados à falta de intimação da parte para ciência quanto à juntada de algum documento, ou mesmo para a regularização de sua representação processual (imaginemos a hipótese em que só quando da remessa dos autos ao relator é que se percebe que o patrono do autor ou do réu não juntou, até então, o instrumento do mandato; sendo intimado e juntando-o, conforme art. 37 e parágrafo único do CPC, a situação estará regularizada).¹⁴

Arriscamo-nos a afirmar que sendo apenas esta a finalidade da modificação legal (positivar o pensamento predominante em precedentes judiciais), teria sido tímida a iniciativa do legislador. É possível formular uma leitura mais ousada, partindo da interpretação sistemática e finalística da regra examinada, e das próprias reformas do CPC.

Como mencionado anteriormente no texto, o objetivo das modificações do nosso sistema processual está voltado à implementação de dois princí-

¹³ Este, ao que tudo indica, é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves et al. (2006, p. 349). O mesmo raciocínio é externado por Cássio Scarpinella Bueno (2006, v. 2, p. 12/17).

¹⁴ É também o raciocínio desenvolvido por Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 10), ao apontar os seguintes exemplos de nulidades sanáveis, nos termos do dispositivo examinado: “[...] havendo litisconsórcio necessário, a sentença ou o recurso foram intimados apenas a um ou alguns deles; o advogado que subscreveu o recurso não juntou o competente substabelecimento; o preparo do recurso ficou incompleto, mas o apelante não foi intimado a completá-lo; o recurso subiu sem ter dado oportunidade ao apelado para contra-razões; o apelado juntou documento novo às contra-razões sem ouvida do apelante; a apelação foi processada sem que o juiz decidisse os embargos declaratórios tempestivamente interpostos etc”.

pios e garantias constitucionais, ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao devido processo legal sem dilações indevidas (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF, este último com a redação da EC 45/04).

Esse anteparo constitucional justifica, inclusive, a mitigação, como opção de política legislativa, do princípio do duplo grau de jurisdição, desde que respeitado o devido processo legal e seus corolários, como o contraditório e a ampla defesa com os meios que lhe são inerentes, bem como o direito à prova.

Desse modo, o § 4º do art. 515, não há dúvida, permitirá a aplicação em sede recursal das regras referentes às nulidades processuais, contidas nos arts. 243 a 250 do CPC, fortemente inspiradas na instrumentalidade das formas e na possibilidade de saneamento e aproveitamento dos atos processuais.

Mas, além disso, é viável afirmar, o § 4º funcionará como complementação ao § 3º do art. 515, trazendo parte da instrução, quando isso for razoável e factível no caso concreto, para o procedimento recursal. Permitirá também o julgamento do mérito em sede recursal sem a necessidade de devolução dos autos à origem, após anulação da sentença anteriormente proferida.

Imaginemos que o magistrado tenha julgado o mérito indeferindo a produção de determinada prova. A parte sucumbente irá apelar, certamente, postulando o reconhecimento da nulidade da sentença, pela violação do direito à prova, ao contraditório, e ao devido processo legal. Sem a admissão da tese ora esposada, a solução, com o acolhimento do apelo, seria a anulação da sentença, a devolução dos autos à origem, a produção da prova, e posteriormente a prolação de nova decisão.

Admitindo-se a proposta de interpretação ora formulada, o tribunal, conhecendo da apelação e verificando que a prova deveria efetivamente ter sido produzida, poderá converter o julgamento em diligência, determinar a realização da instrução probatória faltante e, posteriormente, prosseguir no exame do mérito. Tudo, evidente, respeitando-se o princípio do contraditório, determinando-se a intimação das partes (como, aliás, prevê expressamente o § 4º do art. 515):

Isso permitiria a utilização de um caminho mais curto, para chegar, afinal, ao mesmo resultado a que se chegaria com a anulação da sentença e remessa dos autos à origem: a última palavra caberia ao próprio tribunal, cujo colegiado (câmara ou turma) já estaria inclusive prevento, em razão do julgamento da anterior apelação.¹⁵

Essa interpretação diminui (embora não impeça por completo) a possibilidade de interposição de dois recursos de apelação no mesmo processo, sucessivamente, militando em prol da efetividade, economia, e maior rapidez na definição do litígio.

Trata-se de interpretação sistemática, tendo em consideração tanto o § 3º do art. 515, como o art. 330 do CPC. No primeiro, a solução adotada pela reforma foi permitir o julgamento do mérito em superior instância, em apelação contra sentença terminativa, quando *não houver necessidade de produzir provas* (questão exclusivamente de direito, ou questão de fato e de direito que dispensa outras provas). Já no § 4º, o que se pode sustentar é que *o legislador está permitindo a produção de provas em sede recursal, sem a necessidade de anulação da sentença, quando isso for, do ponto de vista prático, viável.*

Imagine-se a produção de uma perícia de pequena complexidade, ou mesmo a oitiva de uma testemunha, indevidamente indeferidas em primeira instância. A solução tradicional é anular o feito e a sentença, e determinar a volta dos autos à origem para a instrução e nova sentença.

O que se afirma, ciente das críticas que a idéia poderá suscitar, é que, em tais casos, poderá o relator, intimadas as partes, determinar a conversão do julgamento em diligência, a produção da prova faltante (o que poderá ocorrer com a remessa dos autos ou com cópias, mediante extração de carta de ordem) e, concluída a instrução faltante, prosseguir o julgamento do apelo, sem a necessidade de anulação da sentença.

A essência da idéia já é admitida pelo sistema processual, por força do § 3º do art. 515, ou seja, a

¹⁵ Este argumento, aliás, foi um dos utilizados por Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 17) para justificar a validade sistemática da introdução do § 3º no art. 515 do CPC, pela Lei nº 10.352/01.

supressão de um grau de jurisdição no efetivo exame do mérito, ou de todos os elementos que compõem a matéria a ser conhecida pelo julgador. É o deslocamento da competência para a apreciação do mérito originariamente (na hipótese do § 3º do art. 515) e da prova faltante (na hipótese do § 4º do art. 515) ao tribunal competente para o julgamento da apelação.

Aliás, isso já ocorre, de certa forma, também, quando o tribunal, calcado no art. 517 do CPC, aprecia originariamente questão de fato não apreciada em primeira instância, se a parte demonstra que deixou de propô-la por motivo de força maior.¹⁶

A crítica eventual de que isso representaria uma quebra da identidade física do juiz, um dos corolários da oralidade, também não seria consistente: a própria identidade física já está mitigada no CPC, nos termos em que prevista no art. 132, bem como nos processos de competência originária, em que a instrução probatória é realizada por juiz diverso do que irá julgar, ou seja, por carta de ordem.

Em síntese, entendemos que é válida a interpretação de que o dispositivo servirá para solucionar nulidades; mas acreditamos, também, que ele pode fundamentar produção de provas sem a necessidade de anulação do processo e da sentença, quando indeferidas em primeira instância, prosseguindo-se para a apreciação do mérito do recurso e da demanda.

6 Aplicação das regras a outros recursos

Outra indagação que pode nos ocorrer diz respeito à possibilidade de aplicação das regras dos §§ 3º e 4º do art. 515 a outros recursos, ou se elas estão limitadas à apelação.

¹⁶ A idéia conta com o apoio de Ernani Fidélis dos Santos (2006, p. 154). O ilustre professor afirma que "Em princípio, se o órgão recursal decretasse a nulidade, ainda que sanável, a não produção de prova requerida por uma das partes, por exemplo, determinando que a fizesse, a sentença perdia sua validade. A prova seria produzida, mas outra sentença deveria ser dada." E, referindo-se ao novo dispositivo, afirma que "fica o tribunal autorizado a determinar, de ofício, diligências, inclusive até provas não reclamadas, quando julgar necessárias, sem decretação da invalidade da sentença, podendo também fazê-lo ao dar provimento ao agravo retido ou de instrumento".

E, a propósito, parece correta a afirmação no sentido de que pela própria natureza do recurso de apelação, suas regras podem ser tidas, também, como normas gerais do sistema recursal, podendo servir como subsídio para outros recursos.¹⁷

É possível imaginar, desse modo, a utilização dos dispositivos em exame tanto no julgamento de agravos de instrumento, como, por exemplo, de embargos de declaração, ou ainda embargos infringentes.

Seria difícil imaginar, contudo, sua aplicação em recursos especiais ou extraordinários. É que a jurisprudência sumulada dos tribunais superiores exige que a matéria impugnada tenha sido pré-questionada, como pressuposto para o conhecimento do recurso, o que tem relação com a própria natureza deles, como recursos de fundamentação vinculada e de estrito direito. Nesse sentido, as súmulas do STF 356, 296 e 282, e do STJ as súmulas 320 e 98.¹⁸

A única hipótese que talvez possa admitir a aplicação da regra do § 4º do art. 515 do CPC, quanto aos recursos de sobreposição, será aquela em que houver qualquer irregularidade ou vício que impeça a admissão do recurso extraordinário ou especial. Mas, para tanto, será necessário esperar que os tribunais superiores superem a interpretação restrita que vêm tendo a respeito do tema, materializada em inúmeras súmulas que negam seguimento a tais recursos com base em vícios meramente formais.¹⁹

¹⁷ Essa é a posição, por exemplo, de Ernane Fidélis dos Santos (op. cit., loc. cit.); Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 163 e ss.); Cássio Scarpinella Bueno (2006, v. 2, p. 21 e ss.); Daniel Amorim Assumpção Neves et al; 2006, p. 353).

¹⁸ No STF as súmulas: 356. "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"; 296. "São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada, pela Turma, no julgamento do recurso extraordinário."; e 282. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

No STJ, as súmulas: 320. "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento."; e 98. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

¹⁹ Esse também é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno (ibidem, v. 2, p. 23), citando os exemplos das súmulas do STF 288

7 Possibilidade de decisão monocrática

A interpretação meramente literal dos §§ 3º e 4º do art. 515 nos levaria à conclusão de que só o colegiado competente para o conhecimento e julgamento do recurso poderia adotar as soluções ali previstas. É que os dois dispositivos fazem expressa menção ao termo “tribunal”, nas respectivas redações.

Mas tal conclusão é equivocada. É imprescindível a interpretação sistemática e finalística, para a correta compreensão do problema.

Note-se que o *caput* do art. 515, bem como os §§ 1º e 2º, ao tratarem dos limites do efeito devolutivo, também se referem aos poderes do “tribunal”. Ora, todos os preceitos mencionados (artigo e parágrafos) devem ser lidos em conjunto com a sistemática recursal como um todo.

É oportuno, assim, recordar que está em pleno vigor a regra do art. 557 e parágrafos do CPC, que confere, em certas hipóteses, poderes ao relator do recurso para decidir monocraticamente. São os casos em que o relator pode *negar seguimento* a recurso manifestamente inadmissível ou prejudicado (ausência dos pressupostos recursais referentes ao cabimento e ao interesse em recorrer); são também as hipóteses em que ele pode *negar provimento* a recurso manifestamente improcedente, ou que contradiga súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (mérito recursal); há finalmente a viabilidade de o relator *dar provimento ao recurso*, quando a decisão recorrida for conflitante com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (mérito recursal).

Desse modo, desde que preenchidos, cumulativamente, os pressupostos do art. 557, e os dos §§ 3º

e 4º do art. 515, será possível que, em julgamento monocrático, o relator examine o mérito da demanda em caso de apelo contra sentença terminativa; ou mesmo determine a correção de nulidades sanáveis, com posterior julgamento do mérito do recurso.²⁰

8 Incompatibilidade aparente entre o art. 515, § 4º, e o art. 560, parágrafo único, do CPC

O cotejo entre o § 4º do art. 515 e o parágrafo único do art. 560 do CPC sugere a existência de aparente conflito. O primeiro preconiza o saneamento da nulidade no próprio trâmite recursal, ao passo que o segundo prevê, referindo-se ao exame de preliminares no recurso, que, versando elas “sobre nulidade supável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz a fim de ser sanado o vício”.

Não é necessário chegar à conclusão de que o parágrafo único do art. 560 teria sido revogado. É possível compatibilizar a aplicação dos dois dispositivos: quando for viável, em perspectiva prática, e pensando na economia processual, a solução do problema sem a necessidade de determinar a remessa dos autos à primeira instância, isso deverá ser feito. Entretanto, se a hipótese concreta, seja por sua complexidade ou qualquer outro motivo, recomendar, pragmaticamente, que a conversão em diligência seja realizada com a remessa dos autos ao juízo *a quo*, deverá ser aplicado o parágrafo único do art. 560.

Em última análise, os dois dispositivos levam ao mesmo fim: sanar a irregularidade e permitir que o mérito do recurso (e o da demanda) seja julgado pelo tribunal. Só em último caso deverá ser determinada a anulação com remessa à instância inferior para novo julgamento. A diferença está apenas no *como*: se o saneamento da nulidade será realizado no próprio tribunal, ou em primeira instância. Daí a compatibilidade dos dispositivos.

²⁰ Esta solução também é admitida por Cássio Scarpinella Bueno (2006, v. 2, p. 26/28).

(“Nega-se provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”) e 639 (“Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada”); e 223 do STJ (“A certidão da intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo”).

9 Aplicação à Fazenda Pública

Um aspecto que seguramente suscitará indagações diz respeito à possibilidade de aplicação das regras dos §§ 3º e 4º do art. 515 do CPC em detrimento da Fazenda Pública.

Podemos imaginar hipóteses em que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, e em sede de apelação contra a sentença terminativa chegue-se ao exame do mérito da demanda, com procedência ou improcedência, em prejuízo da Fazenda. Casos, assim, de aplicação da regra do § 3º do art. 515 do CPC.

Pode-se também supor situações em que haja nulidade, e no julgamento do apelo seja ela sanada por diligência determinada pelo tribunal ou relator (este, nos casos do art. 557 do CPC), intimadas as partes, prosseguindo-se para o exame do mérito, com resultado adverso ao pretendido pela Fazenda. Aplicação, portanto, do § 4º do art. 515 do CPC.

A última hipótese aventada possivelmente gere menos resistência, na medida em que certamente já terá sido examinado o mérito pelo juízo *a quo*, e a correção do vício processual não acarretará a supressão de instância. Isso, mesmo nos casos em que a correção do vício durante a tramitação do apelo dependa da conversão do julgamento em diligência para a produção de provas, intimadas as partes para ampla participação em respeito ao contraditório.

A objeção maior estará, ao que tudo indica, na aplicação do § 3º do art. 515 em prejuízo da Fazenda Pública. Mas ela é superável.

O art. 475 do CPC estabelece como condição da eficácia da sentença e da formação da coisa julgada – quanto à decisão proferida em prejuízo da Fazenda Pública, das autarquias e das fundações públicas – sua confirmação pelo tribunal. Trata-se de um controle realizado pelo tribunal sobre as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição. Não há reexame necessário com relação a acórdão.

Vale exemplificar, para melhor compreender. Suponhamos que em determinada demanda, a Fazenda seja vencedora em primeiro grau. A parte contrária, sucumbente, apela. Caso o tribunal reforme a sentença, o acórdão não estará sujeito a reexame necessário. Isso demonstra que o referido instituto, previsto em nosso sistema processual

como “proteção” para os interesses do Poder Público em juízo, condiciona a eficácia e a formação da coisa julgada com relação às decisões proferidas em primeira instância, não as prolatadas por tribunais.

Não é por menos que o art. 475 do CPC se refere a confirmação de “sentenças”, pelo “tribunal”.

Desse modo, e bem observado o problema, não há motivo algum para perplexidade. O acórdão que, acolhendo recurso contra sentença terminativa (proferida nos termos do art. 267 do CPC), examina o mérito da demanda e dá solução contrária aos interesses do Poder Público em Juízo, não está sujeito a reexame necessário. Assim como também não está sujeito a reexame necessário o acórdão que reforma sentença de mérito, fazendo que a Fazenda se torne sucumbente em grau de recurso.²¹

Conclusão

Os §§ 3º e 4º do art. 515 do CPC, recentemente introduzidos no sistema processual, têm grande potencial. Basta que sejam corretamente compreendidos, e efetivamente utilizados, nos casos concretos. Significam, na prática, uma ampliação quanto à *extensão* e *profundidade* do efeito devolutivo da apelação. Permitem que o magistrado, ao examinar recursos, vá além do que foi objeto de impugnação, não se limite a anular a sentença, corrija eventuais vícios e julgue o mérito da própria ação.

Trata-se de verdadeira opção de política legislativa, consistente em mitigar a abrangência do princípio do duplo grau de jurisdição, assegurado constitucionalmente, em prol do fortalecimento da *efetividade* e da *tempestividade da tutela jurisdicional*, que também contam com assento constitucional (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF).

A legitimidade constitucional e sistemática dos dispositivos deve ser salientada, pois seu emprego favorecerá, não há dúvida, uma resposta judicial mais rápida e, por conseqüência, mais eficaz, àqueles que buscam respaldo na Justiça para a solução de litígios.

²¹ Esta também foi a solução dada ao problema por Rogério Mollica (2006, p.134/136), na excelente dissertação intitulada. O reexame necessário, a Fazenda Pública e a efetividade do processo.

LEONEL, R. de B. Appellate review in the light of the changes in the Brazilian Code of Civil Procedure. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 199-210, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This article addresses the problem of the limits of appellate review in connection with the recent changes in the Brazilian Code of Civil Procedure. A finalistic interpretation of Article 515, Paragraphs 3 and 4 (added by Laws Nos. 10.352/01 and 11.276/06), is suggested, demonstrating the mitigation of the principle of guarantee of appeal. The possibility of introduction of new evidence during the processing of an appeal, and the feasibility of application of the provisions even against the interests of the Public Authority in court, are also highlighted.

• **KEYWORDS:** Appellate review. Appeal. Guarantee of appeal. Legislative changes. Amplification. Extent. Depth.

Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.
 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos de sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros: 2002a.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. v. III.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. 18ª impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOLLICA, Rogério. *O reexame necessário, a Fazenda Pública e a efetividade do processo*. Dissertação (Mestrado) – São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos

Gianpaolo Poggio SMANIO*

• **SUMÁRIO:** 1 Os interesses ou direitos difusos e sua proteção penal. 2 Conceito de bem jurídico penal difuso. 3 Dignidade penal e carência de tutela penal dentro de uma visão criminológica. 4 Relevância e necessidade da tutela penal dos bens jurídico-penais difusos. 5 Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. 5.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 5.1.1 Princípio *societas delinquere non potest*. 5.1.2 Responsabilização da pessoa jurídica por meio de medidas especiais. 5.1.3 Reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. 5.1.4 Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro. 5.1.5 Responsabilização pessoal do representante e teoria do “atuar por outro”. 5.1.6 Responsabilidade do representante no Direito brasileiro. 5.2 Possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo. 5.3 Transação penal e suspensão condicional do processo para os crimes contra bens jurídico-penais difusos no Direito brasileiro. 5.4 Aplicação das penas alternativas. 5.5 Aplicação das penas alternativas para os crimes contra bens jurídico-penais difusos no Direito brasileiro.

• **RESUMO:** Propomos uma tríplice classificação dos bens jurídico-penais. a) Os bens jurídico-penais de natureza individual, que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos como exemplo a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc. b) Os bens jurídico-penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc. c) Os bens

jurídico-penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na *proteção das relações de consumo*, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a *proteção da saúde pública*, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a *proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos* etc. A realidade da vida social contemporânea demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade, daí a necessidade de sua proteção penal. Apontamos, então, *quatro princípios básicos para a tutela penal dos interesses difusos*: a responsabilidade penal da pessoa jurídica; a responsabilidade pessoal do representante da pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado; a possibilidade de transação penal e de suspensão condicional do processo; e a aplicação de sanções penais alternativas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Bem. Jurídico. Penal. Difusos. Coletivos. Princípios. Interesses. Direitos.

1 Os interesses ou direitos difusos e sua proteção penal

No presente artigo procuraremos demonstrar a existência de um bem jurídico-penal de natureza

* Promotor de Justiça de São Paulo e Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, do Complexo Jurídico Damásio E. de Jesus e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

difusa, distinto dos demais, com características próprias. Mostraremos sua relevância e a necessidade de sua proteção penal.

Essa caracterização é fundamental, para que também verifiquemos as mudanças e adaptações necessárias que o sistema penal deverá realizar para oferecer resposta adequada e eficiente para a proteção da sociedade em face da criminalidade na área dos interesses difusos, hoje já acentuada e que, durante este século, deverá ser cada vez mais crescente.

Também proporemos princípios para a efetivação da proteção penal dos chamados interesses ou direitos difusos.

2 Conceito de bem jurídico penal difuso

A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. Birnbaum (apud COSTA ANDRADE, 1991, p. 51-53) já reconhecia que a lei penal não mais apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, e, sim, servir também de forma imediata a fins sociais. Portanto, classificava os bens e, por consequência, os crimes, em naturais e sociais, uma vez que em seu pensamento os bens em parte já são dados ao homem pela natureza e, por outra parte, como resultado de seu desenvolvimento social.

Por sua vez, Liszt apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrentes da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela movimentam-se. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos (LISZT, apud ANDRADE, op. cit. p. 66-69).

Jescheck (1993, p. 234.) reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corpo-

ral y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero).

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico.

Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico, conforme já assentamos neste livro, cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas de reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Assim, Muñoz Conde e García Arán demonstram a existência de *bens jurídicos individuais*, que afetam de modo direto as pessoas individualmente consideradas, e *bens jurídicos coletivos*, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc. (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 1998, p. 65).

Zaffaroni (1981. t. 3, p. 242), embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supra-individuais e bens individuais, reconhece a existência de *bens jurídicos de sujeito múltiplo*, de forma que um não possa dispor do bem individualmente, sem que afete a disponibilidade de outro.

Conforme podemos perceber, a ideia de bens jurídico-penais que não afetem diretamente aos indivíduos, mas à coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social, já é conhecida e aceita pela doutrina do Direito Penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador.

As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, bem como do modelo de Estado, diante das relações sociais em que vivemos, têm despertado a doutrina penal para a proteção de interesses que não são individuais,

mas metaindividuais ou pluri-individuais, atingindo amplos setores da população.

Figueiredo Dias (1999, p. 74) demonstra a importância da proteção dos interesses metaindividuais no presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos.

Reconhecida a existência dos bens jurídico-penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídico-penais coletivos e os bens jurídico-penais difusos, para então definirmos estes últimos e analisarmos as consequências penais da tutela dos interesses difusos.

Mir Puig (1998, p. 135) reconhece expressamente a existência e a importância da proteção penal dos interesses difusos na atualidade:

[...] las modificaciones que entretanto há ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en

determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos.

A doutrina penal brasileira também já reconhece a existência de bens jurídicos coletivos e principalmente difusos e sua importância para a tutela penal.

Miguel Reale Júnior (1983, p. 214) aponta a existência de novas áreas no Direito Penal, como a defesa do meio ambiente, da justiça social e das divisas financeiras do País, consistindo em bens jurídicos a serem penalmente tutelados.

Ivete Senise Ferreira (1995, p. 67-68), analisando os crimes ambientais, no mesmo sentido:

Na segunda metade do séc. XX, porém, novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico pela constatação de uma progressiva degradação, e por vezes destruição, do meio ambiente, aliada à previsão das consequências catastróficas que isso acarreta para a vida do homem e dos outros seres da natureza, devendo ser por todos os meios obstada para garantir a sobrevivência da própria humanidade.

O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se entre os direitos fundamentais do homem, os quais incumbem tradicionalmente ao Direito penal defender, como última *ratio*.

René Ariel Dotti reconhece expressamente a proteção penal dos interesses coletivos, anotando que parte da doutrina inclui nessa expressão os interesses difusos usados como sinônimos dos coletivos. Entretanto, realiza a distinção entre os interesses difusos e coletivos, acompanhando a visão de Ada Pellegrini Grinover, também no que se refere ao Direito Penal, sem que dessa distinção resultem antagonismos ou

exclusões, ao contrário, são interesses que, em sua visão, se complementam para a proteção penal:

Não obstante, porém, a existência de uma "área de conflitualidade" característica do âmbito dos interesses difusos, as concepções em torno dos fenômenos interesses coletivos e interesses difusos não são excludentes nem antagônicas. Com efeito, existem sempre no território de qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor etc.) maiores ou menores núcleos de conflitos e divergências. Ao interesse geral da preservação da saúde pública, por exemplo, se manifestam também outros interesses coletivos como ocorre na limitação e expansão da propaganda e de fabricação de cigarros, de bebidas alcoólicas etc. (DOTTI, in: GRINOVER, 1984, p. 69-70).

Salomão Shecaira, ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o direito deve dar uma resposta a estas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o direito (e também o direito penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do direito penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo. (SHECAIRA, in: GOMES, 1999, p. 133)

Conforme a doutrina referida, já está assentada a existência de bens jurídico-penais de natureza coletiva, restando agora efetuar a distinção também para o Direito Penal entre os bens jurídicos coletivos e os difusos, distinção essa que será de enorme valor para a futura perspectiva do Direito Penal, que sofrerá modificações de forma a acolher uma eficaz proteção contra a criminalidade dos interesses difusos.

Os bens jurídico-penais difusos são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal se refere aos bens jurídicos coletivos, está fazendo alusão ao interesse público, ou seja, aqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Portanto, os conflitos que podem gerar ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado que efetua a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais em sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou ao não as tipificar, deixando outros ramos do direito realizarem a solução.

Assim, propomos uma tríplex classificação dos bens jurídico-penais:

- a) Primeiramente, os bens jurídico-penais de natureza individual, que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos como exemplo a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.
- b) Os bens jurídico-penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa maneira, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.

- c) Os bens jurídico-penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na *proteção das relações de consumo*, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a *proteção da saúde pública*, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a *proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos* etc.

Notamos, enfim, que assim como em face dos aspectos civis da distinção entre os interesses individuais, coletivos e difusos, a diferenciação ocorre por meio do objeto da ação e seu pedido, quando podemos verificar qual das modalidades de interesses está presente, no caso concreto, em relação ao aspecto criminal, igualmente em face do caso concreto, da conduta praticada, é que poderemos afirmar quais dos bens jurídico-penais foram atingidos.

Da mesma forma, existem condutas criminosas que ofendem mais de um bem jurídico-penal, o que só pode ser objeto de verificação diante do fato em concreto e nem sempre por meio da análise do tipo penal.

3 Dignidade penal e carência de tutela penal dentro de uma visão criminológica

A evolução que vem sofrendo o Direito Penal corresponde também às mudanças de enfoque da criminologia, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com o surgimento da chamada *Criminologia Crítica* ou *Criminologia Nova*, que tem influenciado de maneira decisiva o Direito Penal contemporâneo, ao discutir e modificar temas de há muito consagrados e que passam por uma revisão necessária para sua adequação à realidade social.

O enfoque criminal é retirado da pessoa do delinqüente e do crime para ser colocado no *sistema de controle social*, entendido como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de estruturas de reação da sociedade.

A ruptura que representa a Criminologia Crítica consiste no abandono do paradigma etiológico-determinista e na substituição do modelo estático de abordagem do comportamento desviante, por um modelo dinâmico e contínuo, em que as normas penais passam a ser vistas de acordo com um pluralismo axiológico.

A principal vertente da Criminologia Crítica é o *labeling approach*, ou *interacionismo*, que parte do princípio de que o comportamento considerado criminoso não tem uma qualidade ontológica, mas que ele é, sim, resultado de uma reação social, ou seja, de uma qualificação dada pelo sistema social.

Por debaixo do problema da legitimidade do sistema de valores recebido pelo sistema penal como critério de orientação para o comportamento socialmente adequado e, portanto, de discriminação entre conformidade e desvio, aparece como determinante o problema de definição do delito, com as implicações político-sociais que revela, quando este problema não seja tomado por dado, mas venha tematizado como centro de uma teoria da criminalidade. (BARATTA, 1999, p. 86).

Dessa perspectiva criminológica, o comportamento considerado desviante ou criminoso será definido com base no senso comum e por meio das instâncias formais do sistema penal.

Daí decorre que é a própria sociedade, por meio de seu sistema social, que define, pautado no critério de relevância social, o que considera crime ou não. De acordo com a relevância penal, ocorrerá a necessidade da tutela penal dos bens jurídicos e a conseqüente tipificação das condutas consideradas criminosas.

Para a criminalização de determinadas condutas e, assim, conferindo a tutela penal para os bens jurídicos, ressalta-se a importância da forma de escolha dos bens jurídicos:

Seja como for [...] pode dizer-se que toda a criminologia atual, na esteira da criminologia crítica, concorda em atribuir relevo decisivo aos mecanismos de selecção. (FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE, 1997, p. 386)

Dos movimentos que o Direito Penal está hoje realizando, a partir dessa visão criminológica renovadora, os dois mais importantes são: a *descriminalização* e a *neocriminalização*.

A *descriminalização* significa a desqualificação de uma conduta como crime. Pode configurar a transformação de um ilícito penal em outro tipo de ilícito, por exemplo, o ilícito civil ou administrativo. É um movimento de abolição do sistema penal, chamado de abolicionismo penal. Difere da *despenalização*, que é um processo de redução do direito penal e não de abolição, consistindo na substituição da pena de prisão por outras sanções penais não detentivas.

A *descriminalização* ocorre sempre pelo fato do bem jurídico ofendido haver deixado de ser considerado pelo sistema social como de relevância social merecedora de tutela penal e pode acarretar duas conseqüências diversas:

- a) a renúncia, por parte do Estado, de controlar a conduta, uma vez que ela deixou de ser considerada negativa ou indesejável, ou pelo fato de o bem jurídico ofendido ter deixado de mostrar a relevância social para a proteção, como, por exemplo, certas práticas sexuais ou a publicidade de certos produtos antes proibida;
- b) o controle da conduta passa para outro ramo do direito, de acordo com as escolhas mais eficazes e menos onerosas para a situação referida, do que a resposta penal.

Figueiredo Dias e Costa Andrade apontam a dignidade penal e a carência de tutela penal como os fundamentos tanto da descriminalização quanto da neocriminalização, num Estado Democrático, em texto que, pela qualidade para a conceituação, merece transcrição ampla:

No contexto do primeiro tipo de sociedade, tem sido sobretudo a partir de dois conceitos

fundamentais que se têm procurado definir os parâmetros da legitimidade da intervenção do direito criminal: o conceito de *dignidade penal* (*Strafwürdigkeit*) e o conceito de *carência* (ou necessidade) *de tutela penal* (*Strafbedürftigkeit*).

Segundo o entendimento praticamente unânime, só assumem *dignidade penal* as condutas que lesem *bens jurídicos* ou, noutros termos, que sejam *socialmente danosas*. [...] O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de *imanência social* e um *princípio de consenso*. O primeiro significa que não assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito penal ao núcleo irreduzível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade. [...]

A definição duma conduta como socialmente danosa, isto é, lesiva de bens jurídicos cuja integridade é importante, porventura mesmo imprescindível à subsistência da comunidade, não esgota porém o problema da legitimidade da criminalização. A dignidade penal constitui apenas a *legitimação negativa* (Hasemer) sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização. Tal só se logrará num segundo momento, em sede de *carência de tutela*. Com esta categoria exprime-se de forma sintética, como assinala Sax, o juízo de que, em relação a determinados comportamentos que directa ou indirectamente lesam bens jurídicos, sendo, portanto, dignos de sanção criminal, esta sanção é também de facto o *único meio para, de forma eficaz, proteger a ordenação comunitária*. Este juízo assenta predominantemente numa investigação criminológica sobre factos que, pela sua frequência, persistência e danosidade, são considerados como problema político-criminal. O conceito de carência de tutela corresponde ao

princípio da *subsidiariedade* do direito penal, princípio segundo o qual o direito penal deve constituir a *ultima ratio* do controlo social.

Por sua vez, a *neocriminalização* significa a qualificação de determinadas condutas como crime. Pode ser derivada de fatos que anteriormente estavam sob a proteção de outros ramos do direito e passaram para a proteção do Direito Penal, ou de fatos que constituem novos fenômenos sociais, considerados dignos de tutela penal.

As transformações pelas quais está passando o mundo e as sociedades contemporâneas têm trazido novos fenômenos e relações sociais, bem como modificado inúmeras relações já existentes. As modificações sociais, políticas, econômicas e culturais levam a mudanças na estrutura jurídica, principalmente no Direito Penal, que tem alargado o campo de sua atuação para a eficácia do controle social.

O progresso tecnológico acarretou uma série de novas situações anteriormente não previstas, em relação ao meio ambiente, ao consumo de massa, à integridade física e moral do homem, à privacidade do indivíduo, ao controle genético e da inseminação, situações essas que exigem uma normatização específica de vários ramos do direito, para proteger os diversos bens jurídicos que podem ser afetados.

O Direito Penal deve dar sua contribuição, para as hipóteses em que a relevância do bem jurídico trouxer a necessidade de sua proteção penal, no âmbito das novas relações sociais.

De outra parte, as modificações histórico-culturais trazem mudanças no conjunto de valores sociais. Essas mudanças axiológicas derivam das intenções em relação ao Estado e à sociedade, como por exemplo, o medo das ditaduras, do holocausto, do terrorismo, enfim, dos crimes contra a humanidade praticados ao longo da história por parcelas da própria humanidade.

Essas mudanças também levam a diferentes concepções dos bens jurídicos, que ganham relevância de acordo com as novas características histórico-culturais, passando a ser bens jurídico-penais, merecedores da específica proteção penal para possibilitar o convívio no seio do sistema social.

Nesta nova perspectiva do Direito Penal, da neocriminalização, encontra-se a tutela penal dos interesses difusos, que será analisada a seguir.

4 Relevância e necessidade da tutela penal dos bens jurídico-penais difusos

Afirmamos como critério de aferição social a relevância do objeto, que se traduz na necessidade de tutela penal. Isso significa que a relevância e a necessidade são decorrências necessárias, como duas faces da mesma moeda. Se o objeto da vida social tem a relevância suficiente para ser um bem jurídico-penal, a necessidade de sua proteção é uma decorrência lógica.

A realidade da vida social na atualidade demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. O sistema social, hoje e no futuro próximo, tem nas questões relativas ao meio ambiente, por exemplo, em que os interesses econômicos e a preservação ambiental são muitas vezes contrapostos, um de seus mais sérios problemas. Basta a verificação diária das notícias veiculadas pela imprensa para apurarmos acidentes nucleares, poluição pelas mais diversas substâncias químicas, causando danos que poderão ser irreversíveis, pondo em risco a própria sobrevivência da espécie humana. E assim por diante, nas questões relativas aos mercados econômicos, com as grandes fusões de empresas e o agigantamento de conglomerados de empresas, pondo muitas vezes em risco a liberdade econômica e a livre concorrência; na proteção da infância e da juventude, para que o desenvolvimento de sua personalidade ocorra de acordo com as liberdades e as garantias fundamentais da pessoa humana, o que será seriamente ameaçado com a proliferação da prostituição e da exploração dos menores.

Essas questões meramente exemplificadas demonstram uma gravidade social bem mais elevada do que um furto simples, que é objeto de inquestionável tipificação penal. Daí a relevância ou dignidade penal das agressões aos interesses difusos e a imperiosa necessidade ou carência de tutela penal.

A doutrina também aponta nessa direção.

Ivete Senise Ferreira (op. cit., p. 68) analisa a questão nos seguintes termos:

Por outro lado, o chamamento às soluções penais deve ser prontamente atendido, não bastando para isso a vontade individual do legislador impondo à força uma ordem jurídica, mas é imprescindível a consciência de sua oportunidade e obrigatoriedade por todos os que a ela vão submeter-se.

Essa consciência forma-se num processo histórico em que os conceitos amadurecem, as necessidades evidenciam-se, e os valores ameaçados aglutinam as forças morais da população fazendo-a sentir a conveniência da aceitação de novos padrões de conduta. [...] O despertar da consciência ecológica no mundo moderno, as exigências da comunidade internacional, expressa em "Recomendações" dos organismos internacionais que orientam a adequada proteção das condições da vida sob todas as suas formas, e o acolhimento das mesmas na legislação interna dos países que se sensibilizaram com o problema, vieram a legitimar a atuação do Direito Penal em reforço da proteção já dispensada ou a dispensar nos outros ramos do Direito.

Gilberto Passos de Freitas (1993, p. 310) entende no mesmo sentido:

O direito penal, como é sabido, não pode se manter afastado da realidade social. Deve receber os valores que a consciência social do momento façam por merecer a sua tutela. Em matéria ambiental, tal assertiva não só se faz presente, como se constitui uma necessidade, uma vez que se trata de um direito em evolução permanente, que deve acompanhar os avanços da ciência e da tecnologia.

Reis Bravo (1997, p. 20) salienta que

[...] os interesses difusos encontram tutela em várias acepções: nos âmbitos civil – numa perspectiva de efetivação de responsabilidade contratual ou extracontratual –, administrativa, contraordenacional (e ainda, nalguns domínios, contravencional) e criminal.

Defende o referido autor que a função do Direito Penal é proteger os valores fundamentais da vida em comunidade, possibilitando o livre desenvolvimento e a realização ética da pessoa humana e nessa perspectiva é que se enquadra a proteção dos interesses difusos. Afirma que as respostas do Direito Penal tradicional poderão não se revelar suficientemente adequadas aos dados dessa nova realidade jurídica.

Reis Bravo aponta, ainda, que a tutela penal ocorrerá em coexistência com a tutela contra-ordenacional. Essa tutela contra-ordenacional, existente no Direito português, é reservada para os ilícitos que coloquem em perigo interesses de menor relevância e que são apenados com multa, chamados de ilícitos de mera ordenação social. Ao contrário do ilícito criminal, "onde os interesses a proteger revestem uma dignidade de nível superior" (ibidem, p. 24).

Luiz Antonio de Souza (1999, p. 160-161), em dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica/SP sobre a tutela criminal difusa, assevera:

Deixamos assentado, quando estudamos as "obrigações constitucionais de incriminação", que no caso de a Constituição impor expressamente a criminalização, isso significa que o legislador constituinte, implicitamente, declara, não só a dignidade penal, como também a carência da tutela penal.

Ferreira Monte (1996, p. 279), na mesma linha, assinala a "indubitável dignidade penal dos bens jurídicos ligados ao consumidor nos processos de incitamento ao consumo", mostrando que o legislador constituinte, ao consagrar, no âmbito da Constituição, certos valores ligados ao consumidor como indispensáveis para a própria vida social, demonstra a dignidade penal da proteção a tais valores.

René Ariel Dotti (op. cit., p. 70-75) destaca como interesses que merecem a proteção penal:

a) *o interesse na preservação da vida e da integridade física*. Os novos atentados políticos dirigidos por grupos sectários ou pelo próprio Estado, como é curial nas ditaduras, vêm sofrendo as mais vivas reações desen-

volvidas em cadeia na comunidade, principalmente quando as vítimas ou detalhes da violência são revelados através dos meios de comunicação de massa; b) *o interesse no resguardo da saúde pública*. Os problemas que afetam a saúde pública para além das hipóteses típicas de lesão individual ou coletiva previstas no Código Penal (Tít. VIII, Cap. III) estão sendo objeto de profundas inquietações, com reflexos imediatos no plano jurídico institucional em vias de transformação, ao ponto de se falar com insistência na sistematização de novos ramos jurídicos; c) *o interesse na conservação da liberdade*. Na medida em que o Estado nacional autoritário cede passagem ao Estado social e democrático de Direito, o valor da liberdade do Homem assume matizes de maior densidade, impedindo que em nome do Estado-oficial se cometam violências ao direito de liberdade [...]; d) *interesse no livre desenvolvimento das minorias*. Conforme acentua Zaffaroni, o Direito Penal não tutela os valores em si mesmos e nem os pode impor a ninguém; tutela, isso sim, o direito da maioria a não ser ofendida nesses valores, sem prejuízo de garantir também às minorias que vivam conforme sua própria natureza e destino, sempre que se abstenham de ofender às majorias [...]; e) *o interesse à boa qualidade de vida* [...]; f) *o interesse a um meio ambiente ecológicamente equilibrado* [...]; g) *o interesse à segurança* [...]; h) *o interesse de amparar o consumidor* [...].

Analisada a relevância e a necessidade da proteção penal dos interesses difusos, resta discutir as modificações necessárias no sistema penal para possibilitar sua eficácia nessa proteção, uma vez que o Direito Penal deve adaptar-se para oferecer resposta adequada às novas relações sociais que se apresentam, o que será feito a seguir.

5 Princípios da tutela penal dos Interesses ou direitos difusos

Após a conceituação do bem jurídico-penal difuso e a verificação de sua relevância social e a ne-

cessidade de sua proteção penal, passaremos a apontar as bases sobre as quais deve ser realizada a referida tutela penal, tendo sempre em vista as características dos interesses difusos, que tornam diferenciada a criminalidade nessa área e, portanto, deve acarretar mudanças para a adaptação do sistema penal, visando responder com eficácia à nova realidade criminal.

Apontamos, então, quatro princípios básicos para a tutela penal dos interesses difusos: a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*; a *responsabilidade pessoal do representante da pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado*; a *possibilidade de transação penal e de suspensão condicional do processo*; e a *aplicação de sanções penais alternativas*.

5.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

A realidade dos crimes econômicos e ambientais em nossa sociedade, com a participação cada vez maior das empresas para sua efetivação, bem como o crescimento econômico e a globalização, acarretando uma verdadeira desnacionalização e principalmente a despersonalização dos fenômenos relativos às pessoas jurídicas trouxeram a discussão mundial sobre a necessidade de sua responsabilização penal.

Este tema é um dos mais relevantes e polêmicos da atualidade do Direito Penal, trazendo diversas formas de abordagem pela doutrina, que primeiramente analisaremos. Dividimos as posições doutrinárias em três: aqueles que não admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas, os que apenas admitem a aplicação de medidas especiais e aqueles que admitem a responsabilização penal.

5.1.1 Princípio *societas delinquere non potest*

O Direito romano não admitia a responsabilização penal da pessoa jurídica, cunhando a expressão supra-referida, que é um dos alicerces do Direito Penal clássico.

No final do século XVIII, impõe-se a *teoria da ficção* de Feuerbach e Savigny, segundo a qual a pessoa jurídica é pura ficção jurídica e como tal não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, que somente pode recair sobre os reais responsáveis pelo delito, que são os homens por detrás das pessoas jurídicas. Esse pensamento ainda é adotado nos dias de hoje por ampla doutrina.

Os dois principais fundamentos para não reconhecer a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica são a *falta de capacidade de ação e de culpabilidade*.

A doutrina contrária à responsabilização penal desdobra os principais argumentos, apontando o *princípio da personalidade das penas*, ou seja, somente é punível aquele que executou materialmente o ato criminoso, ou o *princípio da individualidade da responsabilidade criminal*, significando que a responsabilidade criminal recai única e individualmente sobre os autores das infrações, ou, ainda, o *princípio da intransmissibilidade da pena e da culpa*, segundo o qual as penas não deverão ultrapassar, em nenhum caso, a pessoa que praticou a conduta, como barreiras insuperáveis para a criminalização dos entes coletivos.

Na doutrina alemã, Jescheck (1993, p. 205) entende nesse sentido:

[...] las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad únicamente pueden actuar a través de sus órganos, por lo que ellas mismas no pueden ser penadas. Además, respecto a ellas carece de sentido la desaprobación éticosocial que subyace en la pena, pues sólo contra personas individuales responsables cabe formular un reproche de culpabilidad, y no contra los miembros del grupo no participantes, o contra una masa patrimonial.

Igualmente, Roxin (1999, t. 1, p. 258-259):

Tampoco son acciones conforme al Derecho Penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo "órganos" humanos pueden actuar com eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica.

Na doutrina italiana, Pagliaro (1998, p. 161):

Anziché parlare di condotta della persona giuridica, basta considerare la condotta della

persona fisica che funge da suo organo (es.: amministratore di società). È sempre una persona fisica, anche se qualificata da un certo rapporto con l'ente, a porre la condotta illecita.

In questo senso può dirsi che le persone giuridiche non sono idonee a compiere una condotta penalmente illecita.

No Direito brasileiro, René Ariel Dotti:

No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. (DOTTI, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1995, v. 11, p. 201)

No mesmo sentido, Duek Marques:

As sanções impostas aos entes coletivos, previstas na nova legislação, não podem ter outra natureza senão a civil ou a administrativa, porquanto a responsabilidade desses entes decorre da manifestação de vontade de seus representantes legais ou contratuais. Somente a estes poderá ser imputada a prática de infrações penais.

(DUEK MARQUES, in: *Boletim IBCCrim*, n. 65, edição especial, p. 7, abr. 1998)¹

5.1.2 Responsabilização da pessoa jurídica por meio de medidas especiais

A irresponsabilidade penal da pessoa jurídica encontra outra vertente doutrinária que entende ser necessária uma criação intermediária entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, para neutralizar a periculosidade que determinadas pessoas jurídicas podem trazer para o sistema social.

¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim IBCCrim*, n. 65, edição especial, p. 7, abr. 1998.

Essa posição defende a adoção de *medidas preventivas especiais*, que fariam parte de um

Direito de intervenção, que seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a *criminalidade coletiva* [...]²

As *medidas especiais* que seriam aplicadas para as pessoas jurídicas diferem das *medidas de segurança*, aplicadas quando o sujeito manifesta *periculosidade criminal*, ou seja, a capacidade de cometer fatos considerados delituosos, embora não tenha a capacidade penal para responder penalmente por eles mesmos.

Para os defensores dessa visão, a pessoa jurídica não tem capacidade para praticar crime e, portanto, não pode oferecer periculosidade criminal, não sendo cabível em relação a ela a aplicação de medida de segurança.

O direito de intervenção para as pessoas jurídicas é visto no Direito português como *direito de mera ordenação social*, situado entre o Direito Penal e o Direito Civil, em que são possíveis as aplicações de sanções como a multa, por exemplo, mas sem que isso implique sanção penal.

Castro e Souza (1985, p. 113), analisando a questão, defende:

Situando-se, porém, o direito civil e o direito de mera ordenação social no âmbito do eticamente indiferente, compreende-se que a violação das suas normas possa ser levada a cabo, tanto por pessoas singulares, como colectivas, pelo que se lhes poderá reconhecer capacida-

de de acção nestes domínios e negar-lha no direito criminal.

Mir Puig (1998, p. 174) defende que as medidas especiais que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas podem ser: a dissolução da entidade, a mera intervenção na empresa, o fechamento desta, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizá-las no futuro.

Reputamos que as medidas especiais, de caráter ordenatório, administrativo ou civil, podem ser utilizadas para a prevenção dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, mas são insuficientes para responder à realidade criminal econômica e ambiental de nossos dias, devendo ser aplicadas juntamente com medidas de caráter penal, fazendo parte de um sistema jurídico-penal novo, apto a atuar de forma eficaz no combate à criminalidade contemporânea, à lavagem de dinheiro, à criminalidade organizada etc.

Nesse sentido, a análise de Fausto de Sanctis (1999, p. 45):

Por fim, a responsabilidade civil ou administrativa não pode impedir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, porque esse tipo de responsabilidade possui, respectivamente, o escopo de reparar o dano causado ou meramente preventivo (no sentido de se impedir maiores prejuízos à coletividade), enquanto a responsabilidade penal possui o de punir os atos que causam perturbação da ordem pública. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de decisões de cunho administrativo serem objeto de ingerências políticas, o que tem levado ao descrédito desse tipo de sanção. Acrescente-se que, dotado o ato administrativo de autoexecutoriedade, não é incomum abusos no exercício desse poder.

5.1.3 Reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica

O Direito Penal tradicional traz conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica. As noções de conduta e de culpabilidade são formuladas de acordo com a pes-

² HASSEMER, Winfried (apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 71.

soa humana, sendo impróprias para as pessoas jurídicas. O Direito penal clássico é feito com a visão individualista, herdada do Iluminismo, como uma limitação ao poder do Estado.

Entretanto, a realidade social em relação à criminalidade vem forçando a superação dos dogmas clássicos, com a adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social.

Klaus Tiedemann (1999, p. 27) analisa a realidade criminal nos diversos países, anotando:

De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita y incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable.

Há necessidade de criarmos um novo sistema teórico, apto a resolver os conflitos supra-individuais existentes na atualidade e que nem sequer são imaginados pela visão tradicional. Diga-se de passagem que a mudança não é exclusiva do Direito penal, mas de todo o Direito, diante dos novos desafios do convívio social.

E um dos principais aspectos da mudança está exatamente no reconhecimento da capacidade penal da pessoa jurídica. Todas as correntes doutrinárias reconhecem a importância da pessoa jurídica na criminalidade dos dias atuais. Desde a efetuação do crime, até sua ocultação, como a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes, o que constitui, por si só, crime. As diferenças ocorrem apenas quanto à forma de atuação do Direito em face dessa realidade.

Historicamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi admitida na Idade Média e por um período da Idade Moderna, especificamente entre os séculos XIV e XVIII. Depois, caiu em desuso, voltando a firmar-se na segunda metade do século XIX, com a *teoria da realidade* de Gierke, em contraposição à teoria da ficção.

Para a teoria da realidade, a pessoa jurídica é um autêntico organismo, realmente existente, ainda que de natureza distinta do organismo humano. A vontade da pessoa jurídica é distinta da vontade de seus membros, que pode não coincidir com a vontade da pessoa jurídica. Assim, a pessoa jurídica deve responder criminalmente por seus atos, uma vez que é o verdadeiro sujeito do delito.

Na esteira de David Baigún (1997, p. 25-59), apontamos o sistema da dupla imputação, como uma das modificações necessárias ao Direito Penal:

Este sistema, que se cobija ya bajo el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.

A adoção do sistema de dupla imputação, na hipótese de delitos praticados pelas pessoas jurídicas, permite que em relação às pessoas físicas não ocorra mudança, continuando o sistema penal tradicional com os conceitos e garantias individuais historicamente fixados. Entretanto, em relação às pessoas jurídicas poderá ser firmado um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial.

Partimos do pressuposto de que a pessoa jurídica está apta a praticar ações, independentes das ações das pessoas físicas que a integram. Isto é reconhecido pelo Direito na atualidade, para a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica. Portanto, o reconhecimento da vontade própria dos entes coletivos já está assentado, restando apenas a discussão da utilização do Direito penal para essa realidade.

Conforme Fausto de Sanctis (op. cit., p. 40):

[...] as pessoas jurídicas possuem vontade própria e se exprimem pelos seus órgãos. Essa vontade independe da vontade de seus membros e constitui uma decorrência da atividade orgânica da empresa.

Conclui-se, portanto, que diante dessa vontade própria é possível o cometimento de infrações, de forma consciente, visando à satisfação de seus interesses.

Consideramos também que a ação praticada pela pessoa jurídica, chamada de *ação institucional*, tem natureza diversa da ação praticada pelos seres humanos. Desse modo, o dolo e a tipicidade devem ser analisados de forma diferenciada.

A ação institucional decorre de um fenômeno de inter-relação, entre cada um dos participantes e a própria instituição, sendo resultado de uma confluência de fatores que é independente da vontade de seus membros ou diretores ou mesmo sócios.

Ainda baseados em David Baigún (op. cit., p. 35), afirmamos que a formação da conduta da pessoa jurídica tem um triplice aspecto: o *normativo*, o *organizacional* e o *interesse econômico*.

A *decisão institucional* é um produto normativo estipulado no estatuto social, de acordo com a legislação vigente em cada país, em que há uma divisão de funções internas, de administração, e externas, de representação, havendo uma fixação de atribuições e responsabilidades. Ou seja, a decisão institucional deverá ser conforme seus estatutos determinarem.

A *organização* está diretamente relacionada com a ordem normativa; entretanto, manifesta-se de forma autônoma, posto que engloba a coletividade humana que integra a empresa, bem como um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e o conseqüente conflito interno, ou seja, o estabelecimento de um sistema de controle interno.

O *interesse econômico* está na gênese das empresas, ou seja, na própria razão de sua formação, constituindo ao mesmo tempo seu objetivo. O que precisamos demonstrar é sua interação com os componentes normativos e organizacionais para a produção da ação institucional.

O interesse econômico da empresa é um fator que está presente nas condutas de todos os indivíduos que integram a instituição, enquanto agentes de sua organização, constituindo o verdadeiro motor da ação institucional. Além disso, o interesse econômico institucional passa a ser independente dos interesses econômicos individuais, no sentido de que a empresa tem um interesse econômico próprio, alienado de seus integrantes. O denominador comum do funcionamento dos mecanismos estatutários normativos e organizacionais é o interesse econômico.

Após essa análise, evidenciamos que a ação institucional existe independentemente da ação das pessoas físicas e tem formação e características próprias e diferenciadas, no âmbito das quais deverá ser analisado o elemento subjetivo, ou seja, o dolo e a culpa, e a conseqüente tipificação da conduta institucional.

João Marcello de Araújo Júnior (1999, p. 89) discorre nesse sentido:

A doutrina inglesa, holandesa e americana, tendo à frente, principalmente, John Vervaele, de Utrecht, sustenta que, se a pessoa jurídica tem capacidade de ação para contratar, tem também capacidade para descumprir, por exemplo, criminosamente o contratado, logo tem capacidade de agir criminosamente. Além do mais, principalmente no que se refere ao Direito Penal Econômico, ilícitos existem em que a lei prevê, exclusivamente a conduta da empresa. É o que acontece, entre outros exemplos, com os crimes contra a livre concorrência. Quem exerce a concorrência desleal é a empresa. A ação da pessoa natural que atua por conta e no proveito dela é expressão do agir da empresa, pois quem pratica a ação é a própria empresa.

Firmada a capacidade de ação da pessoa jurídica, resta estabelecer a possibilidade de imputação penal, ou a *culpabilidade institucional*.

No sistema da dupla imputação, a culpabilidade deve ser vista como a *culpabilidade do fato*. Não há dúvidas quanto à individualidade da culpa

para o Direito Penal, ou seja, cada indivíduo deve ser analisado de acordo com sua situação pessoal, suas circunstâncias pessoais, de acordo com suas diferenças. Entretanto, conforme Shecaira (1999, p. 78):

[...] não se pode deixar de lembrar que essa culpa só existe pelo cometimento de um ato em particular. Na realidade, o ponto de partida da intervenção penal na órbita mais geral do direito é a prática de um fato delituoso previamente descrito em um tipo penal.

A análise do renomado autor continua:

Não há que se negar que, uma vez constatada a culpabilidade em face da lesão a certo bem jurídico protegido pela norma penal, a consequência imediata é a intervenção estatal através da pena. Esta será aplicada – sempre – como uma última instância de controle social, observados os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, vigentes no Estado Democrático de Direito. O parâmetro para a aplicação da pena é, pois, delimitado pelo próprio princípio da culpabilidade, posto que a pena só há de ser implementada quando necessária e útil. (Ibidem, p. 80)

De acordo com essa visão, a culpabilidade da pessoa jurídica surge sem problemas teóricos, possibilitando ao Direito Penal realizar a imputação aos graves delitos praticados pelos entes coletivos.

João Marcello de Araújo Júnior (op. cit., p. 91-92) ressalta:

A admissão da capacidade de agir conduz, necessariamente, à da capacidade de culpa. Podemos entretanto agregar que a teoria do risco da empresa, consequente da culpa na própria organização e atuação, legitima a responsabilidade penal da pessoa jurídica e justifica a atribuição a ela, cumulativa ou isoladamente, do crime cometido por seus representantes em proveito da empresa. É esta a teoria da vantagem econômica, que fundamenta o juízo de reprovação pelo crime. Trata-se, assim, de

uma categoria nova que a jurisprudência portuguesa e as propostas da Comunidade Europeia chamam de “responsabilidade própria da empresa” [...]

5.1.4 Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito brasileiro

A Constituição Federal determinou expressamente, em seu art. 225, § 3º, a aplicação de sanções penais e administrativas às pessoas jurídicas que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Walter Claudius Rothenburg (1997, p. 24), ao analisar o referido dispositivo constitucional, entende que “O artigo 225, § 3º, é até mais incisivo: para os estritos fins de tutela ao ambiente natural, equiparam-se pessoas jurídicas às físicas, ambas igualmente sujeitas a sanções quer penais, quer administrativas”.

O legislador ordinário está obrigado a estipular as sanções penais cabíveis às pessoas jurídicas que praticarem crimes ambientais, por força da norma constitucional em questão, que adotou importante posicionamento renovador, de acordo com as orientações da Comunidade Internacional.

A Organização das Nações Unidas, em seu VI Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, reunido em Nova Iorque em julho de 1979, no tocante ao tema do delito e do abuso de poder, recomendou aos Estados-membros o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades. “Isto significa que qualquer sociedade ou ente coletivo, privada ou estatal, será responsável pelas ações delitivas ou danosas, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus diretores.” (SHECAIRA, op. cit., p. 45).

Em relação aos demais crimes praticados pela pessoa jurídica, a Constituição Federal não foi explícita, mas permitiu que a legislação infraconstitucional estipulasse as sanções penais cabíveis, para a chamada criminalidade econômica, conforme a seguinte redação de seu art. 173, § 5º:

[...]

§ 5º – A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujei-

tando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

As sanções penais são compatíveis com as pessoas jurídicas, conforme verificamos, de modo geral, com exceção evidente da pena privativa de liberdade, devendo o legislador ordinário adequar as sanções civis, penais e administrativas à natureza dos entes coletivos, sem que isso prejudique a eventual sanção individual dos dirigentes.

Novamente Walter Claudius Rothenburg (op. cit., p. 20), analisando o referido dispositivo constitucional:

Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver, ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular e do meio ambiente, pelo objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço. Necessita ser imposta, ainda, como forma de aperfeiçoar-se a perquirida justiça, naqueles casos em que a legislação mostra-se insuficiente, para localizar, na empresa, o verdadeiro responsável pela conduta ilícita.

O legislador ordinário deu cumprimento à determinação constitucional explícita de reconhecer a responsabilização criminal da pessoa jurídica no que se refere aos crimes ambientais, por meio da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que em seu art. 3º assim dispõe:

Art. 3º – As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Portanto, nossa legislação ambiental estipulou a responsabilidade criminal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais, determinando para tal responsabilização dois requisitos:

a) que a decisão sobre a conduta seja cometida por seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado.

Nesse passo, nossa lei considerou a ação institucional de acordo com sua normatização interna e seu caráter organizacional, conforme expusemos. A decisão deve ser tomada por quem estatutariamente poderia fazê-lo em nome da empresa e seguindo sua determinação organizacional interna.

b) que a infração seja cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Mais uma vez, a legislação reputou a ação institucional de acordo com seus caracteres elementares, ao exigir o interesse econômico da empresa como finalidade da conduta infracional praticada.

A jurisprudência já firmou entendimento pela responsabilização da pessoa jurídica em nosso Direito penal, afastando qualquer inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais:

Criminal. Crime Ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio-ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso Provido. (STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, Resp. 564960-SC, DJ 13.06.2005, p. 331).

5.1.5 Responsabilização pessoal do representante e teoria do “atuar por outro”

O sistema penal tradicional, que não aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, criou

uma forma de amenizar as situações em que, à evidência, haveria a impunidade dos responsáveis pela atuação da pessoa jurídica. Entretanto, a solução encontrada não se limita às hipóteses de responsabilidade da pessoa física em lugar da pessoa jurídica, mas adquiriu contornos independentes, podendo ser utilizada, quer se adote, quer não se admita, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Inicialmente adotado no Direito Penal alemão – § 14 StGB (JESCHECK, op. cit., p. 207-209), o preceito de “*atuar por outro*”, que significa fundamentalmente a responsabilização penal da pessoa física que atua em representação de outra pessoa física ou de pessoa jurídica pelas condutas delitivas que estas vierem a cometer, hoje também é adotado na legislação penal espanhola (art. 31 do Código Penal) (MIR PUIG, op. cit., p. 176-178).

Analisando o dispositivo legal espanhol, Muñoz Conde e García Arán mostram que, em alguns casos, não é possível punir diretamente as pessoas físicas que atuam em nome das pessoas jurídicas, porque alguns tipos penais exigem determinadas qualidades pessoais, como ser devedor ou ser obrigado a pagar o imposto, por exemplo, próprias da pessoa jurídica e não da pessoa física que atua em seu nome. Por essa razão, o referido dispositivo, adotando a teoria do atuar por outro, amplia a hipótese de punição para aquele que atua em representação da pessoa jurídica.

O texto do dispositivo na legislação espanhola é o seguinte:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en el las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 1998, p. 249)

A responsabilização penal dos representantes atinge, por exemplo, nos países referidos, o gerente

de uma sociedade de responsabilidade limitada que, fazendo desaparecer seus bens, impede a execução a que estaria submetida; ou o presidente de uma empresa que infrinja a legislação penal protetora de crianças e adolescentes; ou ainda, o gerente da empresa em crimes falimentares.

Inclui, igualmente, os encarregados dos estabelecimentos, das empresas e da administração pública, aos quais estejam confiadas a direção ou administração dos referidos entes públicos, para sua responsabilização penal pelos atos praticados infringindo o dever de evitar os atos danosos, em nome de tais entidades públicas.

Não se trata de responsabilidade objetiva, posto que um dos requisitos para a ampliação da autoria delitiva, para alcançar os representantes, é o dolo (JABOBS, 1997, p. 724). Deverá existir uma conduta por parte do representante, que poderá ser uma ação ou omissão, desde que assuma a posição de garante, para responder pelo crime praticado.

Em nenhum momento, essa teoria exclui a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, podendo ser adotada em outras legislações que a admitam, trazendo uma nova espécie de co-autoria delitiva entre a pessoa jurídica e a pessoa física que atua como representante.

Importantíssimo ressaltar nesta teoria a possibilidade de responsabilizar o administrador público que não cumpra seus deveres de atuar para impedir os crimes contra os interesses difusos, especialmente os crimes ambientais e aqueles contra os consumidores e a economia popular, posto que assume a posição de garante em face da administração pública, atuando como seu representante.

5.1.6 Responsabilidade do representante no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, não há adoção propriamente da teoria do “agir por outro”, mas alguns de seus aspectos relevantes estão presentes para a criminalidade ambiental, por meio da Lei nº 9.605/98, que dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º – Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida

da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

O que nos interessa para análise não é a disposição inicial, a respeito da co-autoria, mas a segunda parte do artigo que estipula a responsabilidade do representante da pessoa jurídica, por conduta omissiva, deixando de impedir a prática de um crime ambiental, quando podia evitá-la. Esse é um dos aspectos relevantes da teoria do “agir por outro”, que vem disposto na legislação ambiental brasileira.

5.2 Possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes demonstram a existência de um “novo paradigma” de Justiça criminal, fundado no consenso, que foi introduzido no Direito Penal brasileiro por meio da Lei nº 9.099/95, profundamente inovadora em nosso ordenamento jurídico, permitindo a transação penal entre Ministério Público e autor do fato, para os chamados crimes de menor potencial ofensivo.

Concluem os renomados autores:

Em síntese, estão lançadas as bases de um novo paradigma de Justiça criminal: os operadores do direito (juizes, promotores, advogados, autoridades policiais etc.) estão desempenhando um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade [...] (GRINOVER et al., 1999, p. 44)

Das diversas mudanças que o sistema penal vem sofrendo para adequar-se à nova realidade social e criminal, a ampliação, ou, no caso brasileiro, a admissão do *acordo penal*, é sem dúvida a mais relevante. Abandonamos o sistema formal, em que a

obrigatoriedade da ação penal vigorava plenamente, para admitirmos o *princípio da discricionariedade*, ainda que regrada, ou seja, limitada aos termos legais e realizada por proposta do Ministério Público, mas perante o Judiciário.

Com isso, há celeridade e eficácia na resposta penal para os delitos de menor potencial ofensivo, por meio da transação penal, bem como maior rapidez e qualidade para os crimes considerados mais graves, uma vez que a estrutura, a máquina do sistema penal, ficou desobstruída para investigação, processo e punição.

Além da possibilidade de transação, outro corolário deste paradigma é a *suspensão condicional do processo*, que também é realizada mediante acordo entre as partes, de acordo com a supervisão judicial e os requisitos previstos na lei (no caso brasileiro, a referida Lei nº 9.099/95), atingindo os crimes de menor potencial ofensivo e outros, dentro dos limites legais.

Na expressão de Costa Andrade (1992, p. 317 ss.), o novo modelo de Justiça criminal pressupõe a delimitação do “espaço de consenso” em face do “espaço de conflito”, que deverá ser deixado para os crimes de maior gravidade, em que a lesão ao bem jurídico não comporte transação penal.

O referido autor, em obra diversa, analisa a estrutura lógica, normativa e dogmática do acordo penal, apontando que: “Decisiva neste plano é a idéia, já enfatizada, de que o acordo esclarecido e livre, longe de representar uma afronta ou sacrifício do bem jurídico protegido, mediatiza, pelo contrário, a sua plena realização.” (idem, 1991, p. 507-508).

A disposição do bem jurídico-penal faz parte de sua própria conceituação, constituindo parte essencial de seu valor para o Direito, que, por meio da tipificação, realiza sua normatização. Ou seja, a realização da transação penal prevista em lei funciona como uma exclusão do tipo, prevista também de forma típica.

Em relação aos crimes praticados contra os bens jurídico-penais difusos, a possibilidade de transação penal deve ser ampla. A necessidade de rapidez e eficácia da resposta penal, para coibir essa criminalidade, impõe a adoção da transação e da suspensão condicional do processo. Evidentemen-

te, crimes considerados de especial gravidade não deverão receber benefícios legais, para possibilitar sanções mais rigorosas.

5.3 Transação penal e suspensão condicional do processo para os crimes contra bens jurídico-penais difusos no Direito brasileiro

O sistema jurídico brasileiro caminhou bem nessa questão, pois além de permitir genericamente a aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.099/95, para toda a criminalidade, inclusive a dos interesses difusos, quando tratou especificamente dos crimes contra o meio ambiente, via Lei nº 9.605/98, também adotou a possibilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo, nos seguintes artigos:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76, da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II – na hipótese do laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*;

IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação

de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Crimes de menor potencial ofensivo, conforme o art. 61, da Lei nº 9.099/95, são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não seja superior a um ano. Analisando os crimes previstos na Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), notamos que metade deles está tipificada dessa forma. Portanto, a aplicação da transação penal é bastante ampla.

Entretanto, o referido art. 27, da Lei nº 9.605/98, traz um *requisito preliminar para a realização do acordo*. Trata-se da prévia composição do dano ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo. A ausência da composição, ou a proposta de composição parcial dos danos, impede que o Ministério Público formule a proposta de transação. Assim, o valor da reparação referente ao dano ambiental deve ser verificado mediante perícia, ressalvando-se que a perícia levada a efeito no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser emprestada ao processo penal, nos termos do art. 19, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, ressalvando a possibilidade de impugnação do laudo.

Em relação à *suspensão condicional do processo* tivemos oportunidade de analisar da seguinte forma o referido dispositivo legal:

A redação do art. 28, *caput*, parece restringir a suspensão aos crimes de menor potencial ofensivo, quando dispõe que “as disposições do art. 89 da Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei”. Ou seja, aparentemente, o *sursis* processual seria aplicável tão-só aos delitos cuja pena máxima cominada em abstrato não fosse superior a um ano (art. 61 da Lei nº 9.099/95). O rol de

infrações, a seguir tal interpretação literal, seria substancialmente reduzido. Não vemos razão para a restrição, especialmente se atentarmos para as finalidades do instituto despenalizador e a marcante tendência de busca de mecanismos para evitar o processo penal. Basta uma leitura do art. 28 da Lei Ambiental, especialmente dos incisos II a V, para constatarmos a intenção do legislador em utilizar o instituto para alcançar a reparação do dano ambiental, proporcionando ao autor da infração ambiental sucessivas oportunidades para sua reparação. Ademais, como adverte Antonio Scarance Fernandes, tal interpretação restritiva tornaria praticamente ineficaz o art. 89 da Lei nº 9.099/95, em razão da transação penal. (PAZZAGLINI FILHO et al., 1999, p. 137)

Como vimos, o legislador tratou não somente de permitir a transação penal e a suspensão condicional do processo para os delitos ambientais, mas principalmente de condicionar a aplicação dos institutos à prévia reparação do dano ambiental, mostrando a eficácia da proteção penal do meio ambiente, não apenas para a prevenção dos delitos, mas também para a anulação dos efeitos danosos dos crimes praticados, fazendo que o meio ambiente volte a ser como antes.

5.4 Aplicação das penas alternativas

Bustos Ramírez (op. cit., p. 91) parte dos seguintes pressupostos para analisar a aplicação das penas alternativas:

- a) La pena privativa de libertad es inútil y además perjudicial personal e socialmente.
- b) La pena privativa de libertad en el estadio actual del Estado no resulta suprimible y no hay posibilidad de asumir su supresión.
- c) La pena privativa de libertad es posible reducirla mediante medidas sustitutivas y alternativas.

René Ariel Dotti (1998, p. 137), por sua vez, aponta:

Ao Estado social – que não se deve transformar em autoritário, mas manter-se democrático e de Direito – impõe-se a obrigação de respeitar uma série de limites no sentido de que a prevenção será exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos. Como lembra Mir Puig, se o Direito Penal liberal atribui à pena tanto a função, conforme estivesse a serviço do sujeito empírico ou do homem ideal, o Direito Penal do Estado social não poderia senão conferir à pena a função preventiva.

Figueiredo Dias (1999, p. 129) destaca que:

A base irrenunciável da solução que aqui defendo para o problema dos fins da pena reside, pois, em que estes só podem ter natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa –, não natureza retributiva.

Antolisei (1997, p. 687) completa o pensamento da seguinte forma:

Orbene, il quesito che sorge anzitutto è questo: quale scopo si propone lo Stato allorché statuisce una pena per chi violi un comando? Non ci sembra che la risposta a tale domanda possa dar luogo a serie incertezze: il legislatore, col minacciare una pena, la quale per sua natura implica sempre una sofferenza, mira ad esercitare sui consociati una coazione psicologica affinché si astengano dal violare il comando: vuole scoraggiarli, dissuaderli da ciò, creando in essi un motivo di inibizione. La funzione della pena in questo momento non è e non può essere che la prevenzione generale dei reati. Dubitare di ciò, a nostro avviso, sarebbe quasi come mettere in dubbio l'esistenza del sole.

A Lei de Execução Penal brasileira (Lei nº 7.210/84) está em correspondência com a moderna visão sobre o caráter da sanção penal, ao estabelecer: “Art. 1º – A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração

social do condenado e do internado". Dentro dessa visão preventiva da sanção penal, a substituição da pena privativa de liberdade pelas chamadas "penas alternativas" vem ganhando espaço em todas as legislações.

Em relação aos interesses difusos, a criminalidade praticada que os atinge inclui-se naquelas em que a pena privativa de liberdade não significa a resposta mais adequada do Direito Penal, devendo ser aplicadas sanções alternativas, buscando a prevenção geral e especial, em relação ao criminoso, sem falar nas sanções dirigidas às pessoas jurídicas, em que a incompatibilidade da sanção privativa de liberdade é manifesta.

As sanções de caráter pecuniário e as restrições de direitos são mais eficazes para a prevenção dos crimes contra o meio ambiente, o consumidor, a infância e juventude etc.

5.5 Aplicação das penas alternativas para os crimes contra bens jurídico-penais difusos no Direito brasileiro

A Lei nº 9.714/98 modificou a Parte Geral do Código Penal (CP), ampliando o rol e a aplicação das chamadas penas alternativas, determinando serem estas autônomas e substitutivas da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, quando o crime não for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos (arts. 43 e 44, do CP).

A Parte Geral do CP pode ser aplicada para os crimes em geral, inclusive para aqueles referentes aos interesses difusos. No entanto, especificamente para os crimes ambientais, a já referida Lei nº 9.605/98 dispõe expressamente:

Art. 7º – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I – tratar-se de crime culposos ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente

para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único – As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Art. 8º – As penas restritivas de direitos são:
I – prestação de serviços à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – suspensão parcial ou total de atividades;
IV – prestação pecuniária;
V – recolhimento domiciliar.

Portanto, as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena privativa de liberdade, também estão previstas com larga aplicação para os crimes ambientais, seguindo nossa legislação a tendência atual do Direito Penal para a criminalidade contra os interesses difusos.

SMANIO, G. P. criminal injunction principles of diffuse interests or rights. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 213-236, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** We propose a triple classification of criminal legal-criminal property: a) legal-criminal property of individual nature, regarding individuals, of which they are available without affecting other individuals. Therefore they are legal property that can be divided regarding the holder. As example of it, we mention life, physical integrity, property, honor, etc.; b) legal-criminal property of collective nature, regarding community, so that individuals have not access to it without affecting other holders of the legal property. Therefore, they cannot be divided regarding the holders. In Criminal Law, collective nature property are included within public interests. Examples of it are public safety, public peace etc.; c) legal criminal property of diffuse nature, also regarding society as a whole, so that individuals have no access to it without affecting the community. They also are indivisible regarding holders. Diffuse nature property brings *social conflictuality* which opposes several groups of society, such as *environmental protection*, that opposes, for instance, industrial

economic interests and the environmental preservation interest, or *consumption relations protection*, in which suppliers and consumers are opposed, *public health protection*, regarding food and medicine production, *protection of popular economy, of childhood and youth, of the elder etc.* The reality of current social life shows the importance of diffuse interests in society coexistence, therefore the need of its criminal protection. We highlight, then, *four basic principles of criminal injunction of diffuse interests*: a) legal person criminal responsibility; b) personal responsibility of legal person representative, whether regarding public or private right; c) the possibility of criminal transaction and of stay of proceedings, and d) the application of alternative criminal sanctions.

• **KEYWORDS:** Criminal. Injunction. Property. Principles. Diffuse. Interests. Collective. Rights.

Referências bibliográficas

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 14. ed. Atualizada por CONTI, Luigi. Milão: Giuffrè, 1997.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BAIGÚN, David. *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación: responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In: BAIGÚN, David et al. (Coords.). *De las penas*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In:

MOREIRA, Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

BASTOS, Celso. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 6.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. In: *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo ministério público*. In: *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Introdução ao direito ambiental brasileiro*. In: *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*. São Paulo: Ministério Público – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, 1999.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das erfodernis einer rechtsverletzung zum begriff des verbrechens*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 51-53.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2. v. 1.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español: parte general*. Barcelona: Ariel, 1984.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello. *Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor*. In: *Justitia*, São Paulo, v. 137, p. 49-56, jan./mar. 1987.

- CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello. MILARÉ, Édís, NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 30. Pádua: Cedam, 1975.
- CASTRO E SOUZA, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social"*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1985, v. 1.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Novas funções judiciais do estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 614, p. 14-22, 1986.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria nacional para integração da pessoa portadora de deficiência – Corde, 1994.
- DÍAZ, Cláudia Lopez. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. (Colección de estudios n. 5.)
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 11, 1995.
- _____. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DOURADO DE GUSMÃO, Paulo. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim IBCCrim*, n. 65, edição especial, abr. 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Painel – Debates. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERREIRA MONTE, Mário. *Da proteção penal do consumidor*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- _____. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1999.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- FILOMENO, José Geraldo Brito; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FILOMENO, José Geraldo Brito; RODRIGUES, Marcelo Abelha, ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 14. ed. ver. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal: da infração penal*. Atualizado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.
- FREITAS, Gilberto Passos. A tutela penal do meio ambiente. In: *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GIANNINI, Massimo Severo. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. *Riv. Dir. Proc.*, 1974.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: _____. (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Verbete: Interesses difusos. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 45.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuervo Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998. (Colección de estudios n. 1.)
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. 1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Turim: Torinese, 1981, v. 1.
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1999, v. 1.
- MARIZ DE OLIVEIRA JR., Waldemar. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MILARÉ, Édís. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIRRA, Alvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 631, p. 71-82, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JR., NERY, Rosa. *Código de processo civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

- PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Juizado especial criminal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas. In: BAIGÚN, David et al. (Coords.). *De las penas*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.
- REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REIS BRAVO, Jorge dos. *A tutela penal dos interesses difusos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. 1.
- SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? *Cuadernos de conferencias y artículos*, Universidad Externado de Colômbia, n. 9, 1996.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Juizado especial criminal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- SOSA, Angel Landoni. Legitimación para la defensa de los intereses difusos. In: XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, T. II/1.155-1.180. La Plata, 1981.
- SOUZA, Luiz Antonio. *Tutela criminal difusa*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. São Paulo: PUC, 1999.
- SPITZCOVSKY, Celso, MOTA, Leda Pereira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1979.
- WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3.

Crimes Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo: Conflitos de Atribuições entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais

José Geraldo Brito FILOMENO*

- **SUMÁRIO:** 1 Visão geral da temática proposta. 2 Objeto específico da polêmica. 3 Jurisdição, antes de atribuição. 4 Crimes da Lei nº 8.137/90. 4.1 Crimes contra a ordem tributária. 4.2 Crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo. 4.3 Crimes contra as relações de consumo, previstos pelo Código de Defesa do Consumidor. 4.4 Competência da Justiça Federal nos casos de conexão. 5 Conclusões. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** O texto trata de eventuais conflitos no que concerne a iniciativas criminais entre membros dos Ministérios Públicos Federal e dos Estados, por exemplo, ou, então, entre membros dos Ministérios Públicos de Estados diferentes. E isto nos casos referentes a delitos contra as ordens econômica e tributária. De acordo com a Constituição Brasileira de 1988, com efeito, todos os citados membros do Ministério Público têm suas funções prescritas, em conformidade com os interesses em questão: se federais ou estaduais. E, embora o art. 109¹ possa ser claro à primeira vista, pode suscitar discussões e dúvidas de cunho processual ou, pior, seu não conhecimento pelo Supremo Tribunal Fe-

deral. Ou seja: eventuais conflitos entre dois membros de Ministérios Públicos deveriam ser analisados e solucionados por eles mesmos. Entretanto, o problema é que, até 2005, não havia um fórum determinado para tais discussões. Ao ensejo, todavia, da instituição do chamado Conselho Nacional do Ministério Público, esse possa ser, *de lege ferenda*, o fórum adequado.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público do Estado. União. Conflitos. Atribuições.

1 Visão geral da temática proposta

É mister advertir, em primeiro lugar, que sempre que se fala em *crimes contra as relações de consumo, de modo geral*, deve-se lembrar que essa expressão foi adotada entre nós, inspirada em diretivas européias de defesa do consumidor, mas em substituição à então consagrada categoria de *crimes contra a economia popular*, sobretudo à luz da Lei nº 1.521/51.²

* Advogado e Consultor Jurídico. Professor da Pós-graduação de Direito do Consumidor das UNI-FMU e membro da Academia Paulista de Direito (Cadeira nº 72). Autor dos livros *Manual de Direitos do Consumidor, Curso Fundamental de Direito do Consumidor* e *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*.

¹Artigo 109 – Aos juizes federais compete processar e julgar: [...] IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Federal [...] VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

²O ilustre desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aliás, ilustre magistrado, por força do quinto constitucional, oriundo do Ministério Público daquele Estado, quando juiz do então Tribunal de Alçada, ao julgar questão que envolvia o delito do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/1990, insurgiu-se contra a nova nomenclatura, asseverando que: “A lei nº 8.137/90 contém, no cap. II, crimes ‘contra a ordem econômica e as relações de consumo’. Melhor seria menção clara e direta à ‘economia popular’ – bem jurídico já arraigado na tradição brasileira. Ali estão proibidos o açambarcamento de mercadoria, o ajuste de empresas para provocar a alta de preços, a concorrência desleal, o dumping, a venda casada ou acima da tabela etc. Sequer é possível perceber o discrimen entre a ‘ordem econômica’ e ‘relações de consumo’. Mais grave, a lei em questão foi promulgada apenas três meses após a edição do CDC (Lei nº 8.078, de 11-9-90), primeiro Diploma Legal brasileiro a mencionar as ‘relações de consumo’, como bem jurídico especialmente protegido[...]” (cf. FILOMENO, 2001, p. 198-200).

Destarte, ficaríamos, até por questões de ordem pragmática, com duas categorias de infrações dessa natureza. Ou seja: a) *crimes diretamente contra as relações de consumo* – isto é, os definidos, agora, pela Lei nº 8.137/90 e pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), além dos ainda remanescentes na mencionada Lei nº 1.521/51; e, ainda, na legislação penal extravagante, aqueles ditos *contra a economia popular*, como as infrações previstas pela Lei nº 4.591/64 (mais conhecida como a *lei dos condomínios em edificações*), por exemplo; b) *crimes indiretamente contra as relações de consumo* – ou seja, uma gama considerável de tipos penais, constantes do Código Penal (CP) e de outras leis especiais, os quais, embora *não tenham como objetividade jurídica específica as relações de consumo, afetam-nas, ainda que de forma reflexa*. E apenas à guisa de exemplificação, poderíamos citar os delitos de *apropriação indébita, de estelionato e outras fraudes, ou de fraude no comércio* – tipificado no art. 175 do diploma penal repressivo que, significativamente, já usara o termo *consumidor* como sujeito passivo dessa infração, mais popularmente conhecida como ato de quem *vende gato por lebre* –, sem contar toda a gama de *crimes contra a saúde pública, delitos de loteamentos irregulares, crimes do colarinho branco* e outros.

2 Objeto específico da polêmica

Quer-nos parecer, entretanto, que o *objeto específico da polêmica* refere-se, apenas, aos *delitos diretamente contra as relações de consumo e, mais particularmente, os previstos pelas Leis nºs 8.137 e 8.078, ambas de 1990*.

E, mais particularmente diante da seguinte notícia, que nos foi repassada por e-mail, a saber:

ConsidMPF denuncia cartel de postos de gasolina em Passo Fundo ZERO HORA – RS, Economia, 05/02/2003 – Laudo constatou diferenças inferiores a 2% e de no máximo R\$ 0,10 nos preços cobrado por revendedores. Donos de 24 postos de gasolina em Passo Fundo são acusados pelo Ministério Público Federal de formação de cartel. A denúncia foi apresentada sexta-feira à Justiça

Federal, com base em relatos de outros proprietários de postos e também em investigações feitas pela Polícia Federal em 1999. As testemunhas revelaram ao MPF que sofrem represálias e ameaças por discordar dos preços que seriam acertados de maneira uniforme entre membros da Associação dos Revendedores de Combustíveis (ARC). De acordo com o procurador Juarez Mercante, os acusados abusam do poder econômico, o que elimina parcialmente a concorrência na cidade. Mercante explicou que a política de preços praticada pelos postos de revenda de Passo Fundo seria definida nas reuniões da ARC, seguindo o reajuste nas refinarias. O laudo do MPF constatou diferenças inferiores a 2% e de no máximo R\$ 0,10 entre os revendedores de combustíveis em Passo Fundo. Mercante comparou os valores cobrados na capital paulista, onde as variações chegam a R\$ 0,41, conforme estudo do MPF. Mercante pede o enquadramento dos donos de postos em crimes de formação de quadrilha ou bando, abuso do poder econômico, com agravante de dano à coletividade. A pena mínima seria de três anos e oito meses de prisão. Contraponto – O que diz Antônio Colpani, presidente da Associação dos Revendedores de Combustíveis (ARC): “Não fomos oficialmente comunicados de nada e não sabemos quais são as acusações. A associação tem fins filantrópicos e culturais e não de estipular preços. Para que houvesse liberdade de preços, deveria haver outra companhia distribuidora além da Petrobrás. Nós todos recebemos o produto com o mesmo custo e por isso não há como existir uma concorrência forte”.

Confessamos que, apesar dos nossos quase vinte e cinco anos na lida com as questões atinentes às relações de consumo, nunca tivemos a oportunidade de nos defrontar, na prática, com um *conflito específico de atribuições entre o Ministério Público Federal, e os Ministérios Públicos dos Estados*, no que tange àqueles delitos que, repita-se, apenas para ficarmos com a nomenclatura dos diplomas legais

enfocados, referem-se à *ordem tributária, à ordem econômica, e às relações de consumo*.

No entanto, enfrentamos, sim, a questão de *conflitos de atribuições entre os mencionados Ministérios Públicos, no que diz respeito a ações civis públicas ou, antes até, inquéritos civis, envolvendo relações de consumo*.

A esse respeito, aliás, escrevemos tese específica, aprovada no 11º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Goiânia, Estado de Goiás, em setembro de 1996, e intitulada *Conflitos de Atribuições entre Ministérios Públicos Estaduais e da União em Ações Coletivas, Sobretudo Consumeristas – Da Necessidade de Institucionalização do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais*.³

E o que poderia transformar-se em conflito de atribuições efetivo foi resolvido graças ao coleguismo e bom-senso que sói acontecer entre membros de nossas Instituições.

E apenas para ilustração, e em apertada síntese: cuidava-se de alguns procedimentos instaurados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em 1992, os quais retratavam a sonegação de medicamentos de uso contínuo (por exemplo, os utilizados por portadores de diabetes, câncer, epilepsia e outros males graves), porquanto a indústria farmacêutica, diante da recalcitrância do governo federal em não deferir novos pedidos de reajustamento de preços, provocou a escassez desses produtos essenciais, causando um grande número de transtornos e prejuízos a consumidores de todo o País.

Ora, tratando-se de *direitos ou interesses individuais homogêneos de origem comum*, como se sabe, e a teor do estatuído pelo art. 93 do Código de Defesa do Consumidor:

Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – *no foro da*

Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Ocorre que o CADE remeteu cópias integrais de seus procedimentos, encerrados mediante a imposição de pesadas multas, e de obrigação de cessação da atividade nociva à concorrência e, sobretudo, aos consumidores, para a adoção de outras providências de cunho civil e penal, ao *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e ao Ministério Público do Estado de São Paulo*.

Ora, diligentemente, tão logo os dois Ministérios Públicos receberam a farta documentação, foram instaurados procedimentos de natureza inquisitiva. Sabendo disso pelos meios de comunicação – e este Autor na qualidade de então coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo –, entramos imediatamente em contato com o ilustrado colega de Brasília, para resolvermos o que fazer, mesmo porque ambos os Ministérios Públicos tinham atribuição para as ações civis públicas subseqüentes. A solução foi a continuidade dos procedimentos pelo Ministério Público de São Paulo, por um critério pragmático, já que os cinco laboratórios indiciados estavam localizados em seu território.

Mais remotamente, entretanto, deparamo-nos com a questão do *leite importado contaminado por radioatividade, decorrente do acidente com o reator da usina ucraniana de Tchernobyl*. Os importadores eram todos órgãos federais e, por consequência, manifesto o interesse do Ministério Público da União em adotar as medidas cabíveis. Estávamos, então, em outubro de 1986, em que contávamos já com a *lei da ação civil pública* (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), mas ainda em período de seu estudo e implementação. Foi então que, em concordância com o Procurador da República-Chefe em São Paulo, decidimos inaugurar o *litisconsórcio ministerial*, regra

³ Publicada no Livro de Teses do 11º Congresso Nacional do Ministério Público, T. I, p. 457-470.

⁴ Cf. art. 113, que acrescentou o § 5º ao art. 5º da mencionada Lei nº 7.347/85.

essa hoje consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), e inspirada naquela demanda.

Por outro lado, é mister que se lembre, que *uma coisa é a atribuição ou função do Ministério Público; outra, diversa, é a competência do juízo.*

Tanto isso é verdade que o Supremo Tribunal Federal, como se verá noutro passo, sistematicamente não tem conhecido de questões que envolvam conflitos de atribuições entre os diversos Ministérios Públicos, donde nossa tese, à época, em que propugnávamos pela instituição do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, como instância para a resolução de conflitos de atribuições dessa modalidade. Hoje, reconhecemos, referida tese está ultrapassada, já que a tão decantada *Reforma do Poder Judiciário* e, conseqüentemente, do Ministério Público, instituiu o *Conselho Nacional do Ministério Público*, que certamente *poderá incluir, dentre suas atribuições, a resolução desses mesmos conflitos de atribuições.*

3 Jurisdição, antes de atribuição

Antes, portanto, de iniciarmos a análise dos delitos previstos nas leis nºs, 8.078 e 8.137, ambas de 1990, e, ainda, à guisa de exemplificação e intróito à mesma matéria, vejamos a ementa de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. Um em sede de *habeas corpus*, e de interesse precípua do Ministério Público,⁵ e outro de *interesse processual criminal*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONFLITO DE JURISDIÇÃO JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA FUNÇÃO EXERCIDA POR CO-RÉU E EM RAZÃO DA MATÉRIA. CONEXÃO: IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 96, III, da Constituição outorga competência privativa aos Tribunais de Justiça para processar e julgar os membros do Ministério Público. Trata-se de competência absoluta, tanto pelo fato de estar prevista como privativo na Consti-

tução como por ser fixada em razão da função exercida pelo co-réu. 2. Por outro lado, o art. 109, IV, da Constituição outorga competência aos juizes federais para processar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Trata-se de competência em razão da matéria, portanto, absoluta e inderrogável. 3. Leis infraconstitucionais, que prevêm o deslocamento da competência pela conexão ou pela continência, não têm o condão de modificar a competência fixada pela Constituição, ainda mais quando absoluta. 4. Conflito de competência inexistente. 5. Hipótese em que não tem aplicação nenhum dos precedentes trazidos à colação pelo impetrante nem pelo Ministério Público Federal. 6. Habeas corpus conhecido, mas indeferido.

Por outro lado, consoante nos dá conta o *Conflito de Atribuições nº 34-2-R5*, no qual figura como *suscitante o Ministério Público Estadual, e como suscitado o Ministério Público Federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte maneira:*

Ementa – Conflito negativo de jurisdição – Esta Corte já firmou o entendimento de que, quando os órgãos do Ministério Público se dão por incompetentes para oferecer a denúncia, o conflito não se estabelece entre eles, mas entre os juizes que acolhem suas promoções conflitantes. Trata-se, pois, de conflito de jurisdição, e não de conflito de atribuições. Conflito negativo de jurisdição que não se conhece, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos.⁶

Por coincidência, cuidava-se, na espécie de *delito crime contra a economia popular*, ponderando-se ao ensejo o seguinte:

Instaurou a Superintendência da Polícia Federal em Porto Alegre inquérito policial para apurar a responsabilidade criminal de proprietários de moinhos na industrialização e venda a panificadores da farinha de trigo comum, embora destes exigissem, por fora, pagamento da mercadoria como se de farinha de trigo especial fosse. Concluiu o il. Colega Jorge Barros que o evento caracterizado, no que findaram as investigações, não chama o interesse federal, porque circunscreve-se a delito contra a economia popular "que refoge à competência da Justiça Federal" (fls. 86-v). Não ajuíza a denúncia, e o MM. Dr. Juiz Federal, pelo despacho de fls. 87, encaminha os autos ao MM. Juízo de Direito da Comarca de Encantado. O Dr. Promotor de Justiça do município diz da presença de ilícito criminal de sonegação fiscal de tributos federais e, também se negando ao ajuizamento da peça acusatória, considera configurado o conflito negativo de atribuições (fls. 89), o que é acolhido pelo MM. Juízo do Direito, com a remessa dos autos a esta Corte (fls. 90). O Supremo Tribunal Federal já se definiu na controvérsia, considerando-se como conflito de jurisdição, e determinando a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos. (C.A nºs 25; 26 e 28). Com a ressalva do entendimento pessoal, traduzido em artigo publicado na Revista de Processo nº 30 – abril/junho 1983 – (a págs. 237/241), somos pelo envio dos autos ao E. Tribunal Federal de Recursos.

Também o *Superior Tribunal de Justiça*, nos autos de *Conflito de Atribuição nº 72-RJ (Registro nº 98.001134-4)*, em que figuravam como *suscitante o Ministério Público Federal e como suscitado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*,⁸ assim se manifestou:

EMENTA – PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E DE COMPETÊNCIA.

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDA PELO JUIZ. DECISÃO JUDICIAL. – Versando o tema de fundo competência judiciária *ratione materiae*, a divergência entre pareceres do Ministério Público dos níveis estadual e federal, acolhidos respectivamente por decisões judiciais das duas esferas, configura conflito de competência, nos termos dos arts. 114 a 116 do CPP. PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME DE MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. SÚMULA 73/STJ.

1 – “A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura em tese o crime de estelionato, da competência da justiça estadual” (Súmula 74/STJ).

2 – Conflito negativo conhecido. Competência da Justiça Estadual.

Ou, ainda no mesmo sentido:

MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. Competência. Reiterado entendimento da Terceira Seção. “A competência do STJ é para julgar ‘conflito de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União’ (CF, art. 105, I, ‘g’). Portanto, não lhe cabe apreciar recusa de membros do Ministério Público da União e do Estado do Rio de Janeiro para oferecerem denúncia sobre fatos apurados pela Polícia Federal e, igualmente, antecipar-se a organização do trabalho” (j. de 22.5.96, DJU de 10.6.96, pág. 20.265).⁹

Veja-se outro acórdão do *Superior Tribunal de Justiça*, no *Conflito de Atribuições nº 05-RJ (890009383-5)*, tendo por *suscitante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e como suscitado o Ministério Público Federal*:¹⁰

⁵ HC 77.883-RJ, relator ministro MAURÍCIO CORRÊA, publicado no DJU de 18/5/2001, julgamento de 18/9/1998, 2ª Turma do STF.

⁶ Julgamento de 30/4/1987, Rel. Ministro Moreira Alves, votação unânime, in: DJU de 5/6/1987.

⁷ Grifos ao longo do texto citado, no original.

⁸ Julgamento de 25/11/1998, DJU de 15/5/2000, votação unânime, relator: ministro Vicente Leal, 3ª Seção do STJ.

⁹ Conflito de Atribuições Nº 37-RJ (94.0003838-0) – Rel. Min. JOSÉ DANTAS; Autor: A Justiça Pública; Réu: Cezar de Almeida; Suscitante: Ministério Público Federal; Suscitado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁰ Julgamento de 21/9/1989, votação unânime, Rel. Min. Costa Lima, 3ª Seção do STJ, DJU de 10/1/1989.

EMENTA – CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E DE COMPETÊNCIA. PRONUNCIAMENTO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. 1. *Falece competência ao Procurador-Geral da República para decidir conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e de Estado ou entre representantes de Ministério Público de Estados diversos.* 2. *Se os juízes acolhem pareceres ou requerimentos de Procurador da República e de Promotor de Justiça, o conflito não é de atribuição, mas de jurisdição.* 3. *Cabe ao Superior Tribunal de Justiça resolver, tanto conflito de atribuições entre Procurador da República e Promotor de Justiça ou de competência entre Juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, d e g, da CF).* 4. *Conflito conhecido para se declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.*

A hipótese ora tratada versava, em síntese, sobre conflito de atribuições entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e o Ministério Público Federal, tendo por fato a apreensão de uma quantia razoável de dólares norte-americanos em poder de um "doleiro", bem como a eventual cobrança de comissões acima do permitido a pessoa que havia efetuado operação de câmbio. Tendo o Dr. Procurador da República oficiante requerido o arquivamento do inquérito policial, pois que não comprovados os delitos, em tese, do art. 16 da Lei nº 7.492/86, nem o de usura pecuniária do art. 4º, alínea "a" da Lei nº 1.521/51. Tendo o M.M. Juízo Federal discordado do pedido de arquivamento, os autos foram remetidos ao Dr. Procurador-Geral da República, com fundamento no disposto pelo art. 28 do Código de Processo Penal (CPP). Este, por sua vez, considerou não caracterizado o delito da Lei nº 7.492/86, mas concluiu devessem os autos ser remetidos à Justiça Comum do Rio de Janeiro, que seria competente para processar e julgar o delito contra a economia popular. No entanto, distribuídos os autos à 2ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, o Dr. Promotor de Justiça oficial-

te suscitou o conflito de atribuições, por discordar do pronunciamento do Dr. Procurador-Geral da República, apontando o Supremo Tribunal Federal como a corte competente para decidir referido conflito, donde o resultado já enunciado.

O presente caso é paradigmático, porquanto o então ilustre subprocurador-geral da República, Cláudio Lemos Fonteles (cf. *Revista de Processo*, ano VIII, n. 30, p. 237-241, abr.-jun. 1983) propugnava pela legitimidade de o procurador-geral da República dirimir referido conflito de atribuições, em longo parecer, transcrito no acórdão em pauta, citando Fernando da Costa Tourinho (MIRABETE, 2001a, p. 346-349), que mantinha posição semelhante.

O ilustre Ministro Relator, todavia, acentuou que, se é admissível que o procurador-geral da República poderá dirimir um conflito de atribuições entre membros do Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar, por exemplo, ou seja, no âmbito da União onde ele é o chefe, isto não se poderá admitir entre membros do Ministério Público dos Estados.

E pondera:

A propósito, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, v. 2, p. 509/510 – escreve: "Anteriormente, sob a pressão da urgência, fomos de opinião devesse o Procurador-Geral da República solucionar os conflitos de atribuições entre dois Promotores de Estados diversos, ou entre Promotores e membros do Ministério Público que atuam perante outras Justiças. Já havíamos reformulado nosso entendimento em aula proferida no Curso de Preparação para Ingresso no Ministério Público, sob a coordenação de Damásio E. de Jesus, quando, então, para nosso gáudio, a mais alta Corte de Justiça do Brasil manifestou-se em prol de nossa reformulação. Na verdade, se um Promotor do Estado de São Paulo, por exemplo, entender que a atribuição para apreciar determinado fato é do Promotor Público de Cruz Alta, Rio Grande do Sul, requererá a remessa dos autos àquele juízo. Gasalhado o pedido, se o Promotor e o Juiz gaúchos reconhecerem acertado o entendimento daquelas

autoridades paulistas, a matéria será de jurisdição, a ser dirimido pelo TFR. E a razão é óbvia: como poderia o Procurador-Geral da República atribuir a competência a este ou àquele juízo para a apreciação da matéria? Hoje, entendemos, após maior reflexão, que, se houver dissenso entre dois Promotores de Estados diversos, ou entre um Promotor e um membro do Ministério Público junto a qualquer outra Justiça, ou entre membro do Ministério Público da União junto a Justiças distintas, na hipótese de os respectivos Juízes chancelarem os pronunciamentos dos membros do Ministério Público em dissensão, a solução ideal é a provocação do conflito de jurisdição ante o TFR, nos termos do art. 122, I, é 'da Magna Carta'".¹¹

O acórdão é bastante enfático quando, à fl. 10 diz que: "*O Supremo Tribunal Federal, vezes sem conta, tem decidido que, se os juízes encampam [grifos no original] as manifestações dos representantes dos Ministérios Públicos que atuam perante eles, o conflito é de jurisdição*".

E são citadas novas ementas a respeito, a saber:

EMENTA: Conflito de Jurisdição. *Havendo os Juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos acolhido os pronunciamentos dos órgãos dos Ministérios Públicos respectivos, no sentido da incompetência de seus Juízes, o conflito que se estabelece é de*

¹¹ Referido acórdão transcreve, por outro lado, outro, do Supremo Tribunal Federal, no Conflito de Atribuições nº 16-RJ, tendo por relator o ministro Aldir Passarinho, com a seguinte ementa: "Conflito de atribuições. Conflito de Competência. Inexistência do primeiro e falta de caracterização do segundo. 1. Configura-se conflito de atribuições, a ser dirimido pelo Judiciário, não quando se fere entre autoridades administrativas, entre órgãos do MP, ou entre aqueles e estes, mas somente quando se verifica entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre estes".

jurisdição e não de atribuições entre os órgãos do Ministério Público de Estados diferentes. Competência do Tribunal Federal de Recursos, para julgar o conflito negativo de jurisdição (Constituição, art. 122, I, letra e). Não conhecimento do conflito e remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos (Conflito de Atribuições 25-3-RJ, Rel. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, v.u. j. de 21-8-1985, in DJU de 11-10-85, p. 17.857).

EMENTA: Pronunciamentos de órgãos do Ministério Público de Estados diversos, acolhidos pelos Juízes respectivos, de primeiro grau, não estabelecem Conflito de Atribuições, mas Conflito de Jurisdição da competência do Tribunal Federal de Recursos. Precedentes do Supremo Tribunal: CA 9, CJ 6.137, CA 25 e CA 26 (Conflito de Atribuições 30-0-RJ, Rel. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, v.u., j. de 10-6-87, DJU de 26-6-87, p. 13.241).

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. *Esta Corte já firmou o entendimento de que, quando os órgãos do Ministério Público se dão por incompetentes para oferecer a denúncia, o conflito não se estabelece entre eles, mas entre os juízes que acolhem suas promoções conflitantes. Trata-se, pois, de conflito de jurisdição, e não de conflito de atribuições. Conflito negativo de jurisdição que não se conhece, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos (Conflito de Atribuições 34-2-RS, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, v.u., j. de 30-4-87, DJU de 5-6-87, p. 11.111).*

Ementa: Conflito de atribuições ou conflito de jurisdição: caracterização. Competência para julgamento do conflito. Se Representantes do Ministério Público de Estados diversos opinam, em procedimento de inquérito policial, pela incompetência dos juízes, perante os quais atuam, para a futura e eventual ação penal, e estes acolhem tais manifestações, em atos de conteúdo jurisdicional, caracteriza-se conflito negativo de jurisdição (e não de atribuições), entre Magistrados de primeiro grau, dirimível pelo Tribunal Federal

de Recursos (art. 122, I, e, da C.F.). *Conhecimento do conflito como de jurisdição e remessa dos autos ao TFR* (Conflito de Atribuições 36-9-RJ, Rel. Ministro SYDNEY SANCHES, v.u., j. de 3-8-88, DJU de 26-8-88, p. 21.032).

É importante salientar, por outro lado, que o acórdão sob comento, ainda uma vez com ênfase, assentou que:

É remansosa a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que os crimes contra a economia popular não atraem a competência da Justiça Federal, tanto que se acha sumulada: "COMPETE À JUSTIÇA DOS ESTADOS, EM AMBAS AS INSTÂNCIAS, O PROCESSO E O JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR" (Súmula 498/STF).

Também Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1989, p. 104, 106, 123), ao comentar sobre esse assunto, pondera que:

O fundamental, o ponto nodal para identificar se o conflito é de atribuição ou competência, não é a existência de determinadas autoridades em conflito, mas, sim, partindo de uma ótica de perspectiva: a natureza do ato a ser praticado e gerador daquele conflito. [...] Assim se o ato a ser praticado, sobre o qual se controverte, pouco importando as autoridades em conflito, tiver natureza jurisdicional, o conflito surgido será, necessariamente, de jurisdição ou competência, da mesma forma que o conflito será de atribuições quando o ato a ser realizado não tiver natureza jurisdicional [...] Podemos, resumindo a questão, afirmar que os atos que impliquem, retratem exercício de atividade jurisdicional determinarão que o eventual conflito entre as autoridades que detêm este poder seja de jurisdição ou competência, enquanto aqueles decorrentes do exercício de outras atividades que não a jurisdicional determinariam o conflito de atribuições.

Se arremata, com admirável acuidade: "o juiz é o juiz de sua própria competência e o promotor é o juiz de sua própria atribuição".

Por isso mesmo é que, antes de mais nada, preferimos falar em *jurisdição*, em vez de *atribuições dos Ministérios Públicos*.

Dispõe, com efeito, o art. 109 da Constituição Federal que:

Art. 109 – Aos juizes federais compete processar e julgar:

[...]

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticados em detrimento da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

[...]

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados pela lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

Parece-nos claro, por conseguinte, que a regra interpretativa maior está no âmbito da própria Constituição Federal e, subsidiariamente, no bojo das leis em causa, se previrem a competência expressa da Justiça Federal.

4 Crimes da Lei Nº 8.137/90

Destaque-se, por primeiro, que referido diploma legal define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

4.1 Crimes contra a ordem tributária

A lei em pauta, no que tange a essa espécie de crimes, divide-os em duas seções: a *Seção I*, dedicada aos crimes praticados por particulares, e a *Seção II*, aos crimes praticados por funcionários públicos.

Dentre os primeiros, praticados por particulares, reza o art. 1º, que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – emitir informação, ou prestar declaração falsas às autoridades fazendárias; II – fraudar

a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de vem da, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviços, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único – A falta da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração no inciso V.

E, ainda, de acordo com o art. 2º:

Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgãos ou entidades de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) a 2 (dois) anos, e multa.

Dentre os segundos, dispõe o art. 3º:

Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Competência e Atribuição – Quer-nos parecer, à evidência, que aqui prevalece *in totum* a norma comum constitucional. Ou seja, os crimes tributários, quer praticados por particulares, quer, e principalmente, os praticados por funcionários públicos que desempenhem funções no âmbito dos órgãos federais, são de competência dos juízos federais respectivos, e, conseqüentemente, do Ministério Público Federal, perante os quais oficiam seus agentes; cuidando-se de crimes praticados no âmbito dos interesses fazendários municipais e estaduais, a competência será da Justiça Estadual e, por via de conseqüência, de atribuição do Ministério Público estadual.

Interessante salientar, todavia, que em acórdão do Superior Tribunal de Justiça,¹² discutiu-se pela competência da Justiça Estadual, na hipótese de falsificação de selo de IPI, entendida, na hipótese, como simples meio para enganar o consumidor.

¹² Conflito de Competência nº 16.815-SP, j. de 16/12/1998, DJ de 17/2/1999, Relator: Ministro Gilson Dipp.

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO DE UÍQUE E DE SELOS DE IPI. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS OU INTERESSES DA UNIÃO OU DE FATO GERADOR DE IPI. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não demonstrado eventual prejuízo em detrimento de bens ou interesses da União, e inexistindo fato gerador de IPI capaz de caracterizar delito de natureza fiscal, evidencia-se somente a produção falsa de bebida estrangeira para a posterior comercialização, eis que a contrafação de selos do IPI constituiu-se em simples meio para enganar o consumidor. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal Regional de Santana/SP, o Suscitado.

Outro acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça (*Conflito de Competência nº 32.253-SP*), com julgamento ocorrido em 10 de abril de 2002, publicado no *Diário da Justiça* em 1º de julho de 2002, tendo por relator da 3ª Seção o ministro Vicente Leal, decidiu hipótese semelhante da mesma forma, ou seja, entendendo-se que, *embora usando falsos selos do IPI, os agentes não tinham intenção de fraudar o fisco federal, mas apenas comercializar bebidas alcoólicas falsificadas*, sendo os referidos selos meio de assemelhar a embalagem à original e induzir o consumidor em erro, não se constituindo, portanto, crime da competência da Justiça Federal.

4.2 Crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo

É mister salientar, desde logo, que o Capítulo II da lei de que ora cuidamos, traz *quatro elencos de delitos assim rotulados*.

Com efeito, diz o art. 4º *constituem crimes contra a ordem econômica*:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder da empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. III – discriminar preços de bens de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Pelo que se observa do enunciado dos tipos em pauta, referem-se *especificamente à ordem econômica, tal qual prevista pelo art. 170 e seguintes da Constituição Federal, mais particularmente o § 4º do art. 173*.¹³

Ou seja, prevê um sistema de coibição dos abusos do poder econômico, concentrados na Lei nº 8.884, de 11/6/1994, mais conhecida como “Lei Antitruste” ou “Lei do CADE”.

¹³ § 4º do art. 173 – “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Interessante salientar que da referida lei de defesa da ordem econômica consta, expressamente, a existência de um Ministério Público específico a atuar perante o CADE, a saber:

Art. 12 – O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

E seu parágrafo único reza o seguinte:

O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Ora, referido dispositivo da “Lei Orgânica do Ministério Público da União” prevê, apenas, que, dentre as atribuições desse órgão (art. 6º), está a expressa no inciso XIV:

[...] promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: [...] b – à ordem econômica e financeira.

Se entendida a expressa *outras ações* como referente às de natureza cível, e não criminal, em princípio não haveria atribuição expressa do Ministério Público da União para processar os infratores ao disposto no mencionado art. 4º da Lei nº 8.137/90. E parece-nos, ao menos em princípio, que, quando a alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Orgânica do Ministério Público da União se refere a *infração à ordem econômica e financeira*, estaria a indicar o *interesse da União (representada, no caso, pelo CADE), em preservar essa ordem econômica e financeira na sua integralidade, o que nos levaria à conclusão de que é atribuição do Ministério Público Federal a persecução dos delitos do art. 4º da Lei nº 8.137/90*.

Não é esse, entretanto, o entendimento de substancial jurisprudência.

Com efeito, conforme aresto encontrado na *Revista dos Tribunais* (n. 740, p. 715–721)¹⁴, da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Ementa da Redação: O art. 4º, I, b e d, da Lei 8.137/90 que caracteriza crime contra a ordem econômica e as relações de consumo não prevê expressamente em seu texto legal a competência da Justiça Federal, e, não restando demonstrado o interesse da União, será competente para examinar a matéria a Justiça Comum estadual, pois somente compete à Justiça Federal, conforme expressamente dispõe o art. 109, IV e VI, da CF, processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira nos casos determinados por lei, ou quando estes resultarem consequência negativa sobre os bens, interesses ou serviços da União.

E do corpo do acórdão sob comento extraímos que:

Citando doutrina de Vladimir Souza Carvalho, a jurisprudência do STJ aduziu que os crimes de competência da Justiça Federal para o processo e julgamento exigem a expressa disposição em lei; a contrario sensu, no silêncio da lei, compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar os crimes contra ordem econômica, na forma do inc. VI do art. 109 da CF. Quero crer que a razão está com o Magistrado recorrido, cujo entendimento vem referendado em diversos precedentes, tanto do STJ como do STF que colaciono:

“Descrevendo a denúncia, fatos ocorridos anteriormente à ‘Lei do Colarinho Branco’ (Lei 7.492/86), não se pode, pois, retroagir sua incidência, par abranger crimes que, embora afetem o sistema financeiro, não estavam

¹⁴ Recurso Criminal nº 96.04.60365-5-RS, 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, j. de 20/2/1997, Relatora Juíza Tania Escolar, DJU de 12/3/1997.

previstos no citado diploma legal, e assim deslocar a competência para a Justiça Federal – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo criminal comum, suscitado” (CC 2.997-00-RJ, Rel. Ministro FLÁQUER SCARTEZZINI, in DJU de 24-8-199).

“Processual Penal. Crime contra a ordem financeira. Competência da Justiça Comum Estadual. Compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar pessoa acusada de prática de crime contra a ordem econômico-financeira, de acordo com o disposto no inc. VI do art. 109 da CF, no silêncio da lei” (CC 2.111-RJ, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, in verbis: ‘A Constituição, disciplinando a competência da Justiça Federal, no inc. VI do art. 109, expressamente dispõe que, apenas nos casos determinados por lei é que lhe caberia processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. A Lei 8.176, de 8-2-1991,¹⁵ não estabelece a competência da

Justiça Federal para o julgamento desses crimes e nem o fez a Lei 8.137, de 27.12.1990, que também cuida de infração contra a ordem econômica’.”

Também no Recurso de Habeas Corpus nº 179-RJ (Registro nº 89.0008920-0), assim se manifestou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Processual Penal. Denúncia. Competência. Justiça Federal ou Justiça Comum Estadual. Crime contra a ordem econômica e o sistema financeiro (art. 109, VI da Constituição). Não é inepta a denúncia que, embora resumidamente, especifica a participação do réu em trama complexa própria dos delitos econômicos, ensejando o exercício da ampla defesa. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da Constituição, pressupõe expressa determinação legal (“nos casos determinados em

¹⁵ Ver diversos acórdãos, aliás, nesse exato sentido, como os seguintes: “Ementa oficial: Competente a Justiça Comum para processar e julgar o crime de uso de gás liquefeito de petróleo para fins locomotivos, conforme se depreende do disposto no art. 109, VI, da CF e ante o silêncio da Lei 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica” (Ap. 150.189-3, 2ª Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, j. de 11-5-93, rel. Juiz CARLOS ABUD R.T. 709/363-365); “Ementa de Redação: Compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento do crime de adulteração de combustível, previsto no art. 1º, I, da Lei 8.176/91, pois, embora tratando-se de delito contra a ordem econômica, a citada norma não prevê a competência da Justiça Federal para julgamento do feito, conforme impõe o art. 109, VI, da CF” (TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Ap. Crim. 041528-8, in R.T. 777/712. “Ementa: O art. 1º, I, da Lei nº 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica, é norma penal em branco, que exige complementação por outra norma para que se possa aplicá-la ao caso concreto, sendo certo que tal complemento não se limita apenas à lei, podendo constituir-se também em ato administrativo, desde que não ultrapasse no claro da lei penal. – Nos termos do art. 109, VI, da Constituição Federal, a atribuição de competência à Justiça Federal, para conhecer e julgar os crimes contra a ordem econômica, depende de elaboração de lei específica, o que não ocorre no caso da Lei nº 8.176/91, de tal sorte que é o Judiciário Estadual o competente para apreciar os delitos da referida Lei” (RJTACRIM, São Paulo, nº 33, páginas 65-67; idem in RJTACRIM nº 22, páginas 86-88). Ap. Crim. Nº 1.053.805/7,

14ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo, j. de 20-5-1997. Ainda sobre o mesmo assunto: Conflito de Competência nº 15.465-MG (95.00054622-1), 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, in JSTJ e TRF, Lex nº 89, páginas 273-276: “Ementa – PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. LEI 8.176/91. I – É da competência do Juízo Comum Estadual o processo e julgamento dos delitos contra a ordem econômica, definidos na Lei nº 8.176/91. II – Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Barbacena/MG, o suscitado”. Idem, Conflito de Competência nº 12.818-MG, 3ª Seção do STJ, j. de 14-2-1996, Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 13-5-1996, p. 14.514. Conflito de Competência nº 15.465-MG, 3ª Seção do STJ, j. de 12-6-1996, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, DJ 5-8-1996, p. 26.309. Conflito de Competência nº 15.206-RJ, 3ª Seção do STJ, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. de 28-5-1997, DJ 23-6-1997, p. 29.042. Conflito de Competência nº 19.201-SP, j. de 10-12-1997, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 25-2-1998, pág. 21. Conflito de Competência nº 2.111-RN, j. de 7-11-1991, Rel. Ministro FLÁQUER SCARTEZZINI, DJ de 2-12-1991. Conflito de Competência nº 15.206-RJ, 3ª Seção do STJ, j. de 28-5-1997, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 23-6-1997. Conflito de Competência nº 19.201-SP, 3ª Seção do STJ, Rel. Ministro José Arnaldo, j. de 10-12-1997, DJ de 25-2-1998. Conflito de Competência nº 34.734-SP, 3ª Seção do STJ, j. de 26-6-2002, Rel. Ministro Félix Fischer, DJ de 26-8-2002.

lei”). E a Lei nº 7.492/86, art. 26, restringe essa competência aos crimes nela previstos (“nos crimes previstos nesta lei”). Não se pode, pois, ampliar essa competência para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão previstos na Lei nº 7.492/86 e não lesaram serviços e interesses da União ou de suas entidades. Recurso de habeas corpus improvido para manter-se a competência da Justiça Estadual (RTJ 73/79-83).

E, no mesmo sentido: RHC nº 3.550-1-SP (RTJ 95/102-112); Conflito de Competência nº 13.089-SP, j. de 23-4-1997, 3ª Seção do STJ, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, DJ 19-5-1997, p. 20.549:

Ementa: Processual Penal. Conflito de Competência. Crime contra a Ordem Econômica. A criação de condições artificiais de demanda, através de compra e venda mútua de ações ‘PP’ emitidas, por meio de corretoras, constitui crime contra a economia popular. Competência da Justiça Estadual – Súmula 498-STF); Conflito de Competência nº 7.154-SP, j. de 4-9-1995, 3ª Seção do STJ, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJ de 9-1-1995, p. 33.531; Conflito de Competência nº 23.116-RS, 3ª Seção do STJ, j. de 16-12-1998, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, DJ de 22-3-1999, p. 50; Conflito de Competência nº 21.198-SP, j. de 18-12-1997, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 31-8-1998, p. 12; Conflito de Competência nº 23.123-RS, j. de 10-3-1999, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJ de 12-4-1999, p. 96. Conflito de Competência nº 2.640-0-RJ, 3ª Seção do STJ, j. de 2-4-1992, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, DJ de 20-4-1992 (hipótese cuidava do delito do art. 34, I, § 1º, da Lei nº 4.595/64, art. 3º, incisos IX e V da Lei nº 1.521/51).

Júlio Fabbrini Mirabete (2001b, p.197-198) igualmente acentua que:

Também compete à Justiça Federal apreciar “os crimes contra a organização do trabalho e, nos

casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômica e financeira (art. 109, VI, da CF). Tratando-se de mera lesão a direito individual de natureza patrimonial, sem que tenha tido por objeto a organização geral do trabalho, onde são atacados direitos dos trabalhadores considerados como um todo, a competência é da Justiça Comum. Não são também da competência da Justiça Federal, apesar de afetarem a economia ou o sistema financeiro, os crimes previstos na Lei nº 7.492/86, se não lesarem serviços ou interesses da União ou de suas entidades, por falta de disposição expressada na lei [grifos nossos].

Com efeito, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, mais conhecida como a “Lei dos Crimes do Colarinho Branco”, ao definir crimes contra o sistema financeiro nacional, confere expressamente atribuição ao mesmo Ministério Público Federal, em seu art. 26, para a sua persecução. Dentre esses delitos podemos citar, por exemplo, os de gestão fraudulenta e o de gestão temerária de instituição financeira, assim considerados os consórcios, de modo geral.

Desta forma, se a ordem econômica e o sistema financeiro, são, em última análise, de interesse da União, certamente, interessam, igualmente, a toda a coletividade, de modo geral, sobretudo pelos grandes impactos e prejuízos que acarretam as infrações a eles atinentes.

Isto não quer dizer, contudo, que somente por isso a competência se deslocaria para a Justiça Federal, cuja competência, como visto, no que tange aos crimes contra a ordem econômico-financeira, somente se dá “NOS CASOS DETERMINADOS PELA LEI”, conforme estatuído, expressamente, pelo art. 109, inciso VI da Constituição Federal.

Por outro lado, ousamos discordar do eminente Prof. Mirabete, quando restringe a competência da Justiça Federal para apenas os casos em que houver interesse direto da União, nos delitos capitulados pela Lei nº 7.492/86 (“Lei dos Crimes do Colarinho Branco”), uma vez que seu art. 26 é de solar clareza, ao dizer que cabe ao Ministério Público Federal a sua persecução.

Aliás, o TRF da 3ª Região,¹⁶ ao apreciar hipótese em que se cuidava de *gestão temerária e fraudulenta de consórcio de automóveis*, mas ocorrida antes da Lei nº 7.492/86, decidiu pela *competência da Justiça Estadual*, capitulando-se a espécie como *delito contra a economia popular* (i.e., inciso IX do art. 3º da Lei nº 1.521/51).

Já o art. 5º da Lei nº 8.137/90 estabelece que *constituem crimes da mesma natureza as seguintes condutas*:

I – exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência; II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou uso de determinado serviço; III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada; IV – recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informação sobre o custo de produção ou preço de venda. Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único – A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Nada indica, em princípio, a atribuição de um outro Ministério Público Federal ou Estaduais. Quer nos parecer, entretanto, que, em tese, não há qualquer *interesse específico da União Federal*, a não ser na hipótese do inciso IV, que cuida de uma espécie de delito de desobediência ou contra a administração pública. E uma vez mais, a atribuição se firmará pela competência do Juízo Federal ou Estadual, dependendo da que estiver sendo desobedecida quanto a *“prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informação sobre o curso de produção ou preço de venda”*.

¹⁶ Processo nº 90.03.046536-3-SP, 2ª Turma, j. de 16/6/1998, DJ de 12/8/1998, p. 657.

Com relação aos demais dispositivos, cuidam, respectivamente, da *exigência de exclusividade de publicidade* (I), de *“venda casada”* (II), e de *exigência de comprar determinada quantidade de um produto para vender outro* (III). Embora cuidem, teleologicamente, de infrações que visam preservar a *concorrência*, são mais específicos, e fatalmente envolvem vítimas determináveis, ao contrário dos delitos do art. 4º que, como visto, cuidam, em sua grande maioria, de manobras monopolísticas ou de cartelização para neutralizar, *imediatamente, a concorrência, e, mediadamente, obter maiores lucros*.

No que diz respeito aos delitos capitulados pelos arts. 6º e 7º da Lei nº 8.137/90, que, aliás, são os mais freqüentes, parece-nos que a *atribuição é sempre dos Ministérios Públicos dos Estados*.

Senão, vejamos.

Art. 6º – Constitui crime da mesma natureza: I – vender ou oferecer à venda mercadoria ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle; II – aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação do contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; III – exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da doação ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Art. 7º – Constitui crime contra as relações de consumo: I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressaltados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda a respectiva classificação oficial; III – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros;

misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo; IV – fraudar preços por meio de: a) alteração sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem de serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação de serviços; V – elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou taxa de juros ilegais; VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação; VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem de serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII – destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo. Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único – Nas hipóteses dos incisos II, III e IX, pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

4.3 Crimes contra as relações de consumo previstos pelo Código de Defesa do Consumidor

Elenquemos os tipos previstos pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), não se perdendo de vista o objetivo da análise em foco.

Art. 63 – Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de

produtos, nas embalagens, nos invólucros ou publicidade. Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º – Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2º – Se o crime é culposo: Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64 – Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena – detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único – Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65 – Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único – As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

Objetividade jurídica – Cuida-se nesses três casos, em suma, em dar-se cumprimento efetivo ao estatuído pelos arts. 8º a 10 do Código de Defesa do Consumidor, sendo este *difusamente considerado*. Ou seja, no sentido de se lhe conferir *efetiva proteção com relação à sua saúde e segurança*.

Guardando certa semelhança com os crimes *contra a saúde pública*, previstos pelo Código Penal, cuida-se de delitos, entretanto, que mantêm estrita ligação com os referidos artigos da parte dispositiva da lei consumerista. Mas, da mesma forma que aqueles, não se justificaria uma competência judicial federal, a não ser quando haja, efetivamente, algum interesse da União ou seus bens. Se assim não se entender, já que os produtos e serviços, de modo geral, *dependem de autorização governamental federal para serem colocados no mercado (ANVISA)*, os delitos em pauta, inclusive os *contra a saúde pública, genericamente considerados, seriam julgados pelos órgãos jurisdicionais federais*.

Art. 66 – Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º – Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º – Se o crime é culposo: Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67 – Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. Parágrafo único – (vetado).

Art. 68 – Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa, Parágrafo único – (vetado).

Art. 69 – Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade. Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Objetividade jurídica – Os tipos penais ora enfocados cuidam de emprestar efetividade aos arts. 30, 31, 36 e 37 do CDC, no que concerne à *oferta* e à *publicidade* de produtos e serviços, salvaguardando o patrimônio e boa-fé do consumidor, igualmente considerado de forma difusa, mas igualmente são tratados pela Justiça Estadual.

Art. 70 – Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Objetividade jurídica – Procura-se, aqui, proteger o consumidor no mercado de serviços de manutenção de produtos de consumo duráveis, contra prática desleal e ilícita, no sentido de utilização de peças e componentes usados. O elemento objetivo *sem autorização do consumidor* integra e complementa o tipo, mesmo porque, se houver essa autorização por parte do consumidor para a utilização de *peças ou componentes recauchutados ou recondicionados* – *prática bastante comum, nota-*

damente no mercado automobilístico –, não haverá o ilícito penal. Aqui, tampouco se vê eventual conflito de jurisdição e de atribuição ministerial, em consequência.

Art. 71 – Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 72 – Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros. Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 73 – Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata. Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Objetividade jurídica – Procura-se, aqui, também assegurar o cumprimento efetivo de disposições do CDC, no que diz respeito à honra e dignidade do consumidor, igualmente encarado do ponto de vista *difuso*, mas com *reflexo individual, de casos concretos*, já que se fala em procedimentos de cobrança vexatórios, ou então da manutenção do nome do consumidor em banco de dados, quando a dívida já foi paga, ou ainda impedir que o consumidor tenha acesso a dados que contra si nele constem, e, ainda, negligenciem seus responsáveis no tocante à correção de dados inexatos (*ratio*, arts. 42 e 43 do CDC).

Art. 74 – Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo.

Objetividade jurídica – É a preservação, também, do patrimônio do consumidor, caso venha a constatar um defeito ou vício em produto ou serviço contratado, ou ao menos deixando em dúvida

em que consiste a garantia contratual, sem prejuízo, evidentemente, da garantia legal.

Nos dois últimos casos analisados, tampouco vemos problemas no que diz respeito à competência judicial, parecendo-nos caber à Justiça Comum, ou Estadual, a atuação nesses casos.

4.4 Competência da Justiça Federal nos casos de conexão

Não se poderá olvidar, por fim, o enunciado da *SÚMULA Nº 122 do Superior Tribunal de Justiça*, que prescreve o seguinte: “*Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal*”.

No *Conflito de Competência nº 15.098-RS*,¹⁷ por exemplo, decidiu-se que:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. CRIME DE COMPETÊNCIA FEDERAL E ESTADUAL NUMA MESMA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO”.

1. *Se a denúncia descreve crimes de competência distinta, federal e estadual, mas sem qualquer vinculação de causa e efeito, não há conexão. Desmembra-se o processo, remetendo-se ao Juízo Federal as peças referentes aos crimes da competência Federal para que o Ministério Público Federal ofereça a denúncia, se for o caso.*

2. *Conflito conhecido; competência do Juízo Criminal Estadual para prosseguir com o caso, mas apenas quanto aos crimes de competência estadual.*

Em caso mais recente, e que ainda transita pelos meios de comunicação social, ou seja, a acusação de manutenção de contas em tese ilícitas no exterior por dois ex-prefeitos da Capital de São Paulo e outras pessoas a eles ligadas, o Superior Tribunal

de Justiça assim se manifestou, em sede de *Conflito de Competência nº 32.861-SP 27*.

EMENTA: CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO QUE APURA POSSÍVEL OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES DE ORIGEM EM TESE ILÍCITA SITUADOS NO EXTERIOR. ANÁLISE RESTRITA DA COMPETÊNCIA PARA OS FATOS QUE COMEÇAM A SER APURADOS, CONEXÃO COM O ESCÂNDALO DOS PRECATÓRIOS. PRECARIÉDADE DE ELEMENTOS PARA TAL ANÁLISE. EXISTÊNCIA DE DINHEIRO NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO AO FISCO. DELITO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E/OU LAVAGEM DE DINHEIRO. NECESSIDADE DA DEVIDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ORDEM ECONÔMICA EM JOGO. LAVAGEM OCORRIDA EM INSTITUIÇÃO SITUADA NO ESRRTRANGEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DUPLICIDADE DE INVESTIGAÇÕES. PREJUÍZOS. EVENTUAL CRIME AFETO À JUSTIÇA ESTADUAL. SÚM. Nº 122/STJ. COMPETÊNCIA DA 8ª VARA FEDERAL. JUÍZO QUE JÁ APRECIOU PEDIDOS DE DILIGÊNCIAS. PROVA COLHIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. APROVEITAMENTO. PRECEDENTES. CONFLITO CONHECIDO.

Conclusões

- Cuidando-se de *crime contra a ordem tributária*, a competência judicial para processar e julgar seu autor e, conseqüentemente, a atribuição ministerial para a persecução penal, *será da Justiça Federal ou Estadual*, se os interesses tributários afetados pertencerem à União, ou, então, a uma determinada unidade federada ou município.
- No que diz respeito aos *crimes contra a ordem econômica e/ou financeira*, a competência somente será da *Justiça Federal*, conseqüentemente, a atribuição do *Ministério Público Federal*, se, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição Federal, houver *expressa determinação dessa competência e conseqüente atribuição ministerial*, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 7.492/86, que capitula os *delitos “do colarinho branco”*.
- No que diz respeito aos delitos contra as relações de consumo, assim definidos pelas Leis nºs 8.078/

¹⁷ Julgamento de 8/5/1996, DJ de 24/6/1996, 3ª Seção do STJ, Relator Ministro Edson Vidigal.

90, e 8.137/90, a competência é da *Justiça Comum* ou *Estadual* para processar e julgar seus autores, e, conseqüentemente, dos *Ministérios Públicos* da respectiva unidade federada.

- Na verdade não compete aos tribunais superiores, designadamente ao Superior Tribunal de Justiça, julgar conflitos de atribuições entre agentes dos Ministérios Públicos das unidades federadas, de um lado, e do Ministério Público Federal, de outro. Competirá, isto sim, ao mencionado *tribunal superior*, julgar os conflitos de jurisdição verificados, se acolhidas as ponderações dos representantes dos membros dos Ministérios Públicos pelos respectivos juízos, quer no sentido positivo, quer no sentido negativo de atribuições, conflitos tais que se transformarão, destarte, em conflitos de competência judicial.
- Havendo delitos de competência federal e estadual, a competência será da primeira, se houver vinculação de causa e efeito entre eles; caso contrário, desdobrar-se-ão os autos de inquérito policial ou peças informativas, que serão apreciadas pelas respectivas *Justiças Federele Estadual*, se for o caso.
- Em face da emenda constitucional nº 45, que visou à chamada *Reforma do Judiciário*, e previu a instituição tanto de um *Conselho Nacional de Justiça*, como um *Conselho Nacional do Ministério Público*, este último poderá ser o *órgão dirimidor de eventuais conflitos* – note-se bem – DE ATRIBUIÇÕES, e não de competência propriamente dita, estes acometidos aos órgãos jurisdicionais, como já visto.

FILOMENO, J. G. B. Economic and consumer crimes: attribution conflicts between the Federal Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service] and the State Public Ministries. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 237-254, jul./dez. 2007.

- **ABSTRACT:** The text deals with eventual conflicts in where criminal procedural enacting is concerned, between a federal and a state prosecuting attorney, for instance, or else between two different states' prosecuting attorneys. And that in the cases referring to economic, tax and

consumer crimes. According to the Brazilian Constitution of 1988, in fact, all of the aforesaid prosecutors have their functions prescribed in accordance to the interests being at stake: federal or stately defined. And, although article 109¹⁸ may be clear at first glance, it may arise procedural doubts and discussions, or worse, its discarding by the Brazilian Supreme Court. That is: eventual conflicts between two prosecuting attorneys should be analyzed and solved by themselves. But the problem is that till 2005, there was no such forum providing such discussions. Upon, though, the institution of the so-called National Council of Public Attorneyship that might be, from now on, *de lege ferenda*, the adequate forum.

- **KEYWORDS:** Public Attorneyship. The Union. Conflicts. Powers.

Referências bibliográficas

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: *O Ministério Público no processo civil e penal* – promotor natural, atribuição e conflito. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FONTELES, Cláudio Lemos. Divergência entre membros do Ministério Público à posituação do ato de acusar: conflito de jurisdição ou conflito de atribuições. In: *Revista de Processo*, ano VIII, n. 30, p. 237-241, abr.-jun. 1983.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001a.
- _____. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001b.

¹⁸ "Article 109 – The federal judges have the competence to institute legal proceeding and trial of: [...] IV – political crimes and criminal offenses committed against the assets, services or an interest of the Union or of its autonomous agencies or public companies, excluding misdemeanours and excepting the competence of the Military and Electoral Courts [...] VI – crimes against the organization of labor and, in the cases determine by law, those against the financial system and the economic and financial order".

Noção Jurídica de Consumidor

Marco Antonio ZANELATO*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Conceitos de consumidor do CDC; 1.1 Conceito padrão, ou em sentido estrito, do art. 2º, *caput*. 1.2 Conceito por equiparação do art. 2º, parágrafo único. 1.3 Conceito por equiparação do art. 17. 1.4 Conceito por equiparação do art. 29. 2 Enfoque do conceito de consumidor em perspectiva comparatista. 3 Conclusões. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** No presente ensaio, é feita a abordagem da noção, conceito ou definição jurídica de consumidor, a partir de textos normativos do CDC, que consagram quatro definições de consumidor, uma padrão ou em sentido estrito e três outras por equiparação, de modo a lhe conferir uma boa abrangência: alcança tanto a pessoa, física ou jurídica, que, individualmente, contrata a aquisição ou utilização de produtos e serviços, quanto a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que sofre a ação de uma prática perigosa ou nociva a seus interesses ou bens jurídicos, de modo a merecer uma tutela coletiva; abrange, ainda, todas as pessoas, determináveis ou não, simplesmente expostas a práticas comerciais abusivas, como a exposição a formulários padronizados contendo cláusulas abusivas, a publicidade enganosa ou abusiva, a práticas abusivas listadas, em caráter exemplificativo, no art. 39 do CDC, abusos na cobrança de dívidas etc. A análise desses conceitos de consumidor é feita principalmente à luz de textos doutrinários e legais, em perspectiva comparativa com conceitos de consumidor presentes em textos normativos de Estados-membros da União Européia e de alguns outros países, discutindo-se a problemática da empresa como consumidora, quando atua com finalidade estranha, ou não, à sua atividade empresarial, industrial ou profissional, sob a ótica subjetiva e objetiva, com predominância da primeira sobre a segunda, numa tentativa de se delimitar os destinatários das normas de proteção do consumidor àquelas pessoas que sejam

efetivamente vulneráveis, antes, quando e depois da conclusão dos contratos.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor. Direito do Consumo. Código de Defesa do Consumidor. CDC. Relação de consumo. Consumidor. Destinatário final. Consumidor final. Consumidor intermédio. Produto. Serviço. Noção ou conceito jurídico de consumidor. Conceito de consumidor padrão. Conceitos de consumidor por equiparação. A empresa como consumidora.

Introdução

A fixação da noção ou conceito de consumidor, no âmbito do Direito, é de suma importância, pois ela irá determinar o raio de ação das normas estabelecidas na lei para a sua proteção e defesa. É necessário, por isso, para evitar maiores controvérsias, que a definição de consumidor conste de textos normativos, de forma bem acabada, em sintonia com as construções doutrinárias e jurisprudenciais que porventura as precederam, ainda que de outros ordenamentos jurídicos, de tal sorte que se apresentem como instrumentos técnico-jurídicos para a delimitação dos destinatários.¹

Carlos Ferreira de Almeida (2005, p. 25) expende que

a determinação do objecto, a maior ou menor extensão do direito do consumo, depende para a maioria dos autores, directa ou indirectamen-

* Procurador de Justiça. Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

¹ Para Carlos Ferreira de Almeida (2005, p. 27), todas as definições, doutrinárias ou legislativas, "reflectem, em maior ou menor grau, as pré-compreensões sociais e econômicas que lhe estão subjacentes. Observando com atenção os critérios em que assentam, sempre se descortinará algum sinal do debate teórico e pragmático que nas ciências e nas políticas de origem se desenvolveu, e desenvolve, em torno do papel e da posição dos consumidores na sociedade e no mercado".

te, do conceito de consumidor, geralmente envolvido ou pressuposto na própria designação da disciplina (direito do consumidor) ou na sua justificação (protecção do consumidor).

Referindo-se a diversos autores estrangeiros (Cas e Ferrier, Pegado Liz, Mário Tenreiro, Simitis, Antunes Varela, Guillemard e Dreher), assinala que “Minoritárias, mas não desprezíveis, são as posições que consideram o conceito incerto, equívoco, irrelevante, inadequado, inútil e prejudicial ou mesmo perigoso” (ibidem).

De outro lado, “em sentido inverso, quase todos os textos genéricos, teóricos ou práticos, sobre o direito do consumo ou do consumidor, incluem um tópico, por vezes muito desenvolvido, dedicado ao conceito de consumidor” (ibidem, p. 25-26).

O mesmo autor sublinha, ainda, que a inclusão de definições de consumidor é também freqüente nos textos legislativos. Os seus contornos são muito variáveis, mesmo dentro da mesma ordem jurídica, conforme o instituto a que se aplicam e o âmbito da protecção que visam estabelecer. Alguns sistemas jurídicos dispõem de uma definição genérica, que pode ser residual e supletiva em relação a outras definições legislativas especiais. Nos textos normativos da União Européia, não há uma definição uniforme, mas as semelhanças entre as que constam de algumas directivas encorajam alguns autores a ensaiar um conceito comum e próprio. (ibidem, p. 26)

Pode afirmar-se, com Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 45), que

Duas têm sido as tendências legislativas no tocante à concepção de consumidor. De um lado, a objetiva,² em que o conceito enfatiza a posi-

² Newton De Lucca (2003, p. 127), a respeito da concepção objetiva do conceito de consumidor, observa que ela é assim denominada “pelo fato de que o ato de consumo é priorizado em relação à pessoa que o pratica – parte do pressuposto de que é o ato de consumo a meta final do ciclo produtivo”. Em reforço a essa definição de ato de consumo, cita Marc Falon, para quem esse ato “é definido como sendo o ato jurídico material que, realizando

ção de elo final da cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-lo diretamente, sem intuito especulativo [...]. De outro lado, há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a qualidade de não-profissional em relação ao fornecedor profissional [...].

O CDC adotou, no art. 2º, *caput*, como veremos adiante, a concepção subjetiva (ou finalista) do conceito de consumidor, ao estabelecer como elemento teleológico da definição de consumidor a *destinação final*. E isso porque, como bem assinala Thierry Bourgoignie, citado por Newton De Lucca (2003, p. 130), cujos ensinamentos influenciaram os redatores do anteprojeto do CDC,

[...] apenas uma compreensão subjetiva do fenômeno do consumo, centrada na pessoa do consumidor e sobre as condições nas quais ele completa seu papel no âmbito do ciclo econômico (produção, distribuição, trocas e consumo), permite revelar as oposições que atravessam o domínio do consumo, identificando as vulnerabilidades de necessidades do grupo sócio-econômico representado pela figura do ‘consumidor’ no contexto desse mesmo ciclo econômico, chegando-se a uma definição mais adequada dos remédios que o Direito pode fazer aportar em benefício do consumidor.

a destinação final do bem que constitui seu objeto, nele esgota total ou parcialmente o seu valor econômico e dele provoca a retirada, definitiva ou temporária, do mercado” (ibidem). E faz a seguinte crítica, inteiramente pertinente: “É de perceptibilidade imediata o inconveniente dessa concepção proposta. Decorre ele da completa desconsideração que tal concepção faz de quem compõe um dos pólos da relação jurídica de consumo, pouco significando, sob tal óptica, se um adquirente ou usuário seja profissional ou não. Pouco importa, igualmente, nessa linha de visão *objetivada*, o caráter teleológico do ato de consumo praticado, isto é, passa a ser irrelevante toda e qualquer consideração a respeito dos propósitos de quem faz a aquisição ou a utilização do produto ou serviço (ibidem, p. 128).”

As definições de consumidor constantes de textos normativos estrangeiros, em perspectiva comparatista, serão abordadas no item 2 deste ensaio. Por ora, registamos que, no Brasil, o conceito jurídico de consumidor está positivado em quatro disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, a saber: arts. 2º, *caput* e parágrafo único, 17 e 29. Faremos, a seguir, o exame de cada uma delas.

1 Conceitos de consumidor do CDC

1.1 Conceito padrão, ou em sentido estrito, do art. 2º, *caput*

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 2º, *caput*, define o *consumidor* como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*”³ Trata-se, como vem entendendo a doutrina, de um *conceito padrão* ou *em sentido estrito* de consumidor, que deve ser sempre observado pelo intérprete e/ou aplicador do Direito no momento da definição da existência da relação de consumo, pressuposto básico para a aplicação das normas do Estatuto Consumerista.

O Código restringe a pessoa do consumidor (física ou jurídica) àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como *destinatário final*.⁴ A concentração fundamental do conceito, sem dúvida, repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utili-

zação: a destinação final (DONATO, 1993, p. 660). A pessoa física será considerada destinatária final e, *ipso facto*, consumidora quando adquirir ou utilizar produto ou serviço para a satisfação de necessidades pessoais, de sua família ou de terceiros.⁵ Já a pessoa jurídica, para ser vista como destinatária final, deve adquirir ou utilizar produto ou serviço fora do âmbito de sua atividade produtiva, comercial, empre-

físicas ou *jurídicas* que adquirem, utilizam ou disfrutam como *destinatários finais*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden” (grifos nossos). E, conforme o art. 1.3, “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes *sin constituirse en destinatarios finales*, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización ou prestación a terceros” (grifos nossos). Fica bem claro, porém, que o legislador deixou de incluir, no conceito de consumidor do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, o texto do art. 1.3 da LGDCU, que facilita sobremaneira a interpretação do sentido da expressão *destinatário final*, ao excluir do conceito de consumidor aqueles que, sem serem destinatários finais, adquirem produtos ou serviços com o objetivo de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros.

Manuel Garcia Amigo (1995, p. 219-220), analisando o conceito de consumidor do art. 1.2 da LGDCU, sublinha que ele gira fundamentalmente em torno da expressão “*destinatários finais*”. A idéia é proteger a quem, em última instância, consome o bem ou serviço de que se trate; não, ao contrário, a quem profissionalmente intervém na cadeia de produção, distribuição ou comercialização de bens ou serviços. À guisa de exemplificação, assinala que não se aplica a LGDCU a uma central de laticínios que adquire leite do fazendeiro, mas ela é aplicada à dona de casa que adquire leite da central ou do fazendeiro; não se aplica, também, na compra de um pneumático pelo dono de uma oficina de conserto de automóveis, mas se aplica ao dono de um veículo ante o proprietário de uma oficina ou de uma casa comercial ou do fabricante. Como se vê, a lei espanhola de defesa do consumidor também exige, para a configuração do negócio jurídico de consumo, que a pessoa – física ou jurídica – adquira ou utilize o produto ou serviço como destinatária final, tal como ocorre no Código de Defesa do Consumidor. E isso decorre do fato de os autores do anteprojeto da lei brasileira haverem-se inspirado na lei espanhola em questão, como já aludimos.

A propósito do conceito de consumidor previsto nas precitadas disposições da LGDCU, Javier Pagador López (1999, p. 157) consigna que: “Deste modo, acolhe-se a denominada *noção concreta* de consumidor ou usuário, ou seja, a que não identifica o consumidor com a idéia de cidadão em geral, mas que concretiza seus perfis e o aproxima da idéia de *contratante* e, dentro dela, de uma noção de *caráter estrito*, já que não se reputa consumidor qualquer cliente – o *cliente* em geral – mas somente o *consumi-*

³ Nelson Nery Jr. (1998, p. 342-343) observa que “o CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio de consumo’, mas de *relação de consumo*, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões”. Invocando o escólio preciso de Alcides Tomasetti, sublinha que “são elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como *sujeitos*, o fornecedor e o consumidor; b) como *objeto*, os produtos e serviços; c) como *finalidade*, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como destinatário final’ (art. 2º, *caput*, última parte, CDC).”

Na mesma direção apresenta-se o ensinamento de José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 41): “É mister acrescentar [...] que a pedra de toque para que se considere que uma relação jurídica é ou não de consumo é a *destinação final* (de caráter prevalente) e a *vulnerabilidade* (de caráter secundário)”.

⁴ O legislador brasileiro inspirou-se, claramente, no conceito de consumidor do art. 1.2 da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU) espanhola, de 1984, que assim dispõe: “A los efectos de esta Ley son consumidores o usuarios las *personas*

sarial ou profissional. É o entendimento que se vem firmando na doutrina e na jurisprudência. Por comparação, na Espanha, é esta interpretação apoiada pela doutrina construída a partir da interpretação do art. 1.2 da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, de 1984.

A pessoa jurídica, de acordo com o conceito do art. 2º, *caput*, também pode ser consumidor, desde que adquira ou utilize um produto ou serviço como *destinatária final*. Quando se trata de associações – união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, na dicção do art. 53 do Código Civil – ou de fundações – que, de acordo com o art. 62, parágrafo único, do CC, somente podem constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, restando afastada, portanto, a finalidade econômica –, é fácil enxergá-las como destinatárias finais dos produtos ou serviços que adquirem ou utilizam no mercado de consumo.

Todavia, quando a pessoa jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços é uma empresa, nem

sempre ela terá a privilegiada qualificação de consumidor, pois nem sempre ela o fará na condição de destinatária final. Não obstante atuar no pleno exercício de sua atividade econômica – adquirindo, por exemplo, produtos que a ela se destinam –, ela poderá operar, quando da conclusão do contrato, *fora do domínio de sua própria especialidade* ou do âmbito específico de sua atividade industrial ou comercial, ou simplesmente de sua atividade empresarial. Nesta hipótese, sem margem para dúvida, diante da verificação do elemento teleológico (*destinatário final*) exigido pela lei, ela será considerada consumidora e, por consequência, poderá invocar a proteção das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Resta claro, assim, que o CDC faz distinção entre o *consumidor final* e o *consumidor intermediário*, ao levar à ilação, em face do disposto no artigo 2º, *caput*, que somente a aquisição para uso próprio, individual, familiar ou de terceiros – ou simplesmente não-profissional – será considerada como consumo, ficando ao largo de sua proteção a aquisição de bens ou serviços para utilização na atividade-fim da empresa (cf. MANDELBAUM, 1996, p. 168). Em síntese, na escoreta observação de Alberto do Amaral Jr. (1993, p. 104),

[...] o que realmente distingue o consumidor, constituindo motivo de proteção para o ordenamento jurídico, é a sua não-profissionalidade. Isto significa que o traço essencial que caracteriza o consumidor é a aquisição ou utilização de bens ou serviços para fins não-profissionais.

Como antes afirmamos, o CDC adotou a concepção subjetiva de consumidor, tal qual se infere, sem margem para dúvida, de seu art. 2º, *caput*. Os elementos dessa concepção foram bem sintetizados por Thierry Bourgoignie (1988, p. 60-61):

1º) O consumidor é uma pessoa física ou jurídica que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço distribuído no âmbito do sistema econômico por um profissional, sem que ela própria tenha como propósito fabricá-lo, transformá-lo, distribuí-lo ou prestá-lo no âmbito comercial ou no de uma profissão;

2º) Exercendo uma pessoa profissionalmente uma atividade comercial, financeira ou industrial, não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar por ela estabelecido que está agindo fora de sua especialidade [...].

O *destinatário final*, é, em suma, na precisa observação de Cláudia Lima Marques (1998, p. 150)

[...] o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao *adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor.

Mas o legislador consumerista, assessorado por proeminentes juristas, deu-se conta de que só o conceito padrão de consumidor, nitidamente inspirado na lei espanhola de defesa do consumidor, como antes se expôs, não seria suficiente para garantir a aplicação do CDC a todas as situações derivadas de violação de suas normas. Por isso, de forma inteligente, alargando esse conceito, introduziu no Projeto do Código os chamados *conceitos de consumidor por equiparação*, que se encontram consubstanciados nas normas do art. 2º, parágrafo único, e arts. 17 e 29, todos do CDC.⁶

⁶ Newton De Lucca (2003, p. 118-119), a propósito, assinala que “no âmbito do CDC [...] o conceito de consumidor é plurívoco e plurívoco analógico. São quatro os seus sentidos possíveis”. O primeiro deles encontra-se no *caput* do art. 2º; o segundo, no parágrafo único do art. 2º; o terceiro, no art. 17, “o último da Seção 2ª, que disciplina a responsabilidade o fornecedor pelo fato do produto ou do serviço”; e o quarto, um conceito mais abrangente, encontra-se no art. 29 do CDC. Observa, com acerto, que “esse alargamento do conceito de consumidor, especialmente destinado a estender a proteção legal igualmente aos adquirentes de bens e de serviços em potência, encontra seu fundamento na garantia de prevenção do dano, que aparece consagrada como um dos direitos básicos do consumidor, na linha do que dispõe o inciso VI do art. 6º do CDC, segundo o qual deverá haver a efetiva *prevenção* e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (op. cit., p. 119).

1.2 Conceito por equiparação do art. 2º, parágrafo único

O art. 2º, parágrafo único, equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Quis o legislador, com tal equiparação, albergar a coletividade de pessoas cujos interesses ou direitos são atingidos pelo desrespeito, pelo fornecedor de produtos ou serviços, de normas do CDC, como acontece, por exemplo, quando é veiculada uma publicidade enganosa: a um só tempo, o direito de todos os integrantes do público-alvo da publicidade patológica – que formam uma coletividade de pessoas –, de receber informação não-enganosa (= verdadeira) e não-abusiva (ver conceito exemplificativo de publicidade abusiva no art. 37, § 2º, do CDC), é violado pela ação do fornecedor-anunciante. Não há necessidade – note-se – de que os integrantes dessa coletividade sejam induzidos a erro ou exerçam uma conduta prejudicial à sua saúde ou segurança, e, por conseguinte, experimentem prejuízos, patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Basta o *eventum periculum*, isto é, que o anúncio publicitário seja capaz de pôr em perigo bens jurídicos individuais do consumidor (patrimônio, vida, integridade física etc.), com o que se viola um direito básico do consumidor, consistente na proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, previsto no art. 6º, inciso IV, do CDC.

Importa consignar que a coletividade alvo da publicidade enganosa ou abusiva pode ser considerada consumidora invocando-se, também, o art. 29 do CDC, uma vez que esta disposição equipara a consumidor as pessoas, determináveis ou não, expostas a diversas práticas abusivas, dentre as quais se inclui a publicidade enganosa. Mas há casos em que a universalidade de pessoas posta em risco ou que já sofreu efetivo prejuízo, merecendo, por isso, tutela coletiva (preventiva ou indenizatória), não está ao abrigo do precitado art. 29. É o que se dá, *verbi gratia*, com a colocação no mercado de consumo de um produto com defeito, prática que põe em risco toda uma coletividade indeterminada de pessoas. Para prevenir esse risco e, por conseguinte, proteger essa coletividade de consumidores, deve o fornecedor do produto defeituoso “comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”, a serem veiculados na

dor final ou, na expressão legal, o consumidor que se erige em *destinatário final*, ou seja, o último contratante não-profissional com ânimo de consumir, usar, desfrutar”.

O Código de Defesa do Consumidor, embora tenha acolhido o conceito estrito de consumidor previsto na lei espanhola, afastou-se da noção *concreta* de consumidor e aproximou-se de sua noção *abstrata* (esta identifica o consumidor com a idéia de cidadão, em geral, e não com a de contratante, como é próprio das noções concretas), em virtude dos conceitos de consumidor por equiparação previstos nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, como analisamos a seguir. A respeito da noção abstrata de consumidor, ver Gema Botana García (1999, p. 29-30), Alberto Bercovitz (1987, p. 106 ss.) e Alberto Bercovitz (1992, p. 25 ss.).

⁵ José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 28), nessa linha de pensamento, pontifica, com precisão, que “o conceito de consumidor foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial”. Carlos Ferreira de Almeida (2005, p. 27, nota 52), em interessante observação à afirmação de Filomeno de que o conceito de consumidor consagrado no CDC é de caráter “exclusivamente econômico”, sublinha que “o que se pretende é pôr em evidência que não tem ‘natureza sociológica’, entenda-se, que não distingue entre categorias sociais de consumidores”.

imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço”, nos termos do artigo 10, §§ 1º e 2º, do CDC (o exercício desse dever é conhecido como *recall*). Se assim não proceder, poderá o fornecedor ser compelido a fazê-lo judicialmente, numa ação coletiva. Fica bem claro, nessa hipótese, como se opera a *extensão do conceito de consumidor* de que trata a disposição em análise.

Em reforço a essa argumentação jurídica está o ensinamento do abalizado José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 42), um dos eminentes redatores do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que o parágrafo único do art. 2º do CDC “trata não mais daquele determinado e individualmente considerado consumidor, mas sim de uma *coletividade de consumidores*, sobretudo quando *indeterminados* e que tenham intervindo em dada relação de consumo”. Aponta o que se têm em mira nessa disposição:

[...] é a *universalidade, conjunto* de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo *grupo, classe ou categoria deles*, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se *previna*, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente, as referidas universalidades e categorias de *potenciais* consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídicos-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação pelos responsáveis. (Ibidem)⁷

1.3 Conceito por equiparação do art. 17

O art. 17 equipara aos consumidores, para os efeitos da Seção II (“Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”) do Capítulo IV do Título I

⁷ Filomeno (2007, p. 42-43) acrescenta, de forma muito elucidativa e, por isso, digno de transcrição, o seguinte ensinamento: “[...] as referidas circunstâncias de tutela coletiva do consumidor ficam ainda mais evidentes quando se levam em consideração,

do CDC, “todas as vítimas do evento”. Que evento é este? Como a disposição está contida na seção que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é fácil concluir que o evento a que ela se refere é um acidente provocado pelo produto ou serviço defeituoso, do qual resultaram danos a pessoas que não participaram da relação de consumo que teve por objeto o fornecimento desse produto ou serviço com defeito.⁸

Com efeito, as vítimas de um acidente de consumo, que não contrataram com o fornecedor (fabricante, importador, comerciante etc.) a aquisição do produto ou serviço, nem fizeram uso deles, sen-

por exemplo, os danos causados por um produto alimentício ou medicinal nocivo à saúde, ou então por um automóvel com graves defeitos de fabricação no sistema de freios, ficando as vítimas em situação de total impotência e desamparo, não somente em face de sua condição de inferioridade ante o fornecedor, como igualmente pelos frágeis instrumentos de defesa de que dispõem, fragilidade essa demonstrada pela existência até hoje de demonstração do dano sofrido e do nexo de causalidade entre o dano e produto ou serviço, e, o que é ainda mais angustiante, a culpa residente em negligência, imprudência ou imperícia do mesmo fornecedor”. Cumpre aqui observar, todavia, como se trata de uma coletividade de consumidores, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CDC, aplicam-se a elas as normas que disciplinam a responsabilidade pelo fato do produto, entre as quais se inclui a do art. 12, segundo a qual tal coletividade é beneficiada pela responsabilidade objetiva do fornecedor, que a isenta de demonstração de culpa, incumbindo a este último demonstrar as causas exoneradoras da responsabilidade previstas no § 3º do art. 12 do CDC, situação que facilita muito a defesa dos direitos indenizatórios dessa coletividade, ordinariamente levada a efeito em ação coletiva.

⁸ O conceito de defeito do produto é dado pelo art. 12, § 1º, do CDC: “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se esperava [...]”. Tal disposição teve como fonte inspiradora a norma do art. 6º, § 1º, da Diretiva 85/374 CEE, sobre responsabilidade pelo fato do produto, já transposta para a maioria dos Estados-membros. Essa norma comunitária, por seu turno, foi concebida tomando-se como paradigmas decisões proferidas em julgamentos de casos do direito anglo-saxão. Por exemplo: “a product is ‘defective’ if it is not fit for the ordinary purposes for which such articles are sold and used, *Manieri v. Volkswagenwerk, A.G.*, 151 N.J. Super. 422, 376 A.2d 1317, 1322; or if it is dangerous because it fails to perform in manner to be expected in light of its nature and intended function, *Knapp v. Hertz Corp.*, 17 Ill. Dec. 65, 59 Ill. App.3d 241, 375 N.E.2d 1349, 1353” (cf. *Black’s law dictionary*, 1990, p. 418). Por outro lado, o conceito de serviço defeituoso está contido na norma do art. 14, § 1º, do CDC: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar [...]”.

do pessoas estranhas ao negócio jurídico de venda do produto ou do serviço e não tendo feito uso deles, não são passíveis de enquadramento no conceito padrão de consumidor do art. 2º, *caput*, antes referido. São consumidores, todavia, por força da equiparação do precitado art. 17. Tal equiparação foi nitidamente inspirada na figura do *bystander*,⁹ criação do direito anglo-saxão.

1.4 Conceito por equiparação do art. 29

O art. 29 do CDC equipara aos consumidores “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas” previstas nos Capítulos V (*Das práticas comerciais*) e VI (*Da proteção contratual*) do Título I. Tal equiparação, a nosso ver, por ser demasiadamente genérica, enseja dificuldades de exegese. Tanto assim é que a doutrina e a jurisprudência têm divergido a respeito, não havendo, ainda, um posicionamento interpretativo desse preceito suscetível de ser considerado pacífico.

O Capítulo V trata das *práticas comerciais*, que abrangem a oferta, a publicidade, várias modalidades (não-exaustivas) de práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados e cadastros de consumidores. Já o Capítulo VI cuida da *proteção contratual*, que abarca as cláusulas abusivas, inseridas em contratos de adesão (a condições gerais preestabelecidas pela empresa) e outras modalidades de contratos de consumo, inclusive os que resultam de livre negociação das partes. A simples exposição da pessoa física ou jurídica a qualquer dessas práticas, como prescreve o art. 29, basta para lhes conferir a qualidade de consumidor.

Mais de 15 anos de vigência do CDC não foram suficientes para levar o intérprete a uma exegese capaz de predominar na doutrina e/ou jurisprudência sobre o alcance dessa norma de extensão do conceito de consumidor. A jurisprudência, às vezes, resulta de interpretação simplista e superficial da aludida

⁹ *Bystander*: “One who stands near; a chance looker-on; hence one who has no concern with the business being transacted. One present but not taking part, looker-on, spectator, beholder, observer” (cf. *Black’s law dictionary*, op. cit., p. 201).

disposição legal, de modo a aplicar as normas do CDC em favor de empresas no exercício de sua competência, ou tem passado ao largo dessa disposição, praticamente a ignorando. A doutrina, por sua vez, pouco avançou na interpretação dessa importante norma jurídica.

A nosso ver, o art. 29 não pode ser interpretado de forma isolada, mas, sim, sistemática e teleologicamente. Com efeito, sua exegese deve ser feita levando-se em conta o conceito padrão de consumidor previsto, como já vimos, no art. 2º, *caput*, do CDC. Tal interpretação sistemática leva à inelutável inferência, em matéria contratual, de que somente aquele que pode vir a ser consumidor ou usuário final de um produto ou serviço é que pode ser equiparado a consumidor, quando exposto a práticas abusivas desenvolvidas na fase pré-contratual, das negociações preliminares ou da oferta. Esta última, no CDC, compreende a apresentação, a publicidade e a oferta de contrato (ou oferta em sentido estrito).¹⁰

Ao invés, procedendo-se a uma interpretação isolada da norma do art. 29, não restará alternativa senão estender o conceito de consumidor também

¹⁰ TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, 1992, p. 66. O autor, loc. cit., explica que “na idéia de ‘apresentação’ do produto ou do serviço estão compreendidos, respectivamente, a embalagem e o ‘modo de fornecimento’”. Por outro lado, sublinha que a “oferta, apresentação e publicidade dos produtos e dos serviços as mais das vezes constituem negócios jurídicos unilaterais tipicamente praticáveis pelo fornecedor no mercado de consumo [...]; esses três negócios jurídicos unilaterais, uma vez ativados no plano da eficácia, engendram ao fornecedor responsável (mediata ou imediatamente) pela declaração negociada, não apenas o dever de sustentá-la (vinculação pela irrevogabilidade da declaração), mas também o dever de prestar o produto ou serviço ofertados, apresentados ou ‘publicizados’, no mesmo momento no qual se fizerem exigíveis (obrigação em sentido técnico o mais estrito), em congruência com os elementos e circunstâncias da declaração de oferta (no sentido amplo do CPDC)”. É justamente o destinatário da oferta, apresentação e publicidade de produtos e serviços, na forma exposta por Tomasetti, que se enquadra, a nosso ver, na caracterização de consumidor por equiparação *ex art. 29* do CDC. Nota-se que tal equiparação alcança as pessoas que estão simplesmente *expostas* à oferta, apresentação e publicidade, vale dizer, que poderão vir a contratar na forma do art. 2º, *caput*, do CDC.

ao profissional que pretenda adquirir ou utilizar produto ou serviço no âmbito de sua atividade comercial, industrial ou empresarial e seja exposto a uma das práticas abusivas desenvolvidas no momento que antecede a conclusão do negócio jurídico de consumo, como é o desejo das empresas e tem ocorrido em algumas decisões pretorianas, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, e conta com o apoio de alguns doutrinadores.

Essa posição, com o devido respeito a seus ilustres defensores, viola o espírito do CDC, presente, por excelência, num de seus princípios basilares, que deve conformar a interpretação de todas as normas do Código, qual seja, o *princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor*, positivado em seu art. 4º, inciso I.

A razão de ser do Estatuto Consumerista é a *vulnerabilidade do consumidor*,¹¹ por ele presumida de forma absoluta (presunção *iuris et de jure*). Com efeito, antes dele, as normas existentes em nosso ordenamento não eram suficientes para proteger o consumidor, para equilibrar ou ao menos diminuir o desequilíbrio existente nas suas relações jurídicas com a empresa. O Código, diante desse manifesto desequilíbrio, veio, em atendimento a mandamento constitucional intimamente relacionado com os valores sociais da livre iniciativa, preencher essa grande lacuna da ordem jurídica de nosso País, e tem alcançado considerável efetividade, graças à excelência de suas normas e da atuação firme de boa parte de seus operadores. O Superior Tribunal de Justiça e os Juizados Especiais Cíveis têm-se destacado na aplicação firme e acertada das normas do CDC. Os tribunais locais e os federais, especialmente os dos grandes centros ou regiões, têm aplicado de maneira razoável

¹¹ Carlos Ferreira de Almeida (2005, p. 27-28), a propósito, afirma que, “embora a transposição desse debate para o plano jurídico tenha esmorecido nos últimos decênios, subsiste a idéia de que a introdução no direito da figura do consumidor se justifica pela sua condição de debilidade, fraqueza ou vulnerabilidade. Foi com este pressuposto que se construíram conceitos jurídicos abstractos, independentes da efectiva força ou fraqueza de consumidores concretos”.

o CDC, destacando-se, entre outros, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em janeiro de 2003, que traz importantíssimas normas de forte conteúdo ético e social, como as que consagram a boa-fé objetiva, a função social do contrato, novas causas de vícios da vontade (estado de perigo e lesão nos contratos) a onerosidade excessiva etc., o ordenamento jurídico passou a ter um conjunto de regras que, sem dúvida, reforçam a aplicação do CDC, sem embargo da existência de certas conflituosidades, que deverão ser solucionadas pela jurisprudência, sempre em favor da parte economicamente mais fraca, o consumidor.

A motivação do legislador, ao conceber o art. 29 do CDC, residiu no fato de o conceito do art. 2º, *caput*, não alcançar o consumidor antes da conclusão do contrato, pois esta última disposição se refere à aquisição de produtos ou serviços, o que faz presumir a celebração prévia de um contrato de consumo, ainda que verbal, por simples adesão a condições gerais preestabelecidas pelo fornecedor.¹² Tanto assim é que, no anteprojeto do CDC, a norma estampada no art. 29 era um parágrafo do próprio art. 2º. Todavia, quando da tramitação do projeto no Congresso Nacional, houve o deslocamento dessa disposição para o lugar em que se encontra no CDC (Capítulo V, Seção I). Tivemos oportunidade de observar esse deslocamento quando integrante de comissão que contribuiu com subsídios para a elaboração do anteprojeto do CDC, cons-

¹² Fourgot, um autor francês citado por Newton De Lucca (2003, p. 123), se insurge contra aquelas definições, limitadas em sua origem, que se baseavam no direito contratual para as suas formulações, afirmando que “o consumidor é aquele suscetível de sofrer um prejuízo utilizando, para fins pessoais e não-profissionais, um bem ou um serviço na aquisição do qual não teve forçosamente de participar”. Cita alguns exemplos de pessoas que podem ser consideradas consumidoras que se harmonizam com o sentido que deve ter o art. 29 do CDC e que advogamos neste ensaio, tais como: é consumidor a pessoa “que se serve de um objeto na condição de beneficiário de uma apólice de seguro na qual existem cláusulas abusivas”, bem como “aquele que é destinatário da publicidade, isto é, uma coletividade de pessoas, consumidores potenciais estimulados pela incitação de produtos e serviços, e que não se deixariam convencer sem aquela mensagem” (ibidem).

tituída por um de seus redatores, o jurista José Geraldo Brito Filomeno.¹³

Protege, assim, a norma em questão, de um lado, os consumidores *potenciais*, na fase pré-contratual, das negociações preliminares ou da oferta; e, de outro lado, protege os consumidores que são expostos ou sofrem a ação de diversas práticas abusivas que se desenvolvem sem relação direta com a conclusão de um contrato, como a publicidade enganosa ou abusiva e outros instrumentos de *marketing*, como o envio ou entrega ao consumidor, sem solicitação prévia, de qualquer produto, promoções de venda (brindes, sorteios, amostragens, concursos etc.); as práticas abusivas enumeradas no art. 39 do CDC, tais como condicionamento do fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (“venda casada”); recusa do atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida das disponibilidades do estoque do fornecedor-vendedor; exigência de vantagem manifestamente excessiva; execução de serviços sem prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor; colocação, no mercado de

¹³ Ver registro de nossa contribuição para a formulação do anteprojeto do CDC na obra coletiva *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, citada na sua Introdução, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Também comprova o deslocamento do art. 29, com todas as letras, outro redator do anteprojeto e atual Ministro do STJ, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2007, p. 264): “O conceito do art. 29 integrava, a princípio, o corpo do art. 2º. Como consequência do *lobby* empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V”. O Autor observa que “não houve qualquer prejuízo. Mantém-se, não obstante a fragmentação do conceito, a abrangência da redação primitiva. O consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (art. 2º), mas igualmente as pessoas ‘expostas às práticas’ previstas no Código (art. 29). Vale dizer: pode servir *concretamente* (art. 2º) ou *abstratamente* (art. 29). No primeiro caso, impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a *simples exposição* à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço [...]. Como já referido, no conceito do art. 29, basta a mera *exposição* da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código” (ibidem, p. 264-265).

consumo, de produtos em desacordo com as normas legais, da ABNT ou de outra entidade credenciada pelo CONMETRO; elevação, sem justa causa, do preço de produtos e serviços; diminuição da produção e retenção de estoques de produtos, para forçar o aumento de seus preços; “maquiagem” de produtos, com o intuito de fraudar seus preços.

Também recebem proteção, por força do art. 29, as pessoas que têm seus nomes inscritos, de forma indevida ou irregular, em cadastros negativos (Serasa, SCPC, SPC etc.); aquelas cujos nomes não são retirados desses cadastros após o prazo de cinco anos de sua inscrição etc. Note-se que, nessas hipóteses, não há relação de consumo entre os responsáveis por esses cadastros e as pessoas que têm seus nomes neles inscritos (a relação de consumo pode existir entre tais pessoas e aquelas que enviaram seus nomes para inscrição nesses cadastros, mas não necessariamente), mas, não obstante, recebem a proteção das normas do CDC. Esses casos revelam, ao lado de outros, a grande importância da ora citada norma de extensão do conceito de consumidor

As práticas descritas, em geral, como assinalamos, não guardam relação direta com um contrato previamente concluído entre as partes (consumidor e fornecedor), de modo a se justificar a extensão legal do conceito de consumidor para proteger as pessoas a elas expostas ou por elas alcançadas, de qualquer modo.

Ao estender a proteção legal aos *potenciais* adquirentes de produtos e serviços, simplesmente expostos a práticas abusivas, objetiva-se, também, a prevenção do dano, prevenção esta consagrada, no art. 6º, inciso VI, do CDC, como um direito básico do consumidor.¹⁴ Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2007, p. 265), um dos redatores do CDC, a propósito, explica que

¹⁴ Neste sentido o magistério de Fábio Uíhoa Coelho (1991, p. 148): “[...] pode-se afirmar que são equiparados ao consumidor, pelo art. 29, para gozarem da proteção que o Código libera em favor deste, especificamente nos capítulos abrangidos, as pessoas *que são potencialmente* consumidores. Em outros termos, aqueles que não são partes em um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, mas que podem vir a ser, estão sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no to-

Tal conceito (o do art. 29) é importante, notadamente, para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador – aí se incluindo o juiz e o Ministério Público – não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar.

2 Enfoque do conceito de consumidor em perspectiva comparatista

O consumidor, no dizer de Thierry Bourgoignie (1991, n. 2, p. 16), “é aquele que destrói um bem ou, mais precisamente, destrói a sua substância, utiliza-o”.¹⁵ Para a satisfação de necessidades ligadas à sua sobrevivência – biológica, psicológica ou social –, o consumidor adquire ou utiliza bens (produtos, na linguagem do CDC) ou serviços, que, em maior ou menor prazo, acabam sendo destruídos pelo ato de consumo. Por isso é que se diz que

[...] o consumidor, em sentido jurídico, é a pessoa que realiza um ato de consumo, este último definido como o ato jurídico (um contrato, quase sempre) que permite deter um bem ou um serviço, com o objetivo de satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar (CALAIS-

cante às práticas comerciais e contratuais. O legislador considera que a tutela, nestas áreas específicas, não se pode restringir ao momento posterior ao acordo entre o consumidor e o fornecedor, mas, ao contrário, deve anteceder-lo para que tenha um caráter preventivo e mais amplo”. De forma semelhante, ver, ainda, Maria Antonieta Zanardo Donato (1993, p. 186 e ss.); e Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes (1998, p. 84 e ss.). Ver, também, Newton De Lucca (2003, p. 119): “Percebe-se que esse alargamento do conceito de consumidor, especialmente destinado a estender a proteção legal igualmente aos adquirentes de bens e de serviços em potência, encontra seu fundamento na garantia de prevenção do dano, que aparece consagrada como um dos direitos básicos do consumidor, na linha do que dispõe o inciso VI do art. 6º do CDC, segundo o qual deverá haver a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

¹⁵ Neste trabalho, o autor faz amplas referências ao conceito de consumidor, no Direito da Comunidade Européia, em geral, e no Direito belga, em especial.

AULOY, 1996, apud BOURGOIGNIE, art. e loc. cit., p. 47).

Com muita precisão, assinala, ainda, que

[...] o consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão.

Para ele, uma pessoa, exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial, não pode ser considerada como uma consumidora, salvo se restar caracterizado que ela está agindo fora de sua especialidade (op. cit., p. 366).

Dessa forma,

[...] a qualidade de consumidor ver-se-á recusada ao profissional, mesmo de dimensão modesta e sem força efetiva no mercado, que realiza, por necessidade de sua atividade comercial ou profissional, operações ligadas a sua especialidade. Ela (qualidade de consumidor) também será recusada ao profissional que atuar fora de sua especialidade e, portanto, sem particular capacidade, mas cuja dimensão ou sua posição no mercado lhe confere alguma força de negociação (p. 31).

A propósito do tema em comento, Arnoldo Wald, invocando o magistério de Gérard Cornu (1975, p. 135) e Calais-Auloy (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 1996), afirma que a tese dominante na doutrina francesa é no sentido de vincular a condição de consumidor à situação de um não-profissional que contrata para atender exclusivamente a necessidades pessoais, entendidas como tais as suas e as de sua família. Considera-se, assim, ato de consumo “o ato jurídico que permite obter um bem ou um serviço para a satisfação de necessidade pessoal ou familiar” (VIDIGAL, 1991, p. 57).

Realmente, tal posição é, praticamente, a que vem predominando na doutrina e jurisprudência

francesas, mesmo após o advento do *Code de la Consommation (Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993)*,¹⁶ que, na verdade, não é um código de raiz, mas uma espécie de compilação das leis de proteção do consumidor francesas em vigor ao tempo de sua edição, acrescidas de outras nele incorporadas *a posteriori*, inclusive as normas de natureza comunitária, decorrentes de transposição de diretivas para o ordenamento francês.¹⁷ Teceremos algumas considerações a respeito.

Na França, o conceito de consumidor não está em nenhum texto legal.¹⁸ Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz justificam afirmando que a definição de consumidor extrai-se da jurisprudência e da doutrina. Nenhuma nem outra são unânimes, de sorte que um certo “halo” envolve também a noção de consumidor.¹⁹ Adotam a definição de consumidor que foi proposta pela Comissão de consolidação do Direito do consumo: “Os consumidores são as pessoas físicas e jurídicas de direito privado que adquirem ou utilizam bens ou serviços para um uso não-profissional”. Tal definição é por eles decomposta em três elementos: (i) “pessoas que adquirem ou utilizam”, (ii) “bens ou serviços” e (iii) “fim não-profissional”.²⁰

O último critério, ou seja, o fim não-profissional, para os citados autores é essencial: “é um con-

sumidor aquele que adquire ou utiliza um bem ou serviço com uma finalidade não-profissional, isto é, com um fim pessoal ou familiar [...]. Este critério distingue o profissional (fornecedor) do consumidor, distinção que está na base do Direito do consumo”.²¹

De outra parte, cumpre-nos registrar que a maioria das leis de proteção do consumidor, diferentemente do *Code de la consommation*, inclui em seus textos a definição de consumidor, tais como a espanhola,²² a portuguesa,²³ a quebequense,²⁴ a argentina²⁵ e a brasileira.

²¹ Ibidem, p. 6.

²² A Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU), de 1984, como já vimos, dispõe, no art. 1.2, que “a los efectos de esta ley son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

²³ A Lei de Defesa do Consumidor (LDC), no art. 2º/1, considera consumidor: “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios”. Para um estudo do conceito de consumidor em Portugal, à luz dessa disposição normativa, ver Paulo Duarte. O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXV, Coimbra, 1999, p. 649-700.

²⁴ A lei sobre a proteção do consumidor no Québec (*Loi sur la protection du consommateur du Québec*), de 22 de dezembro de 1992, no art. 1, “e”, define o consumidor como “uma pessoa física, salvo um comerciante que adquire um bem ou um serviço para os fins de seu negócio” (*une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce*). O art. 2 da mesma lei estabelece que ela “se aplica a todo contrato concluído entre um consumidor e um comerciante no curso de seu comércio e tem por objeto um bem ou um serviço” (*La présente loi s’applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service*). Comentando o art. 1, “e”, da citada lei, Georges Massol e Gilles Daoust sublinham que “em virtude dessa nova definição, é preciso verificar a finalidade do bem adquirido. Um comerciante que adquire bens ou serviços para fins de seu comércio, mesmo sem proveito imediato, não poderá beneficiar-se da proteção da L.P.C (Lei de Proteção do Consumidor)”. Observam que o legislador acrescentou um elemento que não se encontrava na lei de 1971, qual seja, a finalidade do bem adquirido. Em decorrência, passaram a existir dois requisitos essenciais na definição de consumidor (*consommateur*): a) a pessoa física; e b) a finalidade do bem ou do

¹⁶ Antes do *Code de la Consommation*, a Lei n° 78-23, de 10 de janeiro de 1978, que, nos arts. 35, 36, 37 e 38, disciplinava o controle de cláusulas abusivas, limitava o seu domínio de aplicação aos “contratos concluídos entre profissionais e não-profissionais ou consumidores” (art. 35) (cf. CALAIS-AULOY, 1991, p. 116). O *Code* repetiu, no art. L. 132-1 (introduzido pela L. 95-96 de 1/2/95) o disposto no art. 35 da mencionada L. 78-23, deixando patente que o seu campo de aplicação, em tema contratual, se restringe aos contratos concluídos entre *professionnels* (fornecedores, na linguagem da lei de defesa do consumidor brasileira) e consumidores ou entre aqueles e os que denomina de *non-professionnels*. Para uma melhor compreensão do tema, ver, dentre outros, Hervé Causse (1995, p. 22-34); J. Calais-Auloy et al., (1996, p. 4 e ss.); Jean, Beauchard (1996, p. 323 e ss). Ver, ainda P. Marleix et al. (1996, especialmente o cap. II, p. 114 e ss.); e Didier Ferrier (1996, p. 13-17).

¹⁷ Recentemente, foi editado o Código de Consumo italiano, que reuniu e consolidou a legislação sobre Direito do consumidor existente no país.

¹⁸ Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (1996, p. 3).

¹⁹ Op. cit., loc. cit.

²⁰ Ibidem, p. 4-6.

Gérard Cornu (2000, p. 207) define o consumidor no mesmo sentido dos autores por último citados: “todo adquirente não-profissional de bens de consumo destinados ao seu uso pessoal”. Também como “todo beneficiário não-profissional de serviços fornecidos por profissionais (seguro, publicidade, viagem, conselho)” (ibidem). Afirma, que, num sentido extensivo, o conceito de consumidor engloba até mesmo os poupadores e os que estão em via de adquirir uma propriedade (por ocasião de operações imobiliárias)” (ibidem). E num sentido mais próximo da Diretiva 93/13 CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993: consumidor é “toda pessoa física que, nas operações de venda ou de prestação de serviços, age com fins exteriores à sua atividade profissional” (ibidem).

serviço adquirido (cf. *Loi sur la protection du consommateur, texte annoté*, 5e édition, Société québécoise d'information juridique, Québec, 1993, p.16-17). Sobre o assunto, ver, também, Nicole Archambault, *Champ d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (1980-81) 54 F.P. du B. 1-656, 5; Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, 4e édition, Québec, 1993, p. 32-35; Pierre B. Meunier, *La nouvelle loi du Québec sur la protection du consommateur - Loi 72*, (1979) Meredith Mem. Lect. 1-25, 8; Gérard Ponton, *La Loi sur la protection du consommateur: le champ d'application*, (1979) Meredith Mem. Lect. 36-47, 38. O Código Civil de Québec define o consumidor como “uma pessoa física que adquire, aluga, empresta ou obtém de qualquer maneira bens e serviços para fins pessoais, familiares ou domésticos (art. 1.384). Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, cit., p. 32-33, observa que os dois critérios (o da *Loi sur la protection du consommateur e o do Code civil*) devem ser combinados em cada caso. Tal combinação faz que o benefício da proteção legal tenha como pressuposto a reunião dos seguintes elementos: a) a pessoa física (as medidas de proteção são destinadas às pessoas que têm uma capacidade fraca de autodefesa – as sociedades civis e comerciais, assim como as pessoas morais, não são consumidoras no sentido da lei); b) a destinação pessoal do bem ou do serviço (*fins personnelles, familiales ou domestiques*); e c) a exclusão da destinação comercial (*sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce*).

²⁵ Segundo a lei argentina de proteção do consumidor (Lei nº 24.240, de 22 de setembro de 1993), são considerados consumidores as pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título oneroso para seu consumo final, em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social (art. 1º). Tal definição identifica-se com a do art. 2º, *caput*, da Lei de Defesa do Consumidor brasileira. A respeito do conceito de consumidor no Direito argentino, ver Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 141); Gabriel A. Stiglitz e Rubén Stiglitz (1994, p. 111-126); e Jorge Mosset Iturraspe et al. (1993, p. 53-63).

A Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, no art. 2º, alínea b, define o consumidor como “qualquer pessoa física que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional”. Esta diretiva, que já foi transposta para os ordenamentos dos Estados-membros da União Européia, entre os quais se destacam Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal, foi editada com o objetivo de aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas desses Estados relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre fornecedores e consumidores, por adesão destes últimos às cláusulas predispostas pelos primeiros.

Em meados de 2000, foram operadas significativas mudanças no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB). Na Parte Geral do Código, entre as modificações destacam-se: inclusão das figuras do *consumidor* (§ 13 do BGB-*Verbraucher*) e do *fornecedor* (novo § 14 do BGB-*Unternehmer*); na Parte Especial, entre outras alterações, foram introduzidos o § 241a, sobre prestação de coisas requeridas, que não gera qualquer pretensão ao fornecedor nem pode gerar nenhum ônus ao consumidor; § 361a, que prevê um direito de arrependimento genérico; e o § 361b, que impõe um qualificado dever de informar para os fornecedores (MARQUES, jul./set. 2000, v. 3, p. 270-271).

De acordo com o § 13 do BGB, “consumidor é qualquer pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação com sua atividade comercial ou profissional”.²⁶

Como se depreende claramente da precitada disposição, também na Alemanha, seguindo-se uma tendência universal, optou-se em definir o consumidor como aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço fora do âmbito de sua atividade empresarial ou profissional. É um modelo mais claro e taxativo

²⁶ No original: “§ 13 Verbraucher – Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann” (cf. op. cit., p. 272).

do que o do nosso Código de Defesa do Consumidor, que permite interpretações suscetíveis até de considerar consumidor a pessoa jurídica quando atua no âmbito de sua atividade empresarial, mesmo que não apresente nenhuma fraqueza ou debilidade econômica em relação à empresa co-contratante, numa interpretação, ao que parece, equivocada da norma estabelecida no art. 29 do CDC, conforme apontado anteriormente. Neste sentido, há vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em que se aplicou o CDC a meras relações mercantis entre empresas. O tribunal paulista, diversamente, tem procurado adotar o conceito finalista de consumidor, excluindo da incidência do CDC aqueles que concluem negócios jurídicos no exercício de suas atividades profissionais. Ademais, o BGB, seguindo a linha das normas européias que trazem o conceito de consumidor, inclusive as comunitárias (diretivas), restringiu o entendimento de consumidor à pessoa física, restando, pois, excluída do conceito a pessoa jurídica.

Referindo-se à norma do § 13 do BGB, Cláudia Lima Marques (op. cit., p. 272) corretamente assinala que

[...] esta definição negativa (finalista) de consumidor contém as características internacionalmente mais aceitas de consumidor, quais sejam a de sua *não-profissionalidade, de pessoa física* (a relembrar o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados).

Ainda no sentido de que consumidor é a pessoa física que age fora de sua atividade profissional, a referida jurista assinala que

[...] a recente lei norte-americana sobre assinatura eletrônica preferiu uma definição positiva de consumidor: “2000 – SEC. 106. DEFINITIONS. For purposes of this title: (1) Consumer – The term ‘consumer’ means in individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such in individual”. (Ibidem, p. 272)

E conclui dizendo que “em todas as Diretivas européias a definição de consumidor sempre foi a de pessoa física que age fora de sua profissão, para fins privados, frente a um profissional” (p. 272).

Na Itália, idêntica foi a postura legal a respeito do conceito de consumidor. Com efeito, a Lei de 6 de fevereiro de 1996, que incorporou a Diretiva 93/13 do Conselho da Comunidade Européia, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, introduziu, no *Codice Civile*, no Título Segundo do livro “Das obrigações” e no Capítulo XIV – *bis*, sob a rubrica “Proteção do consumidor”, um sujeito jurídico novo, qual seja, o consumidor, sendo destinatário de um *corpus* normativo de tutela homogêneo, consubstanciado nos arts. 1469-*bis* – 1469-*sexies* (cf. RUFFOLO, 1997a, p. 11; 1997b).

Os mencionados arts. 1469-*bis* – 1469-*sexies* do Código Civil italiano aplicam-se ao contrato concluído pelo profissional com o consumidor ou com “a pessoa física que age com escopo estranho à sua atividade profissional eventualmente desenvolvida”, quase que introduzindo um “contrato civil” em contraposição ao comercial (cf. op. cit., p. 17).

Ainda na Itália, a Lei Geral sobre Direitos dos Consumidores e Usuários (*Legge sui Diritti dei Consumatori e delle Loro Associazione*), aprovada em 2 de julho de 1998, que constitui um verdadeiro “bill of rights” dos consumidores no ordenamento italiano, na percuciente observação de Guido Alpa,²⁷ define o consumidor e o usuário (*consumatore e utente*) como a *pessoa física* que “adquire ou utiliza bem ou serviço para fins não referentes à atividade empresarial e profissional eventualmente desenvolvida” (art. 2, inciso I, letra a). A mesma lei também define a associação de consumidores e usuários (*associazione dei consumatori e degli utenti*): “as formações sociais que têm por escopo estatutário exclusivo a tutela dos direitos e dos interesses dos consumidores e dos usuários” (art. 2, inciso I, letra b).

Guido Alpa (1999, p. 137-139), um dos juristas precursores no estudo do Direito do Consumidor na

²⁷ Ver a cura de Guido Alpa (1999, p. 136). Ver, ainda, Guido Alpa e G. Guiné (1997, p. 541 e ss.). Sobre a definição de consumidor na disciplina da diretiva comunitária, ver Guido Alpa (1996, p. 41-42).

Itália, em destacado comentário da lei consumerista ora referida, assim se manifesta:

A definição dos “consumidores e usuários” (art. 2, inciso I, alínea a) é a resultante das definições que, na diretiva comunitária e no seu regulamento de aplicação, são dadas ao consumidor: é aquele que adquire um bem ou um serviço para fins não relacionados à atividade empresarial ou profissional desenvolvida. Neste caso surge imediata a evidência de uma concepção por certos aspectos restritiva e, por outros, extensiva da noção.

Restritiva, porque o consumidor é considerado como tal – para os fins perseguidos pela lei geral – somente enquanto *pessoa física*, ao passo que, na proposta de iniciativa parlamentar e na proposta formulada em sede doutrinária desejava-se uma definição mais ampla, que compreendesse também a agregação de pessoas físicas não voltadas à perseguição de intentos de lucro, como a comunidade, os colégios, etc. Não se põe, ao contrário, problema nenhum sobre a qualificação do consumidor, até do profissional que realiza uma aquisição ou utiliza um serviço fora de sua própria atividade profissional. Em outros termos, a definição está fundada na finalidade da aquisição ou do uso, antes que num *status* permanente.

Extensiva, enquanto a expressão “consumidor” não considera somente a pessoa física que “consume” um bem, mas também o *usuário* de um serviço, público ou privado. Ora, é claro que quase em todos os países da comunidade, e também na linguagem normativo-comunitária, a definição de consumidor compreende não só quem consome bens, mas também quem utiliza serviço; mas do ponto de vista do Direito italiano a definição é inovadora, porque normalmente o emprego da expressão “consumidor” não incluía também a do “usuário de serviços”. Demais: uma vez que a expressão “serviço” não é definida legalmente com regras de significados gerais, diferentemente do que acontece com a definição de “bem”, contida no Código civil, no artigo 810,

segundo o qual “são bens as coisas que possam constituir-se objeto de direito”, a definição de consumidor e usuário aparece extremamente elástica, de sorte que competirá ao intérprete, de quando em quando, verificar se o objeto da relação de consumo pode qualificar-se como “serviço” no sentido da lei em exame. Poderá socorrer-se, de qualquer modo, seja da definição contida nas leis especiais, seja, sobretudo, da noção de “serviço” expressada com base na disciplina comunitária.

Desse ponto de vista, já que na acepção de “serviço” da disciplina comunitária incluem-se também os serviços bancários e os serviços de investimento em valores mobiliários, assim como os serviços securitários, pode-se fundamentalmente deduzir que a nova disciplina se aplica aos consumidores-investidores (*consumatori-risparmiatori*), aos clientes de companhia de seguro, aos clientes de banco [...], sem limitações, salvo aquela que vale para circunscrever a figura do consumidor, centralizada no escopo da aquisição ou da utilização, que não deve ser referente à atividade empresarial e profissional do adquirente e do usuário.

Recentemente, veio à luz o Código de Consumo italiano,²⁸ por força da delegação contida no art. 7 da Lei nº 229, de 29 de julho de 2003. Tal Código representa o texto fundamental de referência em matéria de tutela dos direitos dos consumidores e utentes. Reúne, coordena e simplifica, num único texto (147 artigos), as disposições legais vigentes em matéria de proteção dos direitos dos consumidores. Além de simplificar as relações contratuais entre fornecedores e consumidores, incentivando a composição extrajudicial das controvérsias, *coordena* as disposições relativas às definições de *consumidores*, *profissionais*, *vendedores* e *produtores*, encontráveis, em vários títulos, nas diversas normativas.

O *Codice del Consumo* revogou expressamente a sobredita Lei Geral sobre Direitos dos Consu-

²⁸ Trata-se do Decreto Legislativo 6 settembre, n. 206, relativo ao “Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”, já aludido neste estudo.

midores e Usuários, mas adotou uma definição de consumidor praticamente idêntica àquela nela prevista (art. 2, § 1º, letra a, transcrita aqui. Com efeito, o art. 3, § 1º, letra a, define o consumidor ou utente como “a pessoa física que age com escopo estranho à atividade empresarial ou profissional eventualmente desenvolvida”.²⁹ Valem para esta definição, portanto, as mesmas considerações que acima se fez sobre o conceito da lei revogada.

Identifica-se, de certo modo, com os ensinamentos de Alpa a observação de Arnaldo Wald, no sentido de que, para evitar dúvidas e confusões, algumas legislações estrangeiras, como, por exemplo, a inglesa, caracterizam, sempre, o consumidor como pessoa física.³⁰ No mesmo sentido, a Proposta de

Diretiva da Comunidade Européia esclarece que consumidor é “toda pessoa física que não atua, principalmente, no quadro de uma atividade comercial ou profissional”. Em outras legislações, a ênfase é dada ao caráter não-profissional do consumidor, sem que seja feita a distinção explícita entre pessoas físicas e jurídicas.³¹

E conclui, com acerto, que, no direito brasileiro,

[...] compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo à lição do direito comparado, a pessoa jurídica, tão-somente, pode ser considerada “consumidor”, ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais. Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza. (Op. cit., p. 58)

Infere, ainda, que

²⁹ *Codice del Consumo*, “Art. 3 (Definizioni), comma 1. Ai fini del presente codice si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”.

³⁰ A propósito do conceito de consumidor no Direito inglês, Guido Alpa assinala que “a jurisprudência inglesa não parece hesitar sobre a extensão da categoria (v, por ex., a sentença da Court Of Appeal proferida no caso *R & B Customs Brokers co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd.*, 1988, 1 All ER 847), ainda que a doutrina não esteja de acordo com esta solução (v, por ex., D. OUGHTON e J. LOWRY, *Consumer Law*, Londres, 1997, p. 2 e ss.” (*La legge sui diritto dei consumatori e delle loro associazione*, cit., p. 138, nota de rodapé n. 2). Já no que toca à jurisprudência francesa, Guido Alpa sublinha que ela “é prevalentemente orientada a incluir o profissional na categoria dos consumidores quando se trata de uma aquisição efetuada fora de sua atividade profissional, porque em tal caso ele se encontra na mesma condição do consumidor; mas existem oscilações (sobre este último ponto v. PIZZIO, *Code de la consommation*, Paris, 1995, p. 50-57)”. Observa ainda que, “com base nessa linha de raciocínio, que tem em conta a posição econômica mais fraca do profissional que adquire um bem ou um serviço para um fim diverso daquele inerente à sua atividade, a jurisprudência de qualquer país, e significativamente a jurisprudência francesa, tem considerado que o escopo deve ser no sentido restritivo. Em outros termos, mesmo que o profissional adquira um aparelho de informática para o seu escritório, e portanto para o desenvolvimento da própria atividade profissional, deve ser considerado na mesma situação do consumidor, se a sua atividade não consiste em predispor programas ou em vender computadores. O escopo que exclui a inclusão nessa categoria e, portanto, exclui da proteção legal, está circunscrito à coincidência entre atividade exercida e aquisição do bem o do serviço. Neste sentido, também as pessoas jurídicas e os entes de fato são equiparados aos consumidores-pessoas físicas (v. a jurisprudência cit. por PIZZIO, *Code ... cit.*, p. 57-58)” (ibidem).

³¹ Op. cit., p. 58. De fato, no Reino Unido, o consumidor é definido como a *pessoa física (natural person)* que celebra o contrato com escopo estranho à sua atividade profissional (business). É o que se extrai do art. 2º do *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (editado em 8-14 de dezembro de 1994 e em vigor desde 1º de julho de 1995, o qual recepcionou a Diretiva 13/93, do Conselho da CEE, de 5 de abril de 1993, concernente a cláusulas abusivas (*unfair terms*) nos contratos celebrados com os consumidores, assim redigido: “Art. 2º [...] *consumer means a natural person who, in making a contract to which these regulations apply, is acting for purposes which are outside his business*” (apud ALVISI, *Alcune riflessioni sul recepimento della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 nel regno unito ad opera dell’unfair terms in consumer contracts regulations 1994, si 1994/3159 del 14.12.1994, entrata in vigore il 1º luglio 1995*, in: Clausole “vessatorie” e “abusiva”. Gli articoli 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore, a cura di RUFFOLO, 1977, p. 278). Sobre a aplicação do *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*, fazendo atuar o *Unfair Contract Terms Directive*, ver, entre outros, Lowe e Woodroffe (1995, p. 147 e ss., especialmente p. 150-153). Também no ordenamento jurídico italiano, a proteção, nos contratos por adesão concluídos pela empresa com os consumidores, se dirige à *pessoa física*, mesmo que seja um comerciante, desde que aja com finalidade estranha à sua atividade profissional (ver, a propósito, Clausole “vessatorie” e “abusiva”. *Gli articoli 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, op. cit., p. 11 e 17).

[...] o legislador brasileiro não exclui a proteção do consumidor em relação a todas as pessoas jurídicas, entendendo, no seu art. 2º (CDC), que dela gozam as que forem destinatárias finais, nas suas contratações, nos casos de relação de consumo. Assim sendo e partindo do pressuposto que o legislador não inclui em textos legais palavras inúteis, podemos admitir duas hipóteses: ou o legislador cogitou de certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou serviços utilizados ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização. (Op. cit., p. 57)

Geraldo Vidigal (1991), com amparo na doutrina de José Pinto Antunes, chega a sustentar, a nosso ver de forma incorreta diante do CDC, que “a empresa nunca é consumidora”. Para ele,

[...] empresa é aquela espécie de organização na qual se reúnem os diferentes fatores produtivos, sob a liderança do empresário, que a todos combina, visando a vender, nos mercados, os produtos ou serviços que gera, para ocupar faixas do mercado e obter margens de lucros, entre os custos produtivos e os seus preços de venda. (Op. cit., p. 16)³²

Todavia, entende, e agora de modo irresponsável, que, se a empresa nunca é pessoa jurídica

³² Na ótica de Vidigal, entre as pessoas jurídicas, a empresa dedica-se sempre a atividades produtivas. Assim, a pessoa jurídica enquanto empresa nunca é destinatária final, pois, na empresa, a utilização de bens ou serviços (trabalho, matérias-primas, energia consumida, instalações, equipamentos) representa sempre insumo – jamais consumo.

consumidora, poderia sê-lo, por exemplo: um clube destinado a fornecer lazer, recreação, espaço e instrumentos para atividades esportivas; uma cooperativa de consumo, que comprará no interesse de consumidores finais e para utilização, por estes, dos bens e serviços adquiridos, sem intenção produtiva; e, também, a pessoa jurídica que preste asilo a pessoas idosas ou a crianças pobres, ao adquirir bens ou serviços destinados à utilização pelas pessoas idosas ou crianças que abriga.

Ainda a propósito do conceito jurídico de consumidor, merece menção a lição escoreta de Luiz Gastão Paes de Barros Leães (1991, p. 69-70), para quem

[...] o consumo se define, antes de tudo, como função de satisfação das necessidades, significando o uso imediato e final de bens e serviços, para satisfação das necessidades humanas. Há, assim, no conceito de consumo, um elemento positivo e um elemento negativo. O elemento positivo do consumo reside na função econômica, que exerce, de satisfação das necessidades, sendo o elemento negativo a sua conseqüente destruição.³³ Ora, é tendo em vista esse duplo sentido que a lei define o consumidor como todo aquele que adquire ou utiliza produto e serviço como destinatário final.

Referido jurista denomina “consumo final” a aquisição ou utilização de produtos e serviços pelo destinatário final e “consumo intermédio” a utilização de produtos e serviços por parte das empresas, frisando que, neste último caso, não há que se falar em consumo no seu sentido técnico, que, no dizer de Meyers (1962, p. 13), “é o uso imediato e final de bens e serviços, para satisfação das necessidades de seres humanos livres”. Daí, observa Leães (1991), “acentuam os especialistas do novo Direito

³³ Cumpre ressaltar, todavia, que a destruição do produto nem sempre ocorre imediatamente. Esta é, obviamente, própria dos produtos não-duráveis; já os produtos duráveis, como se deduz da própria expressão, demoram – ou, às vezes, nunca – são destruídos.

do Consumidor que esse ‘consumo intermédio’ [...] não é alcançado pela proteção da legislação especial. Para ilustrar, faz duas citações, que nos permitimos aqui reproduzir, porque reforçam a posição que abraçamos, no sentido de que só pode ser considerado consumidor quem atua fora de sua atividade profissional ou empresarial.

A primeira das citações é do jurista lusitano Carlos Ferreira de Almeida (1982, p. 215), para quem

[...] o consumidor é um não-profissional, ou quem como tal atua, isto é, fora da sua atividade profissional. Daí que se conclua que o chamado “consumo intermédio”, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (*Endverbraucher Letztverbraucher, ultimate consumer*).

A segunda, é de Gérard Cornu (1975), que, no relatório apresentado nos Trabalhos da Associação Henri Capitant, sobre a proteção dos consumidores, realizados em 1973 (t. XXIV, p. 131 e ss.), assim pontificou:

Associés aux précédents, deux criteres achévent de définir le consommateur. Il entre dans cette notion une idée de destination personnelle (d’appropriation par le consommateur de l’objet consommé); et de non-compétence professionnelle. Le consommateur devient, en définitive, l’acquéreur non professionnel des biens de consommation destinés à son usage personnel.

Na mesma direção, o escólio de Fábio Konder Comparato (1978, p. 476). Salienta que, “quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com sua atividade própria”.

Bourgoignie (1988, p. 46-47) considera que

[...] só uma definição subjetiva e restrita da pessoa do consumidor permite identificar o

grupo mais fraco na relação de consumo, único que mereceria a tutela especial do direito. Neste sentido, o necessário divisor de águas seria o fim de lucro do profissional ao contratar. Assim, no caso das pessoas jurídicas, só aquelas sem fins lucrativos poderiam ser assemelhadas a consumidores.

Bourgoignie (p. 49) observa, ainda, que a exclusão das pessoas jurídicas do conceito jurídico de consumidor é a hipótese mais freqüente encontrada na doutrina (cita Bernitz e Draper), mas obtempera que alguns doutrinadores (Viaene e Stuyck, por exemplo), reservam a qualidade de consumidores, entre as pessoas jurídicas, às instituições de caráter social (asilos, clínicas, escolas etc.) e às próprias organizações de consumidores.

3 Conclusões

Dos conceitos doutrinários e legais trazidos à baila, neste sucinto ensaio, exsurge inelutável a conclusão de que o conceito jurídico de consumidor não abarca a empresa que contrata a aquisição de produtos ou a utilização de serviços na esfera de sua atividade própria (empresarial, industrial, comercial ou profissional) – ou seja, com o escopo de integrar o produto ou o serviço na produção de bens de consumo (atividade produtiva) ou na prestação de serviços, para a obtenção de lucros. *A contrario sensu*, pode-se dizer – também na esteira das precitadas lições doutrinárias, de eméritos juristas e, na maioria, especialistas em Direito do Consumidor – que a qualidade de consumidor só poderá ser estendida à empresa quando atuar – adquirir ou utilizar produtos ou serviços, ou simplesmente expor-se às práticas comerciais dos Capítulos V e VI do Título I do CDC – de regra, com finalidade estranha à sua atividade empresarial ou profissional.³⁴

Cláudia Lima Marques (1998, p. 67) acentua que “o fim do CDC é tutelar de maneira especial um

³⁴ A jurisprudência do STJ tem sido neste sentido. A título de exemplo, cf.: STJ – 2ª Seção – Resp 541.867/BA – rel.p/acórdão Min. Barros Monteiro – j. 10.11.2004 – DJ: 16.05.2005 No mesmo sentido: STJ – 3ª T – REsp 684.613/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.06.2005, DJ: 01.07.2005, p. 530.

grupo da sociedade que é mais vulnerável". Assim, restringindo-se

"[...] o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca na relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede".

Afirma ainda que,

[...] de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga [...] os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou do profissional que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º (do CDC) de acordo com o "fim da norma", isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC, analogicamente, também a esses profissionais. (Op. cit., p. 68)

Na Itália, após o advento da Lei de 6 de fevereiro de 1996, que introduziu os artigos 1469-*bis*-1469-*sexies* no Código Civil, que tratam das cláusulas abusivas em contratos concluídos entre profissionais e consumidores, como já vimos neste artigo, discute-se a possibilidade de extensão analógica a outras figuras – que não o consumidor – igualmente fracas na relação contratual (com a empresa, parte economicamente mais forte), tal como uma associação ou ente não-profissional (*no profit*), um adquirente de produto para uso "misto", entre outras hipóteses (cf. RUFFOLLO, op. cit., p. 11).

Cláudia Lima Marques sublinha, também, com propriedade e acerto, que

[...] a regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do

Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os *consumidores-equiparados*, os quais, por determinação legal, merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher a qualidade objetiva (vulnerabilidade) e subjetiva (destinatário final), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

Ainda a título de conclusão, vem a calhar a lição de Didier Ferrier (1996, p. 14-15). Em excelente abordagem sobre a noção de consumidor no Direito francês, após definir o consumidor de maneira estrita, tendo em conta a finalidade do ato que ele executa, pontifica que, "de maneira flexível, o consumidor se apresenta como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou um serviço na qualidade de profano (não-profissional) (p. 14)". Tal acepção, a seu ver, com a qual estamos plenamente de acordo,

[...] parece mais coerente tendo em vista os objetivos do direito do consumo: se a proteção é justificada pela situação de fraqueza do co-contratante, pouco importa a finalidade do ato que este realiza; o profissional que age "fora de sua competência profissional" merece então ser protegido [...]. O *Code de la Consommation*, objetivando, em algumas de suas disposições, como pessoa protegida, "o consumidor ou não-profissional" (C. Cons. art. L. 132-1), parece, precisamente, estender sua aplicação ao profissional que não intervém no quadro estrito de sua atividade (por exemplo, o vendedor a varejo de bebidas que compra um extintor de incêndio ou o agente imobiliário que compra um sistema de alarme para seus estabelecimentos) e pode, pois, na operação em causa, ser considerado como um não-profissional, isto é, um profano, mesmo que ele não contrate para a satisfação de um in-

teresse estritamente pessoal ou familiar. (Ibidem, p. 14-15)

Na linha da doutrina francesa, a empresa que, por exemplo, celebra um contrato de arrendamento mercantil de um veículo com outra empresa, com o escopo de utilizá-lo no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional, não pode ser vista como destinatária final de tal produto e, via de consequência, ser considerada consumidora, pois ausente se afigura o elemento teleológico do conceito de consumidor, qual seja, a destinação final.

Nessa hipótese, porém, entendemos – na esteira da doutrina italiana que começa a ser construída a partir da interpretação das disposições do *Codice Civile* que disciplinam os contratos de consumo, bem como da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça³⁵ – que a empresa arrendatária do veículo, se for fraca economicamente em relação à arrendante (em geral um banco ou instituição financeira, dotados de grande poder econômico), po-

derá pleitear a extensão analógica da aplicação do disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (que trata das cláusulas abusivas em contratos de consumo, na sua grande maioria de adesão), combinado com os arts. 4º, inciso I, e 29, ambos do CDC, à relação jurídica mercantil que estabeleceu com a contraparte, embora, tecnicamente, não se enquadre no conceito jurídico de consumidor consagrado pelo CDC. E isso sob o argumento de que tal extensão se justifica diante de sua fragilidade nessa relação, a justificar a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, que protege o consumidor contra cláusulas abusivas e outras práticas comerciais ilícitas, justamente porque ele é a parte fraca ou vulnerável (*dèbole*, no dizer dos italianos) no contrato concluído com a empresa. *Ubi eadem est ratio legis, eadem debet esse legis dispositio*.

O argumento que se apresenta a favor desse alargamento do conceito de consumidor, como bem observa Paulo Duarte (1999, p. 682), é de "coloração teleológica".³⁶ Diz-se que a pessoa que exerce uma atividade econômica (uma micro ou pequena empresa, um profissional liberal etc.), mesmo agindo com o escopo próprio de sua atividade empresarial ou profissional, quando se encontra, em face do outro contratante, na mesma situação de inferioridade e debilidade contratual em que se coloca um "verdadeiro consumidor", que atue com desígnios absolutamente não-profissionais, necessita da mesma proteção jurídica que é conferida ao consumidor.

Para Paulo Duarte (1999, p. 682), é a "situação de desequilíbrio que, justamente, constitui o fundamento legitimador de um tratamento legislativo mais favorável para o consumidor". Estamos plenamente de acordo com Paulo Duarte, para quem a extensão teleológica do conceito de consumidor na hipótese anteriormente referida merece ser aplaudida, "porquanto uma solução diversa redundaria na arbitrária discriminação entre pessoas colocadas

³⁵ Ver a respeito, à guisa de exemplo: STJ – 3ª T – REsp 476.428/SC – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.04.2005 – DJ: 09.05.2005 – "Ementa: Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

A relação jurídica qualificada por ser de 'consumo' não se caracteriza pela presença da pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor) e de um fornecedor, de outro – Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidente a relação de consumo – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas [...].

No mesmo sentido: STJ – 3ª T – REsp 684.613/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.06.2005, DJ: 01.07.2005, p. 530.

³⁶ Paulo Duarte (op. cit., p. 682, nota 81) explica que a "coloração teleológica" permite que se diga, do ponto de vista metodológico, "que se trata de uma verdadeira extensão teleológica", remetendo, sobre a caracterização deste instrumento de integração da lei, a Karl Larenz (1997, p. 564-569).

perante situações objectiva e valorativamente idênticas – em violação do princípio jurídico fundamental que, em desenvolvimento da idéia de justiça, determina a necessidade de tratar igualmente o que é objectivamente igual e desigualmente o que é objectivamente desigual” (ibidem, p. 683-684).

Na discussão sobre o enquadramento, ou não, no conceito de consumidor, do empresário ou profissional que contrata a aquisição ou utilização de produtos ou serviços com finalidade diretamente ligada ao âmbito de sua atividade negocial, industrial ou empresarial, sempre que se revelar sua inferioridade ou debilidade econômica ou técnica em relação à parte predisponente das condições gerais do contrato, que lhe impediu de influir na formação do conteúdo do regulamento contratual (exercício da liberdade de conformação do conteúdo do contrato) – como ocorre com o contraente consumidor, que simplesmente adere a essas cláusulas predispostas, exercendo apenas a liberdade de decisão de contratar –, deve-se sempre invocar o princípio jurídico nuclear que impõe se regulem de modo idêntico realidades substancialmente idênticas.

Cláudia Lima Marques (1998, p. 68) parece comungar do mesmo entendimento, ao dizer que a regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os *consumidores equiparados*, os quais, por determinação legal, merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencherem as qualidades objetiva (vulnerabilidade) e subjetiva (destinatário final), *mesmo que não preencha a de destinatário final econômico* do produto ou serviço (grifos nossos).

A nosso ver, o mesmo raciocínio se aplica à interpretação da norma do art. 29 do CDC (noção de consumidor por equiparação), como já salientamos neste ensaio, sob pena de se desvirtuar a aplicação do CDC, estendendo-a àqueles que, em razão de seu poderio econômico, não podem enquadrar-se entre os destinatários de suas normas, que são as pessoas (físicas ou jurídicas) carecidas da proteção do CDC.

Para eles basta o Código Civil, o Código Comercial e as disposições de outras leis, editadas para proteger, ordinariamente, os que ostentam poderes econômicos equivalentes, como se dá entre duas grandes empresas (*verbi gratia*, entre uma montadora de veículos e um banco, entre uma empresa aérea e uma indústria de grande porte econômico).

A dilatação do campo extensivo do conceito de consumidor nos moldes ora postos não afronta o espírito do Código de Defesa do Consumidor, que é o de conferir proteção aos contraentes mais fracos ou desiguais na relação jurídico-contratual que estabelecem com as empresas que predispõem unilateralmente as cláusulas do contrato e lhas impõem. Descabe falar, assim, como fazem alguns autores, no desvirtuamento desse diploma consumerista ou numa extensão que “constituiria o joio destruidor da autonomia do Direito do consumidor” (DUARTE, 1999, p. 684). Portanto, para concluir, somos francamente favoráveis à extensão nos modos anteriormente assinalados.

ZANELATO, M. A. Legal notion of consumer. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 255-276, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** In the studies herein, the notion, concept or legal definition of consumer is covered, from CDC normative texts which acknowledges four definitions of consumer, a standard or in its strict sense, and three others by equalization, in order to offer it a broader coverage: it relates to both the person, individual or legal entity, who individually, performs the acquisition or use of products and services, as well as the collection of people, even if not possible to being determined, who suffer the practice of a harmful or dangerous action to its interests or legal assets, so that they are entitled to a collective injunction; it also covers all people, whether they can be determined or not, simply exposed to abusive commercial practices, to misleading or abusive advertisement, to listed abusive practices, as exemplified in Paragraph 39 of CD – abuse of collection of debt, etc. The analysis of these concepts of consumer is carried out mainly according to doctrinaire and legal texts, in a comparative perspective to the concepts of consumer presented in normative texts from States

members of the European Union and other countries, discussing the matters of a company as a consumer, when it acts with a purpose strange or not to its business, industrial or professional activity, under subjective or objective perspective, with predominance of the former over the latter, in an attempt to delimit addresses of consumer protection rules to those people who are, actually vulnerable, before, during and after concluding a contract.

• **KEYWORDS:** Consumer Law. Consumption Law. Consumer-Protection Law. CDC. Consumption relationship. Consumer. End addressee. Addressee. End consumer. Intermediary consumer. Product. Service. Notion or legal concept of consumer. Concept of standard consumer. Concept of consumer in terms of equalization. The company as a consumer.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- _____. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALPA, Guido. La legge sui diritti dei consumatori e delle loro associazioni. In: *Codice del consumo e del risparmio* (a cura de Guido Alpa). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999. p. 137-147.
- _____. *Il diritto dei consumatori*. Seconda edizione. Roma-Bari: Laterza, 1996.
- ALPA, Guido; CHINÉ, G. Consumatore (protezione del) nel diritto civile. In: *Digesto IV*, v. XV Civile. Torino, 1997. p. 541 e ss.
- ALVISI, Chiara. Alcune riflessioni sul recepimento della Diretiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 nel regno unito ad opera dell'unfair terms in consumer contracts regulations 1994, sí 1994/3159 del 14.12.1994, entrata in vigore il 1º luglio 1995. In: RUFFOLO, Ugo (Coord.). *Cláusula "vessatorie" e "abusiva". Gli articoli 1469-bis ss c.c. e i contratti con consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 1977.
- AMARAL JR., Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AMIGO, Manuel Garcia. *Leciones de Derecho civil. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

ARCHAMBAULT, Nicole. *Champ d'application de la loi sur la protection du consommateur* (1980-1981) 54 *F.P du B.* 1-656, 5.

BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* [Ada Pellegrini Grinover et al.]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BERCOVITZ, Alberto. Ambito de aplicación y derecho de los consumidores. In: BERCOVITZ, Alberto; BERCOVITZ, Rodrigo. *Estudios sobre protección de los consumidores*. Madrid, 1987.

_____. *Comentario a la Lei General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid, 1992.

BLACK'S law dictionary by Henry Campbell Black. 6. ed. United States, 1990. (Contribuição de Joseph R. Nolan et al.).

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Story Scientia, 1988.

_____. O conceito jurídico de consumidor, excerto do livro *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Story Scientia, 1988, rev., mod. e atual. Trad. de Ana Lúcia Amaral. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 7-51.

CALAIS-AULOY, Jean. Les clauses abusives en droit français. In: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*. Actes de la table ronde du 12 décembre 1990, sous la direction de Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1991.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 4e édition. Paris: Dalloz, 1996.

CAUSSE, Hervé. De la notion de consommateur. In: *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*. Actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims. Direction J. Calais-Auloy et Hervé Causse. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa et al. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaíos e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CORNU, Gérard. *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*. Travaux de L'Association Henri Capitant, Journées Canadiennes de 1973, *La protection des consommateurs*, Paris, 1975.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor. In: *Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXV, p. 649-700, 1999.
- FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* [Ada Pellegrini Grinover et al.]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GARCIA, Gema Botana. Noción del consumidor. In: GARCIA, Gema Botana; MUÑOZ, Miguel Ruiz (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid, 1999.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del consumidor. Ley 24.240*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 1993.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. In: VIDIGAL, Geraldo (Coord.). *Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: IBCB, 1991.
- L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4e édition, Québec: Les Éditions Yvon Blais, 1993.
- LÓPEZ, Javier Pagador. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOWE, Robert; WOODROFFE, Geoffrey. *Consumer law and practice*. Fourth edition. Londres: Sweet and Maxwell, 1995.
- MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MARLEIX, P. et al. *Le code de la consommation*. Édition commentée. Paris: Éditions Prat, 1996. p. 114 e ss., especialmente o cap. II.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o "direito civil geral e social"? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 3, jul./set. 2000, p. 269-274.
- _____. Relações de consumo na pós-modernidade: em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29 do CDC. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 95-129, mar. 2001.
- MASSOL, Georges et al. *Loi sur la protection du consommateur. Texte annoté*. 5e éd. Société québécoise d'information juridique. Québec, 1993.
- MEUNIER, Pierre B. *La nouvelle loi du Québec sur la protection du consommateur – Loi 72, 1979*, Meredith Mem. Lect. 1-25, 8.
- MEYERS, Albert L. *Elementos de economia moderna*. Trad. brasileira. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1962.
- NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- PIZZIO, Jean Pierre. *Code de la consommation*. 2e éd. Paris: Montchrestien, 1996.
- RUFFOLO, Ugo. *Clausole "vessatorie" e "abusiva". Gli articoli 146-bis ss. C.c. e i contratti con consumatore*. Milano: Giuffrè Editore, 1997a.
- _____. *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del Codice civile*. Coord. de Guido Alpa e Salvatore Patti. Milano: Giuffrè Editore, 1997b.
- STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rúben. *Derechos y defensa de los consumidores*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994.
- VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor – sua abrangência. In: _____ (Coord.). *Lei de Defesa do Consumidor*. São Paulo: IBCB, 1991.
- WALD, Arnoldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. In: VIDIGAL, Geraldo (Coord.). *Lei de Defesa do Consumidor*. São Paulo: IBCB, 1991.

Ministério Público Vocacional

Gilberto GIACOIA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A lógica do poder e a vida. 2 Ministério Público Social. 3 exortações aos novos desafios. Conclusão. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** O presente ensaio, despretensioso e sumário, além de demasiadamente genérico, objetiva focar, do ponto de vista de sua natureza subjetiva, a vocação para o exercício do Ministério Público, na dimensão de sua dignidade e na linha de sistematização imposta pelas alargadas funções sociais hoje lhe conferidas, sem, contudo, maior preocupação científica, guiando-se mais pela declinação, quase que em forma de ode, do conteúdo impulsor e realizador do que move o sutil mecanismo sensitivo de seus agentes, do raio ao caso de sua jornada. Parte-se de um recorte crítico da compreensão do poder, enquanto instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de controle social, tradicionalmente conferido à Instituição com base na promoção da pretensão punitiva estatal, no propósito de ruptura dessa barreira em direção à fronteira de sua verdadeira e não meramente aparente missão constitucional.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Pessoa humana. Dignidade. Direitos humanos. Vocação. Justiça Social. Poder.

Introdução

Na auspiciosa perspectiva de retomada de tão destacada quanto qualitativa publicação, *Justitia*, absolutamente identificada à trajetória do Ministério Público brasileiro, notadamente, em dado momento histórico, de seu nuno tutelar, o Ministério Público paulista, depositário de tantas tradições e corajosas tendências na defesa dos valores sociais mais caros, nada mais natural por parte de quem sempre se identificou, tal qual se identifica qualquer verdadeiro promotor de justiça, como o orador que fala com os sentimentos mais fundos de sua

legada vocação ministerial, que ofertar um ligeiro esboço dessas emoções compartilhadas ao longo do tempo, extraídas da consciência de uma função honradamente cumprida, a serviço do nosso povo e da nossa gente.

Não há, aqui, escorço histórico ou sistematização estrutural, portanto, rigor científico de ordenação de um texto jurídico, com a profundidade dos similares que se dispõem a tratar do regime orgânico institucional. Mas excertos esparsos que contemplam o entusiasmo, o civismo, o apego ético espraiando-se e expandindo-se nos gestos, nas palavras, nas atitudes, na determinação e, muitas vezes, no recolhimento e segregação desses tantos quantos agentes políticos de transformação de nossas mazelas, tentam cada vez mais interferir intensa e positivamente na realidade social.

Chama-se atenção, sobretudo, para a crescente percepção e o acompanhamento da consciência popular pátria quanto à evolução de seu Ministério Público, a partir do desenvolvimento histórico de seu perfil, de modo a compreender no promotor de justiça, para além de uma mera *encarnação tangível da lei*, consubstancial à própria coletividade em causa, instrumentação para os analfabetos sociais de ofício no sentido de carência de seus direitos fundamentais, de modo a ocupar, definitivamente, a tribuna da defesa pública do construto da cidadania.

Vale-se, então, de conciso recorte crítico da lógica do exercício do poder, no afã de permitir o alcance às novas formas de atuação ministerial, muito

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor titular da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, que integra a Universidade Estadual do Norte Pioneiro do Estado do Paraná, nos cursos de Graduação e Pós-graduação, sendo este último Mestrado em Ciência Jurídica. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PO.

mais identificadas aos compromissos ético-institucionais, e que, de perto e intensamente, tocam e movem as novas vocações.

Busca-se, pois, refletir sobre essa complexa problemática social com a simplicidade apenas de um exemplo centrado nas tendências modernas de uma instituição que assumiu, afinal e claramente, o que se pode considerar certo discurso libertário em direção aos direitos humanos.

1 A lógica do poder e a vida

Como já colocado em outra ocasião e em diferente contexto, conquanto num viés filosófico muito mais profundo e com uma configuração conceitual muito mais cirúrgica, é a partir do pensamento foucaultiano e de sua investigação mais instigante, até pela maturidade da preocupação, já próximo ao fim da vida, apresentar-se ele seminal para a colocação temática que aqui se pretende encaixar.

No ponto que interessa mais apropriadamente à presente divagação, Foucault (apud GIACOIA JUNIOR, 2005, p. 620) ponderou:

Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico. Ora, a estatização do biológico implica, naturalmente, a inscrição da vida nua na esfera de decisão da soberania – e, com isso, que vida e morte deixam de ser considerados meros fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se focalizam foram do campo político [...] Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana.

Se é certo ter a visão aristotélica da natureza gregária da pessoa humana servida ao patamar sobre o qual se edificaram muitas de suas estratégias políticas, com Foucault, *o homem moderno é um*

animal em cuja política está em questão sua vida de ser vivente.

Com isso explica ele o movimento de passagem, na sociedade ocidental do século XIX, do sistema de poder meramente disciplinar para uma nova tecnologia de poder a que denomina biopoder considerada não disciplinária porque, na interpretação de Oswaldo Giacoia Junior (op. cit., p. 622-623),

[...] não se dirige *prima facie* para os corpos individuais, com o propósito de vigiá-los, treiná-los, utilizá-los, intensificar suas forças e rendimentos, inclusive puni-los, como o fazem as disciplinas. O bio-poder toma a seu encargo a espécie, o homem como ser vivo, a massa global de uma população, sobre cujos processos e ciclos biológicos (como a natalidade, a morbidez, a mortalidade, por exemplo) ele intervém para controlar, normatizar, regulamentar [...]. Trata-se de um tipo de poder em que o fundamental não é mais a segregação, sob a forma do banimento e do degredo, “um poder não tem que traçar a linha que separa as pessoas que obedecem, os inimigos do soberano; ele opera distribuições em torno da norma. Não quero dizer que a lei se apague, ou que as instituições de justiça tendem a desaparecer; mas que, doravante, a lei funciona sempre como norma e que a instituição judiciária se integra cada vez mais a um continuum de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são, sobretudo reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia do poder centrado sobre a vida”.

Nessa mudança paradigmática, criticamente voltado ao papel tradicional desenvolvido pelos grandes aparelhos estatais, como instituições de poder, no asseguramento e manutenção das relações de produção, Foucault nos explica como essas novas técnicas de potestade envolvem todos os níveis do corpo social passando a ser utilizadas por instituições muito diversas (família, escola, polícia, administração pública). Dessa forma, operando e sustentando o jogo de forças dos processos econômicos, mostra, assim, em que condições se dá essa

mudança nos modos de acumulação jurídica da riqueza e, em conseqüência, a utilização do instrumental do direito à especial tutela desses recursos de modo a permanecerem em mãos de poucos, para tanto, denunciando a principal função estratégica, por exemplo, da pena criminal: aquela que consiste verdadeiramente na produção da delinqüência.

Com esse mesmo recorte e buscando justificar como essa gestão política da vida natural pelos grandes aparelhos do Estado se faz na linha de imediato enquadramento no ordenamento jurídico-político da pretensa cidadania, manifesta-se o filósofo italiano Giorgio Agamben (2002, p. 134), em texto de viva atualidade e importância citado no mesmo estudo de Oswaldo Giacoia Junior (2005, p. 624). E como desdobramento das idéias deste notável pensador acerca do Estado de exceção, conclui Vera Karam de Chueiri (2005, p. 93-107):

Neste limiar em que vivemos, no qual a ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida, não nos cabe reivindicar a volta ao Estado de direito, já que os próprios conceitos de Estado e direito estão em questão. Cabe, pois, no limite da tensão provocada pelo Estado de exceção pensar no que articula vida e direito, anomia e nomos, autoritas e potestas. Desmascarar tal articulação não restitui o Estado à sua condição original, mas abre possibilidades para uma ação política comprometida e, neste sentido, crítica.

Por isso mesmo Hannah Arendt (apud LAFER, 1988, p. 91), em seu genial vislumbre, já anunciara que

[...] o fenômeno da liberdade ver-se-ia obscurecido se todo o campo da ação humana viesse a ser identificado com a cognição, pois neste caso o despotismo da verdade faria com que tudo resultasse, conjunta ou separadamente, ou da causalidade da motivação íntima dos protagonistas, ou do princípio geral de causalidade que regula o mundo dentro do qual se inserem os protagonistas.

Pois percebera o valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem da vida em sociedade, encontrando sua expressão jurídica mais significativa no postulado dos direitos fundamentais. Daí concluir que o poder não precisa de justificação, mas requer legitimidade.

Transpostos esses pensamentos para a realidade latino-americana, mais particularmente voltada para a história de nossa formação social (brasileira), caracterizada, culturalmente, pelo signo das desigualdades e da privação de bens e direitos correspondentes às necessidades humanas fundamentais e aos direitos delas defluentes, ressaem as agudas imperfeições e distorções do instrumental normativo de que se servem os aparelhos estatais para sua inspiração ideológica, mesmo a despeito de uma aparente vocação humanista.

Como bem assenta Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 36), buscando uma explicação histórica: “Durante o transcurso da colonização das nações latino-americanas, predominou a reprodução de uma cultura humanista anacrônica e de um aparato jurídico corporativo, patrimonialista e repressivo”. Lançando o grande desafio da modernidade em repensar e transcender “o humanismo de tradição clássica e européia, edificando o novo humanismo pós-metafísico, aquele almejado pelos povos latino-americanos, um humanismo do homem concreto, que se constrói de baixo para cima”.

Impende, nesse quadro, até para justificar o recorte tópico que aqui se faz, desse rico veio filosófico, de uma questão meramente dogmática, no contexto de um constitucionalismo temperado como ingrediente de *implementação das utopias do direito positivo*, na feliz expressão de Lenio Streck (2002, p. 25-64), já por entender a Constituição como explicitação do contrato social, aliás, a própria refundação do pacto social.

2 Ministério Público Social – exortações aos novos desafios

Pois bem! Nesse novo *constitucionalismo*, opera-se, por inevitável, por força de uma nova teoria dirigente a uma estrutura estatal moderna, rigorosamente de nova conformação e preponderantemente voltada à efetividade dos direitos sociais, a inserção

capitular do Ministério Público dentro de um perfil bem diferente, inclusive um tanto afastado de suas origens, muito mais vocacionado à doutrina dos direitos humanos, a partir da idéia modernamente defendida

[...] da necessidade de instituições independentes, paralelas aos tradicionais poderes de Estado, e com a missão de tutelar os direitos fundamentais, fiscalizando o cumprimento por parte do poder estatal das previsões constitucionais e legais, e exigindo a cessação e reparação de eventuais ilegalidades ou abusos de poder ao Poder Judiciário. (MORAES, 1997, p. 53)

Portanto, ao orbitar em torno dos demais poderes, uma vez superada a estanque e hoje inoportável divisão tripartite, coube-lhe, precipuamente, na nova ordem constitucional, a condição de defensor dos direitos e garantias fundamentais, reservando-se a ele, assim, destacada atuação na efetividade dos direitos humanos, por ter recebido a especial incumbência, além de suas funções tradicionais, de proteção do *status constitucional* do indivíduo, na dimensão de sua dignidade.

Não é demais lembrar, nesse quadro evolutivo, que o Ministério Público sequer vinha citado pelos tratadistas constitucionais clássicos, no Brasil, por exemplo, Sampaio Dória, Pinto Ferreira, entre outros. Até porque, como sabido, seu maiúsculo *status constitucional* só bem mais recentemente se deu. A Carta Republicana de 1891 nem mesmo o mencionava de modo direto, referindo-se somente à designação de um dos membros do Supremo Tribunal Federal como Procurador-geral da República, embora uma lei infraconstitucional anterior, de 1890, já o

[organizasse] como instituição. A Constituição de 1934 é que o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais, reservando-lhe a de 1946 um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluía numa seção do capítulo do Poder Judiciário e sua Emenda 1/69 voltava a situá-lo entre os órgãos do Poder Executivo (1990, p. 504).

Portanto, é o atual texto que lhe dá o relevo de instituição estatal permanente e essencial, retirando-o das sombras que o encobriam o telhado ditatorial e das contradições de um processo de estruturação manipulado, na essência, pelos objetivos meramente aparentes do sistema penal.

Incumbido, tradicionalmente, da produção de acusações contra as pessoas situadas nos escalões inferiores da estrutura social, relevando-se muito mais esse viés de sua atuação, via-se o Ministério Público operar preponderantemente pela funcionalidade disfarçada das elites econômicas e políticas, buscando nos colocar muito aquém da civilização e da verdadeira política. Ofuscado pela falsa percepção dos mecanismos de ativação judicial e da própria atividade paralela e dogmática da jurisdição, pela rigidez dos conceitos então imperantes, contentava-se em desempenhar o papel principal de ator burocrata no processo, de acrítico aplicador do direito, preso à letra fria da lei, distante da realidade social para a qual se dirigia.

Porém, ao ganhar autonomia funcional e singular *status* institucional, em sintonia com o mundo democrático – portanto, muito ao contrário do que alguns pregam tratar-se de uma anomalia jurídica ou de um fenômeno meramente local –, adquiriu posição que lhe permite o desempenho eficaz da função de controle dos demais poderes, especialmente de Executivos hipertrofiados.

Transpôs a representação daquela teatralidade cênica em contraposição à tragédia experimentada pela sociedade brasileira e, assim, passou a ser conduto da cidadania, voz de afirmação do Estado Democrático de Direito, preocupado, agora, em levar ao Judiciário uma interpretação da lei de cunho muito mais social que formal, quando, independente, tornou-se apto a atuar decisivamente para fazer prevalecer o *governo das leis* sobre o *governo dos homens*.

Para tanto, contribuíram a expansão da administração pública e o redimensionamento das funções estatais que acabaram por abrir amplos espaços para ilegalidades, abusos e corrupção capilarizada, de modo a concentrar ainda mais os privilégios e a distanciar a população excluída, amazonicamente, dos benefícios produzidos pela sociedade.

Isso aumentou, decididamente, a necessidade e mesmo imposição de o Ministério Público gozar de independência capaz de protegê-lo de pressões políticas e injunções econômicas, pois, sem garantias para o cumprimento de sua missão, a instituição torna-se inócua, dócil diante dos poderosos, e complacente com a ilegalidade.

Dessa forma, com aquela visão mais crítica do sistema penal, a posição moderna do Ministério Público não é obra, assim, do acaso, porquanto a ruptura do isolamento em que o fechava uma cosmética e conveniente concepção estatal decorre do clamor popular que o coloca na linha de frente a compor a arena pública de floração, de afirmação, de reivindicação e de efetivação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, que o entrega o compromisso de impedir que políticas públicas geradas pela crueza do desrespeito aos direitos humanos afrontem situações jurídicas consolidadas, reconhecidas ou mesmo meramente prometidas pelo sistema constitucional vigente.

Então, qual o perfil vocacional que poderá atender a esse chamado? Não será, certamente, aquele que se seduz pelo poder enquanto poder, embora com um novo figurino, mas impregnado de similar coronelismo político, com matreira habilidade midiática na exposição desnecessária de pessoas e valores. E sim o de protagonista de uma nova agenda social composta por políticas públicas efetivamente comprometidas com a doutrina dos direitos humanos. Preocupado em alargar o acesso popular ao Judiciário, trazendo para a arena jurídica um novo jeito de operar o Direito, da ótica das questões realmente relevantes para a sociedade, sob o signo da Justiça Social, por meio do dístico multifário e difuso.

O Ministério Público que queremos e que estamos edificando, pois, com férrea determinação e invulgar coragem, não é um Ministério Público acomodado à sombra das estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, e intransigente e implacável somente com os fracos e débeis. Não é um Ministério Público burocrático, distante, insensível, fechado e recolhido em gabinetes refrigerados. Mas é um Ministério Público vibrante, desbravador, destemido, valente, valoroso,

sensível aos movimentos, anseios e necessidades da Nação brasileira. É um Ministério Público que caminha lado a lado com o cidadão pacato e honesto, misturado a nossa gente, auscultando os seus anseios, na busca incessante de Justiça Social. É um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência. Um implacável protetor dos valores mais caros da sociedade brasileira.

Se é a violência que grassa, tornando o homem presente um refém de seu próprio tempo; se é a fraude que se generaliza, transformando o nosso País no reino da malícia, da esperteza e do enriquecimento ilícito; se é a miséria a se instalar no entorno dos centros urbanos e na distância dos campos com toda sua vasta e nefasta gama de conseqüências; se é, enfim, a despeito da complexidade cada vez maior das relações sociais e do sofisticado avanço tecnológico, uma sociedade cada vez mais contraditória e desigual que se enxerga na janela de nossa realidade; ressaí a extraordinária importância do Ministério Público no enfrentamento dessa realidade adversa. Do contrário, o promotor de justiça vocacionado seria como um cantor sem voz, ou um pintor cego, ou um músico absolutamente surdo. Porque não está se forjando, ao longo do tempo e da evolução institucional, sob o fremir das insanas batalhas sociais, nem sua têmpera advém dessa renhida e incansável porfia. Não vê o vermelho de nossas insígnias como símbolo do aguerrimento que nos anima. Não escuta soar o alarme para a luta no meio social, nem se importa em erguer a coluna na posição vertical, que é a que o poeta latino dizia ser a própria postura de Deus. Não se coloca como legítimo defensor da sociedade, não cuida de desensarrilhar as armas, pronto para deflagrar o bom combate, como guerreiro moderno de uma guerra santa, em que a arma é a lei e a Justiça a boa causa.

Não, positivamente, não são olhos de ver a vocação ministerial. O século que se findou foi o século da dúvida, da descrença, da desesperança. A angústia passou a ser o método; o desespero, a situação; o malogro, a meta. No discurso cristão, extraído dos

sermões de José de Castro Nery, definiu-se o homem contemporâneo como um naufrago a brucejar em pleno oceano, sem a mínima possibilidade de terra firme, não sabendo ainda se deve prosseguir o nado inútil ou mergulhar para sempre no abismo de seu próprio desalento. O econômico é, sem dúvida, um dos dados do problema contemporâneo. Quer, no entanto, transformá-lo no essencial ou único, só nos tempos atuais. Muito antes que Marx e Engels erguessem o galhardete revolucionário, o próprio Cristo, da montanha da bem-aventurança, já programava seu ideal por Justiça Social.

É justamente nele que se inspira o Ministério Público Social. Mas, mesmo independente dessa matriz cristã, é com a visão crítica do sistema que devemos orientar uma nova atuação institucional, movida por diferentes tendências e com alargados objetivos, ainda que sem descurar de sua força motriz de origem.

Não há como praticar o Ministério Público Social em pseudodemocracias, nas quais os povos, ou como pitorescamente se ousou denominar, as massas, continuam apenas aparentemente soberanas, aceitando-se o rebaixamento da pessoa humana, aviltando-se sua dignidade pessoal, convivendo-se com a corrupção das elites, com a onipotência dos números e o esquecimento dos nomes, com o ocaso da vontade popular.

É desse cuidado ético que se deve revestir o novo vocacionado aos quadros do Ministério Público brasileiro, com a consciência de que sua missão vai muito além da do intérprete positivista dos interesses gerais na punição dos criminosos e dos *fora-da-lei*, mas de tradutor privilegiado dos interesses supremos da sociedade, sintetizados no ideal da fraternidade, portanto, responsável direto pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade da Justiça Social.

É, pois, de orientações provocadoras como a do filósofo Ronald Dworkin, quando afirma que *os direitos são melhores compreendidos como trunfos* (1984, p. 153), *pois devem prevalecer sobre outras justificações que fundam decisões políticas e metas a serem atingidas pela sociedade* (VILHENA, 1999, p. 25), que deve brotar a seiva de nossa inspiração político-institucional.

Vê-se, com esse ligeiro exemplo, ainda que de um só lado e sob enfoque insignificante em contraste com a problemática filosófica que marcou a introdução deste singelo ensaio, ser possível aperfeiçoar ainda mais o mecanismo de elaboração legislativa que marca a atuação institucional do Ministério Público brasileiro, acompanhando-o, passo a passo, inclusive em seu toar hermenêutico, voltado à sua adaptação aos verdadeiros fins sociais que o inspiram, no centro do qual deve estar sempre a pessoa humana na dimensão de sua dignidade.

Afinal, é nosso direito sonhar com um mundo melhor e mais justo. E, sendo compatível com esse sonho, o norte constitucional brasileiro de construir uma *sociedade justa, livre e solidária*, então, o Ministério Público Social é um dever a ser de todos e por todos exigido. Pois, com José Ingenieros (1936, p.146), se pode dizer:

Ser digno significa não pedir o que se merece: nem aceitar o imerecido.

Conclusão

Se o poder disciplinar na forma como tradicionalmente exercido pelos aparelhos estatais sofre, especialmente nos países de modernidade tardia como o nosso, crônica crise de efetividade e, sobretudo, legitimidade, o biopoder esboça uma nova técnica de poder que, embora sem abolir a outra, a modifica substancialmente porque opera em outro nível e escala, com importância crescente *da norma que distribui os seres vivos num campo de valor e utilidade* porque se trata de uma tecnologia centrada na vida.

A realidade latino-americana nos leva à compreensão da influência concreta desse fenômeno voltado ao homem latino-americano em sua especificidade de ser vivo, sujeito e objeto de si mesmo, com uma historicidade própria, ainda que, como herança de uma cultura jurídica anacrônica, se volte mais a um aparato instrumental de poder preponderantemente repressivo.

Tais reflexões devem nortear a compreensão do alargamento das funções institucionais do Ministério Público brasileiro, na tutela dos mais relevantes valores sociais, especialmente no quadro alarmante que se apresenta de proliferação de leis penais,

orientando sua lúcida atuação guiada, agora, por vetores que nos auxiliem a formular melhor nossas próprias questões – afastadas da influência de uma comunicação midiática sensacionalista e inflacionária do cenário de insegurança e intranquilidade social –, de modo a melhor identificar a natureza, extensão e essência dos impasses e encruzilhadas que compõem uma sociedade brasileira disforme e marcada pelo recrudescimento de uma incontornável conflitividade de castas, massas e coletividades corporativas, no seio da qual deve o Ministério Público desempenhar, crescentemente, importância fundamental na efetivação dos direitos fundamentais.

É essa a característica que nos leva ao encontro dos anseios sociais e que nos contempla com a confiança e a credibilidade do povo brasileiro.

Não se trata apenas de uma visão moderna. Já o cognominado *Príncipe dos promotores de justiça*, eterno professor Roberto Lyra, idealizava a transformação do Ministério Público em Ministério Social. preocupado não somente com as ilegalidades, mas, sobretudo, com as injustiças. Os privilégios, os pesos e medidas desiguais são inconstitucionais. O Ministério Público Social evoluiria para assumir a responsabilidade daquilo que é mais significativo na ordem jurídica – a paz social pela Justiça Social –, tarefa máxima da democracia na conjuntura atual por que passa a humanidade. O Ministério Público Social procurará não só dar a cada um o que é seu, mas muito mais que isso, acudir a quem nada tem de seu, a quem quer – mas não pode – viver honestamente, a quem, apesar de tudo, não prejudica ninguém.

E, ao iniciar seu Manual da Promotoria Pública (LYRA, 1937), invoca Carlos Süsskind de Mendonça, na citação com que, aqui, se conclui:

Nada do triste, do amoral, do dessfibrado acusador systemático dos outros tempos.

Nem do grotesco defensor da sociedade apegado a chavões estafados e abstrações estereis.

Órgão humano, sensível às menores vibrações da vida, suficientemente senhor da dignidade do

seu cargo para não compromete-lo com melindres caricatos nem contemplações peccaminosas, incompatíveis ambos com a compreensão serena e honesta do dever...

GIACOIA, G. Vocational Public Ministry [Ministério Público, Brazilian Public Prosecution Service]. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 279-286, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This unpretentious and summary essay, in spite of being overly generic, intends to address the vocation for the Public Ministry from the point of view of its subjective nature, in the dimension of its dignity and in the line of systematization imposed by is currently amplified roles in society, without, however, further scientific concerns and more oriented by a consideration, almost as an ode, of the driving and achieving content of what moves the subtle sensitive mechanism of its agents, from the beginning to the end of their journey. We begin from a critical view of the understanding of power as an instrument of maintenance and repetition of the mechanisms of social control, which traditionally conferred to the institution based on the pursue of the State's desire to punish, aiming at breaking such barrier towards the frontier of its genuine, and not merely apparent, mission in the Constitution.

• **KEYWORDS:** Public Ministry. Human being. Dignity. Human rights. Vocation. Social Justice. Power.

Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 134. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. A construção do saber jurídico no século XXI. XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político*

co e o jurídico. Crítica da modernidade – diálogos com o Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e bio-poder. XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. A construção do saber jurídico no século XXI. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GASSET, José Ortega y. *Que é filosofia?* Trad. bras. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971.

GIACOIA, Oswaldo J. *Direitos humanos e bio-poder*. In: XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. A construção do saber jurídico no século XXI. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

INGENIEROS, José. *O homem medíocre*. As Grandes Obras. Edições Cultura Moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LYRA, Roberto. *Promotoria pública*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Jacintho, 1937.

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

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. São Paulo: Atlas, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2002.

VILHENA, Oscar Vieira. Direitos humanos 50 anos depois. In: *Dialogando sobre Direitos Humanos*. Cadernos de Direito e Cidadania I, São Paulo: Artchip Editores, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. In: *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

O Princípio da Obrigatoriedade e o Ministério Público

Hugo Nigro MAZZILLI*

• **SUMÁRIO:** 1 Direito ou dever de ação? 2 O dever de agir no processo penal e no processo civil. 3 O conteúdo do dever de agir ministerial. 4 A desistência no processo penal. 5 A desistência no processo civil. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Para o Ministério Público brasileiro, existe antes o *dever de agir* do que o *direito de ação*. Esse dever é tanto mais explícito na esfera do processo penal, mas não deixa de também estar presente no processo civil. O dever de agir consiste em que, identificando a hipótese em que a lei lhe imponha uma atuação, o Ministério Público deverá, conforme o caso, propor a ação pública ou intervir no processo, não se admitindo não o faça, salvo quando a própria lei lhe consinta essa opção, mas, nesse caso, a falta de atuação do Ministério Público deve submeter-se a um sistema adequado de controle. Quanto à desistência da ação ou do recurso, a lei a proíbe expressamente na esfera penal; na esfera civil, porém, não existe igual vedação. Entretanto, os atos de desistência do Ministério Público no processo civil são excepcionais e devem ser cercados de cautela e revistos por meio de um sistema de controle próprio. Em conclusão, o princípio da indesistibilidade da ação pública pelo Ministério Público não recebe idêntico tratamento na esfera penal e na esfera civil.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público brasileiro. Princípio da obrigatoriedade. Princípio da legalidade. Princípio da indesistibilidade. Dever de agir. Direito de ação. Desistência da ação. Desistência do recurso. Processo civil. Processo penal. Ação civil pública. Ação penal pública.

1 Direito ou dever de ação?

É comum dizer-se que, quanto ao Ministério Público, não se pode falar em *direito de ação*, mas sim em *dever de agir*. Assim, por exemplo, quando o art. 81 do Código de Processo Civil (CPC) faz alusão

ao “direito de ação” do Ministério Público, estaria, na verdade, querendo referir-se ao seu “dever de agir”. Nesse sentido é o ensinamento de Hélio Tornaghi (1976), ao comentar o dispositivo já mencionado do CPC:

[...] a rigor, e ao contrário do que acontece com o particular, o Ministério Público tem por vezes o dever e não apenas o direito de agir. Tem razão o Código ao dizer que ele *exercerá*, isto é, deverá exercer. Mas por isso mesmo não é feliz ao falar indiscriminadamente em *direito de ação*.

A idéia de que o Ministério Público é obrigado a agir funda-se em última análise no princípio da legalidade, que, entre nós, alcançou seu mais alto grau na esfera penal.

Ao dissertar sobre o princípio da legalidade no processo penal, amparado em lição de Siracusa, José Frederico Marques (1976) comenta as diversas soluções existentes no Direito comparado, e anota que

[...] dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica, de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária

* Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito.

da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal.

2 O dever de agir no processo penal e no processo civil

Vejam os mais detidamente o que ocorre na legislação processual penal brasileira. Se, embora presentes os pressupostos que autorizariam ou até exigiriam a propositura de uma ação penal pública, o membro do Ministério Público assim mesmo violar o dever de agir, o Código de Processo Penal (CPP) admite a intervenção do juiz, que pode recusar o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e propor ao chefe do *parquet* que reveja a proposta de arquivamento formulada pelo promotor de justiça (art. 28).¹ A lei mais uma vez consagra de maneira expressa o princípio da obrigatoriedade quando veda que o Ministério Público desista da ação (CPP, art. 42) e, mais outra vez, quando lhe proíbe a desistência do recurso (CPP, art. 572). E, também em razão do mesmo princípio da indisponibilidade, no processo dos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público entenda ser caso de absolvição (CPP, art. 385).

Daí, foi um pequeno passo apenas para que muitos buscassem transmutar esses mesmos princípios do processo penal para o processo civil, em busca de uma aparente, embora incorreta, analogia. Se, porém, mergulharmos mais a fundo, deveremos questionar se no processo civil o princípio que deve reger a atuação do Ministério Público seria mesmo o da legalidade ou obrigatoriedade. Esse questionamento poderia ser lançado ainda mais longe, para indagarmos se, mesmo na esfera penal, a atuação do Ministério Público deveria ser sempre indeclinável e obrigatória – o que não é verdade, haja vista, por exemplo, a transação penal.

¹ O CPC de 1941 cometeu, porém, uma teratologia jurídica, pois coloca nas mãos do juiz uma atividade que não é jurisdicional, ou seja, o juiz chega ao absurdo de *pedir* ao titular da ação penal pública que promova a ação que ele, juiz, quer que seja ajuizada. Isso viola as mais elementares garantias do devido processo legal, retirando a isenção do juiz diante da propositura da ação e colocando o futuro réu na incômoda posição de ser processado a pedido daquele que irá julgá-lo.

3 O conteúdo do dever de agir ministerial

Examinemos em que consiste o dever de agir do Ministério Público.

A conhecida lição de Piero Calamandrei (1943) aponta que, mesmo quando o Ministério Público assume processualmente a posição de parte, sempre defende um interesse público, que não pode restar insatisfeito por razões de mera oportunidade; assim, se o Ministério Público se dá conta de que a lei foi violada, não se lhe pode consentir que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer que a lei se restabeleça. Se o órgão do Ministério Público nada fizesse para eliminar uma situação de ilegalidade, estaria, pois, transgredindo seu dever de ofício, qual seja, de mover-se para restauração da lei violada. Em outras palavras, não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exija sua atuação, se recuse a agir.

O ensinamento de Calamandrei deve ser entendido de maneira adequada, pois não se pode olvidar que, em alguns casos, é a própria lei que concede alguma margem de discricionariedade para a atuação do Ministério Público (como na transação penal ou na tomada de compromisso de ajustamento de conduta na área civil). Em suma, não se pode vislumbrar no dever de agir ministerial algo como uma obrigação cega e automática, pois o Ministério Público tem liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente.

Como já o temos demonstrado (MAZZILLI, 2007), se o Ministério Público *identifica a existência da lesão* em caso no qual a lei exija sua atuação, ele não pode alegar conveniência em não propor a ação ou não prosseguir na promoção da causa, o que lhe é um dever, *salvo quando a própria lei lhe permita, às expressas, esse juízo de conveniência e oportunidade*. Entretanto, se ao investigar supostos fatos que poderiam servir de base para uma ação pública, o Ministério Público se convence de que esses fatos não ocorreram, ou que o investigado não é responsável por eles, ou que esses fatos ocorreram, mas não são ilícitos – em todos esses casos –, o Ministério Público poderá deixar de agir, sem violar dever funcional algum.

4 A desistência no processo penal

Na área penal, a única razão pela qual não cabe desistência pelo Ministério Público decorre do fato de a lei expressamente a vedar. Mas, na área civil, depois de proposta a ação civil pública, se no curso desta surgirem fatos que, no entender do Ministério Público, devam comprometer seu êxito (como no caso em que creia que a ação está insuficiente, inadequada ou erroneamente proposta), o exame do cabimento de desistir ou não da ação em nada viola, em tese, o dever de agir. Com efeito, com Carnelutti (1956), sabemos que “a valoração da conveniência do processo para a tutela do interesse público, à base da qual o Ministério Público resolve acionar, não está vinculada”.

É verdade que a ação do Ministério Público é hoje, em regra geral, vinculada e não-discricionária. Assim, viola seus deveres funcionais o órgão do Ministério Público que, *identificando* a hipótese em que a lei exija sua ação, se recuse de maneira arbitrária a agir. Entretanto, nos casos em que a própria lei lhe concede discricionariedade para agir, ele poderá legitimamente agir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. Esse caráter discricionário está presente em várias situações, como quando o Ministério Público intervém no processo civil em razão da existência de um interesse público, cuja existência a ele incumbe reconhecer, pois que, caso não o faça, não haverá como defendê-lo (CPC, art. 82, inciso III); quando ele faz a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo;² quando colhe o compromisso de ajustamento de conduta em matéria de tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, § 5º); ou quando opina sobre a conveniência da venda de bens de incapazes (Código Civil, arts. 1.691 e 1.750).

Em suma, essa conclusão é mera consequência da livre valoração do interesse público pelo *parquet*: o dever de agir do Ministério Público

² Constituição Federal, art. 98, inciso I. Ainda que os pressupostos para a transação penal não sejam arbitrários, a proposta de transação penal supõe a valoração do órgão ministerial, no caso concreto.

pressupõe a valoração da existência ou da persistência do interesse público, seja para *propor* a ação, seja para nela *prosseguir*, seja para nela *intervir*. Com efeito, a instituição ministerial deve apreciar a justa causa não só para propor, como para prosseguir na ação, ou para nela agir como órgão interveniente. Essa valoração da desistência só não pode ser feita no processo penal porque a lei expressamente a vedou.

Entretanto, se os arts. 42 e 576 do CPP vedam a desistência pelo Ministério Público, não é porque a desistência do pedido ou a desistência do recurso sejam, *a priori*, incompatíveis com a atuação do Ministério Público. Ao contrário. A lei processual penal só vedou esses atos porque, se não o fizesse, princípio algum estaria a impedir a desistência ministerial e, neste caso, seriam em tese lícitos. Em outras palavras, o Ministério Público não pode desistir no processo penal não porque o direito material ou o processual que estão em jogo em tese não o permitam, mas sim porque, embora em tese se pudesse admitir a desistência, o legislador penal optou voluntariamente por vedá-la, tanto que, se não a vedasse, seria possível de ser exercitada.

E por que a vedou? No processo penal, o legislador vedou a desistência da ação ou dos recursos pelo Ministério Público porque, como é ele o titular privativo da ação penal pública, se desistisse da ação ou do recurso, estaria aberta a porta para todas as formas de pressões e impunidade, até mesmo ou principalmente nos crimes mais graves, praticados pelas mais altas autoridades ou pelos detentores do poder econômico. E como hoje, na ação penal pública, a legitimação ativa do Ministério Público exclui a de outros (sua legitimação é “privativa”, diz o art. 129, inciso I, da Constituição Federal), ninguém poderia sucedê-lo ou substituí-lo diante da desistência acaso efetuada.

Não é dogma, porém, a indesistibilidade na área penal, tanto que se admitem atos dispositivos nos crimes de ação privada, nos crimes de ação pública condicionada (como a decadência do direito de queixa ou de representação) e até nos crimes de ação pública, se de menor potencial ofensivo.

5 A desistência no processo civil

E no processo civil? Por que não caberia a tão propalada analogia com o processo penal?

Primeiro porque, ao contrário do que ocorre na ação penal pública, na esfera civil o Ministério Público não é legitimado exclusivo para a ação civil pública (na ação civil pública ou coletiva, a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva). Assim, havendo diversos co-legitimados para a ação civil pública ou coletiva, se o Ministério Público não age ou não recorre, outros co-legitimados podem agir ou recorrer (são co-legitimados ativos a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações, as associações, e até mesmo os órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica) (Lei n. 7.347/85, art. 5º, e CDC, art. 82). Em segundo lugar, a própria Lei da Ação Civil Pública admite que possa haver desistências *fundadas* da ação civil pública (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, *a contrario sensu*). E, por último, o CPC em momento algum veda atos de desistência do Ministério Público, ao contrário do que o faz o CPP.

Uma vez admitida a desistência no processo civil pelo Ministério Público, ela deverá submeter-se a mecanismos de controle adequados, sejam internos (como os órgãos colegiados competentes),³ sejam externos (como o controle do juiz do processo, que deverá homologar a desistência da ação ou do recurso, ou o controle daqueles que têm legitimação concorrente e disjuntiva).

Conclusão

Em suma, devemos concluir que o princípio da indesistibilidade da ação pública não recebe o mesmo tratamento no processo penal e no processo civil.⁴

MAZZILLI, H. N. The principle of obligatoriness and the Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service]. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 287-290, jul./dez. 2007.

³ *V.g.*, o Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da Lei da Ação Civil Pública).

⁴ Para exame em maior profundidade da promoção da ação penal pública pelo Ministério Público, ver Mazzilli (2007).

• **ABSTRACT:** The Brazilian Public Ministry has an *obligation to act* rather than a *right of action*. That obligation is more visible in the sphere of criminal procedure, but is also present in civil procedure. The obligation to act means that whenever the Public Ministry identifies a case in which the law imposes its action, it must commence a public action or intervene in the proceedings, as the case may be, and its omission is not permitted, except when the law itself provides that option; in such case, however, the omission of the Public Ministry must be submitted to an appropriate control system. Dropping the charges or appeals is expressly prohibited by law in the criminal sphere. In the civil sphere, however, there is no such prohibition. However, the cases of dropping civil proceedings by the Public Ministry are rare and should be guarded by carefulness and reviewed by its an appropriate control system. By way of conclusion, the principle of impossibility of the Public Ministry dropping a public action is treated differently in the criminal sphere and in the civil sphere.

• **KEYWORDS:** Brazilian Public Ministry. Principle of obligatoriness. Principle of legality. Principle of impossibility to drop action. Obligation to act. Right of action. Dropping action. Dropping appeal. Civil procedure. Criminal procedure. Public civil action. Public criminal action.

Referências bibliográficas

- CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1943.
- CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*, n. 98, Roma, 1956.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 88.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. cap. 4.
- _____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil, *Revista dos Tribunais*, v. 1, p. 278, 1976.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 129.132 o/3 oo, da Comarca de SÃO PAULO, em que são requerentes SINDICATO DA INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO sendo requeridos PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LIMEIRA E OUTRO:

ACORDAM, em órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CELSO LIMONGI (Presidente), VALLIM BELLOCCHI, JARBAS MAZZONI, PASSOS DE FREITAS (com declaração de voto), MARCO CÉSAR, MUNHOZ, SOARES, LAERTE NORDI (com declaração de voto), SOUSA LIMA, CANGUÇU DE ALMEIDA (com declaração de voto), MARCUS ANDRADE (com declaração de voto), CANELLAS DE GODOY, IVAN SARTORI, RENATO NALINI (com declaração de voto), VIANA SANTOS, SIDNEI BENETI, com votos vencedores, RUY CAMILO, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Relator sorteado, com declaração de voto), PENTEADO NAVARRO, OSCARLINO MOELLER, PALMA BISSON (com declaração de voto) e DEBATIN CARDOSO, vencidos.

São Paulo, 21 de março de 2007

CELSO LIMONGI
Presidente

JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO
Relator Designado

VOTO nº 19.997

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 129.132.o/3, de São Paulo

Autores: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA FABRICAÇÃO DE ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO e outro

Réus: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LIMEIRA e outro

Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos de lei municipal - Suposta antinomia destes com regras da Constituição estadual e de Lei também do Estado de São Paulo - Questão de queimadas, proibidas pela cidade - Conflito aparente de autonomias - Solução em favor das regras municipais de proteção do meio ambiente equilibrado e da saúde da população, segundo o interesse local - Ação improcedente.

O Município de Limeira editou a Lei n. 3.963, de 22 de novembro de 2005, a dispor sobre proibição de queima de canaviais e a dar outras providências (fls. 172). Mediante ação direta de inconstitucionalidade, o Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo SIFAESP e o Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo SIAESP, alegam que seu artigo 1e, "caput", e parágrafo único, atentam contra os artigos 23 e parágrafo único, item n. 14, 192 e parágrafo 1º, 193 e incisos XX e XXI, da Constituição paulista, a qual reserva ao Estado a competência para legislar acerca de meio ambiente, como o fez pela Lei n. 11.241, de 19 de setembro de 2002, em que estabelecidas possibilidade e disciplina de queima de palha de cana-de-açúcar.

O Presidente do Tribunal de Justiça concedeu a liminar requerida para suspensão da vigência e eficácia das regras em questão (fls. 183).

Solicitada a se manifestar, a Procuradoria Geral do Estado deixou de defender o texto impugnado, "verificado que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local..." (fls. 206).

Quanto à Câmara dos Vereadores de Limeira, respondeu que atuou em obediência ao princípio da predominância do interesse, com apoio no disposto no artigo 30, ns. I e II, da Constituição Federal. O predomínio de interesse estava a consistir na preservação da atmosfera contra os gases resultantes das queimadas e fuligem provocada por elas, causas de prejuízos à saúde e recursos da comunidade.

Segundo o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, improcedente a ação, porque não presentes vícios na Lei municipal, sob nenhum aspecto. Descabido se considerar que o interesse seria somente regional. O artigo 225 da Constituição Federal assegura direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A exploração econômica há de preservar a ecologia, como consta no disposto no artigo 170 da Constituição Federal.

Esse é o relatório.

A posição do eminente Desembargador Walter Guilherme, relator sorteado, à qual se juntou aquela dos ilustres pares que viram inconstitucionalidade na Lei em causa, porque tida em confronto com os mencionados dispositivos da Constituição do Estado, é merecedora do maior respeito.

Todavia, quis-me parecer que, no embate entre as autonomias dos entes federados, como lembrado pelo Desembargador Laerte Nordi, de se prestigiar a do Município, uma vez que, como anteriormente decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RT 679/204), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente não exclui a edição pelo último de normas e padrões que objetivem regular situação local como a vivida pela população de Limeira, sem condição de continuar a suportar o sofrimento causado pelas queimadas. As regras atacadas apenas complementam a lei estadual citada como violada, como, de seu lado, argumentou o Desembargador Caio Canguçu de Almeida, na medida em que adaptaram à realidade e para a defesa dos interesses locais dos munícipes a tímida proibição de queima trilhada por aquela. No voto do Desembargador Renato Nalini, ressaltado que a própria Lei estadual veda a queima de cana de açúcar, mas a tolerar leni-

ência incompatível com os danos causados à saúde dos cidadãos e à qualidade de vida, mostrando-se legítima, pois, a atuação do poder local na vedação de continuidade de pernicioso quadro.

Se se considerar de modo isolado o disposto no artigo 24 da Constituição Federal, em que se estabelece, no inciso VI, competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, não competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, haveria mesmo lugar para suposição de que os dispositivos da Lei municipal sobre proibição de queima de palha de cana-de-açúcar se mostrariam contrários à Lei Maior e também ao previsto quanto a essa matéria na Constituição do Estado de S. Paulo. O mesmo referido artigo 24, no inciso n. XII, outra vez mais com exclusão dos Municípios, volta a estabelecer competência concorrente apenas da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, com o que também sob sua regência a lei municipal a dispor sobre proibição de queima de palha de cana-de-açúcar deveria ser tida como inconstitucional, certo ainda que reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas (artigo 25, "caput").

Acontece que a Constituição Federal, no artigo 23, ns. II, VI, VII e IX, tem como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre outras atribuições, "*cuidar da saúde e assistência pública*", "*proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*"; "*preservar as florestas, a fauna e a flora*" (inciso VII) e "*promover saneamento básico*" (inciso IX).

E, bem, quer parecer não ser possível fazê-lo, isto é, cuidar o Município da saúde, da proteção ao meio ambiente, de combate à poluição em qualquer de suas formas, de preservação de florestas, fauna e flora, de promoção do saneamento básico, sem legislar a esse respeito. Não bastantes portarias administrativas ou decretos. Os cidadãos sabem que ninguém é obrigado a fazer ou a não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Por isso, em princípio, o artigo 24 da Constituição Federal não estaria, a rigor, a excluir o Município de editar regras sobre queima de palha de cana de açúcar. Mas sempre ficaria ainda pendente de res-

posta a questão sobre se ao legislar a esse respeito o Município poderia proibir, no âmbito de seu território, a queima de palha de cana de açúcar. Afinal, no que tange a legislar, a Carta Magna confere aos Municípios, dentre outros poderes, competência apenas para "*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*", bem como "*legislar sobre assuntos de interesse local*" (artigo 30).

Pretende-se que com a proibição de se queimar a vegetação em causa estaria a Lei municipal a ultrapassar as fronteiras da limitada suplementação e a contrariar as existentes leis federal e estadual específicas, que permitiriam a queima. No plano social, em decorrência, apregoados desemprego.

Contudo, entendimento mais demorado de sua leitura, sobretudo quando em linha de compatibilidade com as normas gerais, parece atuar exatamente no lado oposto, isto é, que ao invés de permitir a queima o que as Leis federal e estadual fazem é proibi-la, a começar pelo Código Florestal (artigo 27). Com efeito, nelas, a queima se toma algo excepcional, com tempo marcado para extinção, nas que, especificamente, cuidam de palha de cana de açúcar.

Assim, a proibição de queima instituída pela Lei municipal em causa, por seus objetivos, estaria, na verdade, a se mostrar em harmonia com a proclamação do constituinte, constante no artigo 197, segundo a qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido esse direito mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença. E não se pode recusar cunho social e econômico a política consistente na proibição de queima, sabido que se esta, a queima, não provoca doenças (sérias e conhecidas pesquisas indicam que sim), a verdade é que no mínimo agrava e acarreta busca de socorro ambulatorial e de outros meios de combate a seus males, com pesados ônus para as pessoas e os recursos públicos e privados com que se tem de fazer frente às exigências.

Ora, na Carta do Rio de Janeiro Sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente, redigida ao término do congresso promovido pela ONU, no ano de 1992, constou, no 11º. princípio firmado, que "*Os estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente*". Também ressaltado, no que veio a constituir

o princípio n. 15, que o critério da precaução deveria se fazer presente, de modo tal que "*Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza cientificamente absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes, em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente*".

Inegável se mostrar a queima de vegetação como algo muito primitivo, que leva a terra a ficar calcinada e o ar a se tornar poluído. Tudo isso à conta da higridez do meio ambiente, que, como verificado por cientistas de todo o mundo, já se mostra muito comprometido, de maneira que não mais possível reversão do quadro, sem prejuízo de tudo dever ser feito para que não haja agravamento. Queima agrava. Proibição de queima constitui passo em sentido oposto a agravamento. A Lei municipal, pois, conquanto editada em caráter suplementar ao disposto na Lei estadual, não estaria, sob todos os aspectos, a ofender o disposto na Constituição do Estado de S. Paulo, como também não estaria a atentar contra o disposto na Constituição da República, mas sim o contrário disso.

Não houvesse dano ao meio ambiente ou aos ecossistemas com a queima de vegetação e não teriam sido editadas leis federal e estadual a impedi-la, como visto acima, embora com toleradas exceções restritas no tempo.

Para indispensável combate aos gases que emanam das queimadas, o remédio existente é a proibição destas, outra solução para o problema não existe. E "Em relação à saúde não se admitem compromissos", segundo a ciência (cf. citação de FELIX RICHTER em "Crimes Contra a Natureza", série de conferências compiladas por Hans Joachim Netzer, Edições Melhoramentos, 1967, pág. 70). A queimada não mais pode ser considerada necessidade econômica da população humana, como antes defendido por alguns (v. JEAN DORST, "Antes, que a Natureza Morra", coordenação de Mário Guimarães Ferri, Editora da Universidade de São Paulo e Editora Edgard Blucher Ltda., 1973, pág. 161).

Não à toa a Procuradoria Geral do Estado revelou posição de ocorrência no caso de Lei acerca de interesse local. ANTONIO FERNANDO PINHEIRO PEDRO escreveu a propósito: "... há apenas um crité-

rio para a solução de conflitos de competência implementadora em matéria ambiental: o do interesse ambiental ameaçado ... Estando a repercussão ambiental imediata da atividade ou empreendimento restrita aos limites do Município, caracteriza-se o interesse preponderantemente local. A competência implementadora, aqui, passa a ser exclusiva do Município" (v. "O Licenciamento Ambiental e a Autonomia Municipal", pág. 10 e seguintes, opúsculo retirado do livro "Direito Ambiental visto por nós Advogados", Livraria Del Rey Editora Ltda., 2005). Também VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, em passagem que, "mutatis mutandis", serve à discussão, observa que "o importante é que na solução das controvérsias se adote a posição do Promotor Paulo José Leite Farias, para quem "eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e norma especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental relativo à proteção ao meio ambiente, por se tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional" (cf. "A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais", Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 92).

Por último, os trabalhadores da cana sempre terão oportunidade de continuar suas atividades em

outros ramos em que exigida participação na cultura do campo, no seu preparo e conservação. É o que já acontece nos vários lugares em que já quase cessada a colheita de cana por prévia queima, substituída por máquinas. Simultaneamente, estarão a deixar uma das mais árduas atividades da vida. Os empreendedores poderão ter à disposição máquinas, quer por compra, comodato ou locação, competindo aos sindicatos e cooperativas exercer fundamental papel em benefício de seus filiados e também dos assalariados.

Deste modo, por este voto é julgada improcedente a ADIN em causa, referente a uma Lei municipal que apressa atendimento aos tratados internacionais ratificados, tratados esses que, segundo o que tem sido decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, viriam, na hipótese menos favorável, a se situar na mesma posição daquela das leis gerais e especiais do ordenamento jurídico pátrio, revogando as, na hipótese de incompatibilidade.

JOSE GERALDO DE JACOBINA RABELLO,
Des. Relator designado

A Luta do Direito contra as Queimadas

José Renato NALINI*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 As queimadas e a saúde. 2 A Legislação da queima da palha de cana-de-açúcar. 3 A queimada e o Tribunal de Justiça de São Paulo. 3.1 Argumentos favoráveis à competência municipal. 3.2 O papel dos princípios na interpretação judicial. Conclusão. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** A queima da palha de cana-de-açúcar é método utilizado no Brasil desde o século XVI e, não obstante a comprovação de nefastas consequências para o meio ambiente e para a saúde da população afetada, continua a ser praticada. Pressão do setor sucro-alcooleiro e leniência estatal permitem prorrogação reiterada dos prazos para a cessação da prática. O Judiciário reflete o artificioso antagonismo entre progresso/desenvolvimento e tutela ambiental nas oscilações de julgamentos em que o tema chega aos tribunais. O TJSP tende a vedar a prática ao reconhecer ao Município, hoje entidade da Federação, competência para legislar e impor proibição às queimadas em seu território.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Meio ambiente. Queimada. Queimada da palha de cana-de-açúcar. Método arcaico ainda praticado antes da colheita. Vulneração de direito ambiental.

Introdução

Adentrou-se ao século XXI, era de cumprimento das promessas de melhor qualidade de vida. Após os avanços tecnológicos, seria de se esperar um ambiente saudável, plena consciência de que o globo é frágil e, no entanto, sua exploração desenfreada o conduziu à exaustão. Sinais eloqüentes do *cansaço da Terra* foram emitidos. A humanidade teima em não entendê-los. Pobres e ricos, governos e particulares, eruditos e rústicos. Todos continuam a devastar a terra.

O Brasil, país de complexidades e de paradoxos, é terreno fértil para constatar o descaso que a natureza merece. No convívio simultâneo e num único espaço físico de ilhas pré-medievais, medievais, modernas e pós-modernas, encontram-se manifestações da tecnologia as mais avançadas e de práticas as mais primitivas.

Dentre estas, destaca-se, pela resistência com que ainda é defendida, a nefasta queima da palha de cana-de-açúcar imediatamente anterior à colheita. O tema recrudescer com o *milagre do etanol*, que parece haver predestinado o País a ser o fornecedor da *energia limpa* ao resto do mundo, onde os efeitos catastróficos da insanidade no trato da natureza já se fazem sentir com intensidade maior.

A promessa de substancial incremento na demanda do álcool para servir como combustível *presumivelmente correto*¹ animou o reduto governamental mais próximo ao controle da balança comercial a estimular o setor sucro-alcooleiro a investir pesadamente no cultivo da cana e na instalação de novas usinas. A necessidade de rápidos resultados e a busca frenética do lucro atropelam as preocupações ambientais, as quais demonstram nítido retrocesso no País, após as bombásticas declarações da Eco-92.

A necessidade de sustentação de uma política econômico-financeira que transmita aos brasileiros a certeza de estabilidade e crescimento arredam os riscos ecológicos da monocultura e conseqüente

* Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, com assento na 1ª Câmara de Direito Público, Câmara Especial do Meio Ambiente. Membro eleito do Órgão Especial desde 30/6/2006. Autor da obra *Ética Ambiental* (2003).

¹ Não é totalmente exato que o álcool seja o combustível ecologicamente correto. O cotejo do *custo-benefício* poderá comprovar que há subprodutos indesejáveis na sua fabricação, análise hoje obscurecida ante a perspectiva – imediatista e reducionista – de ingresso de dinheiro resultante de sua exportação.

empobrecimento da biodiversidade. Não se confere adequada importância à grave ameaça da redução do território agrícola destinado à produção de alimentos nem da formação de grandes latifúndios, com a expulsão de pequenos lavradores para os centros urbanos já saturados. Menos ainda, calcula-se o passivo resultante da utilização do fogo como facilitador da colheita. Fatura a ser suportada por toda a comunidade, seja diretamente – nas regiões expostas a tais práticas – seja indiretamente – nos sistemas de saúde mantidos pelo Erário e com a participação de todos os brasileiros.

1 As queimadas e a saúde

Ninguém ousa defender que a queima da palha de cana-de-açúcar seja benéfica à saúde. Já se sustentou ser ela o modelo ideal para a colheita, pois libera o trabalhador rural de alguns riscos, dentre os quais o de encontrar animais peçonhentos na plantação. Não se questionou o efeito devastador no solo, na biodiversidade e a eliminação de toda espécie de vida, não apenas aquela dos animais considerados *peçonhentos*.

Existe uma evidente desproporção entre o interesse do capital em financiar pesquisas na área da saúde, tendentes à comprovação de que os efeitos da queimada são danosos e o de incentivar estudos que levem a conclusão contrária. Por isso não serem abundantes os dados estatísticos evidenciadores da danosidade do uso do fogo. Mesmo assim, os pesquisadores Marcos A. Arbex, Gyorgy M. Böhm, Paulo H. N. Saldiva e Gleice M. S. Conceição elaboraram um estudo para avaliar a relação entre as queimadas em plantações de cana-de-açúcar e o número de visitas a hospitais em Araraquara/SP.² O estudo epidemiológico observacional considerou o período de 1º de junho a 31 de agosto de 1995, no Município paulista então com 173.000 habitantes e rodeado de vastos canaviais.

A conclusão dos estudiosos

[...] demonstra uma relação significativa entre a quantidade de partículas de fumaça coletada numa cidade circundada por plantações de cana-de-açúcar que são queimadas antes da colheita e o número de pacientes que necessitam de tratamento por inalação para perturbações respiratórias agudas. (ARBEX et al., p. 1.748)

Observaram os pesquisadores que a prática da queimada é cultural, antropogênica, remonta – no Brasil – ao século XVI. E acrescentam que

[...] a associação entre a poluição atmosférica e efeitos adversos à saúde é universalmente conhecida. A fumaça originada de incêndios florestais pode ser uma grave ameaça à saúde em grandes áreas do mundo, como aconteceu em setembro de 1997 na Indonésia e partes do sudeste asiático. A morbidade e a mortalidade ligadas à poluição atmosférica urbana foram relatadas em muitas oportunidades [...] mas esta é a primeira vez que tal efeito é observado como consequência de um processo agrícola rudimentar, indicando claramente que a queima das plantações de cana-de-açúcar tem que ser detida.

Posteriormente, o grupo de estudos de Epidemiologia Ambiental da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em parceria com outras entidades, realizou trabalho análogo. Nessa pesquisa, analisou-se o impacto das emissões das queimadas da cana-de-açúcar no sistema respiratório de crianças e idosos (CANÇADO et al., 2006, v. 114, n. 51, p. 725/729). na cidade de Piracicaba/SP. A conclusão foi idêntica: houve significativo aumento nas internações hospitalares de crianças e idosos no período das queimadas. A necessidade de recolhimento aos nosocômios foi de duas a três vezes do maior na época das queimadas do que em outros períodos. Daí a conclusão da pesquisa:

[...] os resultados mostram o impacto adverso das emissões das queimadas de cana-de-açúcar na saúde da população, reforçando a ne-

² O estudo foi publicado sob o título *Assessment of the Effects of Sugar Cane Plantation Burning on Daily Counts of Inhalation Therapy, no Journal of the Air & Waste Management Association*, Oct. 2000, p.1. 745/1. 749. v. 50.

cessidade de esforços públicos no sentido de reduzir e eventualmente eliminar esta fonte de poluição atmosférica. (Ibidem, p. 725)

No Estado de São Paulo,

[...] a maioria das queimadas são produzidas em campos agrícolas, especialmente no cultivo da cana-de-açúcar, nas quais 20 toneladas por hectare são queimadas todos os anos para facilitar a colheita. As queimadas de cana-de-açúcar também têm efeitos significativos na composição e na acidez da água da chuva em grandes áreas do sudoeste do Brasil, por causa da emissão de aerossóis e gases-traço. (Ibidem, loc. cit.)

A pesquisa na região piracicabana apurou que a magnitude dos efeitos das queimadas em crianças e idosos foi superior à da poluição gerada pelo uso de combustíveis fósseis numa conurbação como a da capital paulista. É científico e empiricamente constatável que a exposição da população a altos níveis de poluentes aumenta o risco de infecções respiratórias agudas, de doenças pulmonares obstrutivas crônicas e de câncer de pulmão (SMITH et al., apud CANÇADO et al., 2006, p. 727). As crianças formam o grupo mais vulnerável e as infecções agudas do trato respiratório inferior representam a maior causa isolada de mortalidade em crianças com menos de cinco anos de idade no Brasil (BRUCE et al., ibidem, loc. cit.).

O problema é muito mais sério para os brasileiros, porque os efeitos da exposição de infantes e idosos à fumaça de queima de biomassa já foram apurados na Ásia e na Índia.

Porém, diferentemente de muitas das regiões mencionadas, onde os eventos de queima de biomassa ao ar livre são ocasionais, em Piracicaba a queima de biomassa é uma atividade comum e programada, assim como em outras regiões brasileiras produtoras de cana-de-açúcar, expondo a população de forma regular. (CANÇADO et al., 2006, p. 728)

Mais recentemente, duas pesquisas feitas pelo Instituto de Química da Universidade Estadual Paulista – UNESP, em Araraquara, relacionaram a queima a problemas respiratórios e quantificaram as emissões de compostos de nitrogênio na atmosfera. A tese de doutorado do químico Willian César Peterlini aborda a influência das partículas emitidas pela queima da palha da cana no aumento dos casos de asma e hipertensão. Há uma evidente relação de causa e efeito. “Em nossas medições, quando houve picos nas emissões de partículas, três dias depois aumentavam também os números de internações por problemas respiratórios”.³ A medição das partículas foi realizada entre junho de 2003 a maio de 2004 durante a queima da cana, que ocorre no período seco. Houve aumento de 131% na quantidade das partículas mais finas no período de queima e de 620% na concentração de potássio nas partículas. O potássio é a prova de que a partícula se origina da queima da cana.

Um dado é alarmante. Em 21 de junho de 2003, quando a concentração das partículas na atmosfera chegou a 74,5 yg/m³ – a concentração máxima recomendada pela Organização Mundial da Saúde seria mais de sete vezes inferior a isso –, as internações foram as mais altas em todo o período da pesquisa.

Aquilo que já era ruim pode se tornar pior.

A população destas áreas do Brasil tem sido exposta às queimadas de cana-de-açúcar por pelo menos seis meses ao ano nas últimas quatro décadas. O efeito na saúde é determinado não apenas pelas exposições agudas aos altos níveis de poluição, mas também pelo período que as pessoas passam respirando o ar poluído de forma crônica. (CANÇADO et al., op. cit., p. 728)

³ Agência FAPESP. Disponível em: <http://www.agencia.fapesp.br/boletim>. Acesso em: 2 nov. 2007.

Quais são as perspectivas para o plantio indiscriminado de cana-de-açúcar por todo o País, com riscos – inclusive – de desmatamento da Amazônia? Será péssimo para a saúde da população. As maiores vítimas serão exatamente as mais indefesas. De recém-nascidos até os cinco anos de idade e após os sessenta anos, quando a resistência aos males externos é aceleradamente reduzida.

O Brasil já é hoje o maior produtor mundial de cana-de-açúcar e de álcool dela extraído. As plantações cobriam, em 2005, 5 milhões de hectares e praticamente invadem as cidades (Ministério da Agricultura do Brasil, 2005). O Estado de São Paulo nunca foi unidade federativa de grandes propriedades rurais. Teve sempre como característica maior o minifúndio, mercê da forte imigração européia em substituição ao braço escravo. Hoje, converte-se num enorme canavial e, além dos efeitos ambientais catastróficos para a saúde, não se avalia a extensão e profundidade dos efeitos para o ambiente cultural, para a vocação natural da produção agrícola e para as tradições caipiras que representam um patrimônio bandeirante.

Outra pesquisa da UNESP procurou demonstrar que o aumento no número de canaviais gerará graves problemas ao meio ambiente. Além da pressão sobre as áreas florestais, a química Cristine Machado mensurou a formação e a emissão de compostos de nitrogênio gerados pelo plantio da cana. As medições, realizadas no mesmo local da pesquisa de Paterlini e durante o mesmo período, comprovaram a concentração na atmosfera de monóxido de nitrogênio (NO), dióxido de nitrogênio (NO₂) e amônia (NH₃), com aumento considerável na seca e no período das queimadas.

O acúmulo dessas substâncias no solo interfere na fotossíntese, prejudica a biodiversidade, alteram a acidez da água e aumentam a formação do ozônio. Por isso é que a aposta nos combustíveis não pode ser feita sem avaliação dos riscos para a saúde e para a vida.

2 A legislação da queima da palha de cana-de-açúcar

O Código Florestal, em seu art. 27, diz que “É proibido o uso de fogo nas florestas e demais for-

mas de vegetação”. E, sem seu Parágrafo Único, disciplina a exceção:

Se as peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego de fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

A Lei nº 9.605/98, que trata de crimes e infrações administrativas ambientais, dispõe no seu art. 41: “provocar incêndio em mata ou floresta: Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único: Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa”.

Em 28 artigos, o Decreto nº 2.661/98 disciplina a queima controlada, as medidas de precaução, o ordenamento territorial do emprego do fogo, a suspensão temporária e a redução gradativa do emprego do fogo. Esse Decreto revogou o de nº 97.635/89, que regulamentava o art. 27 do Código Florestal e instituiu um sistema nacional de prevenção e combate aos incêndios florestais: Prevfogo.

Em 19 de setembro de 2002, o governador Geraldo Alckmin promulgou a Lei Estadual Paulista nº 11.241, que dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha de cana-de-açúcar e que substituiu o Decreto nº 2.661/98.

As tabelas da lei são as seguintes:

Área mecanizável – eliminação da queima da palha:

1º ano – 20% da área cortada, 20% da queima eliminada (2002)
5º ano – 30% da área cortada, 30% da queima eliminada (2006)
10º ano – 50% da área cortada, 50% da queima eliminada (2011)
15º ano – 80% da área cortada, 80% da queima eliminada (2016)
20º ano – 100% da área cortada, eliminação total da queima (2021)

Área não-mecanizável – Eliminação

10º ano – 10% da área cortada, 10% da queima eliminada (2011)

15º ano – 20% (2016)
20º ano – 30% (2021)
25º ano – 50% (2026)
30º ano – 100% (2031)

Evidente a leniência estatal em relação a essa prática rudimentar e nociva. Haveria condições de se permitir queimada até o ano 2031?

Em cotejo com o art. 225 e seus parágrafos da CF, essa lei paulista é inconstitucional. Tema que passou a ser discutido no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

3 A queimada e o Tribunal de Justiça de São Paulo

As populações mais atingidas pelos malefícios da queimada de palha de cana-de-açúcar procuraram a proteção do Judiciário para defender sua saúde, o meio ambiente atingido, a qualidade de vida e outros valores vulnerados por essa prática.

A iniciativa sempre foi, prioritariamente, missão do Ministério Público. Reforçado pelo constituinte de seus poderes institucionais, assumiu com destemor a defesa do ambiente e arrostou praticamente sozinho os interesses que seriam afetados com a eliminação do uso do fogo.

Ocorre que a formação jurídica é positivista e afeiçoada a paradigmas que perduram desde o Império Romano. Ainda se invoca o modelo da absoluta separação de poderes, com o predomínio da letra da lei e a presunção de que ela reflita a *vontade geral*. Atribui-se ao juiz a singela tarefa de fazer incidir a vontade concreta da lei sobre o caso submetido à sua apreciação, mediante o exercício da subsunção. Reitera-se a versão do silogismo emblemático em que a lei é a premissa maior e o fato a premissa menor. Estratégia suficiente à realização do justo humano possível.

Acresça-se a tal formação jurídica – replicada por um concurso que exige memorização de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais – a ênfase conferida ao processo. De instrumento para a realização da justiça, o processo e sua criação: o proceduralismo tanta vez estéril, converteram-se em autêntica finalidade. Considerável porcentagem das demandas recebem resposta meramente processual,

sem que se atinja o cerne do conflito. Prioriza-se o tecnicismo, a technicalidade, com afastamento do núcleo gerador da controvérsia.

À luz dessa realidade, não poderiam prosperar os reclamos dos prejudicados com as queimadas. Mesmo porque, o tema veio a ser discutido no âmbito do Órgão Especial, cuja jurisdição inclui competência para apreciar as ações diretas de inconstitucionalidade.⁴ É que os municípios mais afetados editaram leis locais para vedar a prática da queima. Os sindicatos do setor sucro-alcooleiro ingressaram com ações diretas de inconstitucionalidade, para arredar do ordenamento essa vedação. Compete ao Órgão Especial julgar tais ações.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/04, o Órgão Especial era integrado pelos 25 desembargadores mais antigos. A partir da Emenda 45/04, metade desses julgadores passou a ser eleita. Com isso, houve certa renovação da Corte, com novos enfoques nos debates em torno da proibição do uso da queima para a coleta da cana. Contribuiu também para alimentar outras vertentes do debate, a criação da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça, instalada em novembro de 2005 e destinada a apreciar todas as causas cíveis ambientais remetidas à segunda instância.

Na primeira ação direta de inconstitucionalidade apreciada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, venceu a tese da procedência da demanda, considerado inviável ao Município legislar sobre meio ambiente. Folgada maioria a da tese vencedora: 23 votos a 2.⁵ Na ADIn nº 124.976.0/8 – Ribeirão Preto, já renovada parte do Órgão Especial por força da Emenda Constitucional nº 45/04, os debates perduraram por várias sessões, com inúmeros pedidos de vista, e o resultado foi 12 x 12. O voto de desempate do Presidente do Tribunal de

⁴ Órgão previsto no inciso XI do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, “para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno”.

⁵ Os únicos votos que reconheciam à municipalidade competência para vedar a queima da palha de cana-de-açúcar foram os do ambientalista Gilberto Passos De Freitas e do desembargador Roberto Antonio Vallim Bellocchi.

Justiça acolheu a procedência da ação. A favor das queimadas, portanto.

Já na ADIn 125.132.0/4, do Município de Americana, preponderou a tese favorável ao ambiente. Idêntico resultado ao da ADIn 126.780.0/8-00, do Município de Paulínia, em que o resultado – contra as queimadas – foi de 15 votos a 9. Aparentemente, orienta-se o órgão de cúpula da Justiça Estadual Paulista a reconhecer a viabilidade de vedação local à nefasta prática da queima de palha de cana-de-açúcar, por se cuidar de interesse específico da população afetada e não abrigar qualquer incompatibilidade com o trato conferido pelo constituinte ao tema ambiental.

3.1 Argumentos favoráveis à competência municipal

A justificativa – tecnicamente defensável – para a impossibilidade de proibição da queimada por lei municipal é a de que legislar sobre meio ambiente é atribuição comum às três esferas da Federação, mas já existem leis federal e estadual a respeito. O Município não poderia *proibir* aquilo que o Estado-membro *permitiu*.

Contra-argumente-se que a lei estadual destinada a coibir a queimada e, paradoxalmente, permissiva de uma prática lesiva até o ano 2031, desserve à aferição própria de uma ação direta de inconstitucionalidade. Aqui, o confronto se faz entre a lei municipal inquinada de incompatível e a Constituição do Estado. ADIn não se presta a cotejo entre *lei municipal* e *lei estadual*.

Todavia, outros fundamentos podem ser elencados para auxiliar a convicção no sentido da viabilidade de a lei local proibir queimada.

O primeiro deles é a condição de *entidade federativa* que o Município brasileiro assumiu, a partir da Constituição Cidadã de 5 de outubro de 1988.

A partir daí, formata-se com outro *design* a Federação Brasileira. O constituinte não pretendeu exercitar mera retórica ao incluir o Município dentre as pessoas jurídicas integrantes desta aliança entre autonomias federativas. O Município restou fortalecido e prestigiado e tem competência para disciplinar aquilo que lhe é próprio.

Evidente que só cidades como Paulínia, ou Ribeirão Preto, Piracicaba, Limeira, Araras, Santa Bár-

bara d' Oeste – antes que todo o Estado de São Paulo se transforme no imenso canavial em busca do milagroso etanol – sabem o que significa a reiteração dessa prática primitiva.

Uma lei como esta não faria sentido na Capital, onde as poluições são outras. Por isso é que permitir ou proibir queimada tem pertinência com o peculiar interesse da cidade afetada. São os moradores dos municípios canavieiros os que suportam os males da queima. A fuligem que mata. A sujeira que angustia e cria neuroses, estressa e abrevia a vida. A queda sensível da qualidade existencial de todos os moradores da região. Por isso, legal e legítima a providência das Câmaras locais em proibir queimadas.

Nem se diga que ao Município é vedado estabelecer restrições maiores do que as postas pela União ou pelo Estado. Não há novidade alguma nisso. O Direito Urbanístico sempre reconheceu a cada cidade – e isso mesmo à luz da normatividade fundante anterior a 1988, quando o Município não integrava a Federação com autonomia reforçada – restringir a ocupação do solo dentro de seus lindes. Proibido seria atenuar as exigências da Lei nº 6.766/79. Poucos os municípios que perceberam os malefícios da leniência na densificação populacional, na multiplicação de parcelamentos desconformes com as exigências urbanísticas. Nunca se discutiu a licitude de a lei municipal fixar parâmetros mais severos do que a lei federal. Sempre em nome do peculiar interesse do Município. Daquele que tenta evitar a favelização geral. Assim como agora há municípios que querem fugir da monotonia canavieira. Da monocultura que sufoca a pequena propriedade, expele de suas terras o lavrador tradicional e empobrece o solo.

Não é diversa, portanto, a situação com que se defrontam inúmeras cidades. A lei estadual, eufemisticamente, veda a queima de cana. Só que propõe leniência incompatível com os danos causados à saúde dos munícipes e à qualidade de vida regional. Legítima a atuação das cidades ao vedarem a continuidade daquilo que se mostra tão pernicioso. Quem sofre as conseqüências diretas dessa tragédia é que tem condições de disciplinar o uso do fogo dentro das fronteiras do Município.

Mas ainda restassem dúvidas nas mentalidades mais afeioadas ao rigor da forma e outra ordem de raciocínio justificaria reconhecer a Paulínia o direito a preservar sua gente.

Pois a segunda vertente a ser explorada é a missão do Poder Judiciário neste século. A Constituição consagra o Estado de Direito de índole democrática. Esse paradigma do Estado de Direito Democrático e constitucional tem por corolário a existência de um Poder Judicial forte. Indiscutível a legitimidade do tribunal, no exercício da justiça constitucional, de definir *valores e princípios constitucionais permanentes*, à luz das opções do constituinte originário.

Ao examinar uma lide como a ação direta de inconstitucionalidade movida contra uma lei que veda queimada, impõe-se a cada julgador uma interpretação constitucional que leve em conta não apenas os *valores procedimentais* do processo, mas – de maneira efetiva e principalmente – as *questões de princípio*.

Os princípios constitucionais são destinados a uma *efetividade ótima* e isso depende dos tribunais. Como atividade cognoscitiva e valorativa, a interpretação visa obter o resultado mais correto, mais justo e mais adequado, não o que satisfaça a literalidade da norma. Pois a *interpretação constitucional* compreende agora o recurso não apenas às *normas*, mas também aos *princípios*, aos *valores* e às *formas de argumentação* (QUEIROZ, 2000, p. 31).

O mundo inteiro assiste a uma tendência superadora do positivismo jurídico e o juiz – *guardião das promessas da Constituição* – no papel de intérprete da norma fundante, exerce um sistema judicial que é muito diferente da anacrônica formulação silogística tradicional. É um sistema de produção normativo, autônomo e concorrente com o direito legal.

A Corte Constitucional de um dos mais respeitados dentre os Tribunais do Brasil – que é o Tribunal de Justiça de São Paulo – não poderia desconhecer a *mudança qualitativa do papel do juiz*. Derruiu, de há muito e em todo o mundo civilizado, o modelo positivista-logicista de interpretação e também a rigidez da separação entre legislação e aplicação do direito. Por isso é que o direito legal se converteu em direito jurisprudencial.

O pragmatismo do direito anglo-saxão já percebera a relevância dessa mutação que torna o juiz o único intérprete categorizado a revelar o que pretendeu o constituinte. Pois

A Constituição continua a ser aquilo que os juízes dizem que ela é. [...] Já se afirmou que “a jurisdicalização do direito constitucional está mesmo na base do moderno constitucionalismo, chegando a retomar-se a velha fórmula americana – a constituição é o que os juízes dizem (juiz Hughes: We are under a constitution, but the constitution is what the judge say it is) e a definir-se a constituição como ato jurisprudencial” (Ver CANOTILHO, 1995, p. 143; NALIN, 2003, p. 29).

O que a Constituição Brasileira de 1988 quis dizer em relação ao meio ambiente? Converteu-o em *direito fundamental*. Não apenas isso. Explicitou-o como o primeiro *direito intergeracional* da ordem fundante no Brasil. O direito mais relevante, de maior dimensão, pois condicionante do futuro digno da humanidade. Sem saudável ambiente, vulnera-se a própria potencialidade de subsistência da vida no planeta.

A perspectiva de neutralização de um direito fundamental das presentes e futuras gerações – *este o verdadeiro tema de tais ações* – impõe outra vertente interpretativa aos julgadores. A vontade do constituinte não foi a do momento histórico de elaboração do pacto, mas uma vontade que tende a um fim. Esta visão teleológica da proteção do ambiente constitui verdadeiro princípio. E na ponderação de princípios, a primazia é de ser conferida à tutela da vida. Valor de maior relevância do que a visão estática e inflexível das competências repartidas pelo constituinte entre as entidades federais.

A invocação ao princípio federativo para obstar às populações locais tomar as providências ordenadoras de sua sobrevivência é insuficiente. O Federalismo já foi sacrificado no Brasil, de há muito convertido em estado unitário e centralizado. Por isso é que doutrinadores já chamam o federalismo brasileiro de *assimétrico*. Ainda que fosse apenas em teoria, não há termo de comparação entre *princípio federativo* e a *dignidade da vida humana*. Anos-luz separam ambas as concepções.

Depois, o fato de haver uma lei estadual colidente com a lei municipal não impede o Judiciário de manter esta no ordenamento, em detrimento daquela. Esta sim, nitidamente incompatível com a ordem fundante. O juiz contemporâneo não pode se resignar a servir de subalterno das demais funções. Ele deve se compenetrar de sua vinculação a “princípios éticos de justiça, reconhecimento que constitui justamente o ponto de partida para uma nova teoria – construtivista – da interpretação em direito constitucional” (QUEIROZ, op. cit., p. 87).

Alinha-se a tal entendimento o erudito desembargador Marcus Vinicius dos Santos Andrade, atual Diretor da Escola Paulista da Magistratura, ao oferecer seu voto vencedor quando do julgamento da ADIn 126.780.0/8-00 – do Município de Paulínia. Textualmente:

[...] a regra estadual, por si só, vista em sua aplicação concreta e considerados os prejuízos ambientais decorrentes da queimada dos canaviais, não se efetiva como real proteção ao meio ambiente, por tratar-se de norma genérica e liberal, prevendo prazos entre 20 e 30 anos para término de prática nociva. Afronta, assim, o artigo 225, da Constituição Federal, além do artigo 191, da Constituição Estadual. Admitir de modo diverso é compactuar com o desatendimento a postulado constitucional: o Estado, com uma legislação inoperante, nada faz e ainda inibe os Municípios de fazê-lo, ou seja, proíbe-os de proteger o meio ambiente, no que lhes é peculiar. O posicionamento favorável à inconstitucionalidade da lei municipal nº 1.952, impeditiva da queimada no território de Paulínia, ante a impossibilidade – ou o não querer – do Estado, é afrontosa a valores constitucionais que se definem como normas-princípios, quais sejam, as já mencionadas autonomia municipal (art. 18, da C.F.) e, mormente, sobre o peculiar interesse à tutela ao meio ambiente local (art. 30, I e II, e 225, da C.R.), a ser legislada supletivamente pelo Município.

Com esse posicionamento José Augusto Delgado (2000, v. 4, n. 9, p. 32-51):

No que se refere ao problema da competência concorrente, entendo que a Constituição Federal excluiu, de modo propositivo, o município. Não obstante assim se posicionar, permitiu, contudo, que o município suplementasse a legislação federal e a estadual no que coubesse (art. 30, II, Constituição Federal), com o que colocou ao alcance do município, de modo não técnico, a competência concorrente. Dentro desse quadro, o município pode legislar sobre meio ambiente (VI, art. 23), suplementando a legislação federal e estadual, em âmbito estritamente local.

Essa veio a ser a tese vencedora quando do julgamento da ADIn 126.780.0/8-00, pela improcedência da ação direta que propunha a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal de Paulínia que proibiu queimada nos lindes do Município.

3.2 O papel dos princípios na interpretação judicial

O que está em jogo, quando se aprecia uma questão ambiental, à luz do direito constitucional vigente, é um tema eminentemente principiológico e axiológico. A Constituição do Brasil de 1988 é uma carta de princípios e um acervo de valores. Isto vai muito além da leitura calcada na técnica e no dogmatismo próprios a uma era jurídica de há muito superada.

Sobre a ponderação de princípios, para que alguns sejam priorizados em detrimento de outros, o pensamento de Canotilho serve de inspiração. Com a ressalva de que em Portugal não existe a quatripartição federativa da Constituição Brasileira. Canotilho, em sua festejada obra, não poderia e nem deveria se deter, portanto, sobre as competências constitucionais do Município.

O *construtivismo na interpretação judicial* é a tese de Dworking. Ele assimila os *direitos fundamentais a princípios jurídicos*, ou seja, transforma os direitos fundamentais em *valores fundamentais*. O que ele propõe:

[...] nos casos constitucionais difíceis, a intervenção do poder judicial, que não lida com

argumentos finalísticos de preferência subjetivas, mas com argumentos de princípios, referentes aos direitos fundamentais, é superior à própria intervenção legislativa. Ora, justamente, é essa interpretação baseada em princípios (principle-based) – ou “principialista” – que transfere a soberania do legislador para o intérprete. A Constituição democratiza-se. Abre-se à interpretação, requerendo com isso uma interpretação construtiva, assente na crítica e na comunicação com os outros. (QUEIROZ, op. cit., p. 89)

Ao se aferir à compatibilidade de uma lei de qualquer Município com a ordem constitucional, é de se ter em vista que

[...] a constituição em sentido moderno apresenta-se como uma ordem constitucional textualizada, o que significa, entre outras coisas, a preclusão de regras de direito costumeiro de natureza pré-constitucional e a sua substituição pelo direito constitucional não escrito, isto é, não textualizado, mas implícito no texto a interpretar e, inequivocamente, objeto de uma “intenção” e “decisão constituinte”.⁶

Qual teria sido o intuito do formulador do pacto fundamental quando erigiu o meio ambiente em direito intergeracional e dedicou a ele um tratamento tão qualificado? Inequivoca a intenção e a decisão constituinte de enfatizar a tutela ao meio ambiente. Tutela efetiva, consistente, distribuída entre todos e urgente. Urgência que os dias presentes estão a evidenciar, com as transformações climáticas muito mais céleres do que o vão cientificismo poderia prever.

O povo, em sua sabedoria intuitiva, percebeu-se também daquilo que é escancarado e visto-

so: o nefasto uso do fogo, destruidor da biodiversidade e da vida, causador de moléstias, empobrecedor do solo, evidência que o aproxima da idéia de inferno. Por isso é que, nos municípios em que tais leis foram editadas – Americana, Ribeirão Preto, Limeira e agora Paulínia –, quase a totalidade da população aplaudiu a lei. Ora,

[...] povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legítima no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (HÄRBLE, 1997, p. 37, nota 16)

A *comunidade aberta* dos intérpretes da Constituição é também chamada a tornar a lei fundamental observada, respeitada, honrada e mantida em seu espírito. Nada obstante a mutilação de mais de 60 emendas, a Constituição Cidadã de 1988 guarda um cerne calcado na firme vontade de propiciar o retorno à democracia. E democracia participativa, diversa do modelo anterior de democracia meramente representativa. Hoje a voz do povo não pode ser desconsiderada por qualquer exercente de função pública. Na verdade, mero mandatário – e mandatário transitório – da soberania que é eminentemente popular.

Na seara de apreciação de compatibilidade de uma norma específica em confronto com o pacto fundante, não se pode recusar voz ao povo. Pois

[...] a competência objetiva de qualquer do povo para a interpretação constitucional é um direito da cidadania. Válido, também, afirmar que os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, seja no tocante ao resultado, como no concernente ao círculo de participan-

⁶ QUEIROZ, op. cit., p. 112, a citar Hans Huber, Christian Tomuschat, Ulrich Scheuner, Feliz Ermacora, Konrad Hesse e P. J. Gonzalez Trevijano.

tes, pois, na Democracia liberal e participativa, o cidadão é intérprete abalizado da Constituição. (NALINI, 2003, p. 23)

Não se pretende, com isso, inferiorizar a relevância e a força persuasiva da leitura que da Constituição fazem os tribunais. O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário “constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito” (MORAES, 2002, nota 14, p. 103). O que não é possível é desafinar o órgão judicial – em tema de peculiar interesse da população local – da harmonia detectada pelo exclusivo interessado e inspirador da norma. A falta de sincronia apenas intensificaria a consistência da argumentação de que o Judiciário, por sofisticar-se e sufocar-se em erudição, distanciou-se do povo, précipuo destinatário de seu mister e finalidade última para a qual preordenado.

Há de se concluir

[...] que a interpretação pela cidadania e a interpretação judicial se completam e interagem. O Judiciário do Estado Democrático nunca poderá ignorar o apreço conferido pela nacionalidade a um valor como a proteção do meio ambiente. As questões constitucionais serão calibradas por essa hermenêutica de singular especificidade, que será impregnada pelo sentimento coletivo predominante naquele exato momento histórico. (NALINI, op. cit., p. 23/24)

No mais, tudo ou quase tudo – em termos de prestação jurisdicional – é uma questão de escolha do julgador. A dicção do direito é um ato de vontade. Esta a riqueza ou a miséria da ciência jurídica. A argumentação pode servir a várias finalidades. O intérprete provido de erudição, de inteligência, de boa técnica persuasiva, encontrará no ordenamento, na doutrina – e na multifária produção jurisprudencial – base suficiente a toda e qualquer conclusão a que queira chegar. O juiz não é *servo da lei*. É o *senhor da interpretação*. Para isso ele fundamenta a decisão e ela será submetida à revisão das instâncias superiores. Que no Brasil chegam a quatro, com

inúmeras oportunidades de reexame do mesmo tema.

O exame hermenêutico da letra da lei que proíbe toda e qualquer queimada de canaviais nos lindes das cidades que a editaram, há de ser feito à luz do fundamento de validade a que está sujeita toda normatividade inferior à regra constitucional. Ou seja, a norma, objeto da interpretação não se identifica apenas com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de *construção*, também chamado de *concretização*. Cabe ao juiz, ao examiná-la, exercer

[...] uma liberdade de opção (*discretion*) que opera, em termos pragmáticos, como uma verdadeira decisão. E como o texto é suscetível de comportar vários significados (plurissignificatividade), é tarefa do juiz escolher de entre estes a norma a aplicar ou regra de decisão. (QUEIROZ, op. cit., p.123)

O número possível de argumentos ou regras do discurso é ilimitado. O instrumento decisivo do método de interpretação não é mais a subsunção, mas a retórica e o argumento.⁷

A função do intérprete aplicador, mediador entre a consciência social e a tradição dogmática, corporifica-se na determinação do modo de aceder à compreensão do texto [...] entre outros motivos pela ponderação de princípios que, no final, o intérprete deverá escolher, na base da sua expectativa do consenso, como são sensibilidade moral ou como consciência moral de todos aqueles que pensam de modo racional e justo.⁸

Quem pensa de modo racional e justo não poderá concluir que a queimada da palha de cana-de-açúcar ainda se justifica em pleno século XXI, por

⁷ Idem, ibidem, p. 153, a citar Chaim Perelman e Arthur Kaufmann.

⁸ Idem, ibidem, a citar Josef Esser, Peter Häberle e Gunther Ellscheid.

mais sedutores que sejam os motivos econômicos preservadores dessa praxe.

Conclusão

A oscilação da jurisprudência recomenda postura prudencial de parte de todos os que militam a favor do ambiente. Inviável concluir-se pela segurança da tese ora predominante, seja pelo poder de persuasão dos interessados, nutridos por expectativas de êxito na balança comercial que levam a sacrificar qualquer outro valor, seja pelo equilíbrio entre as teses antagônicas.

Dúvida alguma subsiste quanto à nocividade da prática do uso do fogo. Tanto que os usineiros mais afeiçoados à tutela ambiental cuidam de mecanizar toda a sua produção. Não apenas por reconhecerem a necessidade de ajustamento de suas atividades aos preceitos de ordem ecológica. Mas ainda porque, atentos ao mercado do Primeiro Mundo, não desconhecem que *barreiras ambientais* poderão ser postas pelos países consumidores do etanol, pois a consciência da responsabilidade social é bastante enraizada entre os povos civilizados.

Há denúncias internacionais de que o trabalhador rural canavieiro se submete a um regime em que a dignidade da pessoa humana resta vulnerada. Cumule-se a tal fato a notícia de que a colheita não prescinde de um método adâmico, gerador de malefícios de toda ordem, para que o êxito da política do etanol brasileiro sofra rude golpe.

É melhor acreditar que o setor sucro-alcooleiro se conscientize de que não é impossível conciliar produtividade e respeito ao meio ambiente. A par das conquistas tecnológicas vinculadas ao incremento da produtividade, à exploração de novas qualidades de cana, à adoção de métodos mais eficientes de plantio e de colheita, é mister que os empreendedores do etanol aprendam também a conviver com uma ordem fundante voltada à efetiva tutela ambiental.

Conhecer os princípios que inspiram o meio ambiente não faria mal a inúmeros empresários. Sustentam eles que não existe prova do dano resultante da queimada, prática iniciada desde que o Brasil foi descoberto e até mesmo antes disso, pois era disseminada entre os índios: a coivara. Ora, para res-

ponder a essa postura, basta recordar que o tema ambiental se submete ao princípio da precaução.

A invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.⁹

A mera suspeita já justificaria a cessação dessa prática rudimentar. Todavia, enfatize-se, a palavra dos cientistas é toda direcionada a concluir pela veracidade das pesquisas apuradoras de intensa nocividade para a saúde. É o suficiente para arrear tal procedimento da colheita de cana.

Apela-se para a sensibilidade dos responsáveis pelo desenvolvimento do etanol brasileiro, causa eficiente da multiplicação dos canaviais e da proliferação das queimadas.

Pela primeira vez, de forma consistente, instaura-se uma nova concepção sobre a relação da espécie humana com a natureza. Esta se encontra ameaçada em escala planetária pela primeira vez na história da humanidade. “Essa idéia da sobrevivência da Terra tem um profundo impacto ético, ao ampliar o âmbito da responsabilidade para com as gerações futuras” (COX D., *Cadernos Adenauer*, ano VIII, 2007, p. 157). Isso é o que se chama de *mutação temporal da responsabilidade*. Ao responder por seus atos, o ser humano pressupunha uma conseqüência posterior à sua prática. Essa equação já não vale. A responsabilidade agora é concebida em relação ao porvir.

Até agora nos considerávamos responsáveis somente pelos atos passados [...] Agora é ne-

⁹ Comunicado da Comissão relativo ao Princípio da Precaução, Bruxelas, 2.2.2000, COM (2000), 1 final, citado por Paulo Affonso Leme Machado, *O princípio da precaução e a avaliação de riscos*, RT, 856/36.

cessário responsabilizar-se pelo futuro distante. Confiaram-nos algo delicado, essencialmente frágil e perecível: a vida, o planeta, a cidade COEUR; HANS JONAS, apud BINDÉ, 2004, p. 479).

O futuro, ou será verde – o verde de tons múltiplos, não o da monocultura –, ou não haverá futuro. A situação é mais drástica do que possa parecer aos desavisados. Até os mais desinteressados comecem a acordar para a possibilidade de próxima catástrofe. “A idéia mesma de sobrevivência da Terra implica uma responsabilidade geracional, em relação ao futuro e à primogenitura que se enraíza no mais imemorial e obscuro compromisso.” (GOUX, apud BINDÉ, op. cit., p. 107).

Nenhum êxito econômico-financeiro, nenhum equilíbrio de balança comercial, nenhum superávit primário compensam uma política inibidora da vida sobre a Terra. Quem tiver juízo reconhecerá que a preocupação é séria e legítima. Não se trata de contrapor o progresso à preservação. Cuida-se, isto sim, de preservar a vida no planeta.

Enfim, como já afirmou Gabriel García Márquez, “não esperem nada do século XXI. É o século XXI que espera tudo de vocês” (GARCÍA MARQUEZ, apud *Keys to the 21st. Century*, 1999, p. XI).

NALINI, J. R. The Fight of rights against burnings. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v.197, p. 297-309, jul./dez. 2007.

• ABSTRACT: Burning sugar cane straw is the method in use in Brazil since the XVI century and, in spite of the proven negative consequences to the environment and to the affected population health, it is still practiced. Pressure from the sugar-alcohol sector and state leniency allow extension of time to cease this practice. The Judiciary reflects the antagonism between progress/development and environmental injunction on oscillations of trials in which this

topic reaches the court. TJSP tends to put a veto on the practice when it grants Municipality, currently an entity from Federation, competence to legislate and impose prohibition on burns within its territory.

• KEYWORDS: Environment. Burning. Sugar cane straw burning. Archaic method still in practice before harvest. Violation of environmental rights.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA FAPESP. Disponível em: <http://www.agencia.fapesp.br/boletim>. Acesso em: 2 nov. 2007.

ARBEX, Marcos A. et al. Assessment of the Effects of Sugar Cane Plantation Burning on Daily Counts of Inhalation Therapy, *Journal of the Air & Waste Management Association*, v. 50, Oct. 2000, p. 1.745/1.749.

CANÇADO, José E. D. et al. Impact of Sugar Cane-Burning Emissions on the Respiratory System of Children and the Elderly. In: *Environmental Health Perspectives*, v. 114, n. 51, may 2006, p.725/729.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COX D., Cristian. Valores e educação na América Latina no início do século XXI: esboço de tendências e desafios. In: *Geração Futuro*, Cadernos Adenauer, ano VIII, 2007, p.157. (Texto elaborado a partir da exposição no encontro LA EDUCACIÓN EN AMÉRICA LATINA: AVANCES Y DESAFIOS PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, realizado pela Fundação Konrad Adenauer e pelo CELAM, Quito, 5 e 6 out. 2006).

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre direito ambiental e competência municipal. *Cidadania e Justiça*, v. 4, n. 9, p-32-51, 2º sem. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2007.

GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. Discurso no Foro Visão da Próxima Geração: *América Latina e o Caribe no Umbral do Novo Milênio*, Unesco e Banco

Interamericano de Desenvolvimento, Paris, 8 mai 1999, In: *Keys to the 21st. Century*, Paris, Berghahn Books, p. XI, 1999.

HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. *Hermenêutica constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

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

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial – sobre a epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 31.

ACÓRDÃO

vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 129.132-0/3-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são requerentes SINDICATO DA INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE ALCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO sendo requeridos PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LIMEIRA E OUTRO:

ACORDAM, em órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CELSO LIMONGI (Presidente), VALLIM BELLOCCHI, JARBAS MAZZONI, PASSOS DE FREITAS (com declaração de voto), MARCO CÉSAR, MUNHOZ, SOARES, LAERTE NORDI (com declaração de voto), SOUSA LIMA, CANGUÇU DE ALMEIDA (com declaração de voto), MARCUS ANDRADE (COM declaração de voto), CANELLAS DE GODOY, IVAN SARTORI, RENATO NALINI (com declaração de voto), VIANA SANTOS, SIDNEI BENETI, com votos vencedores, RUY CAMILO, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Relator sorteado, com declaração de voto), PENTEADO NAVARRO, OSCARLINO MOELLER, PALMA BISSON (com declaração de voto) e DEBATIN CARDOSO, vencidos.

São Paulo, 21 de março de 2007

CELSO LIMONGI
Presidente

JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO
Relator Designado

VOTO nº 19.997

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 129.132.0/3, de São Paulo

Entrevista¹Com: Prof. Renato JANINE RIBEIRO²Por: Dr. Leandro PEREIRA LEITE³

JUSTITIA – Professor, qual é a sua visão a respeito do Ministério Público brasileiro?

PROF. JANINE – Existe um fenômeno na sociedade norte-americana que se chama “judicialização”. Eu previ, alguns anos atrás, que no Brasil viveríamos a “MP-ização” da política ou, se quiser, a “promotorização”, ou, ainda, a “procuradorização” da política. Isso porque o papel que os juízes nos Estados Unidos se arrogaram, tomaram para si isolar, de definir novos critérios, novos valores de dessegregação racial, na redução ou no combate ao *apartheid*, entre outras coisas, no Brasil, esse papel tem sido mais apropriado pelos membros do MP do que pelos juízes. Os juízes brasileiros têm sido quem recebe a ação e, eventualmente, a faz prosperar, mas quem, efetivamente, tem feito mais do que denunciar, enunciar novos conceitos etc. são os procuradores e, em alguns casos, talvez promotores. Eles têm desempenhado um papel importante na discussão dessa mudança de valores de focar mais em questões macro, de começar a contestar mais certas coisas. Por outro lado, desde que exerço um cargo no Poder Executivo, um cargo específico que é o de diretor de Avaliação, da Capes, que é um órgão autônomo, no sentido de autonomia financeira porque a Diretoria é nomeada, mas ao mesmo tempo é um órgão autônomo como o CNPq no sentido de que seria muito difícil o Governo nomear para a direção desses órgãos pessoas que fossem desprezadas pela comunidade científica. Então, além de prestarmos contas a nossos superiores no Estado, prestamos contas a uma comunidade que tornaria a nossa vida um inferno se não estivesse achando que o trabalho merece aprovação. Desde que estou aqui, eu tenho estado muito preocupado com outro lado. Há mecanismo de controle, às vezes do Estado, que são exacerbados porque eles são muito formais, são redundantes uns sobre os outros e se preocupam mui-

to mais com os processos do que com os produtos. Nisso entendo que entram Auditoria Controladoria, Tribunal de Contas, Ministério Público, pois todos eles correm um risco muito grande de cair no nível de formalismo. Pessoalmente, por exemplo, eu seria favorável que, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, houvesse Leis de Responsabilidade Social focalizadas talvez na melhoria da educação, da saúde, na redução da mortalidade, das doenças, e que essas leis fossem aplicadas com rigor em relação sobretudo aos eleitos, aos chefes dos Três Poderes, do Poder Executivo em nível federal, estadual e municipal. Como eles fazem isso, como executam, como conseguem isso, não é tão importante. Infelizmente, a nossa tradição é exatamente contrária, quer dizer, uma pessoa totalmente inepta, que não tenha expressividade, é capaz de passar incólume por todos os controles que nós tenhamos, enquanto alguém que tenha feito coisas importantes para a sociedade pode eventualmente ser refém de algum ato assim. Fora isso, acho que o nosso sistema legal é um sistema muito contestável, tanto as leis quanto os próprios modos de controle. Nós temos uma legislação muito boa, mas em larga medida não aplicada. Isso torna a aplicação dessa legislação, às vezes, uma questão arbitrária e uma questão que pode ser usada contra as pessoas. O meu receio, hoje, é dadas as características da sociedade brasileira, que os mecanismos de controle, tanto os internos ao Poder Executivo, Auditoria Controladoria Geral,

¹ Texto editado de entrevista gravada, sendo, portanto, passível de algum erro de transcrição uma vez que o Prof. Janine se encontrava impossibilitado de rever a edição.

² Professor de Ética e Filosofia Política na Universidade de São Paulo, pela qual se doutorou após defender mestrado na Sorbonne.

³ Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal) e associado do Movimento do Ministério Público Democrático. Diretor-responsável da *Revista Justitia*.

quanto os do Judiciário, como também os do agora chamado Quarto Poder, o Ministério Público, e o antigo Quarto Poder, a Imprensa, que todos eles fazem das pessoas que estão ocupando um cargo público uma espécie de reféns de coisas porque, no cipoal legislativo e na dificuldade de apurar sem isso, é facilímo atacar qualquer pessoa. Isso expõe muito e traz finalmente um resultado que parece bastante preocupante: o de que, conforme as coisas transcorrerem, talvez chegue um momento que só devam ter cargos públicos as pessoas ricas ou aquelas muito espertas em como esconder e que passam por desonestas. Então, acho que deveríamos ter um sistema legal e uma execução do sistema legal, e nesse ponto envolvo o MP, que fossem muito claras, fáceis de cumprir, muito focadas nos resultados e não tanto nos processos. E, para voltar à pergunta em questão, dando uma resposta final, acho a situação do MP positiva em relação à sociedade. Não acho que seja tão positiva em relação aos Poderes de Estados. Entendo que aí tivemos um nó em relação à sociedade. Há demandas no sentido de avanço social, novos costumes, reconhecimento de uniões sexuais, respeito maior aos filhos etc. Tudo isso tem sido positivo. Em relação ao princípio é positivo, mas nem sempre é conduzido de uma maneira que o isente de ser manipulado por interesses particulares, tanto por parte do MP quanto por parte da polícia, da imprensa e do próprio Executivo.

JUSTITIA – Qual é a sua opinião sobre a forma de indicação do procurador-geral de Justiça e os reflexos na política? O senhor acha que isso tem a ver com a forma de nomeação do procurador-geral de Justiça e do procurador-geral da República, que são nomeados pelos chefes do Executivo Estadual e Federal?

PROF. JANINE – Essa pergunta é difícil de responder porque, desde que começou o sistema, a Constituição de 1988 pelo menos estabeleceu uma certa “independência”. Essa maior autonomia desses órgãos, separando-os inclusive da função de Advogado-geral, seja do Estado, seja da União. Desde que isso aconteceu, as experiências referenciais históricas que temos são muito variáveis. No caso do âmbito Federal, temos dois presidentes da República que nome-

aram procurador-geral da República que não hesitaram de entrar com ação contra ele próprio (caso do presidente Collor), e contra os colaboradores do presidente (no caso presidente Lula). No caso do Collor, ele reconduziu o procurador Aristides Junqueira quando já estava em andamento a situação toda que o levaria ao *impeachment*. Então foi brincadeira de criança, o presidente Collor ter nomeado uma pessoa a quem tivesse um amor maior pelas gavetas, coisa que ele não fez. Em compensação, o presidente Fernando Henrique Cardoso nomeou sucessivas vezes a figura que talvez tenha sido a menos feliz no exercício da Procuradoria Geral da República e que não fez jus ao cargo. Deveria ter tido uma atuação mais efetiva em vez de engavetar sistematicamente processos e acusações. Portanto, não sei se podemos chegar a dizer que a forma de indicação está em si errada. Por outro lado, há o fato de que se nós elegemos um governante, há atribuições que são dele e entre elas está a escolha de certos cargos. Um paralelo pode ser feito com a eleição do reitor. No caso das estaduais paulistas em que temos a lista triplíce, em um ambiente de redemocratização, têm sido nomeados sistematicamente os mais indicados. No caso do Ministério Público Estadual, nem sempre; pelo menos no caso da primeira nomeação do Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, ele não era o mais votado mas foi aceito pela sociedade. Esse procedimento ocorreu porque havia um descontentamento com o nome mais votado, que extravasava o Ministério Público. Tanto extravasava que o Ministério Público o votou em primeiro lugar, mas esta é, enfim, uma situação muito delicada. Imagino como seria a reação das Universidades se o segundo ou o terceiro mais votados fossem nomeados. Não seria uma reação boa. Por outro lado, transformar tudo isso numa corporação que escolhe o seu próprio dirigente é algo sem legitimidade. Nós não teríamos nenhuma legitimidade em uma sociedade democrática para fazer isso, até porque lá mesmo diz que o Judiciário e o Ministério Público são poderes de forte cooptação, quer dizer, são poderes que têm o elemento mais aristocrático do que democrático. Então, se o eleito do povo não tiver aí papel, é complicado. Eu já pensei que uma forma de escolha interessante seria uma eleição ampla, por exemplo, que

envolvesse atores externos ao próprio órgão. Mas hoje já não teria certeza disso por que quem seriam esses atores externos? Quer dizer, os advogados? Corre-se o risco de uma escolha muito corporativista, também via corporação, mas corre-se o risco.

JUSTITIA – E uma eleição indireta pelos Deputados?

PROF. JANINE – A Constituição de 1988 teve a idéia muito simpática que uma parte do Tribunal de Justiça da União e do Conselho da República fossem escolhidos pelo Parlamento. E os resultados não são nada apreciáveis. Na verdade, o que temos é o seguinte: este problema extravasa e isso vai muito além da representação. A Universidade de São Paulo, por exemplo, há muito tempo tem no seu Conselho Universitário representantes das três Federações empresariais, desde 1989 das confederações trabalhistas. É muito raro eles levarem o ponto de vista do capital, por exemplo, do trabalho, para a discussão acadêmica. Com frequência o vice tratava de advogados; a Fiesp, não tendo mais quem mandar, enviava um sujeito altamente capacitado que fosse advogado dela. Ele comparecia até a Universidade e o interesse dele acabava sendo aspecto formal ou, eventualmente, alguma coisa até vinculada à Faculdade de Direito e não o ponto de vista do capital em relação à Universidade, o que seria uma questão importante de ser ouvida. Da mesma forma, temos visto que, quando o Parlamento elege representantes para esses órgãos, ele tende a premiar algum senador ou deputado que não foi reeleito e que é querido pelos colegas. Assim, também isso não tem resolvido as coisas.

JUSTITIA – Professor, e quanto à forma de nomeação dos ministros do Supremo? Nós temos visto esse julgamento histórico. É uma boa demonstração a respeito de a nomeação influenciar ou não na decisão dos ministros. O que o senhor pensa sobre isso?

PROF. JANINE – Na verdade, acho que não influencie tanto porque, salvo erro, a maior parte dos ministros na atual gestão foi nomeada pelo presidente Lula e no entanto têm tomado decisões que nem sempre favorecem o Governo. Agora, acho

preocupante um sistema em que o Presidente manda já na segunda ou terça-feira uma indicação e antes do fim-de-semana já foi ouvido, sabatinado e aprovado. Quer dizer, não conheço casos de rejeição de indicações de ministro do Supremo no Brasil. Nos Estados Unidos é uma discussão extremamente minuciosa, até porque eles têm a noção que o ministro do Supremo vai fazer a política do país, e, como lá não existe a compulsória, os ministros podem ficar por quase cinquenta anos como presidente da Corte Suprema. O atual Chief Justice, John Roberts Jr., foi nomeado com quase cinquenta anos (hoje completos). A Corte Suprema de 2060 poderia estar ainda com ele. Talvez por isso, talvez por ser um sistema do Common Law, talvez por ser um sistema em que o tribunal tem mais importância, a sociedade é muito atenta a isso. Talvez a proposta mínima fosse os ministros do Supremo serem interrogados segundo determinado roteiro, que poderia ser previsto em lei, com atores externos também, uma espécie de audiência pública, um processo mais amplo. Ou, ainda, mesmo que o Senado permaneça como órgão responsável por referendar o presidente, continue nomeando e o Senado homologando, mas tem que haver uma vasta exposição pública das idéias, do histórico de tudo dessa pessoa. Creio que já seria um grande avanço e não necessitaria de mexer em nada constitucional, nem mesmo no equilíbrio dos Poderes. Essa é uma hipótese. Hipótese de eleição, eu não consigo ver. Como disse, em alguns países o Congresso elege ministros pelo Supremo, têm mandato, alguns países da América Latina de até quinze. É possível. Se tivéssemos um controle cultural forte sobre isso, se garantíssemos, por exemplo, que a pessoa estaria em exposição forte por pelo menos quinze dias, via TV Senado e TV Justiça, muitos atores sociais poderiam se credenciar para levantar questões, certamente avançaríamos.

JUSTITIA – A publicidade seria um grande elemento de desenvolvimento democrático?

PROF. JANINE – Seria. Por exemplo, num caso de nomeação mais recente de alguém que cujas convicções religiosas muito fortes fazem suspeitar que tal-

vez seja levado por elas a determinados julgamentos. Creio que convicções morais geralmente vêm mesmo da religião, a maior parte empiricamente. Não vejo isso como um impedimento total. Mas eu diria que se discutíssemos durante quinze dias, um mês a questão talvez tivéssemos avanços, talvez o nome fosse retirado, recusado, ou pelo menos talvez tivéssemos um compromisso firme, talvez tivéssemos uma definição melhor dessa situação. Quer dizer, qual é a relação entre a religião e o exercício de um cargo judicial. Há, portanto, muitas questões. O que tem acontecido em vários países é que hoje o Judiciário é uma caixa importante de discussão de valores da sociedade. Então, temos que ampliar isso. Na Itália ele é, nos Estados Unidos é, e, no Brasil, em certa medida. E isso é muito importante.

JUSTITIA – O senhor tem alguma idéia do modelo ideal de formação para os novos integrantes do Ministério Público, de como eles possam ser preparados para enfrentar uma nova sociedade mais democrática?

PROF. JANINE – Há vários anos, dei uma aula na Escola Superior do Ministério Público em São Paulo sobre esse assunto. Tenho conhecimento de alguns problemas. O primeiro deles é a dificuldade, mesmo em São Paulo onde os salários são melhores que em muitos estados, de preencher todas as vagas. E creio que há também um problema relativo à aprovação de gente muito jovem, mesmo às vezes sem experiência, tanto para o Ministério quanto para a Magistratura. Houve até uma novela da Globo, muitos anos atrás, em que a atriz representava o papel de uma juíza em começo de carreira extremamente dura na sentença. E era dura por imaturidade, não tinha ainda vivência. Esse é um problema sério. É claro que um advogado de boa qualidade pode ganhar muito bem em um escritório, então isso é um elemento justificável para se pagar um bom salário para quem julga e para quem defende a sociedade, mas acho que conseguimos juntar vários pontos, a meu ver, preocupantes. Quer dizer, pouca maturidade de vida e formação ainda inicial. Entendo que uma escola dessas deveria atender com mestrado profissional, um modelo da Capes como o Instituto Rio Branco se tornou. O Instituto Rio Branco formou diplo-

mata durante mais cem anos, creio, mas de uns cinco ou seis anos para cá transformou isso num mestrado profissional avaliado pela Capes, e que tem melhorado ano a ano. Talvez fosse uma coisa lá ele sai terceiro-secretário e mestre em relações internacionais. Poderíamos pensar um modelo desse tipo, que fosse um modelo articulando conhecimentos teóricos, o que ele necessita saber, no caso do Direito. O Direito é algo ambíguo porque não existe uma ciência chamada Direito. Não é uma ciência a rigor. É um conjunto de práticas, de valores etc., que inegavelmente se enriquece muito de várias ciências. Dependendo do trabalho do advogado, do procurador, tem, inclusive, que tomar conhecimento de assuntos dos quais ele é profundamente leigo. O juiz que está julgando o caso TAM, por exemplo, tem que se defrontar com inúmeros assuntos que fogem à esfera de seu conhecimento e, às vezes, toma decisões que podem não ser corretas. Pode ter sido equivocado requisitar os documentos se de fato existe um acordo, uma legislação que proíbe tal procedimento. Então são coisas muito difíceis e essas pessoas têm que ter uma maturidade maior. Fora isso, há certa tendência a criar varas específicas – ou mesmo Câmaras específicas, no caso do Rio Grande do Sul. Câmaras específicas para mau gestor. Durante muito tempo, achei que seria muito bom ter uma vara específica para crimes cometidos por agentes públicos, funcionários públicos. Também é uma coisa que tem o lado positivo, quer dizer, estou pensando mais no caso do juiz do que no do promotor porque o juiz pode condenar. Mas pode ter um lado ruim também porque se a pessoa tiver um viés determinado, ela faz uma política disso. No caso do promotor não é tão grave porque, se tiver um viés determinado, ele é controlado pelo juiz. Mas o juiz profere a sentença e, apesar de haver recurso, ela pode, enfim, resultar em problemas. Portanto, temos que lidar com duas questões diferentes: de um lado, a especialização necessária, e, de outro, a necessidade de uma abertura de espírito, quer dizer, ele vai evitar que a especialização se torne sectarização. É um risco que existe, ou o poder conferido de maneira não democrática, seja um procurador, seja um juiz, para, por hipótese, deferir toda a política do funcionalismo público de uma cidade, por exemplo, algo do gênero.

JUSTITIA – Professor, como o senhor vê a importância do Ministério Público como fator desencadeador da participação política da sociedade?

PROF. JANINE – É aquilo a que me referi como “MP-ização”, “promotorização”, “procuradorização”, como se queira chamar, da política. Há uma coisa muito curiosa no Brasil. Apesar de termos uma sociedade dinâmica, em certos momentos a sociedade é mais suscitada por algo externo a ela do que por ela própria. Por exemplo, muitos preconceitos que a sociedade brasileira tem, ou tinha, foram enfrentados antes de mais nada pelas novelas da Globo. As novelas dessa emissora colocaram em cena trinta anos atrás a questão do preconceito contra a mulher. Bom, pode-se dizer que aí já havia a militância feminina. Mas foi uma novela da Globo que colocou o preconceito contra a síndrome de Down. E nada a obrigava a isso. E certamente o efeito que esta novela teve em favor do portador da síndrome foi muito maior do que qualquer campanha isolada na televisão. Então, temos uma coisa curiosa, que é uma sociedade dinâmica mas que em certos momentos há um catalisador externo e que não sabemos nem por que está agindo, à toa. O caso das novelas da Globo também é um grande mistério. Manoel Carlos, que por uma grande razão foi tomado por um particular carinho pelos portadores da síndrome de Down, e, por causa disso, a este homem devemos a mudança no respeito a alguns milhares de pessoas, que, estatisticamente, pode ser pouco, mas para cada uma delas é uma multidão. É uma coisa de uma nobreza muito grande, quer dizer, sem que isso corresponda a nenhum interesse econômico da rede. Pelo visto ela deixa rédea livre aos seus autores, eles podem escolher o tema que quiserem e se não quiserem escolher nenhum tema não escolhem. As novelas atuais da emissora, que eu me lembre, não têm nenhum tema específico, a não ser, sim, a defesa de uma honestidade, mas esse é um tema constante, freqüente, e eu diria que o Ministério Público exerceu, muitas vezes, um papel semelhante. Quer dizer, às vezes tem certas demandas que deveriam emanar de grupos sociais e nós as vimos surgir entrando na cena pública pela ação do Ministério Público, por meio de interpretações legais, interpretações de tex-

tos constitucionais, interpretações de outras disposições que vão impondo coisas. Por exemplo, a área de Direito da Capes decidiu que um programa de Direito de Pós-graduação tem que ter acesso aos portadores de deficiência. Acho que, mesmo que eu não tivesse nada disso, talvez não chegasse ao ponto de ter de fechar o programa, mas é uma sinalização forte que a Arquitetura, por exemplo, não fez, por curioso que seja. Temos, portanto, uma expansão dentro da área do Direito que é uma coisa interessante feita por aí. E isso às vezes vem junto com movimentos sociais, ou precede ou converge. Esse é um dos fenômenos bonitos da atuação do Ministério Público e, de fato, penso que o tema é bem desencadeador. Ele tem uma atuação política que se dá nos seus próprios termos, mas em certos assuntos, em certos nichos, sejam novelas, seja Ministério Público, tem um papel espantoso. É algo muito bonito, muito positivo.

JUSTITIA – Foro privilegiado e suas repercussões políticas diante do princípio de igualdade. Qual é a sua visão a respeito do foro privilegiado?

PROF. JANINE – Devo confessar que sobre este assunto eu tenho uma grande dúvida, quer dizer, o argumento em favor do foro privilegiado que entendi lendo a literatura a respeito é o seguinte: a pessoa desfruta dele enquanto exerce a função. Então, quem exerce um cargo no Governo Federal pode ser processado em determinado foro, dependendo do cargo, pode ser processo perante tal e qual Tribunal, dependendo, em tal ou qual Comarca, dependendo de tal e qual Comarca se aplica, enfim...

JUSTITIA – Não seriam juízes.

PROF. JANINE – Sim, mas quer dizer numa determinada localização geográfica geralmente conhecida de onde ele está. O argumento que ouvi em favor do foro privilegiado foi, salvo engano, uma discussão a respeito de se durante o exercício do cargo cabe ou não o foro privilegiado. Parece-me razoável dizer que sim. Entendo que um determinado prefeito de São Paulo na deve ser destituído por uma sentença elaborada monocraticamente por um juiz. Isso é erra-

do fazer. Não pode um juiz – entre centenas que operam, talvez milhares no Estado – destituir o eleito do povo sem mais. Tem que ter pelo menos a decisão de uma Câmara, de um Colegiado. Desse ponto de vista, enquanto o cargo se exercer, acho que o foro privilegiado tem certo sentido. Agora, o argumento que eu ouvi em favor do foro privilegiado é que vencido o mandato de alguém essa pessoa pode ser processada em qualquer lugar. Então, no caso de alguém que teve uma abrangência Federal na sua atuação, ela pode ser processada do Oiapoque ao Chuí. A minha preocupação aí é muito pragmática. Quer dizer, quem tem dinheiro para responder a esse tipo de ação? Quem tem condições de eventualmente contratar um advogado aqui e ali. Vou dar um exemplo: reitores. É muito comum reitores serem processados no Tribunal de Contas da União porque algum ato por eles autorizados violou uma formalidade. E se trata disso: formalidade. Então, quando os reitores saem do cargo, eles já levam em consideração que vão ter que pagar uma conta, vão ter que contratar advogado, vão ser multados, vão ter problemas. Isso tem a ver com essa nossa mania do formalismo, extrapola a questão do foro privilegiado. Temos que tomar muito cuidado com as medidas chamadas moralizadoras para evitar que elas não tragam o resultado exatamente oposto ao desejado. Porque uma boa parte delas apenas encarece a corrupção. Essas medidas contribuem para que a pessoa que vai se corromper trate de fazê-lo com muito mais cuidado, muito mais cautela, e também com muito mais custo e dano para a sociedade. Portanto, hoje eu não teria uma opinião sobre foro privilegiado, mas falando de um ponto de vista muito pelos efeitos dele sobre a política brasileira. Ora, se, por exemplo, a pessoa, uma vez terminado o exercício de seu cargo, fosse acusada num local e o processo tramitasse no local de residência dela, já teria muito menos problema. O que não pode haver é a situação de entender a Justiça como uma espada de Dâmocles, como uma arma que é utilizada por razões menores. O foro privilegiado protege contra isso. Protege em excesso. E isso acaba introduzindo outra questão, que é a da imunidade parlamentar e a questão da

representação que temos, quer dizer, a proporção de pessoas processadas no Parlamento é maior do que na sociedade. Tem o lado que é natural porque pode haver muito processo político, de intenção política, pode haver muito processo por crime contra a honra, por acusações que a pessoa tenha feito, que não necessariamente levarão essas pessoas a serem condenadas. Pode ser preocupante vermos que entre os nossos eleitos há uma proporção significativa de pessoas acusadas, cujos processos muito raramente chegam a termo. Quer dizer, é muito raro haver uma condenação. Creio que o que incomoda a sociedade é muito mais a carência de conclusão para isso. No caso desse promotor, esse garoto que matou outra pessoa na praia, o que incomoda muito a sociedade é isso. E nesse ponto, sim, me preocupa bastante porque nos últimos quinze anos, eu diria o seguinte: desde o momento da queda do Collor, tivemos um avanço extraordinário em vários aspectos, mas a expressão ética na política não foi um avanço. Se pensarmos em três termos: comportamento dos partidos, ética na política e instituições, eu diria que, do ponto de vista dos partidos, nos estabilizamos num sistema de dois partidos centrais que são os melhores que temos, ou os menos piores. Do ponto de vista do respeito às instituições, asseguramos que elas funcionam. Quer dizer, está funcionando. Nunca o Brasil esteve tanto tempo com instituições livres e funcionando. Do ponto de vista da ética na política, a percepção popular é que a coisa está igual ou pior. Não sei se isso é verdade. Não temos acesso aos dados reais sobre a corrupção e é quase impossível de obtermos porque a corrupção bem-feita quase não deixa rastros. Agora, para ficar na questão mais atinente à nossa conversa, que é a das instituições, creio que as instituições funcionam no condomínio entre elas, pois não conseguiram um respeito por parte da sociedade. As instituições não são respeitadas socialmente. E cada movimento em falso numa Casa legislativa, num órgão do Judiciário, no Poder Executivo, no Ministério Público, a imagem é muito negativa, o custo é muito alto.

JUSTITIA – O senhor acha que esse passo em falso pode ser representado por essa decisão do Ministério Público em confirmar na carreira esse promotor que assassinou o rapaz na praia?

PROF. JANINE – Esse é um caso. Há vários outros, mas nem estou discutindo a representatividade do caso na atuação geral do Ministério Público. No entanto, acho que a sinalização desse caso para a sociedade é lamentável. Não estou discutindo os motivos técnicos, como também esse é um caso que trata de autoria clara e nítida. Um caso mais ambíguo, que é o do presidente do Senado, Renan Calheiros, este, sim, comporta muito mais discussão. No de José Dirceu, que também comporta muita discussão e não se sabe, enfim, o que é verdade e o que não é. Mas também nesses casos a opinião pública se revolta. Temos, portanto, a situação de uma opinião pública que está predisposta contra e isso é muito preocupante. Então vamos até esquecer por um instante se ajusta ou não ajusta a decisão dos Poderes constituídos. A questão é que passa a todo mundo que essa é a razão quando alguém diz que o Supremo jamais condenou nenhum político. Então, isso passa despercebido. Não deponho a favor do Supremo, muito ao contrário, mas isso significa que se condenou ou não um criminoso de verdade, não sei. Fora isso, é bastante absurdo pensar que cabe ao Supremo Tribunal Federal agora proceder ao julgamento de quarenta pessoas. Despropósito total, quer dizer, como deveriam ser julgadas? Isso deveria ser incumbência do STJ ou então deveríamos ter um Tribunal Constitucional à parte. O STF se afogaria em processos, mas teríamos um Tribunal Constitucional que resolvesse questões realmente de primeiro plano.

JUSTITIA – Matéria Constitucional. O Tribunal Constitucional é muito nobre para fazer tudo o que o nosso Supremo Tribunal vem fazendo.

PROF. JANINE – Pois é. Inversamente à posição norte-americana, é superpreocupante porque enquanto em tese o nosso STF tem que acolher toda representação que a ele chega e dar-lhe continuidade, a Corte do Supremo escolhe. Há assuntos que ela decide simplesmente não tratar e que caem num vazio jurí-

dico. Quer dizer, pessoas que têm certamente mais que a fumaça de bom direito e cujos assuntos jamais foram ou serão encaminhados. Então a Corte Suprema Norte-americana, por mais digna de elogio que seja, por mais reputação que tenha, ela tem elemento de profunda injustiça nisso também. No nosso caso, se tirássemos tudo isso, que é competência recursal do Supremo, ou mesmo esse caso de julgamento em primeira instância, ou única instância, se tirássemos isso e deixássemos apenas a parte relativa à Constituição e, talvez, alguma legislação mais nobre, provavelmente avançaríamos. Mas esse é um ponto muito difícil, quer dizer, podemos avançar por etapa. Ou seja, resolver cabalmente é muito difícil, para continuar só nesse ponto. Tenho refletido a respeito da competência legislativa municipal, cada Município tem a sua competência legislativa, o que significa que temos hoje mais de cinco mil e seiscentas formas diferentes de legislar sobre tributos, incluindo União, estados e municípios. Então isso se modifica, nada disso é permanente. As possibilidades que existem, ou seja, por um lado, o paraíso dos advogados e dos contadores, e, por outro, questões que poderiam talvez ser homogeneizadas nacionalmente. Talvez o Brasil ganhasse se ele fosse um Estado menos Federativo e mais unitário em certas questões, em certos pontos fossem os mesmos se houvesse um padrão ISO 9000, digamos, porque não é só a questão de serem diferentes, vão mudando – o que valeu de tanto a tanto, o que vale de tal qual – isso é preocupante, aumenta o nível de confusão. Imagine um ministro do Supremo julgando um processo em que está sendo alegado violação do direito constitucional, mas que envolve mudança tributária em uma Lei Municipal. Pode acontecer isso. O ministro tem que saber qual Lei vigorou em 1991, qual vigorou em 1992. Isso é desumano...

JUSTITIA – Hoje em dia está se falando muito na Lei da Mordça com relação aos jornalistas, ao pessoal de imprensa e a formação de um Conselho. O que o senhor pensa sobre essas iniciativas legislativas atinentes à “lei da mordça”?

PROF. JANINE – Esse assunto é complicado. Por exemplo, existe um código de ética das altas autoridades

federais que é aplicado no Poder Executivo até o nível dos ministros, até o nível DS6, que é o nível imediatamente superior ao meu, mas que também se aplica aos diretores de Fundação, que é o meu caso. Estou sujeito a esse código, que estipula uma série de regras entre as quais não é lícito a uma alta autoridade federal criticar outra em público. E já manifestei mais de uma vez que isso é até muito razoável, e o chamo de código de disciplina e não de código de ética. É um regimento disciplinar. No quartel existem certas regras que se deve cumprir, assim como em qualquer lugar. Daí a chamar certas regras de ética... é preciso tomar cuidado. Ética é outra coisa. No código de ética poderia ter: "é obrigatório toda alta autoridade federal, sabendo de um ilícito, comunicá-lo a seu superior ou a quem possa resolvê-lo e, não tendo resposta, denunciar em público". Isso seria ética, não seria outra coisa. Mas entendo um pouco porque a nossa sociedade não é uma sociedade democrática, mas, sim, uma sociedade emótica, quer dizer, o povo não tem a cracia ou cratose, o povo não tem o poder. O povo é o grande destinatário do discurso, ele não é o emissor do discurso e, sim, o receptor de um sem-número de discursos e esses discursos são sensacionalistas. Assim, a possibilidade que há nesses discursos de deixarem manchas que depois não possam ser limpas é muito grande. O que fazer em relação a isso? É um problema difícil. Eu sempre fui favorável à punição *a posteriori*, quer dizer, a impedir qualquer controle prévio mas estabelecer punições posteriores pesadas, não necessariamente privativas de liberdade, mas gravosas, de modo que as pessoas que cometam algum absurdo não saiam disso incólume. Essa posição sobre-carregaria ainda mais os tribunais, não há dúvida. O respeito à liberdade de expressão é mais importante, mas também é muito importante o respeito à imagem da pessoa, à sua intimidade. Esse é um assunto muito difícil de ser abordado. Lembro-me de um romance de Heinrich Böll, *A Honra Perdida de Katharina Blum*, que deu origem a um belo filme alemão de uns vinte ou trinta anos atrás. A moça, uma alemã, hospeda na casa dela um rapaz que depois se descobre que é um terrorista perseguido pela polícia e a vida dessa moça é devassada

por uma cadeia de imprensa sensacionalista. Esse filme é um marco jornalístico. E isso causou um choque muito grande porque é claro que o filme está vendo as coisas do lado da personagem, mas a *Veja* fez um artigo atacando, defendendo o jornalista, e dizendo que estamos na ditadura. E o jornalista é uma espécie de herói. Então, como o jornalista, um herói da livre informação, um herói da luta contra a ditadura, pode ser apresentado como um bandido, como um criminoso, alguém que destrói a vida de uma pessoa? Esse é outro assunto que para mim é muito difícil apontar onde estaria o limite. Agora, vejo que o Judiciário tem trabalhado nessa questão, quer dizer, há uma discussão freqüente hoje no Brasil a respeito de qual seria o limite da liberdade de expressão e qual seria o da preservação da intimidade. No caso das biografias do Garrincha e de Roberto Carlos, a meu ver – pelo menos no caso da de Roberto Carlos que li e constatei que é extremamente elogiosa –, entendo que o confisco é um exagero, mas, de um lado, ele mostra que há um viés de proteção da imagem da pessoa, do que a pessoa quer ou não que seja retratada da vida dela. De outro lado, há um interesse, um direito público. Como vamos conseguir matizar isso tudo? Não sei se alguém já resolveu essa questão no mundo de uma maneira muito clara porque também se pode argumentar que, quando a pessoa é pública, seus atos também são públicos – e a imprensa costuma pensar dessa maneira. Sim, mas até onde? Minha vida amorosa tem algum interesse público? Meu *hobby* tem algum interesse público? Nenhum. A não ser que afete alguma outra coisa. Acho que é um desses pontos em que o direito à intimidade, à presunção de inocência, ao nome, ao renome, se choca com a liberdade de expressão, com a liberdade de informação etc., e fazer a divisão fica difícil. Para dizer a verdade, tenho pensado ultimamente no que significa a polícia expor uma pessoa que foi presa. É muito comum a polícia apresentar uma pessoa que foi presa, acusada de determinado crime. De certo ponto de vista, ela não deveria fazer isso porque as pessoas têm a presunção de inocência ainda e se forem inocentadas poderão eventualmente acionar a polícia, e mesmo assim não teriam de volta o que perderam.

JUSTITIA – E no Direito Constitucional a principal discussão que se trava, hoje, em termos mundiais, é exatamente esse sopesamento entre direitos individuais e coletivos. E qual é o fiel da balança, qual é o ponto ideal que vamos chegar é algo muito complicado.

PROF. JANINE – E, a rigor, talvez nem seja bem o caso porque se a pessoa é inocente então não houve nenhum direito coletivo prejudicado pela inocência dela. Por outro lado, vamos acabar com os repórteres policiais, não vamos noticiar crimes? Eu lhe perguntava, antes desta entrevista, quanto à condenação pelo Júri, sentença de pronúncia, sentença de denúncia. Antes disso, temos aprisionamento pela polícia. Ou seja, temos várias etapas até a pessoa ser pronunciada e condenada e a sentença transitar em julgado, que é uma etapa suplementar. Só vamos dar o nome da pessoa quando transitar em julgado? Na Inglaterra, crimes cometidos por menores são processados normalmente e só quando o caso é concluído o nome do menor é divulgado. Eu estava lá em 1992, quando dois meninos, todos pequenos, de sete, oito anos, assassinaram uma criança de dois ou três anos. Uma história muito triste. Os nomes deles foram divulgados. Foram condenados a ficar presos ao bel-prazer de Sua Majestade, o que significa, na verdade, que, se tiverem sorte, serão reeducados, receberão nova identidade. Mas se tiverem sorte. Têm mais chances de ter sorte do que aqui no Brasil, sem dúvida. Mas é um assunto muito delicado em si. Porém, uma coisa é discutirmos isso no só plano, porque o Governo quer calar a boca, o Governo quer foro privilegiado. Outra coisa é pensarmos nos termos em que estamos discutindo... Qual é o direito que uma pessoa tem de não ser importunada, por exemplo. O nosso Código do Consumidor talvez vá até longe demais, quando proíbe uma pessoa de ser cobrada no local de trabalho, por exemplo. Ma há situações constrangedoras.

JUSTITIA – Papel da mídia e suas repercussões sobre processos rumorosos. Essa é uma questão que nos preocupa.

PROF. JANINE – É. Eu tenho tido uma decepção muito grande com a mídia. Acho a mídia brasileira muito fac-

ciosa. Ela tem certas posições tomadas. Até foi muito salutar ela ter sido derrotada nas eleições; talvez isso ensine alguma modéstia, algum respeito à posição diferente. Mas temos que distinguir duas coisas na mídia: uma é a opinião. Tem partes da mídia que são claramente de opinião e, por conseguinte, o jornal tem direito de veicular: sua página de editorial, os artigos assinados em certos lugares. Isso tudo, não entendo que deveria ter muita controvérsia; é desejável que ela expresse diferentes opiniões, enfim, o jornal tem esse direito. Por outro lado, na parte noticiosa, embora não haja nunca objetividade, imparcialidade, sempre haja um foco, o jornal tem que lidar como se houvesse imparcialidade. Ele tem que acreditar nessa coisa que não existe. Li isso uma vez no jornal *Le Monde*. No começo do *Manual da Folha*, esse jornal brasileiro dizia alguma coisa assim, depois mudou. Portanto, um texto de jornal hoje é, muitas vezes, já uma tomada de posição política muito clara. Fulano de tal, envolvido no escândalo tal; envolvido é um termo extremamente vago. Quem está envolvido? Podemos dizer que a criança que Mônica Veloso teve com Renan Calheiros está envolvida no escândalo. Está envolvida sim, e então existe uma coisa aí que é muito delicada, além do fato de que a nossa mídia está muito mais numa posição de centro-direita do que outra, isso deixa a informação dela muito complicada. E eu tenho sentido uma queda na leitura dos jornais das pessoas que conheço. E uma dificuldade, então, da formação da opinião pública. Agora um conceito em que não acredito é o dos formadores de opinião. Trata-se de um conceito segundo o qual a classe média de hoje seria o povo de amanhã. O que a classe média acha, depois o povo vai achar. Se o candidato tal começa sendo bem-querido no grupo tal, por exemplo; notamos que nos últimos anos isso não sucedeu, que há interesses mais claros, econômicos, em jogo e isso eu acho que tem um lado muito positivo. Quer dizer, apesar de uma boa parte da classe média ter entendido que ela estava votando por valores éticos e que o povo estava votando comprado, recusando-se essa classe média a reconhecer que ela também vota comprado, porque ela também está sendo sustentada pelo dinheiro público uma vez que o dinheiro público sempre foi mais para ela do que para os outros, e para os ricos mais ainda, penso que

estamos em uma situação em que a disputa pelo quinhão do bolo está mais equilibrada, os mais pobres estão disputando de maneira mais protagônica a sua parte. Precisaremos ter em algum momento uma imprensa que expresse isso. Mas não é fechando os órgãos atuais, é regulando, criando outros órgãos que concorram com os existentes no mercado.

JUSTITIA – Uma imprensa menos tendenciosa no que tange à formação de opinião, menos influenciada por Goebels ou coisa parecida?

PROF. JANINE – Goebels talvez seja ir longe demais...

JUSTITIA – Lógico...

PROF. JANINE – Acho que, efetivamente, a informação deveria procurar ser mais objetiva, as opiniões deveriam ser mais equilibradas... Mas há um lado também curioso, que é o seguinte: em muitas questões que já foram, no Brasil, alvo de conflitos áspers, nós estivemos a ponto de quase-acordo – com relação à educação, à saúde, temos uma convergência hoje entre PT e PSDB como nunca houve antes. A grande diferença é que o PSDB quer uma parte grande no setor privado, o PSDB quer privatizar, o PSDB quer dar dinheiro ao setor privado. Essa é uma grande diferença. Agora, o conteúdo de ensino, o princípio da avaliação, a importância da saúde preventiva, esses não são mais fatores de controvérsia. São muito poucos os fatores de polêmica. Uma das coisas que me chamam atenção é que, às vezes, há muita histeria. O objeto não comporta paixões tão acasas. Tenho duas interpretações meio controversas. A primeira é o preconceito contra o presidente Lula, o preconceito contra o operário – o fato de um operário estar no poder faz que algumas pessoas sintam seu orgulho ferido. E isso vai desde eleitores até líderes políticos. A outra questão, que não está tão longe, é que, quando no começo do primeiro mandato do Governo o PT deu a impressão de que faria a agenda do PSDB, o argumento dos tucanos era: “veja como nossa agenda era boa, o PT está fazendo pior do que nós”. A coisa ficou pesada e virou clima de guerra quando o PT começou a fazer me-

lhor do que eles. Vou dar um exemplo claro: a questão da educação superior. O Ministro anterior conseguiu gerar um antagonismo enorme que o atual não gerou. Isso significa que as medidas podem ser parecidas, mas ampliou-se a base de diálogos, ampliou-se a base de sustentação. Há coisas que são intoleráveis, por exemplo, considero greves em universidades uma coisa muito errada, mas entendo que reduziu muito o teor de conflito. Então me chama a atenção – nessas coisas rumorosas, em que às vezes não há proporção entre o barulho e a causa do barulho. No caso do Marcos Valério, deplorável sim, mas pelo visto foi prática corrente e o presidente do PSDB na época tinha sido beneficiado. Vai ser denunciado? Talvez. Vai fazer o quê com isso tudo? Sou muito favorável, nessa coisa toda há uma exposição da verdade e de recomeço, mesmo que tivéssemos que fazer uma coisa tipo África do Sul, uma comissão de verdade de reconciliação, porque quem abrir todo o jogo você anistia, você não vai ter nenhuma punição privativa de liberdade, você garante talvez multas etc. Mas não priva de liberdade. Mas um dos grandes problemas nisso tudo que estamos discutindo é a hipocrisia nacional. O Brasil é um país muito hipócrita. Então, as situações que são cometidas por um e que são consideradas normais, se cometidas por outro podem ser condenadas, e cada um puxa para o seu lado. É muito ruim.

JUSTITIA – Liberdade pública e escuta telefônica. Qual é o fiel da balança? O senhor considera que está havendo excessos nas escutas telefônicas?

PROF. JANINE – Estamos fazendo na Capes um controle dos cursos em larga medida com critérios estatísticos e isso está sendo uma coisa muito boa porque estamos notando, digamos, a produção deles, a qualidade também. É claro que, se examinarmos os juizes em função da sua produção de sentenças sem saber da qualidade e importância, isso resultará em erros. Hoje, a cultura estatística foi tão longe que ela torna possível pegar amostragens bem-selecionadas, torna possível pegar questões que assegurem alguns pontos básicos, fundamentais, com os quais um Conselho Nacional deve se ocupar. Aliás, todos os Conselhos que regulam devem assegu-

rar que haja sentenças bem-proferidas, que os processos não durem demasiados etc. Esses devem ser alguns pontos básicos de um Conselho, muito mais do que pinçar uma pessoa ou outra e julgá-la. Ele deve assegurar que o sistema funcione e ter alguma forma de delegação ou de atribuição pela qual eventuais indivíduos que estejam desempenhando mal suas funções sejam excluídos, ou sancionados, punidos, alertados. Isso engata na pergunta a respeito das grandes necessidades da reforma do Judiciário. Entendo que o Judiciário padece, desde eras muito antigas, de dois grandes problemas: morosidade e injustiça. Às vezes ambas estão ligadas, às vezes não. Certa demora na sentença é até necessário para que se faça justiça, mas, por um lado, uma decisão tomada muito às pressas pode ser uma decisão tomada de afogadilho e apaixonada e, portanto, ela pode ser injusta. Por outro lado, uma decisão muito demorada é bastante negativa. Isso significa repensar a questão de quantos recursos são possíveis, até onde é possível recorrer e em função do que se pode recorrer. Isso exige, por sua vez, um equilíbrio entre o quanto estamos dispostos a aceitar de injustiça em determinados casos ou o quanto estamos dispostos a aceitar de morosidade. Explicando melhor. Se, por exemplo, eu disser que uma sentença está transitando em julgado, quando chegar à segunda instância não caberá mais recurso. Acabou. Podemos, portanto, ter jurisprudências muito diferentes aplicadas de formas diferentes, dependendo das atividades da segunda instância; padronizaria de qualquer forma o seu espaço geográfico, jurisdicional. Podemos, então, perder eventualmente de ter uma justiça seguindo o mesmo padrão em nível nacional. Ganhamos no sentido da agilidade processual da economia. Parece-me também que um assunto passível de solução seria pegar um grande número de processos sobre casos análogos. Em decorrência dos pacotes da atuação dos governantes, há muitos processos de natureza repetitiva. Creio que seria importante tentar trabalhar isso. Eu colocaria hoje, como prioridade nacional do Judiciário em termos de gestão, ele pegar os processos de natureza repetitiva – pouquíssimos devem ser de natureza penal, muitos devem ser de natureza tributária ou coisa do gênero – e tentar fazer com isso uma limpe-

za de pauta e de uma vez por todas. Nesse sentido, sou, em princípio, favorável à súmula vinculante. Em princípio. Quer dizer, se você tem certos pontos resolvidos e, eventualmente, alguém discorda daquela súmula, você poderia apelar ao próprio órgão que a editou e pedir que seja revista com base em uma argumentação não antes examinada, mas não poderia a coisa ir prosperando por sucessivas instâncias. Outro ponto é o uso maior da arbitragem. Muita coisa que chega no nível do litígio poderia ter sido resolvido antes. As questões de família, por exemplo, mereceriam um papel muito maior de arbitragem, até mesmo para não deixar as pessoas mais machucadas, uma vez que entram elementos de mágoa, de sofrimento, de dor. Na verdade, repensar o Judiciário exigiria uma série de atuações que dizem respeito ao perfil de sociedade. Se pensarmos mais na arbitragem, e no sentido amplo da arbitragem, estaremos pensando na sociedade em que o elemento solidário poderá estar presente. Então, às vezes alguns falam “Tribunais de Vizinhos” ou coisa semelhante como se fosse uma justiça terrorista, mas algum tipo de conciliação nesse nível pode ser melhor do que a pessoa ter de ir até a delegacia para fazer B.O. [boletim de ocorrência], ou levar o caso à Justiça etc. Pode ser melhor, pode ocasionar menos traumas, pode fazer que as pessoas se exponham mais, e acho que há coisas que poderiam ser mais bem definidas pelo próprio legislador. Por exemplo, conceito e união estável. Esse conceito foi interpretado de forma diferente, em diferentes estados e épocas. Teve um momento que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerava cinco anos e o Tribunal de Justiça de São Paulo considerava dois anos, ou o contrário, depois, dada a flexibilidade das relações hoje, não indicava que precisava nem morar sob o mesmo teto. Então, acho que é a única Lei que a gente tem que permite uma transferência de propriedade sem nenhum documento. Quer dizer, uma transferência de propriedade por pura suposição de suposição de suposição ou, em outras palavras, hoje está muito mais protegida a pessoa com dinheiro que se casa do que a pessoa com dinheiro que namora. São situações que, apesar de haver uma evolução dos costumes, o Judiciário pode acompanhar. Mas o Legislativo tem que fixar certos parâmetros –

por exemplo, a união estável são cinco anos vivendo sob o mesmo teto? São dois anos morando em casas separadas? Isso é uma decisão política. Há uma transferência de propriedade? Como se apura isso? São os arquétipos pós-casamento? Como é o pós-união? Como ele se dá? São coisas que vão criando um volume de trabalho que às vezes se torna assustador. O que me assusta no Judiciário é sobretudo o volume de coisas.

JUSTITIA – Essa falta de poder de decisão do Legislativo no que tange a colocar na lei determinados parâmetros, colocar na Constituição determinadas idéias e normas, relegando para uma legislação infraconstitucional, sempre essa falta de coragem do nosso Legislativo, repercute diretamente no Judiciário?

PROF. JANINE – Repercute, porque o Judiciário tem que resolver as coisas. Há o Juizado de Pequenas Causas – que agora tem outro nome mas o nome inicial é muito bonito – ele é importante para mais pessoas darem fé ao Judiciário, resolverem problemas, mas também, digamos, o custo da ação para o Estado provavelmente é muito maior do que o benefício para o vencedor da ação. São várias questões. Acabei sendo um tanto pragmático e colocando um pouco questões de gestão, mas é que acho que essas questões não se desvinculam das questões de princípio, quer dizer, quando pensamos o efeito que uma medida moralizadora vai ter na prática, o efeito de corruptor, trazemos à tona uma questão muito grave. Ou seja, quantas boas intenções podem ter dado resultados opostos. Quando falamos, o Juizado de Pequenas Causas é muito bom porque fez justiça ao crédito todo, mas daí tem que impedir um magazine popular de usar isso para cobrar crediário, quando você toma esses cuidados... Por exemplo, teve um tempo que era possível selar, com R\$ 0,1, a carta social. Ainda existe o selo a esse

valor, só que ela tem que ser manuscrita, o envelope tem que ter remetente pessoa física, pesar até dez gramas e não pode enviar mais do que cinco por dia. É para a comunidade carente. Suponhamos que fosse assim o acesso ao Juizado Especial. Quer dizer, Casas Bahia não pode, quem tem CNPJ não pode. Mas você tem que medir o tempo todo o custo-benefício disso.

JUSTITIA – Tem um custo muito alto.

PROF. JANINE – É. Tem um custo muito alto. Agora, quando pegamos a pequena criminalidade, a infância, a adolescência, o tratamento é outro. À exceção dos casos irrecuperáveis, que já existem, os demais são casos de reinserção de filho pródigo. Nunca fui uma pessoa religiosa. Hoje mesmo eu não sei se creio em Deus ou em um ente superior, mas acredito muito em certos religiosos. Tem certas coisas que só uma pessoa imbuída de um sentimento religioso muito forte é capaz de fazer. Dedicar-se aos meninos de ruas que vivem na criminalidade, que às vezes já cometeram crimes graves, acreditar na recuperação deles, se empenhar por eles...

JUSTITIA – São pessoas superiores.

PROF. JANINE – No filme *Os últimos Passos de um Homem*, em que uma freira, representada no papel por Susan Sarandon (Irmã Helen Prejean), acompanha Sean Penn (Matthew Poncelet) nos últimos dias dele. Um trabalho enorme até que por fim ele reconhece qual foi a parcela de culpa dele no crime. Então, é tanto trabalho por tão pouca coisa (entre aspas), mas que no fundo é isso que vale. Se compararmos com Manoel Carlos e Gilberto Braga, fazendo milhares de portadores da síndrome de Down serem aceitos. Estatisticamente é muito pouco, mas não há muita alternativa hoje. Senão vamos viver na selvageria.

Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política

Rogério B. ARANTES*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O novo Ministério Público. 2 Legalização dos direitos difusos e coletivos. 3 Ação Civil Pública. 4 Constituição de 1988 e independência institucional do Ministério Público. 5 A ideologia do “voluntarismo político”. 6 Ministério Público e o combate à corrupção política – formas de tratamento da corrupção política. 7 A questão da efetividade processual e o problema do “foro privilegiado”. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O artigo analisa o processo de reconstrução institucional do Ministério Público brasileiro. Para isso, ele examina os principais textos legais que, nas últimas duas décadas, redefiniram as atividades do Ministério Público. Alguns dos principais elementos são considerados: a regulação dos direitos difusos e coletivos, a Ação Civil Pública e as novas atribuições legais e constitucionais do Ministério Público. O artigo explica como a Constituição de 1988, ao consolidar normas anteriormente isoladas, produziu um arranjo institucional que introduziu uma *extensa judicialização da política* e uma *politização das instituições judiciais*, especialmente do Ministério Público. De igual ou maior importância que o novo quadro institucional é a renovação doutrinal e ideológica havida entre os promotores públicos nos últimos anos. A observação de seus discursos e de suas práticas nos proporciona compreender a identidade que essa renovação doutrinal e ideológica busca imprimir à instituição. Em sua segunda parte, o artigo discute a questão do combate à corrupção por meio do sistema judiciário e aponta alguns dos limites e contradições da judicialização da política e da politização do Ministério Público no Brasil.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Direito e política. Direitos difusos e coletivos. Voluntarismo político. Ação civil pública. Corrupção política.

Introdução

A história da constituição do Ministério Público (MP) deita raízes no longo processo de formação do Estado Moderno. Na conhecida definição weberiana, devemos conceber essa nova formação política como “uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*” (WEBER, 1972). A definição de Weber nos é particularmente útil se considerarmos que o processo de monopolização do uso legítimo da violência física levou a uma valorização do direito como instrumento de racionalização e de legitimação do Estado e à especialização de determinadas funções estatais correlatas. Não cabe aqui reconstruir a história do Estado Moderno, mas nunca é demais lembrar que a definição institucional de Ministério Público, no Brasil ou em qualquer outro país que adote órgão similar, está intimamente associada aos referidos processos de monopolização, racionalização, legitimação e especialização envolvendo o uso da força física pelo Estado: o Ministério Público é justamente aquele órgão estatal que se especializou no exercício da função de persecução criminal e, nesse sentido, é co-responsável pela prerrogativa estatal de uso da força em prol da manutenção da lei e da ordem.

Formados por um corpo especial de advogados, os órgãos especializados nessa função às vezes

* Professor do Departamento de Política e do Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica/SP e Coordenador do Núcleo de Estudos da Democracia e de Política Comparada (DEMOS). Pesquisador, dedicando-se ao estudo do funcionamento das instituições políticas e judiciais. Autor de livros e artigos, publicados no Brasil e no exterior, entre eles *Judiciário e Política no Brasil* (1997) e *Ministério Público e Política no Brasil* (2002). Mestre e doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo.

estão vinculados ao Judiciário, às vezes ao Poder Executivo e às vezes são independentes. Embora alguns deles não detenham o monopólio da ação penal, todos exercem papel importante no funcionamento da justiça criminal. Para denominá-los, existe uma variada nomenclatura, tão diversa quanto as definições constitucionais e o leque de atribuições que executam, embora a função penal seja algo que eles têm em comum: o *Ministère Public* na França, os *US Attorneys* e *District Attorneys* nos Estados Unidos, o *Ministério Fiscal* na Espanha, o *Publico Ministero* na Itália, o *Public Prosecution Service* no Canadá, o *Crown Prosecution Service* no Reino Unido, e o *Ministério Público* no Brasil, assim também denominado em Portugal e em vários países da América Latina (Argentina, Chile, Costa Rica, Equador, Peru etc.).

A definição weberiana de Estado Moderno encerra outro elemento, de natureza mais sociológica, igualmente útil para pensarmos processos de construção institucional como aquele que será examinado neste artigo – o do Ministério Público brasileiro. Refiro-me ao componente ativo do processo histórico, do Estado pensado como ator ou, no limite do argumento, como ente político e corpo burocrático que agiu deliberadamente na obtenção do monopólio do uso legítimo da violência. O fato é que Weber não nos dá apenas uma definição estática de Estado mas, páginas adiante da primeira definição, parece nos fornecer uma imagem em movimento, na qual se destaca o caráter ativo da empreitada política que foi a construção institucional do Estado Moderno: este

[...] é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que *procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão*. Equivale isso a dizer que o Estado moderno *expropriou* todos os funcionários que, segundo o princípio dos “estados” dispunham outrora, por direito próprio, de meios de gestão, substituindo-se a tais funcionários, inclusive no topo da hierarquia. (WEBER, op. cit.)

Expropriação e centralização estatal dos usos antes privatizados da força física e dos meios de gestão representam os elementos ativos do processo de formação do Estado moderno.

Mal comparando, desenvolveremos neste artigo tese semelhante acerca da evolução institucional do Ministério Público brasileiro, isto é, tomando sua configuração recente não de modo estático ou por via da mera descrição de suas atribuições, mas trataremos de sua história em movimento, revelando seu componente ativo e os elementos endógenos e exógenos responsáveis pelas grandes transformações pelas quais passou a instituição nos últimos anos no Brasil. Parodiando Weber, nossa tese central é de que o Ministério Público configurou-se como *um agrupamento que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) quase monopolizar, nos limites do território nacional, a representação judicial e extraordinária de direitos coletivos e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos de seus membros os meios materiais de gestão. Equivale isso a dizer que o Ministério Público chamou para si a responsabilidade dessa representação antes dispersa na sociedade e, substituindo-se a ela, assumiu o quase-monopólio dos instrumentos de ação na área cível dos direitos transindividuais e coletivos*.¹

1 O novo Ministério Público

No Brasil, o MP não se caracteriza apenas pela função de persecução criminal, mas se destaca também por outros dois aspectos: a) um amplo leque de atribuições na esfera cível e b) uma completa independência institucional em relação aos demais poderes de Estado. Nos últimos 30 anos, o MP passou

¹ O leitor atento notará que, da definição weberiana, evitamos o uso das palavras “dominação” e “expropriação” na paródia com o Ministério Público. Quanto à primeira, seu uso implicaria conotação negativa, além de imprecisão, uma vez que o MP não reúne todas as condições para figurar como agrupamento de dominação. Quanto à segunda, diferentemente dos meios de gestão expropriados pelo aparato burocrático central que constituiu o núcleo do Estado Moderno, os meios de ação do MP na área cível dos direitos coletivos não existiam antes de sua expansão nessa área, mas foram sendo constituídos na medida exata dessa mesma expansão, como demonstraremos a seguir.

por um importante processo de transformação e pode ser considerado a maior novidade institucional no Brasil, desde a redemocratização do País nos anos 1980. Atuando na proteção de direitos difusos e coletivos, como meio ambiente, relações de consumo, patrimônio histórico e cultural, criança e adolescente, idosos, portadores de deficiência, patrimônio público e até controle de políticas públicas, o MP tem se destacado também no combate à corrupção política e, mais recentemente, no combate ao crime organizado. Hoje, o MP conta com mais de 10 mil integrantes e está organizado em todos os 27 Estados brasileiros, atuando perante a Justiça comum e, no plano federal, perante as justiças especializadas (federal, trabalhista e militar).

O Ministério Público brasileiro ampliou sua atuação na esfera cível por meio de três inovações legais/institucionais e motivado por um forte componente ideológico que denomino “voluntarismo político” (ver Figura 1). O modelo daí resultante deu origem a uma instituição com independência e grande capacidade discricionária de ação em nome da sociedade. A combinação desses elementos (por um lado, discricionariedade de ação e “representação” da sociedade, típicos de entes políticos, e, por outro, função de *enforcement* das leis) levou-me a chamar o Ministério Público brasileiro de “agente político da lei”, com todas as potencialidades e contradições que uma expressão como essa pode conter.²

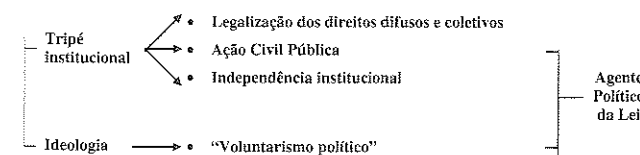


Figura 1 – Para entender o processo de reconstrução institucional do Ministério Público a partir dos anos 1970.

² Analisei detalhadamente esse processo de reconstrução institucional do Ministério Público e a ideologia do “voluntarismo político” de seus membros em *Ministério Público e política no Brasil* (2002).

2 Legalização dos direitos difusos e coletivos
Embora leis anteriores tivessem iniciado o reconhecimento de direitos transindividuais, foi a Lei nº 7.347 da Ação Civil Pública de 1985 que abriu o ordenamento jurídico à defesa dos direitos difusos e coletivos. Numa formulação geral, tais direitos podem ser definidos como aqueles transindividuais de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas (direitos difusos) ou grupo de pessoas ligadas entre si por alguma relação jurídica (direitos coletivos).³ Com a lei de 1985, meio ambiente, o direito do consumidor e o patrimônio histórico e cultural passaram a ser definidos como direitos difusos e coletivos e a partir de então eles têm sido objeto de ações coletivas na Justiça, promovidas por associações civis e, principalmente, pelo MP. A grande novidade representada pela Lei da Ação Civil Pública reside, portanto, na legitimação processual de atores públicos e sociais para defenderem perante a Justiça direitos que anteriormente só podiam ser reparados pela iniciativa individual das pessoas lesadas.⁴ Três anos depois deste primeiro grande passo, a nova Constituição promulgada no País em 1988 confirmou essa tendência de abertura do ordenamento jurídico aos direitos transindividuais, constitucionalizando aqueles mencionados por lei ordinária em 1985 e pavimentando o caminho para o surgimento de novos tipos. Daí por diante a Constituição tem-se mostrado uma matriz bastante generosa e pode-se dizer que a partir dela veio se construindo no País uma espécie de subsistema jurídico, caracterizado pelo surgimento de novas leis que substituem a titularidade individual pela titularidade supra-individual de direitos e por meio do qual o MP vem se transformando em órgão tutelar da sociedade. A título de exemplo de novas leis criadas a partir de 1988, que reconhecem

³ Para definições mais detalhadas, ver Mancuso (1997).

⁴ Segundo a Lei da Ação Civil Pública de 1985, podem propor esse tipo de ação: a) associações civis que tenham entre suas finalidades estatutárias a proteção de direitos difusos e coletivos específicos; b) Ministério Público; e c) União, Estados, Municípios e entes públicos como autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

direitos difusos e coletivos e atribuem papel especial ao Ministério Público, vale citar as normas relativas a pessoas portadoras de deficiência (1989), estatuto da criança e adolescente (1990), código de defesa do consumidor (1990); lei da improbidade administrativa (1992), lei sobre infrações da ordem econômica (1994), lei da biossegurança e técnicas de engenharia genética (1995), e lei de responsabilidade fiscal (2000). Em 2001 foram incorporadas à Lei nº 7.347/85 as hipóteses de ação civil pública contra infrações da ordem econômica e da economia popular e infrações à ordem urbanística. A abertura do ordenamento jurídico e constitucional a esses novos tipos de direitos é uma das principais razões pelas quais o sistema judicial brasileiro se converteu em arena de solução de conflitos coletivos (muitos deles de dimensão política), distinguindo o Brasil no elenco dos países que recentemente se (re)democratizaram.⁵

3 Ação Civil Pública

A preocupação da doutrina jurídica com os direitos difusos e coletivos ganhou forte impulso na década de 1970, sob a liderança dos processualistas italianos, especialmente Mauro

Cappelletti.⁶ A questão central na época residia na reforma processual necessária à ampliação do acesso à Justiça para a proteção judicial desses direitos. Em 1975, esse problema já tinha contornos mais ou menos claros e Cappelletti pôde criticar as experiências conhecidas. Segundo o autor, as duas soluções mais utilizadas até então eram insuficientes e precisavam ser superadas. De um lado, tinha-se a solução de deixar a defesa do interesse coletivo nas mãos dos próprios indivíduos vítimas de algum tipo de lesão para que estes, defendendo a si mesmos, beneficiassem também a coletividade. A limitação dessa estratégia, segundo Cappelletti, era flagrante, especialmente porque nos conflitos coletivos, indivíduos isolados se encontram em grande desvantagem, como no caso das relações de consumo. De outro lado, tinha-se a solução *pública*, isto é, a que entregava ao Ministério Público a defesa dos interesses gerais da sociedade. Cappelletti rejeita essa solução, apontando graves defeitos no Ministério Público. Primeiro, a semelhança com o juiz faz do promotor um agente incapaz de apresentar o dinamismo que a defesa judicial desses novos direitos requer. Segundo, a ligação do MP com o Poder Executivo o desqualifica para a proteção de interesses que muitas vezes são lesados pelos próprios órgãos políticos e administrativos do Estado. Essa era a crítica mais contundente contra o MP. Terceiro, faltaria aos promotores de Justiça formação especializada e conhecimento técnico suficientes para enfrentar os novos problemas trazidos pelos conflitos coletivos, e o Ministério Público como um todo estaria mal aparelhado para representar e defender adequadamente os interesses civis relacionados a fenômenos sociais e econômicos de grande complexidade (CAPPELLETTI, op. cit., p. 139).

Em *Access to Justice*, Cappelletti e Garth (1978) vão concluir, em resumo, que

⁶ O artigo seminal de Cappelletti sobre o tema foi publicado na Itália em 1975, sob o título "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all'giustizia". Publicado no Brasil em 1977, exerceu forte influência no debate jurídico em torno das medidas necessárias à abertura do acesso à Justiça para direitos coletivos (Cappelletti, in: *Revista de Processo*, n. 5, jan.-mar. 1977).

⁵ No caso da Europa central e oriental, por exemplo, a queda do comunismo levou a maioria dos países a elaborar novas constituições, como parte importante do esforço de transição política para regimes democráticos. Todavia, em nenhum deles houve uma valorização do sistema judicial semelhante à que ocorreu no Brasil. Analisando as constituições da Hungria (1989), Bulgária (1991), República Tcheca (1992) e Eslováquia (1992), Elster et al. mostram que todas elas trazem uma lista abrangente de direitos coletivos e sociais, mas não atribuem ao Judiciário a capacidade de enforcement desses direitos: "True, they [direitos sociais] do not have the force of judicially enforceable entitlements; but they are not merely political declarations without any legal significance either. They are declared outright as requiring legislative action (and administrative implementation), and this sets them close to the French model of constitutional rights. One of the consequences characteristic of the constitutions under study is the less important role of the judicial branch of government. This is consistent with the continental European tradition which had more trust in the parliaments than in the courts as the defenders of the rights and interests of the individuals." (ELSTER; OFFE; PREUSS, 1998, p. 107 [grifo meu].)

a triste constatação é que, tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos.

A avaliação de Cappelletti dividiu opiniões no Brasil. De um lado, juristas ligados à questão do acesso coletivo à Justiça concordavam com as lições do colega italiano e rejeitavam fortemente a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para agir em nome da sociedade. De outro, membros do Ministério Público tentavam desqualificar a crítica do processualista italiano e demonstrar como a instituição tinha todas as condições para figurar como representante ideal dos novos interesses difusos e coletivos.

Durante o início da década de 1980, travou-se intenso debate em torno dessa questão e dois projetos de lei chegaram a ser apresentados ao Congresso Nacional; um patrocinado por juristas favoráveis à maior participação da sociedade civil e outro patrocinado por promotores e procuradores favoráveis ao predomínio do Ministério Público nessa área. Não sem críticas e forte desconfiança do primeiro grupo, o projeto de lei encaminhado pelo Ministério Público foi aprovado pelo Congresso Nacional, graças ao apoio do Ministério da Justiça, que lhe conferiu vantagens institucionais importantes em relação às associações civis, na representação tutelar dos direitos difusos e coletivos. Assim surgiu no Brasil, em 1985, o instrumento processual pelo qual tais direitos poderiam ser objeto de apreciação judicial: a Ação Civil Pública. O paradoxo da sua criação é que ela se deu num momento de forte crítica às instituições estatais e de reivindicação da abertura do ordenamento jurídico à representação de direitos por organizações da sociedade civil, mas

o Ministério Público demonstrou habilidade política ao escapar dessa crítica e fazer aprovar um projeto de lei, já nos estertores do regime militar, que não só confirmava seu papel nessa área como ampliava prerrogativas que lhe confeririam posição privilegiada em relação a todos os demais legitimados à defesa judicial de direitos coletivos.

4 Constituição de 1988 e independência institucional do Ministério Público

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público deu passo definitivo na direção de se tornar um "agente político da lei": conquistou a independência em relação aos demais poderes de Estado. Na ordem constitucional anterior, o MP era um órgão subordinado ao poder executivo e agia segundo seus designios, no plano federal e nos Estados. Com a nova Constituição, o MP conquistou uma independência bidimensional: externa e interna. Na primeira dimensão, ele conquistou autonomia funcional e instrumentos de autogoverno, combinados à total ausência de mecanismos de *accountability* horizontal ou vertical.⁷ Internamente, os membros individuais da instituição, que ingressam por meio de concurso público, gozam de garantias como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, dentre outras, o que lhes confere alto grau de independência funcional e controle completo sobre as ações que conduzem. No Brasil, a autonomia dos promotores e procuradores assemelha-se à dos juizes e o modelo de insulamento típico da função judicante foi estendido no Brasil também à função de acusação. Entre os membros do MP, difundiu-se a partir de então uma peculiar definição de "independência funcional": no desempenho de suas atividades, os membros do MP estão subordinados apenas "à lei e à própria consciência".⁸

O único momento de interferência externa mais direta ocorre com a escolha do chefe da instituição: nos Estados, os governadores escolhem o procurador-geral com base em lista tríplice elabo-

⁷ Para uma distinção entre formas de *accountability*, ver O'Donnell (1998, v. 9, n. 3, p. 112-126).

⁸ A expressão é de Darcy Passos (1985).

rada pelos membros do MP, por meio de eleição direta; no plano federal, não há lista triplíce, mas o presidente da República é obrigado a escolher o procurador-geral necessariamente entre membros da carreira, que deve ser aprovado também pelo Senado Federal. A despeito disso, a independência interna reduz sensivelmente o impacto dessas indicações. Foi essa autonomia que deu origem à idéia de que o MP teria se convertido em um “quarto poder” no Brasil.⁹

O modelo brasileiro de Ministério Público se distingue, portanto, dos similares existentes no mundo, por combinar um amplo leque de funções na defesa de interesses coletivos da sociedade civil com altos graus de independência institucional e discricionariedade de ação.¹⁰

5 A ideologia do “voluntarismo político”

Além do tripé institucional (direitos coletivos, Ação Civil Pública e independência institucional), não é possível entender a profunda transformação sofrida pelo MP sem mencionar o componente ideológico que motivou endogenamente essa instituição a reivindicar a condição de “agente político da lei”. Em trabalho anterior (ARANTES, 2002), apresentei resultados de *survey*, de entrevistas qualitativas e provenientes de análise do trabalho de promotores e procuradores e com base neles pude denominar essa ideologia de “voluntarismo político”. Seus elementos principais são: a) uma avaliação pessimista da capacidade da sociedade civil de se defender autonomamente (hipossuficiente, no jargão jurídico);

⁹ Cabe aqui a ressalva de que, no bojo da reforma constitucional do Judiciário recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, foi criado o Conselho Nacional de Ministério Público (CNMP), que tem por definição exercer fiscalização e controle sobre a instituição. Seja por sua composição majoritariamente endógena, seja pelos limites impostos ao próprio CNMP, não se pode falar exatamente de “controle externo”, mas a expectativa é de que o novo Conselho possa aumentar o grau de transparência e de publicização das atividades e problemas que cercam o MP.

¹⁰ Esse modelo tem sido objeto hoje de análises e críticas que apontam para a ausência de mecanismos de *accountability*, seja para impor sanção nos casos de abuso de autoridade, seja para obrigar a instituição a agir nos casos em que a discricionariedade de ação permite aos promotores também se omitirem. Para uma discussão dos elementos que compõem a independência institucional do MP, ver Kerche (2002).

b) uma avaliação pessimista dos poderes político-representativos, que estariam corrompidos e/ou incapazes de cumprir suas funções; e c) em face dessa contradição, uma idealização do papel político do MP, de representar essa sociedade incapaz (embora sem mandato explícito e sem mecanismos de *accountability*), perante governos ineptos, que não garantem o *enforcement* da lei.

A ideologia do *voluntarismo político* tem funcionado como fonte de inspiração importante para a ação de promotores e procuradores e pode-se dizer que ela está bastante disseminada no interior da Instituição. Os dados colhidos à época pela referida pesquisa também revelaram uma visão muito cética e pessimista em relação às instituições políticas e uma valorização das instituições de Justiça como principais responsáveis, bem mais do que as primeiras, pelo alargamento e consolidação dos direitos coletivos no Brasil.

Tal ideologia não é nova entre nós. Na verdade, ela vem de uma matriz antiga, que sempre criticou o artificialismo de nossas instituições políticas e cultivou o sonho de um poder neutro, externo ao mundo da política e com autonomia suficiente para tutelar e conduzir a sociedade hipossuficiente. O distanciamento entre o mundo das instituições políticas e o mundo real constitui uma das idéias mais fortes que habitam o imaginário político brasileiro, sempre alimentando a crítica ao idealismo de nossas elites políticas e a baixa capacidade do nosso regime representativo de dar respostas efetivas aos apelos da sociedade. A decepção com o funcionamento do sistema político, nos marcos de uma sociedade civil supostamente frágil, conduz a tentativas de contornar a esfera política, em busca de formas alternativas de garantir a efetividade dos direitos. Essa é uma antiga idéia que habita o pensamento político brasileiro e hoje compõe o universo ideológico do voluntarismo político de promotores e procuradores, constituindo um dos principais ingredientes do fenômeno do *ativismo judicial* ou da *judicialização da política* no Brasil.¹¹

¹¹ Existe uma vasta bibliografia sobre o tema do *ativismo judicial*, desde análises sociológicas, centradas nos aspectos comportamentais e ideológicos dos agentes.

6 Ministério Público e o combate à corrupção política – formas de tratamento da corrupção política

Dentre as novas áreas de atuação do MP, a de combate à corrupção política constitui uma das que melhor expressam, de um lado, esse ativismo judicial baseado na ideologia do voluntarismo político e, de outro, as dificuldades de consolidar um modelo institucional que alçou o MP à condição de fiscal da probidade administrativa.

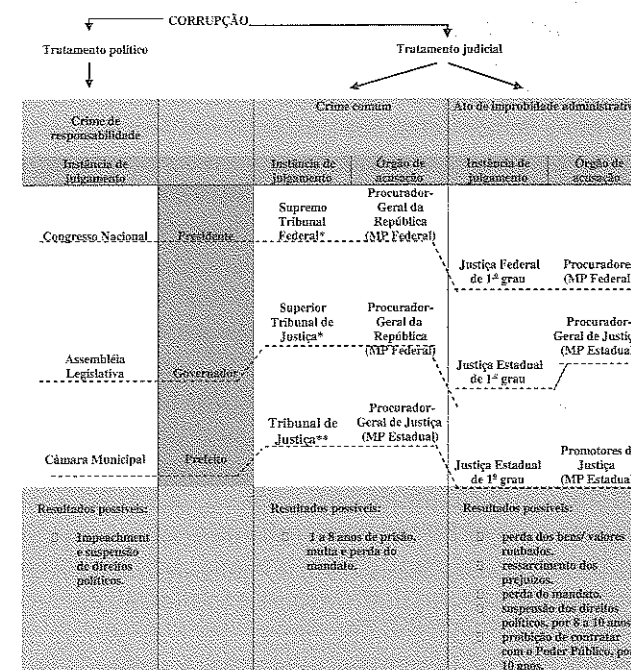


Figura 2 – Organograma: Ministério Público e combate à corrupção política.

judiciais, até estudos políticos sobre os diferentes modelos institucionais de relação das instituições de Justiça com o sistema político. Pode-se dizer que o tema da *judicialização da política* e da *politicização da Justiça* é um desdobramento e uma atualização do clássico problema do *ativismo judicial*. A respeito dessa temática, representaram referências importantes para o presente estudo os trabalhos de Cappelletti (1998, 1999), Cappelletti; Garth (1978), Garapon (1996), Tate; Vallinder (1997), Volcansek (1992), Sadek (apud PEREIRA; WILHEIM; SOLA, 1999, cap. 12), Vianna et al. (1999), Vianna (2002).

Conforme mostra o organograma da Figura 2, atos de corrupção praticados por agentes políticos do Poder Executivo podem receber *três tratamentos distintos*, a partir de três definições jurídicas diferentes. A via “política” considera o ato de corrupção crime de responsabilidade, dando origem ao processo de *impeachment*, que pode levar à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos. Apesar dos processos de *impeachment* de prefeitos, governadores e presidente ocorrerem no âmbito dos respectivos legislativos e, nesse sentido, dependerem essencialmente da correlação de forças políticas existente, os procedimentos são revestidos de caráter judicial (com regras e garantias de plena defesa) e as assembleias quase se assemelham a tribunais, para evitar o facciosismo ou a tirania do Legislativo contra o Executivo. A via propriamente judicial contempla duas possibilidades: o tratamento do ato de corrupção como crime comum ou como ato de improbidade administrativa. No primeiro caso, o ato de corrupção está tipificado no Código Penal e a condenação do réu pode levá-lo à reclusão de um a oito anos, além da perda do mandato e do pagamento de multa. Da mesma forma que o *impeachment*, o julgamento da corrupção como crime comum – até pela gravidade da pena – reveste-se de garantias especiais: o acusado é julgado em foro especial, localizado um nível acima na estrutura judiciária federativa, justamente para impedir que a Justiça de primeira instância, monocrática, seja utilizada como instrumento de guerra política entre facções. Todavia, a grande inovação brasileira nessa área foi a criação de uma terceira forma de tratamento da corrupção, qualificada como ato de improbidade administrativa. Essa nova forma, prevista pela Constituição de 1988 e instituída por Lei em 1992, busca ter o mesmo impacto dos processos político e judicial comum, sem depender das contingências do primeiro (correlação de forças no Legislativo) nem tão limitado por prerrogativas legais do cargo como o segundo. Se condenado em Ação Civil Pública por improbidade administrativa, o acusado perde o mandato e tem seus direitos políticos suspensos de 8 a 10 anos, além de ser obrigado a ressarcir os cofres públicos. Por não qualificar a corrupção como crime, essa terceira hipótese permite que ocupantes

de cargos executivos – de prefeito a presidente da República – sejam julgados na primeira instância da Justiça, sem o privilégio do foro especial em tribunais superiores. O desnível entre instâncias de poder, ilustrado pela linha pontilhada do organograma, representa o potencial de ação do exército de promotores e procuradores de primeira instância espalhados por todo o País, para processar autoridades por improbidade administrativa, ao passo que pela via do crime comum, essa atribuição se concentra nas cúpulas dos MPs estaduais e federal. Outra inovação da lei de improbidade administrativa é que ela não trata apenas da probidade e moralidade administrativas, mas inclui a *finalidade* dos atos públicos como algo passível de fiscalização judicial. Só para se ter uma idéia do que isso significa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que obriga os administradores a um rigoroso regime de gestão financeira, criou nada menos do que 104 hipóteses de atos administrativos que podem incorrer em improbidade administrativa, além de 20 novas hipóteses de crimes comuns que podem levar a punições fiscais ao governo e punições penais aos administradores.

7 A questão da efetividade processual e o problema do “foro privilegiado”

De fato, a inovação brasileira de criar uma terceira forma de combate à corrupção é algo que nos distingue na comparação com outras democracias constitucionais. A lei da improbidade administrativa veio no bojo da evolução do subsistema jurídico que descrevemos há pouco – que trata dos direitos difusos e coletivos e da Ação Civil Pública – e ampliou significativamente o potencial de atuação do MP como órgão de *accountability* horizontal no sistema político brasileiro, especialmente no que diz respeito ao combate à corrupção política.

Segundo dados recentes coletados pelo próprio MP, em 14 dos 27 Estados brasileiros, somavam-se mais de 4 mil ações civis de improbidade administrativa tramitando na Justiça contra ocupantes de cargos públicos. Em São Paulo, Capital, entre 1992 e 1998, apenas a Promotoria de Justiça da Cidadania havia ajuizado 157 ações civis públicas relacionadas a patrimônio público, improbidade administrativa e políticas públicas. Em junho de 2003, esse número

havia mais do que triplicado, chegando a um total de 572 ações. Entretanto, um balanço de 15 anos de experiência com esse tipo de ação é capaz de demonstrar os parcos resultados obtidos e o baixo grau de efetividade processual, seja pela lentidão dos processos na Justiça, seja pela infinidade de recursos protelatórios, seja pela postura mais restritiva dos juizes acerca das competências do MP para atuar nessa área, muitas vezes não reconhecendo a legitimidade jurídica das ações e dos procedimentos adotados durante a investigação. Para se ter uma idéia, das 572 ações promovidas pela Promotoria da Cidadania da Capital desde 1992, menos de 10 transitaram em julgado até hoje e menor ainda foi o número de condenações dos políticos processados.

Essa baixa efetividade processual tem levado muitas vezes o MP a privilegiar procedimentos pré-judiciais, como o inquérito civil, como forma de solucionar casos sem levá-los à apreciação do Judiciário ou de impor custos “reputacionais” a políticos e administradores. Em pesquisa anterior, detectamos essa tendência, dentre o conjunto das ações do MP no Estado de São Paulo, já no final dos anos de 1990 (ver Gráfico 1).

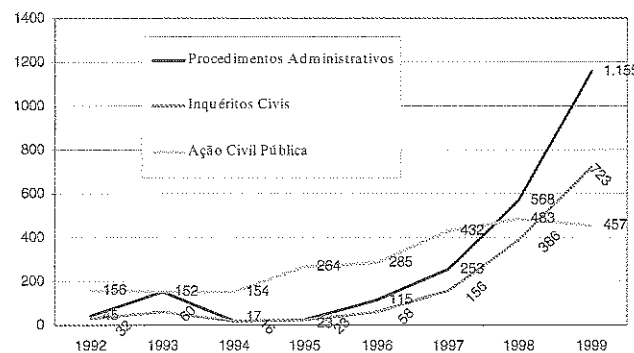


Gráfico 1 – Procedimentos administrativos, inquéritos civis e ações civis públicas promovidos pelas Promotorias de Justiça da Cidadania do interior de São Paulo

Fonte: Arantes (2002).

Desde o final da década de 1990, temos debatido a natureza da lei de improbidade administrativa e algumas ações na Justiça foram capazes de problematizá-la, buscando muitas vezes demonstrar sua semelhança com as normas penais que regulam o tratamento da corrupção como crime comum e,

por decorrência, exigindo que os casos de ações por improbidade passassem a tramitar em foro especial. Em dezembro de 2002, no final do Governo Fernando Henrique Cardoso e a pedido deste, o Congresso Nacional aprovou mudança legislativa (Lei nº 10.628) estendendo o foro especial dos crimes comuns para os atos de improbidade administrativa praticados por ocupantes de cargos públicos. Tal mudança produziu efeito devastador sobre o MP, na medida em que retirava de um exército de milhares de promotores a possibilidade de usar a ação de improbidade administrativa contra prefeitos, governadores e outras autoridades, que passariam a ser processadas exclusivamente pelos 27 procuradores-gerais de cada Estado e pelo procurador-geral da República, perante os tribunais de segunda instância e tribunais superiores. Além disso, as mais de quatro mil ações que tramitam na Justiça poderiam sofrer grave retrocesso pois, segundo a nova lei, teriam que ser remetidas aos tribunais superiores para apreciação e aguardar julgamento em longa fila de espera. Outro risco maior seria a simples extinção em massa dessas ações, uma vez que haviam sido propostas em foro inadequado, segundo essa nova interpretação.

A reação do MP a essa mudança foi imediata, denunciando intenções obscuras de frear a capacidade de atuação da instituição no combate à corrupção política e de contribuir para o agravamento da impunidade no País. Por meio de sua confederação nacional, a Conamp, o MP ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 10.628, no que foi acompanhado também pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que ingressou com ação semelhante pouco tempo depois. Passados quase três anos da mudança legislativa que estendeu o foro privilegiado a ações de improbidade administrativa, o STF decidiu favoravelmente à Conamp e à AMB e declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628.¹²

A decisão do STF não encerrou, entretanto, a questão, que permaneceu na agenda do próprio Tri-

bunal por meio da Reclamação nº 2.138, relativa a processo por improbidade administrativa envolvendo o ex-ministro Ronaldo Sardenberg. Não cabe remontar aqui à íntegra desse caso que se arrastou por vários anos no Supremo, mas a retomada do julgamento da Reclamação nº 2.138 pelo Tribunal em 2007 foi cercada de controvérsia singular: dos 6 votos (em 11) que já haviam sido proferidos na primeira rodada de discussão – configurando uma maioria favorável à extensão do foro privilegiado a ações de improbidade administrativa –, quatro eram de ministros já aposentados, o que suscitou a tese de que a mudança na composição da Corte deveria implicar uma revisão do entendimento majoritário anterior sobre a questão. Em julgamento de 14/6/07, uma manobra processual permitiu que a maioria formada em torno do primeiro julgamento fosse revertida em prol do entendimento da nova maioria que compõe a Corte e o processo relativo ao ex-Ministro foi declarado extinto, salvaguardando assim as ações baseadas na lei de improbidade administrativa de serem capturadas pela extensão do foro privilegiado.

As idas e vindas que têm caracterizado o debate político e as decisões do STF sobre o tema introduziram uma forte instabilidade jurídica e institucional nesse campo das ações judiciais, afetando principalmente a atuação do MP. Na falta de um marco legal consistente e estável, as justiças estaduais passaram a adotar diferentes entendimentos sobre as ações civis públicas de improbidade administrativa e a questão do foro especial. Em 2007, Minas Gerais, por exemplo, chegou a estender o privilégio a um grande conjunto de autoridades estaduais e municipais – por decisão da Assembléia Legislativa –, mas a lei que introduziu a mudança foi suspensa liminarmente pelo STF em setembro desse ano.

A questão do foro (“especial por prerrogativa de função”, para alguns, e “privilegiado”, para outros) está longe de ser definitivamente resolvida uma vez que, além dos processos que tramitam no STF e desafiam a Corte a produzir um entendimento final sobre o assunto, o Congresso Nacional tem mantido igualmente a questão em aberto e, por meio da PEC 358/05 – que dá continuidade à reforma do

¹² No julgamento das ADI 2797 (Conamp) e 2860 (AMB), em 15/9/2005.

Judiciário –, ameaça estabelecer constitucionalmente o foro especial para o julgamento de ações de improbidade administrativa.

Embora o MP, por meio de suas associações e especialmente da Conamp, tenha resistido arduamente a essa mudança que retira poder dos promotores de primeira instância e o concentra na chefia da Instituição nos Estados e no plano federal, o fato é que sabemos pouco sobre o grau de efetividade das duas vias judiciais de combate à corrupção política no Brasil – a via do tratamento como crime comum e a via do tratamento por improbidade administrativa. Se, de um lado, dados e argumentos robustos têm sido invocados no sentido de que a concentração do julgamento desses casos nos tribunais de Justiça e nos tribunais superiores diminui as chances de perseguição e punição de políticos acusados de corrupção, de outro não seriam menos decepcionantes os resultados de qualquer balanço sobre a efetividade processual das ações civis baseadas na lei de improbidade administrativa. Ao contrário, experiências como a da câmara especializada no julgamento de prefeitos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstram que a concentração de competência no segundo grau, se acompanhada por adequada forma de organização e especialização do Tribunal, pode gerar resultados mais efetivos do que a dispersão das ações em primeira instância. Em suma, para além dos argumentos contundentes sobre os “riscos de agravamento da impunidade no Brasil”, deveríamos aprofundar o diagnóstico sobre as diferentes formas de tratamento do problema da corrupção no Brasil, avaliando como diferentes possibilidades de judicialização dessa questão afetam o comportamento dos atores políticos e dos órgãos responsáveis por sua implementação – Judiciário e Ministério Público –, mensurando resultados efetivos e estabelecendo hipóteses mais consistentes de reforma.

Por fim, a volatilidade do quadro institucional envolvendo prerrogativas e atribuições do MP sugere que sua condição de “agente político da lei” não está consolidada e que a democracia brasileira, nesse âmbito, não logrou estabelecer ainda um marco jurídico claro nessa dimensão das relações entre Justiça e Política. Outros exemplos poderiam ser ci-

tados, como a chamada “Lei da Mordada” ou o problema da prerrogativa de conduzir investigações criminais, pois estes compõem igualmente o cenário de instabilidade das regras que deveriam presidir a atuação do MP. De qualquer forma, nossa hipótese é que o modelo institucional que elevou o MP à condição de “agente político da lei” encerra uma tensão inevitável, justamente por colocá-lo na fronteira entre a Justiça e a Política, e é possível prever que sua estabilização esteja bem distante de ocorrer. Enquanto isso, o MP continuará enfrentando o desafio de assegurar sua independência como órgão do sistema de Justiça ao mesmo tempo em que se lança ao cumprimento de suas novas funções políticas. Trata-se, portanto, de uma história em movimento, aberta a diferentes cenários e, assim como assinalou Weber a respeito do longo processo de formação do Estado Moderno, sujeita à intervenção deliberada dos atores interessados.

ARANTES, R. B. The Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service] on the threshold between Justice and Politics. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 325-335, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The article analyses the process of institutional reconstruction of the Brazilian Public Prosecution Service (Ministério Público). In order to do so, it deals with the main legal texts which, in the last two decades, have redefined the activities of the Ministério Público. Some main elements are considered: the regulation of diffuse and collective rights, the Public Civil Action (Ação Civil Pública) and the new legal and constitutional attributions of the Ministério Público. The article explains how the 1988 Constitution, in consolidating previous isolated norms, produced an institutional arrangement that has brought about an *extensive judicialization of politics* and a *politicization of the judicial institutions*, especially the Ministério Público. Of equal or even greater importance than the new institutional picture is the doctrinal and ideological renewal that has taken place among public prosecutors in recent years. Observation of their discourse and practices provides us with an understanding of the identity

that this doctrinal and ideological renewal seeks to stamp on the institution. In its second part, the article discusses the question of combatting corruption through the justice system and points out some of the limits and contradictions of the judicialization of politics and politicization of Ministério Público in Brazil.

• **KEYWORDS:** Public Prosecution (Ministério Público). Law and Politics, Diffuse and collective rights/Political voluntarism/Public civil action... Political corruption.

Referências bibliográficas

- ARANTES, Rogério B. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ/Fapesp, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo C. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ELSTER, Jon; OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. *Institutional Design in Post-communist Societies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
- _____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Fabris, 1998.
- _____. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. [Trad. do original Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all'á giustizia]. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan.-mar. 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. A

- General Report. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.
- GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.
- KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*. Autonomia, organização e atribuições. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2002.
- O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy*, v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.
- PASSOS, Darcy. *Ministério Público na Constituinte*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1985.
- SADEK, Maria Tereza (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- _____. O Poder Judiciário na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. cap. 12.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VOLCANSEK, Mary L (Ed.). *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*. London: Frank Cass, 1992.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: _____. *Ciência e política*. Duas vocações. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

Justiça Restaurativa

Elaine CARAVELLAS*

Karla BUGARIB*

Lélio Ferraz de SIQUEIRA NETO*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Justiça restaurativa: esboço de conceito e breves considerações. 2 O modelo restaurativo: vítima, autor e comunidade. 3 Procedimento na justiça restaurativa. 4 Experiências com a justiça restaurativa no Brasil. 5 Projetos-piloto em São Caetano do Sul. 5.1 Na área de infância e juventude. 5.2 Na área criminal. 6 Procedimento. 7 O promotor de justiça: novas possibilidades de atuação. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O atual sistema de justiça criminal, eminentemente retributivo, busca prevenir a repetição de determinada conduta por meio de uma punição, da imposição de uma pena. Contudo, tanto a pena privativa de liberdade, imposta nos crimes mais graves, como as sanções aplicadas nos juizados especiais criminais para os delitos de menor potencial ofensivo, não têm se mostrado eficazes como resposta estatal ao crime e nem como fator de apaziguamento social. Assim, a justiça restaurativa surge como uma nova forma de abordagem da questão criminal. A justiça restaurativa é voltada mais para a reparação do dano causado pelo crime às vítimas e à reconstrução das relações humanas afetadas pela conduta delituosa do que à imposição de pena ao infrator. Para tanto, o autor do delito e a vítima são chamados a participar do círculo restaurativo, juntamente com seus apoios. A comunidade também interfere por intermédio dos facilitadores, especialmente treinados para conduzir os encontros e criar condições ao diálogo entre os envolvidos e a construção do plano de ação voltado à resolução do conflito. Participam ainda os grupos de suporte quando se verifica que por detrás do conflito estão problemas como alcoolismo, drogadição, agressividade ou alguma forma de discriminação. A adesão das par-

tes é voluntária. O artigo mostra experiências desenvolvidas com justiça restaurativa em diversos países e em alguns locais no Brasil como Brasília, Porto Alegre e São Caetano do Sul; e, em São Paulo, os projetos-piloto desenvolvidos pela Secretaria da Educação em parceria com o Poder Judiciário e o Ministério Público, no bairro de Heliópolis, e em Guarulhos, ambos visando à implantação de práticas restaurativas a conflitos envolvendo adolescentes. As mudanças trazidas pela Lei 11.340/06 motivaram, por óbvio, modificações no tocante ao atendimento nos casos de violência doméstica contra as mulheres. Mas a criação da rede de atendimento possibilitou que, mesmo após a vigência da lei e em atenção aos seus ditames, os infratores possam ser encaminhados para tratamento de alcoolismo ou drogadição ou frequentemente o grupo reflexivo para agressores, como condição da suspensão do processo ou como forma de cumprimento de pena, sem prejuízo do encaminhamento das partes para o círculo restaurativo para buscar a solução de pendências paralelas. A diferença é que isso não mais acarreta a exclusão do processo, mas continua tendo o escopo de restauração das relações e oferta de novas possibilidades para resolução dos conflitos. Por fim, a justiça restaurativa abre outra via de atuação para o Ministério Público, pois a partir da discussão das causas dos conflitos individuais muitas vezes são identificados problemas mais abrangentes que afetam a comunidade e se refletem nas causas dos conflitos, como a falta de programas de atendi-

* Promotora de Justiça e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

* Promotora de Justiça.

* Promotor de Justiça.

mento a alcoólatras ou viciados, negligência na manutenção de logradouros públicos, inexistência de vagas em escolas ou creches, falta de fiscalização no funcionamento de bares etc. Isso possibilita que o promotor de justiça, com base nas soluções apontadas pela comunidade, vislumbre novas possibilidades de atuação, notadamente por meio do uso do inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, audiência pública e ação civil pública, e possa cumprir com maior eficiência uma das funções da instituição, que é a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Justiça restaurativa. Direito criminal. Vítima. Reparação do dano. Comunidade. Círculo restaurativo. Infância e Juventude. Ato infracional. Escola. Rede de atendimento. Projeto piloto. Violência doméstica. Conflitos de vizinhança.

Introdução

O atual sistema de justiça criminal, eminentemente retributivo, busca prevenir a repetição de determinada conduta por meio de uma punição, da imposição de uma pena.

Para os crimes mais graves, a resposta estatal se dá, na maior parte das vezes, com a imposição da pena privativa de liberdade, a qual, entretanto, não tem se mostrado apta para recuperar os infratores, limitando-se a devolvê-los ao convívio social sem nenhum sinal de ressocialização e prestando-se, na maioria das vezes, apenas para segregá-los temporariamente em prisões superlotadas, que apresentam condições degradantes e proporcionam o contato com presos mais perigosos, e com as facções existentes dentro dos presídios.

Nos crimes considerados menos graves, embora mudanças significativas tenham surgido com o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu a transação penal e a suspensão condicional do processo, a formulação sistemática das mesmas propostas de cumprimento antecipado da pena indistintamente a todo e qualquer infrator, sem a menor preocupação com a adequação e suficiência da sanção, além de atentar contra o princípio constitucional da individualização da pena acabou por banalizar este

instituto, fazendo nascer a idéia de que os autores de crimes leves precisam somente pagar uma "cesta básica" para livrar-se do processo, o que contribuiu para o descrédito da justiça.

A suspensão condicional do processo, aplicável aos crimes de médio potencial ofensivo, aparentemente tem revelado melhores resultados, quando comparada à suspensão condicional da pena, conforme interessante estudo do promotor Vladimir Brega Filho (2006) sobre a eficácia dos institutos, no qual observou que o índice de revogação do *sursis* é quase duas vezes e meia maior do que na suspensão condicional do processo.

De todo modo, o que se percebe é que seja qual for o tipo de delito praticado, a justiça penal tradicional não vem se mostrando eficaz como resposta estatal ao crime e nem como fator de apaziguamento social.

Daí terem surgido em diversos países novas idéias de como tratar a questão criminal de forma diferente do modelo tradicional, o que não deixa de ser mais um reflexo do seu esgotamento. A justiça restaurativa é uma dessas novas formas de abordagem.

1 Justiça restaurativa: esboço de conceito e breves considerações

A justiça restaurativa apresenta-se como um modelo alternativo e complementar para a resolução de conflitos, de cunho não-retributivo ou punitivo.

Sem nenhuma pretensão de estabelecer um conceito, mas apenas para se partir de uma idéia sobre o assunto abordado neste texto, considera-se que a justiça restaurativa pode ser sintetizada como uma forma de tratar a questão criminal voltada para a reparação do dano causado pelo crime às vítimas e à reconstrução das relações humanas afetadas pela conduta delituosa.

O sistema de justiça restaurativa não é voltado para a punição do autor de um fato considerado criminoso, focando-se no que pode ser feito para que o dano à vítima seja minimizado e para que o autor não torne a repetir as mesmas condutas. Seus valores são de participação, empoderamento e satisfação das necessidades surgidas a partir da situação de conflito.

A justiça restaurativa, portanto, pressupõe um novo posicionamento em face da questão criminal, tradicionalmente pensada apenas no plano repressor, com o fim de impor uma pena ao autor de um delito.

Sendo o crime, para a justiça restaurativa, fundamentalmente a ofensa de um indivíduo contra o outro ou contra a comunidade, de sua prática surgem necessidades que devem ser apuradas e atendidas a fim de restaurar a relação afetada pela conduta e alcançar a paz social.

Afasta-se, então, a idéia da punição para substituí-la pela reparação do dano causado mediante a responsabilização ativa do ofensor e a construção conjunta de um rol de medidas consideradas pelos envolvidos como suficientes para esse fim. Num segundo momento, a reparação do dano produz paz social porque a satisfação de uma vítima transmite aos demais membros da comunidade a sensação de segurança e de certeza quanto à existência de resposta eficaz ao crime.

2 O modelo restaurativo: vítima, autor e comunidade

Assim, percebe-se que o enfoque da justiça restaurativa é na vítima, e não no infrator, assumindo uma e outro posições diferentes no processo restaurativo.

Enquanto no processo tradicional a atenção dispensada à vítima limita-se à sua oitiva com o objetivo de fazer prova no processo e lograr elementos para justificar a imposição de pena, sem se considerar suas necessidades, a justiça restaurativa busca justamente o atendimento a estas necessidades, surgidas diante do conflito trazido para a apreciação. Do mesmo modo, ao invés da responsabilização passiva do autor que, conforme sua culpa, receberá uma pena, na justiça restaurativa o que se encoraja é a assunção de responsabilidade ativa, por meio da qual o autor reconhece a prática do ato, científica-se de suas conseqüências, mantém contato com a vítima e ainda participa da construção da solução para os danos causados.

Finalmente, enquanto no processo tradicional, retributivo, é o Estado quem assume o papel de fazer justiça, por meio de suas instituições, nas prá-

ticas restaurativas a comunidade atua como facilitadora do processo, dependendo o sucesso destas da participação de todas as partes afetadas pelo crime, de seus apoios e da comunidade.

Assim, infrator e vítima são chamados a participar, juntamente com pessoas escolhidas por eles, indiretamente afetadas pelo crime ou não, as quais poderão ajudar na busca de soluções mais adequadas para a reparação, de acordo com as necessidades da vítima e as possibilidades do infrator.

A comunidade também intervém por intermédio dos facilitadores, que são pessoas especialmente treinadas para conduzir os encontros e propiciar oportunidade para a formação do plano de ação voltado à resolução do conflito, além de desempenhar um papel importante na divulgação da justiça restaurativa como uma nova via para a busca da solução de problemas.

A comunidade ainda se faz presente por meio dos grupos de suporte, como organizações de mulheres, idosos, negros, homossexuais e outras minorias, instituições ou grupos para tratamento de alcoolismo e drogadição ou de controle da raiva, que poderão estar presentes se as circunstâncias do fato guardarem relação com o campo de atuação desses grupos. O papel destes é fortalecer a vítima contribuindo para seu empoderamento no enfrentamento do conflito, bem como auxiliar o autor apresentando-lhe novas formas para resolução dos conflitos, auxiliando-o a desenvolver habilidades para evitar recaídas, além de oferecer alternativas de encaminhamento como parte do plano de ação a ser adotado.

O interesse da comunidade decorre ainda do fato de que esta também é atingida pelo crime diante da sensação de insegurança que é gerada por este podendo o processo restaurativo, ao alcançar a reparação do dano, preservar a qualidade de vida comunitária (WALGRAVE, 2006).

Percebe-se, daí, que a participação no processo restaurativo só poderá ocorrer se houver adesão voluntária do ofensor e da vítima, que deverão ser informados acerca do procedimento e seus objetivos e convencidos a buscar essa forma de solução, mas jamais poderão ser induzidos ou pressionados.

Como o plano de ação é construído pelas próprias partes envolvidas, sem imposição de nenhu-

ma ordem, a voluntariedade é imprescindível ao alcance do objetivo, que é a plena satisfação das necessidades da vítima mediante responsabilização consciente do ofensor.

Evidentemente, durante o processo de convencimento das partes, elas devem ser informadas de todos os passos a serem percorridos na via restaurativa antes de manifestar sua concordância, bem como devem tomar conhecimento de que o processo tradicional é outro recurso para a responsabilização do infrator.

O procedimento para formulação do plano de atuação que visa à reparação do dano na justiça restaurativa é oral e se baseia no diálogo de todos os envolvidos já mencionados. Não existe hierarquia ou predominância na participação de uma ou outra parte, de seus apoios ou dos suportes. Todos devem manifestar-se livremente, dando suas versões sobre o fato, apontando possíveis causas do conflito, descrevendo de que forma foram ou estão sendo afetados por ele e procurando ajudar na elaboração de um projeto para restauração das relações afetadas e reparação ou compensação dos danos provocados.

Cabe aos facilitadores garantir que todos tenham iguais oportunidades de manifestação e que haja respeito entre todos de modo a assegurar que cada um fale e seja ouvido pelos demais.

O reconhecimento da responsabilidade pelo infrator é o primeiro passo para se chegar ao acordo restaurativo, já que ele também participa de sua elaboração e contribui diretamente para a busca de soluções para o conflito.

Na busca da reparação do dano e reconstrução dos relacionamentos rompidos pelo delito, além das partes, os apoios escolhidos por elas devem ajudar a encontrar os meios exequíveis. Assim, é fundamental que as pessoas eleitas possam trazer alguma contribuição nesse sentido em vez de agravar o conflito tomando o partido de uma das partes, opondo obstáculos às soluções propostas por estas ou pretendendo impor sua própria vontade como solução para o problema. O plano serve-se também dos grupos de suporte para encontrar formas de encaminhamento viável às necessidades das partes. Por fim, os facilitadores, que não interferem nem

influenciam no plano de ação traçado, garantem a participação de todos os demais na discussão dirigindo os trabalhos.

O envolvimento da comunidade, representada pelos apoios, grupos de suporte e facilitadores possibilita, por outro lado, a identificação de causas do conflito que podem estar afetando outras pessoas e dando origem a outras infrações penais, da mesma espécie ou não.

Nesse caso, nasce a possibilidade de incluir no plano de ação medidas que irão beneficiar não apenas a vítima, mas contribuirão para a prevenção criminal. Por exemplo, se A foi agredido por motivo fútil por B quando passava à noite por uma praça sem iluminação e onde diversos jovens costumavam se reunir para usar álcool e drogas, além de perturbar a vizinhança, o plano pode incluir a solicitação de providências perante os órgãos públicos visando à iluminação e manutenção da praça, ao policiamento do local e à implantação de programas de esporte e lazer voltados aos jovens para ocupá-los com atividades sadias e afastá-los dos vícios e da prática de novos delitos.

3 Procedimento na justiça restaurativa

Primeiramente, os envolvidos são informados sobre o procedimento, o autor admite sua responsabilidade e ambos manifestam sua concordância, sendo este momento denominado pré-círculo. São então orientados a comparecer a um novo encontro, em que é feito o círculo restaurativo ao qual os envolvidos levam seus apoios, que são pessoas escolhidas por eles e que podem ajudar a pensar as razões do problema e a encontrar soluções. Os apoios podem ser familiares, amigos, vizinhos, pessoas da comunidade afetadas indiretamente pelo conflito, advogados, professores, psicólogos, enfim, qualquer pessoa em quem vítima e ofensor confiem e considerem importantes na discussão do problema. Todos falam e ouvem, sendo o círculo conduzido por um facilitador, que é um membro da comunidade previamente treinado para esse papel. Dependendo do caso, também podem estar presentes representantes dos grupos de suporte para fortalecer a vítima ou oferecer alternativas de encaminhamentos.

O objetivo é fazer que o infrator perceba de que modo seu comportamento atingiu os demais e assuma responsabilidades, buscando formas de reparar os danos causados. Ao mesmo tempo são esclarecidas as causas do fato abrindo-se caminhos para que possam ser combatidas.

Ao final, chega-se a um acordo ou plano de atuação que estabelece obrigações razoáveis e exequíveis com a participação da comunidade, que apoiará e acompanhará a sua execução. O acordo é assinado por todos e pode, ou não, ser submetido à homologação judicial.

Na maioria dos casos, esses dois encontros são suficientes para a elaboração do plano, mas, se necessário, outro círculo poderá ser agendado, até mesmo com a participação de novas pessoas.

Depois de um prazo que é determinado de acordo com o tipo de obrigação a ser cumprida, realiza-se um novo encontro para avaliar se houve possibilidade de execução do plano ou se são necessários ajustes. Em caso de descumprimento, não é descartada a realização de novo círculo, mas em nenhum momento este terá qualquer aspecto sancionador em decorrência da frustração da execução do plano anterior, pois o objetivo a ser alcançado é sempre a reconciliação.

Esse procedimento não é absoluto e apresenta diversificações em muitos lugares, ora incluindo discussões mais amplas para definir obrigações da comunidade, ora integrando-se as práticas restaurativas à justiça convencional e, ainda, incluindo medidas de efeito curativo e terapêutico ou usando as técnicas restaurativas para preparar o retorno do condenado ao convívio social após a prisão.

4 Experiências com a justiça restaurativa no Brasil

Atualmente o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria da Reforma do Judiciário, promove projetos-piloto de justiça restaurativa em Brasília/DF, Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP. A Secretaria da Educação do Estado de São Paulo também promove, juntamente com o Poder Judiciário e o Ministério Público, projetos-piloto no bairro de Heliópolis, em São Paulo, e no município de Guarulhos para implantação de práticas restaurativas a partir de conflitos envolvendo adolescentes.

5 Projetos-piloto em São Caetano do Sul:

5.1 Na área de infância e juventude

Na área de infância e juventude, a iniciativa de aplicação da justiça restaurativa teve como estrutura o trabalho com escolas, no projeto nomeado *Justiça e Educação: Parceria para a Cidadania*, partindo do pressuposto de que tanto a justiça quanto a educação têm objetivos que devem convergir, considerando o aspecto formativo das normas referentes à infância e juventude e os princípios da educação nacional. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deve-se assegurar às crianças e aos adolescentes todas as circunstâncias que facilitem e proporcionem seu pleno desenvolvimento (art. 1º), enquanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) privilegia também o aspecto formativo (art. 1º), tudo para o pleno desenvolvimento do educando e seu preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 2º da mesma lei).

A estruturação do projeto em face da justiça restaurativa envolve algumas dimensões que demandam ser avaliadas para melhor compreensão do trabalho.

A primeira é a *reparação de danos* que prevê o atendimento aos afetados pelo conflito (a vítima, a comunidade e o ofensor), a reconstrução de relações, bem como repensar as necessidades oriundas de um fato criminoso. Tal aspecto é essencial para os casos encaminhados ao círculo pelas escolas, relevando o papel que a reparação tem na forma como se lida com o conflito e suas conseqüências.

Outra dimensão é a *participação dos envolvidos*, pois a justiça restaurativa objetiva que os participantes compreendam a situação de conflito que afeta a todos para que repensem as necessidades oriundas do fato. Nos encontros, dá-se ênfase às relações pessoais e interpessoais, com a participação dos envolvidos, apoios e comunidade, viabilizando a construção de um acordo ou de um plano de ação que pode ser avaliado como um "direito" construído a partir do fato concreto, reafirmando o valor da norma, mas também os valores comunitários, dando sentido, concretude e pertencimento a quem participou do processo de sua elaboração.

A vítima passa por um processo de resgate pelo simbolismo de reconhecimento de responsabilidade ao recompor algo que foi perdido. A comunidade atingida também tem necessidades e precisa atuar, seja pela atenção à vítima, ao autor, quando se releva o senso comunitário e de responsabilidade de bem-estar de seus membros. Outro ponto relevante é a participação da família, que passa a assumir responsabilidades, numa postura participativa, quando pode ter suas demandas identificadas e encaminhadas.

A *transformação dos agentes governamentais* é elemento essencial, pois o método restaurativo tenta estabelecer e estruturar uma nova lógica de relação dos sistemas de Justiça e de Educação, construída em conjunto com a comunidade. Os técnicos da justiça passam de *experts* em direito para facilitadores do fortalecimento do papel ativo e responsável da comunidade, permitindo que ela encontre sua capacidade de compreender e atender seus problemas, ganhando autonomia. A Justiça permitirá existir uma ordem justa e a comunidade será responsável por uma justa paz.

Ainda, é essencial que se facilite a *estruturação de rede comunitária*, pois os conflitos passam a ser avaliados de forma sistêmica, tendo as providências decorrentes dos círculos restaurativos uma atuação preventiva, na qual os valores comunitários são melhor avaliados e podem ser remodelados, permitindo e exigindo a construção de rede comunitária de suporte. A rede primária (família e comunidade) é fortalecida, com engajamento e eficiência, tendo em vista a apropriação da forma negociada de solução de conflitos com ganhos sociais e comunitários. Por outro lado, exige a articulação de rede de atendimento com os órgãos da comunidade (polícias, educação, justiça, assistência social e saúde) e permite a articulação da rede entre si e também com a comunidade, que pode e deve ser ativa na assistência, mas também na exigência de formulação de demandas e políticas públicas.

Especificamente, o projeto tem sua estruturação em três eixos principais (grupos de ação), quais sejam, nos círculos restaurativos, na facilitação de mudanças educacionais e na estruturação da rede de atendimento.

A função e os objetivos do projeto são resolver conflitos e, impedir que eles se repitam ou venham a se agravar. A idéia é permitir que se transformem conflitos em cooperação, especialmente em contextos que enfrentam violência e desordem crescentes, capacitando os atores a suportar o ônus de decidir o que fazer em circunstâncias difíceis. A partir daí, pensa-se aperfeiçoar a Justiça e a escola.

Atualmente, os círculos restaurativos são realizados nas escolas, no fórum ou mesmo na comunidade, como adiante se avaliará. Os círculos que se realizam na escola têm a função de lidar com os conflitos gerados por atos indisciplinados e infracionais praticados em ambiente escolar. Tem-se pretendido ainda abarcar os atos infracionais praticados no entorno da escola, quando envolverem os alunos e assuntos ligados à escola.

O projeto trouxe um novo olhar para os conflitos, permitindo, que, num segundo momento, fossem encaminhados outros atos infracionais apurados na vara especializada, que, apesar de não se enquadrarem nos conflitos ora apontados, demonstrassem ser cabível essa forma de encaminhamento.

Os conflitos ocorridos dentro ou no entorno da escola e encaminhados diretamente ao círculo não passam pelo fórum nem recebem o estigma do ato infracional. Há um respeito à solução construída pelas partes, ficando os fatos sobre os quais não houve acordo, para apuração, como ato infracional, perante a justiça, desde que haja interesse das partes no encaminhamento formal deste. Há somente um controle pelos gestores do projeto quanto ao tipo de ocorrência e a solução encontrada.

Outro eixo importante é a facilitação da mudança educacional, uma vez que as práticas restaurativas devem significar uma mudança de paradigma cultural na escola, fundado na não-hierarquia, no diálogo, na autonomia e no respeito mútuo. Com o uso da técnica, incorporada na dinâmica da solução de conflitos nas escolas, tem-se percebido um impacto da lógica do círculo nas práticas disciplinares e nas relações inter-humanas nas escolas. Ou seja, tem-se pensado na solução dos conflitos não apenas pelo viés disciplinar que muitas vezes não faz sentido para os alunos e significa uma perspectiva apenas punitivo-institucional, sem eficácia de mu-

dança de conduta e de comportamento, o que é essencial quando se tem o aluno como pessoa em peculiar situação de desenvolvimento, relevando o aspecto formativo de trabalho educacional.

Tem-se permitido ainda a estruturação de uma rede de atendimento de forma bastante eficiente, como adiante se avaliará, a partir da identificação de problemas e demandas na seara e do interesse da infância e juventude.

Diante disso, pode-se afirmar que um dos objetivos do projeto, ao fomentar a implantação e aplicação de técnicas de justiça restaurativa nas escolas, é estimular uma cultura de paz, com escolas seguras, capazes de alcançar e transformar as comunidades em que se encontram.

Dentre os pressupostos do programa, é preciso pontuar que, via de regra, a garantia dos direitos da criança e adolescente se dá de forma isolada e compartimentada, o que prejudica não apenas a intervenção, mas também o dimensionamento das atuações em prol da garantia dos direitos de crianças e adolescentes, que deve ser entendida em uma concepção sistêmica. Nesse sentido, a parceira em justiça e educação faz que esta passe a ser um eixo estruturador e garantidor de serviços de proteção, enquanto aquela reforça valores dos processos de conhecimento de atos infracionais e execução de medidas sócio-educativas.

O trabalho com as escolas permite verificar que a violação dos direitos da criança e do adolescente (tanto no âmbito familiar como no comunitário e social), com reflexo em sua educação, indica que é necessário estabelecer mecanismos de atenção, impondo-se medidas de proteção para evitar o processo de degradação e marginalização, permitindo que sejam inseridas novamente numa situação de pleno exercício de seus direitos. Seu desenvolvimento integral se expressará na sua reinserção educacional e na sua capacidade de crítica e autocrítica, fundamental para evitar a recidiva.

Nas escolas se expressa grande parte dos conflitos geradores de exclusão e marginalização dos adolescentes, os quais muitas vezes se mostram como frutos de um processo de degradação na garantia de direitos, identificados na frequência irregular e pouco rendimento escolar. Por isso mesmo é

também na escola que se permite identificar situações de exclusão social, de violência e de denegação de direitos a crianças e adolescentes para que se possa atuar de forma mais eficaz. Nesse sentido, a parceria educação e justiça parte do pressuposto que em conjunto podem ser dadas soluções que transcendam o âmbito e a capacidade da escola.

O aspecto de garantia de direitos passa pela busca do retorno do adolescente à escola e, ainda que o fato não tenha ocorrido no seu contexto, é nela que o adolescente poderá encontrar acolhimento e reflexão sobre seu ato ou reavaliar sua conduta. Tomar, então, a escola ao mesmo tempo como o ponto de partida e de chegada deste processo de inclusão e de emancipação, permite dar concretude aos processos de solução de conflito no que diz respeito à atuação da justiça.

O sistema de justiça tem o dever de garantir a efetividade de direitos, facilitados pela intervenção articulada de todo um conjunto de serviços públicos de proteção, essenciais para o desenvolvimento pleno e integral de crianças e adolescentes. Essa interface entre justiça e educação permite estruturar um elo de apoio aos desafios de base assumidos pela escola, permitindo a inclusão social, a partir do aperfeiçoamento de ambos, tornando a justiça mais educativa e a educação mais justa. O acesso à justiça é facilitado, considerando o respeito assegurado às soluções negociadas, sem o peso da estigmatização do sistema formal de justiça. Como referido anteriormente, a presença da justiça na escola visa facilitar o fluxo das relações.

A solução consensuada a partir da atuação efetiva, facilitada e estimulada dos envolvidos, releva o caráter formativo ao punitivo na resolução dos conflitos, permitindo maior compreensão quanto ao sentido das regras que devem permear as relações sociais, substituindo a culpa pela consciência da responsabilidade.

Outro benefício é a alteração nas dinâmicas familiares, considerando o empoderamento e a participação dos próprios adolescentes e famílias nos círculos restaurativos e no processo educativo no ambiente escolar, quando lhes é permitido se apropriarem dessa técnica de resolução de conflitos, facilitando o envolvimento familiar, fugindo da solução de conflitos pela violência.

A alteração que também se verifica é a transformação do papel governamental e da comunidade, uma vez que os agentes governamentais se vêm num processo interativo com o seu destinatário, qual seja, a comunidade, seja pela participação nos círculos, seja pela necessidade de encaminhamento dos serviços por solicitação não individual, mas oriunda de um contexto comunitário verificado no trabalho do círculo. Isto tem se verificado pela participação em círculos restaurativos, pelo novo olhar para a vítima e para o ofensor, mas principalmente pela facilitação dos canais de comunicação com a comunidade. O caráter burocrático tem sido questionado, facilitado por

[...] instâncias de articulação da comunidade com o objetivo de que seja capaz de afirmar e clarear os sentidos de sua ação e os valores que marcam suas condutas. É neste contexto em que se busca a articulação da rede de atendimento ao adolescente em conflito com a lei e à família, bem como a promoção de mobilização comunitária, inclusive pelo reforço de laços comunitários informais, como de vizinhança e amizade (MELO; BARTER; EDNIR, 2006).

Diante dos pressupostos da justiça restaurativa, a efetiva solução de conflitos se insere numa ampla articulação da rede de atendimento. As redes primária e secundária se articulam, formando uma estrutura de ação operacional, cujas demandas surgem legitimadas por uma ação coletiva, não só das partes, mas de sujeitos, atores, forças para propiciar poder, recursos, dispositivos para a ação, para a auto-organização, auto-reflexão do coletivo, que incorpora e repensa seus rumos na interlocução com as vertentes individuais que nele se processam.

Como resultados, o projeto tem permitido o reconhecimento da autoridade dos círculos restaurativos e incorporação de seus procedimentos conciliatórios em ambiente escolar, o acesso das famílias a processo de comunicação não-violenta e a mediação, criação de rede de apoio às escolas, para encaminhamento à rede de atendimento.

Outros pontos a serem destacados são o aperfeiçoamento da Justiça e da escola, com ampliação

do acesso à justiça, dando força às soluções negociadas, sem estigmatizar e valorizando a ética nas relações sociais. A presença da Justiça na escola confirma o peso da regra legal nas relações sociais, promovendo o fluxo de ações, de forma a fazer prevalecer o aspecto formativo ao punitivo. Traz maior envolvimento da comunidade, com apoio à vítima, que assume a condução de sua vida, passando além do mero ressentimento contra agressor. Também permite o empoderamento de adolescentes, familiares e comunidade, que se apropriam desta forma de resolução de conflito, possibilitando, inclusive, alteração de dinâmica familiar, com maior envolvimento na vida do adolescente.

Também o trabalho no fórum foi alterado, como já destacado, a partir das práticas restaurativas. Foi preciso uma articulação com a polícia civil para encaminhamento dos procedimentos relativos a atos infracionais, com exceção dos relativos a adolescentes internados. Alterou-se a forma de realização da oitiva informal, agora em juízo, com a presença do juiz, promotor, assistente social e advogado, numa perspectiva garantista e de aprimoramento de atendimento. Nessas audiências são identificados os casos passíveis de encaminhamento ao círculo e, dessa forma, todo o benefício da justiça restaurativa que mescla a responsabilização com a resolução de conflitos, o empoderamento das partes e a estruturação da rede de atendimento pode ser alcançado.

A partir da realização dos círculos restaurativos no fórum e nas escolas, percebeu-se uma efetiva alteração na dinâmica de aplicação de sanção dentro das escolas que efetivamente aderiram às técnicas, com a inclusão dos círculos restaurativos como meio complementar de resolução de conflitos internos, saindo da lógica de somente aplicar as sanções administrativas, de caráter eminentemente institucional, mas de pouca eficácia prática e formativa para os alunos. No fórum a recidiva cai de forma acentuada e o empoderamento daqueles que participaram do processo do círculo é verificado pelos relatórios sociais, sem contar com a utilização dos dados para articulação da rede de atendimento e identificação de demandas por serviços que atendam crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a estruturação e articulação da rede de atendimento foram iniciadas em relação ao adolescente em conflito com a lei, tentando se estruturar um liame entre a rede de atendimento e o Sistema de Justiça, do qual participaram diversos atores, como polícias, juiz, promotor, assistente social do fórum, representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), conselho tutelar, entidades de execução de medida, educação municipal e estadual, entidades sociais em geral ligadas à assistência social, drogadição, alcoolismo, representantes da saúde e o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente. A partir desse trabalho, algumas iniciativas de relevo surgiram, como um questionário mínimo idealizado pelas polícias, um questionário para avaliar as relações de pertencimento e com pessoas e instituições que lidam com crianças e adolescentes, sem olvidar o incremento no trabalho com entidades assistenciais que têm por foco a família.

Foi então que se pensou numa ampliação da abordagem restaurativa para outros conflitos e espaços comunitários, numa parceria da Vara da Infância e da Juventude com o Juizado Especial Criminal da Comarca.

5.2 Na área criminal

A idéia de se aplicar procedimentos restaurativos a alguns delitos de pequeno potencial ofensivo surgiu da constatação de que, apesar dos avanços trazidos pela Lei nº 9.099/95, as soluções encontradas não se mostravam eficazes. Tal se percebia com maior clareza em determinados tipos de conflito, sobretudo, os que envolviam relação pessoal e habitual entre as partes, onde muitas vezes as figuras de autor e vítima se confundiam ou alternavam, notadamente nas questões envolvendo violência doméstica e problemas de vizinhança.

O que se percebia era que qualquer que fosse a resposta estatal para a solução daqueles conflitos apresentados (acordos, imposição imediata de pena, quer na forma de prestação pecuniária ou de serviços), esta se mostrava insatisfatória e insuficiente na medida em que as partes envolvidas naquelas situações procuravam repetidas vezes a justiça apresentando semelhantes problemas, de maneira a revelar que a demanda apresentada não era atendida

de maneira adequada. Embora processualmente a lide fosse "resolvida", o problema persistia e, não poucas vezes, se agravava.

Importante salientar que um levantamento realizado entre as polícias revelou que numa cidade como São Caetano do Sul, mais da metade das ocorrências atendidas são voltadas à violência doméstica ou conflitos de vizinhança, resultando na imobilização do contingente policial para o enfrentamento de crimes mais graves (MELO, 2006), o que por si só já justificaria a procura por uma nova forma de solução para esses tipos de delitos, evidenciando, ainda, que a percepção acerca da ineficácia do sistema tradicional era verdadeira e demandava uma atuação sistêmica, de modo a proporcionar mudança em padrões de comportamento e conduta dos envolvidos nas situações de conflito.

Diante destas reflexões e tendo em vista os resultados alcançados com o projeto de justiça restaurativa já implantado na Infância e Juventude por iniciativa do juiz Eduardo Rezende Melo, titular da 1ª Vara Criminal e anexo da Infância e Juventude, surgiu a idéia de ampliá-lo para a área criminal, notadamente com relação aos conflitos de violência doméstica e familiar e conflitos de vizinhança, daí surgindo o projeto "Restaurando Justiça da Família e Vizinhança: Uma Parceria entre Justiça e Comunidade".

Numa primeira fase de implementação, foram realizadas reuniões com juiz, promotores de justiça, representantes das polícias civis e militar, guarda civil, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Diretoria de Saúde do município, a fim de esclarecer em que consistia e o que se pretendia com esse projeto, buscando em todos os setores o apoio necessário, bem como orientando-os quanto à nova forma de atuação.

Para sucesso do projeto, necessária a implantação de uma rede de atendimento, preparando os profissionais envolvidos em qualquer fase de atendimento (delegacias, hospital, fórum) e celebrando parcerias para atendimento das partes (grupos de apoio às vítimas, grupos de reflexão para os autores, centros para tratamento de alcoolismo e drogadição), o que já foi feito em parte.

Elaborou-se também uma cartilha de orientação acerca do projeto, esclarecendo o processo e indicando as possibilidades de atendimento.

Tratando-se de projeto-piloto, escolheu-se um bairro, o Nova Gerty, justamente porque, de acordo com as estatísticas policiais, era o que concentrava o maior número de ocorrências envolvendo violência doméstica e familiar e conflitos de vizinhança.

Numa fase posterior, foram feitas reuniões com a comunidade, mediante contatos com integrantes de associações de moradores, grupos de idosos, comunidades religiosas, para explicar em que consistia o projeto e obter a inscrição de voluntários. Formado o primeiro grupo, os voluntários foram capacitados por uma instituição voltada ao atendimento psicológico e familiar como facilitadores dos círculos restaurativos. A capacitação também foi dirigida ao juiz, aos promotores de justiça, advogados, agentes comunitários de saúde e conselheiros tutelares. Realizou-se ainda o seminário internacional de lançamento do projeto, no dia 23 de junho de 2006, o qual contou com a participação de coordenadores do programa de justiça restaurativa implantado na África do Sul, de representante da polícia japonesa que desenvolve projeto de justiça comunitária no Japão, de comandante da polícia militar estadual, de uma pesquisadora canadense e de representante do instituto responsável pela capacitação dos voluntários.

A partir de 15 de julho de 2006, foi iniciado o plantão de atendimento em uma escola do bairro escolhido, inicialmente aos sábados, das 9 às 17 horas. Atualmente são também realizados plantões às quartas-feiras, a partir das 18 horas.

6 Procedimento

É certo que a aplicabilidade da justiça restaurativa para todo tipo de delito não é matéria pacífica e nos países em que ela vem sendo adotada há diferentes soluções para sua utilização. No aspecto processual, as medidas restaurativas podem ser usadas na fase pré-processual ou além dela, inclusive na fase de execução da pena.

No Brasil, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, apesar de mitigado pela Lei nº 9.099/95, não permite a utilização do círculo restaurativo em lugar do processo tradicional em todas as infrações penais.

Por isso, com base na legislação hoje existente, e diante das questões específicas visualizadas no Juizado Especial Criminal, o projeto de São Caetano do Sul prevê a aplicação do procedimento restaurativo em delitos como lesão corporal leve, ameaça, injúria e calúnia (nos delitos relacionados a situações de violência doméstica ou conflitos de vizinhança), que são de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, suspendendo-se o processo convencional enquanto é tentada a reconciliação dos envolvidos em círculos restaurativos.

Assim, no projeto atualmente implantado, caso haja acordo, este será trazido à homologação pelo juiz e em caso negativo, o processo retomará seu curso habitual com o oferecimento de representação ou ajuizamento de queixa-crime pelo ofendido.

Os casos não precisam ser encaminhados necessariamente pelo Juizado Especial Criminal. O trabalho do círculo restaurativo tem sido divulgado na comunidade e entre os policiais civis e militares, guardas municipais, advogados e agentes de saúde pública. Todos têm funcionado como derivadores e, ao tomar do conhecimento da ocorrência daquelas infrações penais, podem orientar os envolvidos quanto à possibilidade de procurar o círculo restaurativo, que funciona em dias previamente determinados em uma escola pública, como alternativa ao processo tradicional.

Assim, se preferirem, os envolvidos podem se dirigir diretamente ao círculo a fim de buscar a solução conjunta para o conflito, independentemente da existência de um procedimento criminal paralelo. Nesses casos, obtido o acordo, eles também poderão decidir se querem ou não submetê-lo à homologação judicial.

As mudanças trazidas pela Lei nº 11.340/06 motivaram, por óbvio, modificações no tocante ao atendimento nos casos de violência doméstica. Mas a criação da rede de atendimento possibilitou que, mesmo na vigência da Lei e em atenção aos seus ditames, os autores possam ser encaminhados para tratamento de alcoolismo ou drogadição, ou frequentemente o grupo reflexivo para homens existente na cidade, como condição da suspensão do proces-

so ou como forma de cumprimento de pena, sem prejuízo do encaminhamento das partes para o círculo restaurativo a fim de buscar a solução de pendências paralelas. A diferença é que tal não acarretará a exclusão do processo, mas continua tendo o escopo de restauração das relações e oferta de novas possibilidades para resolução dos conflitos.

7 O promotor de justiça: novas possibilidades de atuação

O promotor de justiça atua no projeto de justiça restaurativa como derivador, identificando nas audiências preliminares do juizado especial criminal os casos em que essa forma de resolução de conflitos poderia ser aplicada. Ele esclarece os envolvidos quanto à possibilidade de suspensão do processo para participação no círculo restaurativo e, havendo acordo, o analisa a fim de verificar se as obrigações são razoáveis e opina quanto à sua homologação. Por fim, se o plano de ação não for executado, ele poderá dar prosseguimento à ação penal.

Abre-se outra via de atuação para o Ministério Público, pois a partir da discussão das causas dos conflitos individuais muitas vezes são identificados problemas mais abrangentes que afetam a comunidade e se refletem nas causas dos conflitos, como a falta de programas de atendimento a alcoólatras ou viciados, negligência na manutenção de logradouros públicos, inexistência de vagas em escolas ou creches, falta de fiscalização no funcionamento de bares etc. O promotor pode, pois, com base nas soluções apontadas pela comunidade, vislumbrar novas possibilidades de atuação e fazer uso das ferramentas já disponíveis na legislação, como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, a audiência pública e a ação civil pública para dar um alcance mais geral a essas medidas e cumprir com maior eficiência uma das funções da instituição, que é a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Evidentemente, há dificuldades enormes a serem vencidas, como a definição de estratégias eficazes para envolver a comunidade e conseguir a adesão de voluntários ou o trabalho de convencimento das polícias quanto à validade da via restaurativa.

Mas talvez os maiores desafios para o promotor sejam a mudança de postura em relação à criminalidade, que exige deixar de ver no processo apenas um fato a ser enquadrado na norma penal com o objetivo de apontar um culpado e impor-lhe uma sanção. Deve-se buscar uma atuação mais presente na comunidade que vá além do trabalho burocrático, o qual, apesar de inquestionavelmente importante, está longe de ser o único meio de desempenhar bem o papel de agente político.

CARAVELLAS, E.; BUGARIB, K.; SIQUEIRA NETO, L. F. de. Reinstating justice. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 339-351, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The current criminal justice system, eminently compensatory, aims to prevent recurrence of a specific behavior by means of punishment, and establishment of a penalty. However, deprivation of liberty, imposed on most severe crimes, as well as sanctions applied on small claims court on less potentially offensive crimes, has not been efficient as the state response to crime nor as a social peacemaking factor. Therefore, reinstating justice comes as a new approach to criminal matters. Reinstating justice focuses more on repairing damage caused by crime to victims and the reconstruction of human relations affected by the criminal behavior than on imposing penalty to the criminal. For this, the criminal and the victim are called to participate in a restoring circle, along with their supporters. Community also interferes by means of facilitators, specially trained to chair meetings and to create dialogue conditions among those affected and the construction of an action plan aimed to solve the conflict. Support groups also take part when it is observed that apart from the conflict, there are problems such as alcoholism, drug addiction, aggressiveness, or any way of discrimination. Parties' adhesion is volunteered. The article shows experiences carried out with reinstating justice in several countries and in some locations in Brazil such as Brasília, Porto Alegre

and São Caetano do Sul; and, in São Paulo, pilot projects developed by the Education Executive Department in a partnership with the Judiciary Department and the Department of Justice, in Heliópolis, and in Guarulhos, both aiming for the implementation of restoring practices for conflicts involving teenagers. Changes brought by Act 11.340/06 have motivated modifications in the assistance given to domestic violence against women cases. However, the creation of an assistance net has made it possible that, even after the effect of the law and fulfilling its terms, the criminals can be taken to treat alcoholism or drug addiction, or to participate in a reflexive group for aggressors, under condition of stay of proceedings or as a way to meet the penalty, with no damage to sending the parties to the restoring circle to search for a solution for the parallel claims. The difference is that it does not cause exclusion from the proceedings, but it still has the scope of restoring relations and it offers new possibilities to resolution of conflicts. Finally, reinstating justice promotes a new way of acting for the Department of Justice, because after discussing causes of individual conflicts, for several times it is identified major problems which affect the community and are reflected on the causes of the conflict, such as lack of treatment programs for alcoholics and drug addicted, negligence to maintain public neighborhoods, lack of vacancies in schools and day care centers, lack of inspection of bars, etc. This allows the prosecuting attorney, based on solutions identified by the community, to visualize new ways of acting, mainly by means of civil investigation, conduct settlement term, public hearing, and public civil action, and to more efficiently meet one of the functions of the institution which is to defend social and individual interests available.

- KEYWORDS: Reinstating justice. Criminal rights. Victim. Recovery of damages. Community. Restoring circle. Childhood and youth. Criminal act. School. Support service. Pilot project. Domestic violence. Neighborhood conflicts.

Referências bibliográficas

- BRAITHWAITE, John. Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação, verdade, prevenção. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Suspensão condicional da pena e do processo*. São Paulo: Mizuno, 2006.
- FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In: SLAKMON, C., R. de Vitto; PINTO, R. Gomes (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- MELO, Eduardo Rezende. Comunidade e justiça em parceria para a promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança: um experimento de justiça restaurativa e comunitária. Bairro Nova Gerty, São Caetano do Sul-SP. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- MELO, Eduardo Rezende; BARTER, Dominic; EDNIR, Madza (Orgs.). *Justiça e educação, parceria pela cidadania: o caminho de São Caetano (2005)*. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2006.
- ROBERTS, Albert R. *Helping Crime Victims*. USA: Sage Publications, 1990.
- ROLIM, Marcos. Justiça restaurativa: para além da punição. In: ROSA, João Abílio de Carvalho (Org.). *Justiça restaurativa – um caminho para os direitos humanos?* Porto Alegre: IAJ, 2004.
- SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal, o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOEWS, Barb; ZEHR, Howard. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa do mundo. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança*

da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

WALGRAVE, Lode. Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal, o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, Eduardo Rezende; BARTER, Dominic; EDNIR, Madza (Orgs.). *Justiça e educação, parceria pela cidadania: o caminho de São Caetano (2005)*. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2006.

Biodireito: um caminho sem volta — um olhar para os transplantes de órgãos

Eliana Faleiros VENDRAMINI CARNEIRO*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Nota histórica dos transplantes de órgãos. 2 Conceito de transplante. 3 Histórico legal dos transplantes. 4 Problemas bioéticos. 4.1 Mudança do conceito de morte, homicídio, eutanásia, distanásia e mistanásia. 4.2 Transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo de anencéfalo. 4.3 Transplante de células-tronco de embrião. 4.4 O estado de necessidade. 4.5 Transplante em pacientes com Aids. 5 Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Os operadores do Direito vêm sendo alertados para o fato de que o avassalador desenvolvimento da biotecnologia aplicada à Medicina tem importantes reflexos nas suas tomadas de decisões, especialmente porque voltadas para o direito fundamental à vida. Nesse diapasão, o estudo acerca do Biodireito é caminho sem volta para toda a sociedade. Passamos por um momento crítico de construção do futuro, que pode escapar do nosso controle, se o homem for visto como meio, não fim, da biotecnologia. Questões de alta complexidade, como o fornecimento de medicamento de alto custo mediante imposição judicial, a cirurgia de transexualidade, a reprodução assistida, o sigilo profissional, a realização de exame de HIV para fins de investigação diagnóstica com recusa do paciente, entre outras, apontam que o segredo da ética pode estar na “percepção simbólica do outro”. Como exemplo, aprofundamo-nos em parte da problemática que envolve o tema transplantes de órgãos, quando precisamos debater o novo conceito de morte, a possibilidade da manipulação da vida de anencéfalos e embriões para salvar outras vidas, o tratamento adequado ao aidético e o estado de necessidade que envolve seus protagonistas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Biodireito. Bioética. Transplantes de órgãos. Morte encefálica. Anencéfalo. Células-tronco de embrião. Aids.

Introdução

Não é de hoje que os operadores do Direito vêm sendo alertados para o fato de que o avassalador desenvolvimento da biotecnologia aplicada à Medicina tem importantes reflexos nas suas tomadas de decisões, especialmente porque voltadas para o direito fundamental à vida. Mais do que isso, toda a sociedade está sendo chamada a rever conceitos, por vezes digladiando-se entre a ética e o sabor da utilização das novas técnicas de medicalização ou, até mesmo, de criação da vida.

Inicialmente, o termo *bioética* foi utilizado pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, mas num sentido puramente ecológico, considerando-a como *a ciência da sobrevivência do planeta*; uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, preservando a harmonia universal em perigo, diante do uso indiscriminado de agrotóxicos, experiências biológicas, poluição aquática, atmosférica, sonora e outros.

Embora essencial a iniciativa, não foi esta a conotação dada à atual *bioética*, que significa “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.¹

* Promotora de Justiça. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

¹ Conceito dado pela *Encyclopedia of Bioethics*, resultado da colaboração de 285 especialistas e 330 supervisores; a maior contribuição coletiva para a Bioética numa só obra (New York: The Free Press, 1995). Interessante anotar que a primeira edição da enciclopédia, em 1978, dava conceito diverso, fazendo referência a “valores e princípios morais”, então retirados: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”. O novo conceito, pois, dado em 1995, adaptou-se ao pluralismo ético atual.

Fatores como a socialização do atendimento médico, a progressiva medicalização da vida, a emancipação do paciente, as pressões sócio-econômicas para o exercício da profissão médica e a criação dos comitês de ética para pesquisas com seres humanos, que estão em constante progresso, contribuíram para que as atenções se voltassem para a bioética, que, em suma, pode nos fazer pensar em usar os poderes da medicina, com eficaz solução dos problemas de vida, saúde e morte dos homens, mas com um padrão moral mínimo, que possa ser compartilhado, mesmo por pessoas de culturas diferentes.²

Não se trata de ignorar o multiculturalismo, erro, aliás, que já foi o estopim de várias guerras. Ele não só existe, como deve sempre vingar, porque valioso ao revelar as várias facetas humanas. A necessária diversidade cultural e, portanto, moral, não pode, contudo, blindar a visão da comunidade humana para um paradigma: o valor supremo da pessoa, dotada de dignidade. Todas as infundáveis análises acerca da problemática da eticidade deverão culminar, basicamente, no respeito ao ser humano.

E não se diga que dignidade humana é expressão vaga, sem conceito próprio, posto que, como ensina González Pérez (apud SARLET, 2004), "é algo real, facilmente identificável em situações em que é espezinhada, agredida, ainda que sem pauta exaustiva", o que é comum para outros valores e princípios jurídicos.

Tal consciência pode ser exercitada com auxílio dos Princípios da Bioética, norte que compila a mínima percepção esperada de cada um de nós. O *Princípio da Beneficência* pede que as atividades médico-científicas visem ao bem dos pacientes, tendo íntima ligação com o *Princípio da Não-maleficência*, seu senso contrário (SANTOS, 2000).³

² A propósito, moral e ética não se confundem. Como ensina Léo Meyer (2004, p. 08), "ética é a reflexão científica sobre a moral. Ética é a ciência e moral é apenas a reflexão sobre os costumes". Essa ciência, ademais, é denominada deontologia. A palavra vem do grego *ta deonta* (o dever) e *logos* (discurso), "conseqüentemente, a exposição sobre aquilo que deve ser feito" (analisa OLIVEIRA, 1998, p. 03).

³ Hipócrates, 430 a.C., já dizia: "pratique duas coisas ao lidar com as doenças: auxilie ou não prejudique o paciente" (apud SANTOS, 2000, p. 28).

O *Princípio da Justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos, benefícios e encargos médicos, conseqüência lógica da igualdade entre os iguais. Finalmente, o *Princípio da Autonomia* exige que o médico, ainda que técnico orientador, respeite a vontade do paciente quanto ao andamento de sua saúde e tratamento. Contudo, diante da aparente contradição, frisamos que "o exercício da autonomia deve ser calculado com a finalidade de que os danos que possam ser causados aos demais sejam inferiores aos bens. Autonomia e liberdade individual têm limites sociais" (CLOTET, 2003, p. 5).

Embora o exercício pessoal da moral seja uma faculdade, as regras éticas (a provocarem importantes decisões judiciais, como veremos) surgiram em função da percepção comum de que *passamos por um momento crítico de construção do futuro*, que pode escapar do nosso controle, se o homem for visto como meio, não fim, da biotecnologia. O Brasil, em especial, como país de Terceiro Mundo que é, pede premência à bioética, pois "a vida que proporciona é tão exaltada em nível teórico que nos dá a ilusão de que está sendo prezada, mas é massacrada na concretude dramática do cotidiano de milhões de pessoas privadas de participar do banquete da vida" (PESSINI, 1994, p. 64).

A Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, tendo tido contato diuturno com questões de alta complexidade, como o fornecimento de medicamento de alto custo mediante imposição judicial, a cirurgia de transexualidade, a reprodução assistida, o sigilo profissional, a realização de exame de HIV para fins de investigação diagnóstica com recusa do paciente, entre outras, aponta que o segredo da ética, para uma sociedade que parece estar remontando o espírito do movimento Renascentista dos séculos XV e XVI, dada a sua sanha pelo livre-arbítrio e o antropocentrismo, é a *percepção simbólica do outro, do conflito que este fenômeno nos causa e da necessidade de nos relacionar com estima e respeito do outro* (COHEN, 2007, p. XVI).

Daí a atuação do chamado *Biodireito*, que nada mais é do que a ciência jurídica voltada às questões da bioética, posto que de interesse social inarredá-

vel; tanto que a Declaração Sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, aprovada na ONU, em 10 de novembro de 1975, articulou: *todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos à vida privada e à proteção da pessoa humana e sua integridade física e intelectual*.

Estes temas baterão às portas do Poder Judiciário, como vem acontecendo com os transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, um dos procedimentos médicos mais bem-sucedidos, criadas várias possibilidades de atendimento aos interesses individuais, a serem sopesadas, contudo, com o interesse público.

1 Nota histórica dos transplantes de órgãos

Não se pode olvidar a grande importância dos transplantes de órgãos para a vida humana, cujo notável desenvolvimento, na esteira dos avanços médicos já comentados, é recente, malgrado antigos registros históricos. Daí seu perfeito enquadramento dentre as questões da bioética e do biodireito, latente o dilema do direito de dispor do próprio corpo ou do cadáver do parente e a preservação da vida.

Desde a Antigüidade, encontramos dados da idéia das transplantações, porém fragmentados. O povo hindu, por seu cirurgião Sushruta, em 750-800 a.C., viu a reconstrução do nariz de uma pessoa, com um pedaço de pele da testa (ABSOLON; AUST, 1983, apud GOGLIANO, 1986, p. 146). A tradição conta que, 300 anos a.C., na China, o médico Pien Chiao fez a troca de órgãos entre dois irmãos. A mitologia grega concebia a fusão de animais e humanos, como a Esfinge, o Minotauro, as Sereias, os Faunos, os Centauros e a Quimera.⁴ O próprio Cristo, quando

⁴ O termo *quimerismo*, adotado para indicar a convivência, em um ser vivo, de suas células com as de outro geneticamente diferente, deve-se exatamente à Quimera, monstro que possui

preso pelos soldados romanos, reimplantou a orelha de Pedro, ali cortada. Estudos arqueológicos no Egito, na Grécia e na América Pré-colombiana apontam a realização de transplantes de dentes. Na Idade Média, os médicos, hoje santos, Cosme (o clínico) e Damião (o cirurgião) efetuaram o transplante da perna de um etíope para um branco.⁵

Muito tempo depois, o francês Ambrósio Paré (1517-1590), cirurgião de Henrique II, Francisco II, Carlos IX e Henrique III, foi consagrado como "pai da cirurgia moderna"⁶ ao descobrir a ligação das artérias, que empregava nas amputações,⁷ justamente um importante procedimento na cirurgia de transplantes de órgãos.

O cirurgião John Hunter, que transplantou dentes em seres humanos e testículo de galo para

um corpo de cabra, cauda de serpente e duas cabeças, uma de leão e outra de cabra.

⁵ Cosme e Damião eram irmãos gêmeos, nascidos em família nobre da Arábia, no século III. Estudaram medicina na Síria e a exerciam por caridade, daí serem chamados de *anárgiros* (aqueles que não são comprados por dinheiro). Cristãos fervorosos, acabaram sendo decapitados por ordem do imperador Diocleciano, no ano 303 d.C., acusados de feitiçaria. Diz a lenda que "para substituir a perna gangrenada de um doente, que tinham necessidade de amputar, foram os Santos ao cemitério em busca de uma que lhes pudesse servir para aquele fim. O único cadáver disponível era de um negro etíope, mas os Santos não tinham preconceito nem problema de histocompatibilidade. Retiraram a perna de que o enfermo precisava e o transplante foi, por graças de Deus, um êxito completo realçado, ainda, pela diferença da cor". Foram erigidos a Santos pela Igreja Católica e padroeiros dos médicos (*Uma marca histórica*. Disponível em: www.ufba.br. Acesso em: 10 jan. 2005).

⁶ Ambrósio Paré nasceu na aldeia Bourg-Hersent, perto de Laval, na França. Desde cedo, praticava a cirurgia com o pai barbeiro-cirurgião e entrou para o Colégio de Cirurgiões, adquirindo grande experiência nas batalhas das quais participou. Consagrou-se como o fundador da cirurgia no Renascimento, realizando procedimentos elaborados, como de hidrocefalia, traumatismos cranioencefálicos e corte medular (GONZÁLEZ, Jaime Gómez. *Ambrosio Paré (1517-1590)*. Disponível em: www.compumedicina.com/historia. Acesso em: 13 jan. 2005). Foi definido como "o paradigma do progresso cirúrgico, encarnado em um homem sensivelmente integrado, cautelosamente prático e ousadamente veraz" (RAÍCES, Rodio. *Sobre la vida y obra de Ambrosio Paré*. Disponível em: www.geocities.com/rodioraices. Acesso em: 13 jan. 2005).

⁷ Registro de João Gualberto de Oliveira (apud LEITE, 2000, p. 105).

galinha, foi o primeiro a utilizar o termo “transplante”,⁸ em 1778.

Contudo, entre a mitologia e a realidade contada, só com a moderna cirurgia, servindo-se de instrumentos basilares como a anestesia, a anti-sepsia e a imunologia, puderam os transplantes de órgãos, tecidos e partes de corpo serem considerados um método científico, que passou a ser explorado com afinco por Ullman, De Castello e Carrel, especialmente quanto aos rins.

O primeiro transplante afortunado foi ósseo e remonta a 1890, em Glasgow, na Escócia. A experimentação científica de transplantes em animais começou por volta de 1900, quando, entretanto, foi percebida a comum ocorrência da rejeição, novo obstáculo a ser vencido. A medicação imunossupressiva só tomou corpo nos anos de 1960, quando se iniciou o sucesso dos transplantes de rins, liderados por Joseph Murray, que, em 1954, em Boston, fez a cirurgia entre irmãos gêmeos idênticos. No ano de 1963, em Denver, o americano Starzl fez o primeiro transplante de fígado. Em 1967, na África do Sul, Christiaan Barnard já estava realizando o transplante cardíaco,⁹ entre uma

⁸ “Junto de Ambrosio Paré e Joseph Lister, é considerado um dos três maiores cirurgiões de todos os tempos”. Nasceu próximo de Glasgow, na Escócia, mas estudou anatomia e cirurgia em Londres, na Inglaterra. Foi cirurgião do exército britânico durante a Guerra dos Sete Anos. Era muito dedicado à experimentação e à observação direta, sempre afirmando: “não pense, tente” (University of Virginia. *John Hunter (1728-1793): a treatise on the blood, inflammation, and gun-shot wounds*. Disponível em: www.med.virginia.edu/hs-library/historical/classics. Acesso em: 13 jan. 2005).

⁹ “Sin duda, este primer trasplante exitoso de un organismo tan complejo como es el corazón, significó un progreso considerable para la humanidad y, debido a ello, la figura del cirujano adquirió gran renombre y popularidad a nivel mundial” (MINISTÉRIO DE SALUD, 2000, p. 19). Christiaan Barnard chegou a escrever um livro – *Minha vida* – publicado em 1969, onde descreveu, em detalhes, o procedimento cirúrgico e narrou: “Tudo estava pronto [...] ao iniciar o primeiro corte, minha mão começou a tremer. Tratei de dominá-la, mas seguiu tremendo. Minha tensão era excessiva para que pudesse trabalhar bem, mas pensei que poderia dominá-la melhor à medida que se adiantava minha tarefa [...] Chegado ao fim do caminho [...] durante um momento, o coração ficou paralisado, sem dar sinais de vida. Nós esperamos – pareciam-me horas – [...] como um relâmpago deslumbrante, uma súbita contração da aurícula, ao que responderam seguidamente os ventrículos. Pouco a pouco, o coração começou a mover-se com o ritmo adorável da vida, com a batida do mundo” (grifo nosso).

doadora branca e um receptor negro, como que sob o espírito inovador de Cosme e Damião; seguido de tantos outros, hoje rotineiros.

Deve ser registrado que, em 1931, na Itália, foi feito um transplante de glândulas genitais, pelo médico Gabriel Janelli, suscitando polêmicas, que vingam até hoje, não só pela natureza do órgão operado, mas por ter sido feito por doador vivo e mediante pagamento.

Somente em 1983, de fato, descobriu-se a medicação inibidora da rejeição, mas, como alerta o médico Walter Antonio Pereira, ainda há muito que descobrir quanto aos fenômenos imunológicos e seus controles, tendendo à melhora dos resultados obtidos.

No Brasil, em 1964, realizou-se o primeiro transplante renal, com doador cadáver, no Hospital do Servidor do Rio de Janeiro. Um ano após, foi feita a cirurgia com doador vivo, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. As vitórias nunca mais pararam: transplante de pulmão (1989), de coração artificial (1999), de intestino e fígado (2000)...

Na América Latina, os pioneiros do transplante cardíaco e de pulmão são, respectivamente, os brasileiros Prof. Euryclides de Jesus Zerbini e Dr. José Camargo. Também atuando no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Dr. Zerbini realizou a cirurgia do coração em 26 de maio de 1968. O paciente João Ferreira da Cunha (goiano conhecido como *João Boiadeiro*) sobreviveu 27 dias. Houve quem sobrevivesse 18 anos (Emmanuel Vitria, operado na França, em 1968), provando o poder da então ciência.

2 Conceito de transplante

A palavra *transplante*, segundo o dicionário comum (FERREIRA, 1988, p. 645), vem do verbo *transplantar*, ou seja, “transferir órgão, ou porção deste, de uma parte para outra do mesmo indivíduo” ou “transferir órgão, ou porção deste, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo”. Sua origem é latina, da junção da preposição *trans*, que significa “além de, para lá”, com o verbo *planto*, que quer dizer plantar, semear (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2234, 2749, 2753). É de se notar que, quando Hunter

utilizou pela primeira vez o vocábulo (como vimos), fazia uma comparação entre a botânica (ao plantar árvores) e a sua técnica da transferência de dentes.

A Medicina, cujos dicionários específicos fornecem idêntico significado, adotou o termo como: “porção de tecido corporal, que se extrai de uma parte para enxertar em outra parte”.¹⁰ Entretanto, sua doutrina lhe tece ferrenhas críticas, pois tais conceitos, para os *experts*, são extremamente amplos, sem terminologia homogênea, de técnica utilizada em várias especialidades e de várias formas.

É importante salientar que os transplantes, quanto aos doadores e receptores, podem ser: *autotransplantes* (ou autoplásticos), transferidos órgãos ou tecidos de um lugar a outro na mesma pessoa, a exemplo da ponte de safena; *isotransplante* (ou isogênicos), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduos do mesmo gênero e com características hereditárias idênticas, a exemplo dos gêmeos monovulares; *homotransplantes* (ou alotransplantes), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduos do mesmo gênero, mas com características hereditárias diferentes, a exemplo de um homem a outro, e *heterotransplantes* (ou xenotransplantes), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduo e ser vivo de outro gênero, a exemplo da “válvula cardíaca do boi para o homem”.

Quanto à relação anatômica entre a origem e o destino, podem ser: *ortotópicos* (ou enxertos), processados numa situação anatômica normal, a exemplo da pele para a continuidade cutânea, ou *heterotópicos*, em locais diferentes dos normais de origem, a exemplo da transferência de pele tireóidea para o cérebro.

Ainda assim, implante não é sinônimo de transplante, pois corresponde à incorporação ao corpo humano de materiais de natureza distinta da do animal, como o metal ou o plástico.

¹⁰ Ver em Siedman Dicionário Médico (1987, p. 1 o 44); Clayton L. Thomas (2000, p. 1.740); *Dicionário Enciclopédico de Medicina* (3. ed. 2001, p. 2.271-2, 272 – baseado na 29. ed. do *Black's Medical Dictionary*, de William A. R. Thompson); e W. A. Dorland (1988, p. 1.744).

Portanto, não raro, adverte a doutrina médica que todos estes termos são promiscuamente utilizados, embora de significados técnicos muito diferentes.

Podem ser transplantados tecidos, órgãos e partes do corpo humano. *Tecidos* são “diferentes agrupamentos de células, que desempenham as mesmas funções básicas e que têm a mesma morfologia geral, permitindo a formação de órgãos e sistemas do organismo animal” (JUNQUEIRA; CARNEIRO, 1974, p. 60, grifo nosso). *Órgãos* são “unidades supraterciais com forma e função próprias, definidos como ‘instrumentos de função’, unidades mais complicadas que o tecido fundamental que os constitui” (ERHART, 1969, p. 31). Observemos, pois, que os órgãos compreendem os próprios tecidos, a exemplo do osso e do tecido ósseo que o compõe.

Os tecidos comumente transplantados são: medula óssea, córnea, válvula cardíaca, pele, dura-máter, cartilagem costal, crista ilíaca, cabeça do fêmur e tendão da paleta. Já os órgãos são: coração, pulmão, fígado e rim.

Na técnica médica, o *sangue*, o *esperma* e o *óvulo*, como tecidos que são, podem ser objeto de transplante, mas estão afastados das regras da lei específica do tema, como determina o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97, posto que tratados em leis autônomas,¹¹ dadas suas particularidades. Aliás, o transplante de sangue de cordão umbilical tem-se demonstrado, em pesquisas recentes, altamente eficaz na cura de várias doenças,¹² em espe-

¹¹ Quanto ao sangue, desde 1965, por meio da Lei nº 4.701, regulamentava-se a atividade homoterápica no País, hoje mister da atual Lei nº 10.205/01. Já quanto ao esperma e ao óvulo, após longo tempo sem amparo legal, vieram a ter breve regramento pela Lei Nacional de Biossegurança – Lei nº 8.974/95, mas que nem sequer conseguiu alcançar todos os avanços das manipulações genéticas, senão atendendo ao chamado da Constituição Federal de 1988, que proclamou a necessidade de preservação do patrimônio genético – art. 225, § 1º, incisos II e V. Hoje, a norma legal vigente a respeito da matéria é a Lei nº 11.105/05, que não admite a clonagem humana.

¹² Ver homepage da CRIOESTAMINAL. *Células do cordão umbilical mostram grande potencial na regeneração cardíaca após enfarte do miocárdio*. Disponível em: www.crioestamina1.pt/avancos.htm. Acesso em: 10 abr. 2005.

cial as cardíacas, tendo a medicina genética publicada avanços dia a dia.¹³

Cabe anotar que estes três – sangue, esperma e óvulo – fazem parte da categoria das chamadas *partes separadas do corpo* do indivíduo com vida, cuja retirada não causa prejuízo sensível a sua integridade física, saúde ou dignidade, a exemplo do leite, do cabelo, do material placentário, da unha, dos dentes etc.; mas gera profundo debate acerca da forma como ela deve ocorrer, não bastando, após esta ocorrência, definir tais partes, como querem alguns, como mera *coisa*, de propriedade do respectivo titular. Isto porque, especialmente o óvulo e o esperma, comportam o patrimônio genético de um indivíduo, que já merece “absoluto cuidado com a representação antecipada da pessoa psicológica, social e moral, cuja edificação começou, e, portanto, com os contragolpes de nossa escolha sobre o destino de sujeito humano” (SÊVE, apud ARAUJO, 2003).

3 Histórico legal dos transplantes

É possível traçar um histórico legal do tema em enfoque, tão novo quanto seu florescer na medicina e tão mutante quanto sejam as necessidades de acompanhá-lo. Se, já em 1890, a prática dos transplantes, ainda que mais simples, era uma realidade, em 1900, objeto de experimentação científica e, em 1967, responsável pela transferência do órgão vital coração de um corpo humano a outro, o mesmo não se deu com a lei,¹⁴ cuja evolução foi mais lenta.

¹³ Em 14 de fevereiro de 2006, o jornal *O Estado de S. Paulo* publicou pesquisa do biólogo Rodrigo Alexandre PANEPUCCHI, em trabalho de doutorado apresentado na USP de Ribeirão Preto, que se dedicou a mapear os genes das células do sangue do cordão umbilical, concluindo pela sua maior capacidade de reconstituir o sistema imunológico do transplantado, no caso de retirar-lhe as células-tronco. Sua finalidade, além de obter melhores resultados terapêuticos com a técnica médica, é estimular o fortalecimento de bancos de cordão umbilical, públicos e privados, no País (In: AMORIM, Cristina. Jovem biólogo da USP mapeia os genes do cordão umbilical; trabalho premiado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 fev. 2006, p. A13, Caderno Ciência.).

¹⁴ Como ensina Miguel Reale (2000, p. 285), “o direito é uma experiência vital; é a soma de atos que as gerações vão vivendo, umas após as outras, dominadas, todas, pelo ideal que chamamos

Deve-se observar, desde logo, que a análise normativa, inclusive quanto ao seu desenvolvimento, exige sempre a consideração de cinco grandes tópicos: a espécie de disposição (em vida e/ou morte), sua finalidade, o critério de morte adotado, a forma de consentimento e o nascimento da abordagem penal.

A primeira norma de transplantes de órgãos do País foi a Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963,¹⁵ portanto quando já se realizava transplante de suma importância no mundo. Mesmo assim, ela não tratava da disposição em vida; não definia univocamente a morte que pretendia como marco inicial do procedimento estudado e *não tinha qualquer caráter penal*. Determinava que ficava a cargo do *de cuius*, por escrito, a autorização de retirada de seus órgãos ou, se inexistente o documento, ao cônjuge e parentes, até segundo grau, ou às corporações responsáveis pelos despojos, religiosas ou civis, e a oposição para a mesma retirada (art. 1º). Curioso o aspecto religioso ainda impregnado na norma, a ponto de corporações deste caráter interferirem naquilo que, hoje, considera-se *assunto de família*.

Como pode ser avaliado, malgrado o mérito de ter deixado clara a finalidade terapêutica do ato médico, o pouco que nossa novel lei abordava (disposição de órgãos e tecidos em morte), o fazia de forma lacunosa, nem sequer definindo o termo inicial da morte, problema crucial do tema até os dias de hoje.¹⁶ Por isto, era de se esperar que não tardasse a modificação legislativa, vinda apenas cinco anos depois.

A Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968, foi nossa primeira norma a comportar o caráter penal dos transplantes de órgãos e tecidos humanos. Agora, sim, nascia lei a tratar da disposição em vida e em

justo. A esta experiência histórica, que se concretiza no tempo, no fato social, que progride ou regride assumindo fisionomias e aspectos diversos, variando de lugar para lugar, de tempo para tempo, exprime-se em sistemas de normas positivas, as quais também damos o nome de Direito” (grifo nosso).

¹⁵ Sua rubrica já anunciava: “Dispõe sobre a extirpação de órgãos ou tecidos de pessoa falecida” (grifo nosso).

¹⁶ Ver art. 3º: “Para que se realize qualquer extirpação ou parte de cadáver, é mister que esteja provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais” (grifo nosso).

morte (arts. 4º e 10); com a estrita finalidade terapêutica ou científica; considerando a não oposição dos mesmos grupos para a disposição, mas com ordem hierárquica entre cônjuge, descendente, ascendente e colateral, respectivamente, e procurando melhor visualizar (digamos, assim) a problemática da morte: “o transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica” (art. 4º, parágrafo único).

Muito longe do que atualmente se debate acerca do *conceito de morte para transplantes de órgãos*, parecia evidente que a nova lei permaneceria não viabilizando a realização do ato médico em segurança, especialmente diante das discussões no âmbito do Direito Penal, como acerca da prática de homicídio. Para o médico, simplesmente *atestar que o paciente não tem possibilidade alguma de melhorar ou tratamento médico capaz de restituir-lhe a vida* não o leva a propor a retirada de seus órgãos e/ou tecidos. Este atestado, segundo José Adriano Marrey Neto (n. 578, p. 22, dez. 1983), seria “ocioso”. Ademais, é sabido que, via de regra, a comunidade médica trabalha de forma realista, o que implica, também, estar constantemente em busca da superação das doenças, as quais serão sempre vistas como passíveis de novos tratamentos. Este é o motor de seus estudos científicos:

[...] a finalidade da medicina é, na afirmação sublime de Desgenettes, ao discordar de Napoleão em Jaffa, conservar sempre. Quando nada mais tenha para conservar, não encurte a medicina a vida de ninguém. Procure poupá-la, prolongá-la (FÁVERO, mar. 1968, v. 389, p. 403).

A propósito, entendo que não é possível fazer uma norma, cujos maiores protagonistas são médicos e pacientes, e ignorar suas regras éticas e procedimentais. Devemos adotar legislação, embora firme e em prol do interesse público, consentânea com o grupo a que ela se destina.

A época da criticada lei, os médicos já sabiam (e precisavam participar da elaboração legislativa e da posterior regulamentação) que a morte não é ha-

bitualmente um momento, mas um processo, um estado transitório de evolução declinante, que deve ser atestado por fases, até que morto o cérebro, não o coração.

Mais uma vez, precisávamos de nova lei, tendo suportado, por anos, normas sem poder prático, em sacrifício de muitas vidas. Não por acaso, nenhuma das passadas leis haviam sido regulamentadas.

Sobreveio a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992,¹⁷ que manteve a abrangência da norma anterior quanto ao transplante em vida e em morte, com finalidade terapêutica e/ou científica, e as disposições penais, afastando as corporações civis ou religiosas da decisão da disposição, mas, acima de tudo, angariando grande mérito ao adotar um critério, o da morte encefálica (que vinha sendo utilizado no mundo), como termo inicial para retirada dos órgãos. Não que tal critério, em si, não fosse alvo de crítica, mas o Direito brasileiro, até então, ficava à margem da discussão mundial, não se inserindo, sequer, no debate técnico e na vivência das dificuldades práticas da tomada de posição.

Podemos concluir que apenas em 1992 o Direito brasileiro passou a ter uma Lei de Transplantes de Órgãos passível de aplicação, mas, no aspecto penal, teve que aguardar até a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Atualmente, encontra-se em vigor esta Lei nº 9.434/97, mas com as cruciais modificações feitas pelas Leis nº 10.211, de 23 de março de 2001, e nº 11.521, de 18 de setembro de 2007.

No mundo, a comprovar que o Brasil não trabalhou a destempo, o primeiro diploma legal do tema se deu em 1947, na França, sendo sucedido por leis, em 1950, na Espanha e na Suíça; em 1952, na Inglaterra; em 1957, na Itália; e em 1964, em Portugal.

4 Problemas bioéticos

Mesmo com toda essa mudança legislativa, muito ainda haveremos de dialogar na matéria, que apresenta sérios dilemas bioéticos.

¹⁷ Regulamentada pelo Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993.

4.1 Mudança do conceito de morte, homicídio, eutanásia, distanásia e mistanásia

Vimos que a lei atual acabou por adotar e regulamentar um novo conceito de morte, nunca antes utilizado pelo Direito Penal: o da *morte encefálica*. Até então, para qualquer crime que dependesse deste conceito, morto era o homem com todas as funções vitais cessadas, inclusive respiratórias e cardiovasculares, e sem mais poder contar com os instrumentos da medicina moderna.¹⁸

Isto se deu pelos avanços médicos que, desenvolvendo a técnica de transplantes de órgãos, identificaram um momento em que seria impossível o retorno das funções do cérebro, mas ainda não instalado o processo de degradação dos órgãos a serem removidos, mantidos de maneira artificial, até que desligados os respectivos aparelhos.

Se assim é, a intervenção médica para remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo para fins de transplante se dá em momento que, em outras situações, o ato médico seria criminoso, porque tido por vivo o doente. O critério especialíssimo da morte encefálica vale unicamente para a técnica médica ora estudada, e nada mais, sob pena de responder o médico (e eventuais co-autores) por homicídio.

O que não se duvida é que, em futuro próximo, inicie o brado dos réus (médicos e co-autores) que pretendam o reconhecimento do *novo conceito de morte* para todo e qualquer ato médico que dele dependa, posto que a própria ciência abalizada para tal (ou parte dela¹⁹) garante sua validade.

¹⁸ “A cessação dos fenômenos vitais, não ao mesmo tempo”, como definido por Cousiño Mac Iver; “a parada da respiração e das pancadas cardíacas”, como definido por Enrico Altavilla (apud MARQUES, 1999. v. 4, p. 107).

¹⁹ Os próprios médicos (já que estes conceitos refogem à opção do jurisperito e, mais ainda, do Poder Legislativo), passaram a divergir quanto à adoção do critério da morte encefálica, parte deles doutrinando no sentido de eventual possibilidade de reversibilidade do estado do paciente, que, portanto, estaria ainda vivo. O médico Roberto Hirsch, responsável pela equipe do Hospital das Clínicas de São Paulo, afirma, categoricamente, que “não há motivo para a família pensar que a vítima de morte encefálica possa voltar a viver. Não há como confundir um coma reversível com um irreversível. Para evitar erros, o Conselho Federal de Medicina estabelece um procedimento para aferir esse tipo de morte. Na morte encefálica, não só o cérebro pára de funcionar,

Curioso, por outro lado, que, para os atos criminosos que não se confundem com as intervenções médicas ora citadas, o critério clássico de morte é o que mais favorece o réu. Imaginemos a hipótese do sujeito que atira no seu desafeto, o qual permanece hospitalizado com diagnóstico de *morte encefálica*. Sem dúvida, a defesa técnica sustentará, até eventual “*morte clássica*”, o homicídio tentado.

Mesmo que a família dessa vítima anunciasse o desejo do transplante dos órgãos (permitido para a situação médica, mas, indiretamente, consumando o homicídio), este não poderia ser feito pelo médico, observado o crime do art. 14, baseado na regra que impede anterior transplante nos casos que exigem necropsia (art. 7º, parágrafo único, da lei).

O exemplo em questão, aliás, se amolda a todos os crimes contra a vida, bem como àqueles agravados pelo resultado morte.

Além destas questões, podendo o médico, para fins de transplante, desligar licitamente os aparelhos da pessoa com *morte encefálica*, vislumbra-se o perigo de se “encontrar um meio de atingir a condição ético-jurídica da eutanásia” (LIMA, 1996, p. 22). Explícito: é possível que, diante de uma pessoa muito doente (não morta), o médico entenda correto praticar a eutanásia e use o argumento do transplante, como

mas também o tronco cerebral, que faz toda a ligação nervosa do corpo e da cabeça. O cérebro morre, mas, muitas vezes, com a ajuda dos aparelhos, o coração continua batendo e sustentando órgãos. Isso não significa que há volta” (*Entrevista à Folha de S. Paulo*. Disponível em: www.unifesp.br/comunicacao. Acesso em: 11 ago. 2004). É acompanhado do Prof. José Roberto Pagura, que diz “não conhecer nenhum caso de morte encefálica reversível”. Já o médico Cícero Galli Coimbra, professor-adjunto do Departamento de Neurologia e Neurocirurgia da Universidade Federal de São Paulo, vem realizando intenso trabalho para conscientizar a população, os médicos e o próprio governo de que os critérios adotados para o diagnóstico da morte encefálica no Brasil (e no mundo) são falhos e perfeitamente vencíveis, se os pacientes forem submetidos à hipotermia (resfriamento do corpo de 37 °C para 33 °C, por um período entre 12 e 24 horas).²⁰ Também afirma com convicção: “[...] os critérios clínicos utilizados para o diagnóstico de morte encefálica não são (nem jamais foram) fundamentados em achados científicos, senão vinculados a erros de raciocínio e conceitos confusos, mal aplicados ou formulados [...]”. O autor não se limita às duras críticas, inclusive ao Governo e ao Conselho Federal de Medicina, como também fundamenta tecnicamente sua posição, tema que deixaremos a cargo dos médicos.

meio de abreviar a vida desse paciente, diagnosticando a morte encefálica e colhendo o consentimento dos familiares (que, hoje, é o que basta). O ato pode se dar, mais, em conluio com estes próprios familiares. Contudo, tudo isso se dará sem o importante pedido da vítima, que é elemento da eutanásia! A vida do paciente fica nas mãos do médico e/ou de seus familiares, sem que ele tenha sido consultado sobre sua vontade (já que praticada suposta eutanásia).

Diz-se *como meio*, pois a finalidade da eutanásia é totalmente diferente da do transplante, daí ainda ser considerada homicídio no Direito brasileiro.²⁰ “o homicídio eutanásico é aquele que é praticado para abreviar, piedosamente, o irremediável sofrimento da vítima, a pedido ou com o assentimento desta” (HUNGRIA, 1955, v. 5, p. 125). Assim (independentemente das discussões acerca da aceitação de sua realização), a eutanásia não pressupõe, por definição, irreversibilidade das funções do cérebro, senão *irremediável sofrimento*, estando a *pessoa viva*, e, ainda, conta com a anuência dessa pessoa, não simplesmente dos familiares.

Portanto, não há que se confundir eutanásia, em suas várias modalidades,²¹ com a interrupção da sustentação vital por meios mecânicos, quando da ocorrência da morte encefálica, no seu sentido estrito e médico, porque o paciente já está morto e

não pode existir eutanásia de quem já morreu (GOGLIANO, v. 1, n. 2, p. 155-156, 1993).

Por tudo isso, é forçoso reiterar que o diagnóstico da morte encefálica deve ser o mais criterioso possível, para que corresponda, de fato, à ausência de vida cerebral.

No mais, recordamos que a *distanásia* é o contrário da eutanásia. Vem do grego *dis* = mal e *thánatos* = morte, ou seja, a “má morte”,²² sendo abreviada o máximo possível, por todos os meios de que dispõe a atual medicina, ainda que, supostamente, não haja esperança de cura, e, assim, impingindo ao paciente sofrimentos adicionais. Logicamente, não há como concordar com esse “sofrimento adicional” (se é que ele existe, a ser detectado medicamente), mas não é dado ao médico estabelecer, fora das regras legais, o momento da morte de seu paciente.

Por fim, se é que a comunidade jurídica já adotou e refletiu sobre a proposta de existência da quarta categoria, chamada *mistanásia*,²³ vejo que, em especial quando se trata de fila para transplantes de órgãos, muitos brasileiros são vítimas, por motivos

serem vividas; da verdadeira e própria eutanásia, traduzida na morte dada pelo médico a um paciente incurável e em sofrimento, e da pura ‘ortotanásia’ – auxílio médico à morte – que é a ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte” (MARTINS, 1986, p. 105). O termo eu corresponde ao grego “bom” e thánatos ao grego “morte”; portanto, “boa morte”. O termo orthós corresponde ao grego “justo”; portanto, “justa morte”.

²² Também é chamada de “intensificação terapêutica” ou “obstinação terapêutica”.

²³ A confundir ainda mais os tantos conceitos, Leonard Martin sugeriu um quarto termo (além da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia): a mistanásia, ou seja, a morte miserável, fora e antes da hora. Explica: “dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a serem pacientes, pois não conseguem ingressar, efetivamente, no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem serem pacientes para, em seguida, se tornarem vítimas de erro médico; e terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana” (Apud GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 2 maio 2007).

²⁰ Lembramos que o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal não prevê a despenalização da eutanásia, senão sua nova classificação como homicídio privilegiado: “Art. 121. § 3º. Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: pena – reclusão de dois a cinco anos” (texto entregue ao Ministro da Justiça em março de 1999). Mesmo o tal privilégio é criticado pela doutrina: “qual a razão de se criar figura específica da eutanásia, com uma pena tão reduzida em relação ao homicídio simples do ‘caput’? A jurisprudência já vem entendendo, até aqui, que a eutanásia (desde que se comprove que o agente matou a vítima, por um real sentimento de piedade) configura o privilégio do relevante valor moral, mesmo no sistema penal vigente (RJTJSP [...]) é mais incompreensível ainda a pretensão de não se considerar crime a ortotanásia” (CONSTANTINO, 1998, p. 17).

²¹ “A eutanásia em sentido lato abrange três hipóteses suscetíveis de distinção: do aniquilamento das chamadas ‘vidas indignas de

sociais, da "morte miserável", sem obter sequer acesso ao único tratamento que lhes daria a possibilidade de recuperação da saúde.²⁴

4.2 Transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo de anencéfalo

Não é nova a celeuma acerca da aceitação do chamado abortamento eugenésico, que tem no feto anencéfalo uma de suas possibilidades. Cabe registrar que, cada dia mais, os Conselhos de Medicina, Regionais e Federal, vêm aceitando, eticamente, tal prática,²⁵ embora ainda francamente punível no Direito Penal brasileiro (salvo se a gravidez causar risco de vida para a mãe).²⁶

²⁴ Recentemente, *O Estado de S. Paulo* publicou matéria mostrando a saga de vários brasileiros que, sem sistema de transplantes organizado em suas regiões, chegam a mudar de Estado, em busca da sua inserção na fila única (não ainda certos da obtenção do órgão), denominando-os os "migrantes do transplante" (WESTIN, Ricardo. Fila cria "migrantes" do transplante. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2006, p. A36, Caderno Vida &).

²⁵ Ver Consulta/CRM-SP n. 8.905/98 e longa discussão médica a respeito disponível em <www.portalmedico.org.br/revista/bio2v6/casoclinico.htm> e, ainda: Consulta/CRM-Paraíba n. 07/2000.

²⁶ É crime pela legislação brasileira. Entretanto, não podemos deixar de registrar recente concessão de liminar pelo ministro Marco Aurélio de Mello, do STF (datada de 10 de julho de 2004), para que qualquer gestante pudesse se submeter ao abortamento de filhos anencéfalos, sob o argumento da "imposição, à mulher e sua família, de danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina" (ADPF/54 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54-DF, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde). Em 20 de outubro de 2004, o plenário do mesmo Tribunal, por sete votos (ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim) a quatro (Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, além do relator), cassou tal liminar. O mérito da ação ainda não foi julgado e, hoje, o Ministro Marco Aurélio vem anunciando que realizará audiências públicas, enquanto quatro ministros já votaram pelo arquivamento da ação, pois "o STF estaria substituindo o Congresso na tarefa de legislar". Segundo estimativa do Dr. Marcos Frigério, Médico-assistente do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, a própria Justiça já concedeu aproximadamente 350 alvarás a gestantes, cujos diagnósticos médicos apontavam alguma anomalia fetal (apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A velha e sempre nova polêmica do aborto. *Jornal da USP*. Disponível em: www.usp.br/jorusp/arquivo/1997. Acesso em: 21 jun. 2005).

A essa séria decisão soma-se, aqui, uma nova e mais intrincada questão: se aceito tal abortamento, os órgãos desses fetos, que não têm possibilidade de vingar por muito tempo fora do útero materno, poderão salvar as vidas de outros recém-nascidos com poucas medidas alternativas, posto que bastante raras as causas de morte encefálica infantil (muito limitadas aos casos de asfixia perinatal, morte súbita neonatal, acidentes ou maus-tratos), com conseqüente baixa disponibilidade de órgãos para transplantes em crianças.

Por primeiro, esclarece a medicina que *anencéfalo* (ou seja, "sem cérebro") é termo inadequado e não aprimorado, pois "a má formação do tubo neural, acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, causa ausência completa *ou parcial* da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem, em *grau variado* de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto. Ausentes estão os hemisférios cerebrais e os tecidos cranianos que os encerram, mas presentes o tronco encefálico e porções variadas do diencefalo".²⁷

Existem, pois, diversas espécies de má-formação, a serem rigorosamente avaliadas,²⁸ daí a sugestão de definir estes doentes como *oliencefalos* ou *disencefalos*.

Ademais, embora inegável que os fetos com essas variadas má-formações são gravemente deficientes no plano neurológico e portadores de doença letal, pesquisas indicam o nascimento de 40% a 60% deles,²⁹ com 8% vivendo mais de uma sema-

²⁷ LEMIRE, R. J.; BECKWITH, J. B.; WARKANY, J. *Anencephaly*. New York: Raven Press, 1978. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: www.providaanapolis.org.br. Acesso em: 13 jul. 2005 (grifos nossos).

²⁸ A doutrina médica apresenta hipóteses bem variadas, como: síndrome da banda amniótica (amputações, mas não malformações dos órgãos internos), iniencefalia (má formação na coluna cervical), encefalocele (defeito no tubo neural), hidrocefalia etc.

²⁹ SPEES, E. K.; CLARK, G. B.; SMITH, M. T. *Are anencephalic neonates suitable as kidney and pancreas donors?* In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: www.providaanapolis.org.br. Acesso em: 13 jul. 2005.

na e 1% entre um mês e três meses.³⁰ Já foi relatado caso de sobrevivência até quatorze meses³¹ e dois casos de sobrevivência de sete a dez meses, ambos sem recorrerem à respiração mecânica.³²

Mesmo assim, o CFM, em setembro de 2004, editou a Resolução nº 1.752/04, considerando os anencéfalos, de plano, "natimortos cerebrais", e, portanto, passou a aceitar, sob o aspecto ético, a retirada dos seus órgãos para transplante, logo após o nascimento, apenas com a autorização formal de ambos os pais, descartando a exigência da realização de exames complementares.

Sendo assim, uma vez que o tipo penal do art. 14, *caput*, c.c. art. 3º, *caput*, considera ilícito apenas o ato que esteja em desacordo com os critérios fixados por Resolução do CFM (norma penal em branco), concluímos que a retirada dos órgãos do anencéfalo, logo após o nascimento, e sem qualquer exame complementar, é ato lícito no Brasil. A norma penal em branco tem a Resolução/CFM nº 1480/97 como regra, e a Resolução/CFM nº 1.752/04 específica para anencéfalos.

Não se duvida dos conhecimentos médicos de nossa sociedade, mas o fato é que, mais uma vez, presenciemos o dilema da conceituação do início da vida e do marco da morte,³³ equívoco na medicina mundial (e, por conseqüência, na medicina brasileira). Já se disse, aliás, que "é inútil pretender encerrar tal dilema, pois a morte nunca é natural, é cultural, cabendo ao homem sua definição",³⁴ como feito pelo CFM.

³⁰ POMERANCE, J. J.; SCHIFRIN, B. S. *Anencephaly and the baby doe regulations*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: www.providaanapolis.org.br. Acesso em: 13 jul. 2005.

³¹ SHEWMON, A. *Anencephaly: selected medical aspects*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: www.providaanapolis.org.br. Acesso em: 13 jul. 2005.

³² Mc ABEE, G.; SHERMAN, J.; CANAS, J. A.; BOXER H. *Prolonged Survival of Two Anencephalic Infants*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: www.providaanapolis.org.br. Acesso em: 13 jul. 2005.

³³ João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (1995, p. 62-70), em estudo detalhado, classificou as várias posições: a) o anencéfalo igual a um morto, podendo serem retirados seus órgãos imediatamente após o parto, mesmo que respire; b) a anencefalia como cate-

Apenas consignamos que há francas posições em contrário, como aquela adotada pela Faculdade de Medicina da Universidade de Loma Linda, nos Estados Unidos, que propôs a ventilação dos anencéfalos, até a verificação da morte cerebral, tendo adotado protocolo nesse sentido (ver LOUREIRO, 1995, p. 68).

E não se diga que a retirada dos órgãos do *anencéfalo* pede maior urgência para evitar sua degradação, pois, como qualquer outro paciente menor de sete dias, que se supõe em morte encefálica, restaria a realização da constatação, aguardando os órgãos pelo mesmo tempo. Não se diga, mais, que a manutenção da vida do anencéfalo é mero interesse econômico dos hospitais, pois tal suposição não vale tanto quanto aquela vida.

Com todos estes "senões", questiono, finalmente, como aceitar o abortamento do anencéfalo *atrelado* ao argumento de que servirá, pelo transplante dos órgãos do feto, para salvar outra vida. São temas separados (abortamento e posterior possibilidade de transplante) e o melhor argumento para aceitar esse abortamento não é a possibilidade de salvar outra vida pelo transplante; até porque a medicina já tem encontrado outros meios para tanto.³⁵

4.3 Transplante de células-tronco de embrião

Células-tronco, em especial, são aquelas presentes na medula, "na parte interna" ou "do meio"

goria especial, justificando diferente tratamento, substanciando na dispensa do critério da morte cerebral; c) o anencéfalo é vivo, mas moribundo sem qualquer esperança, permitida a retirada dos órgãos, e d) o anencéfalo deve ter ventilação até a verificação da morte cerebral – protocolo de Loma Linda University. Opta por esta última tese, repisando os direitos fundamentais do anencéfalo, que não pode servir a idéias utilitaristas.

³⁴ Ver FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, v. 833, mar. 2005. Disponível em: www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf. Acesso em: 13 jul. 2005.

³⁵ Há notícia de cientistas que retiraram células de blastocistos (células com poucos dias de vida, que crescem em óvulos fertilizados) para, a partir delas, desenvolverem, em laboratório, células humanas não especializadas, capazes de formar qualquer tipo de tecido no organismo humano, com o fim de transplantar sem

de algum órgão,³⁶ o qual se opõe à sua parte extensa, chamada de córtex. Por isso, “transplante de medula” é a expressão antiga daquilo que, hoje, denomina-se “transplante de célula-tronco”. Essas células têm grande capacidade de multiplicação, formando diversos tecidos do corpo, inclusive as células do sangue e da imunidade (linfócitos), motivo pelo qual chamaram atenção dos pesquisadores da área. A maior concentração delas está na parte interna dos ossos, especialmente da bacia, cuja obtenção, aliás, é relativamente fácil.

Na atualidade, o transplante de células-tronco, é inegável, marca o grande passo da medicina, já tendo dado resposta aos efeitos maléficos da necessária quimioterapia aplicada a pacientes de doenças graves, como leucemias, linfomas e mielomas. É por isso que a atual lei abre importantes exceções para este tipo de transplante.³⁷

Contudo, há tecidos dos quais não dispomos de métodos práticos para isolar as células-tronco (como o músculo do coração e os neurônios). Na esperança de então regenerá-los, bem como tratar de lesões de medula espinhal e reduzir a morbidade em casos de acidente vascular cerebral, tem sido feito o transplante de células-tronco do bebê, contidas em grande quantidade no sangue do cordão umbilical e na placenta, materiais que antes eram simplesmente descartados.³⁸

Toda essa lógica, fez que os cientistas, no afã de melhorar ou salvar vidas, pensassem em ir além:

que haja risco de rejeição. Essa técnica é útil em transplantes parciais de órgãos e tecidos, no sentido de repará-los (COIMBRA, Cícero Galli. *Utilização de órgãos de grupos populacionais com autonomia reduzida*. Disponível em: www.mail-archive.com/penal. Acesso em: 13 jul. 2005.).

³⁶ Ver ASSOCIAÇÃO PRÓ-VITA. *Transplante de medula óssea: Conceitos básicos*. Disponível em: www.provita.org.br. Acesso em: 16 jul. 2005.

³⁷ Ver art. 9º, *caput* (dispensa de autorização judicial para o transplante fora do seio familiar), § 6º (única doação permitida aos juridicamente incapazes, com autorização dos responsáveis e sem risco à sua saúde), e § 7º (única doação permitida às gestantes, desde que sem risco à sua saúde).

³⁸ Em setembro de 2004, por iniciativa da Sociedade Brasileira de Transplante de Medula Óssea (SBTMO), o Ministério da Saúde

buscar células-tronco contidas no próprio embrião, “supostamente” cerne de maior pureza e potencial de diferenciação.

Estas células seriam como curingas: ainda não foram diferenciadas para formar os tecidos que compõem o organismo, podendo se transformar em células ósseas, renais, e até cardíacas ou neuronais, dependendo da necessidade e do poder de regeneração de cada órgão. (*Revista Super Interessante*, nov. 2005, p. 62)

Diz-se “supostamente”, pois estudiosos, como o geneticista Alberto Moreira Filho (2005), professor do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo, advertem que “é temerária a excessiva expectativa que se tem criado para os pacientes, pois ainda não sabemos o que as células embrionárias podem fazer, inclusive de forma perigosa, como criar tumores, dada a grande plasticidade”.³⁹

De qualquer forma, a técnica só pode ser aplicada em detrimento da vida que ali já está presente. No momento em que o embrião é tocado, falece a vida que carrega.

Assim, o mesmo louvável desejo de curar os doentes fez que parte da comunidade científica logo passasse a reavivar antiga discussão acerca do ponto de partida da vida, mas no nítido sentido de fazer valer a tese de que, para tanto, não basta a fecundação do óvulo com o espermatozóide.

Tamanho a “ferida” tocada, os especialistas acabaram catalogando, no mínimo, quatro grandes correntes científicas, além daquelas menos expressivas. Vale anotar: a) a vida se inicia com a fecundação, quando óvulo e espermatozóide se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo

lançou uma rede pública de bancos de armazenamento de sangue de cordão umbilical e placentário, chamada BrasilCord, para atendimento de pacientes que necessitam de células-tronco (ABRALE. *Sangue do cordão umbilical e placentário*. Disponível em: www.abrale.org.br/doencas/celulas. Acesso em: 16 jul. 2005. Homepage desenvolvida pela Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia).

³⁹ Em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

com um conjunto genético único; b) a vida só se origina com a gastrulação, que ocorre na terceira semana da gravidez, quando o embrião, formado por três camadas distintas, chega ao útero da mãe e não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas;⁴⁰ c) a vida se inicia com a aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral (embora difícil tal marco); e d) a vida se origina com a capacidade de sobreviver fora do útero.⁴¹

Os importantes avanços científicos e tecnológicos diretamente relacionados ao feto, novos conhecimentos da embriogênese e novas perspectivas, quanto à utilização do tecido fetal com fins terapêuticos (transplantes e enxertos), “têm-nos exigido mais atenção para o embrião e o feto, sujeitos de considerações de ordem médica, legal, social, religiosa e ética” (SEGRE, v. 2, n. 1, p. 73, 1994, grifo nosso).

Certamente, a singela idéia de que o embrião é “um monte de tecidos, em plaquinhas, em tubos de ensaio”,⁴² não nos convence. A medicina identifica os primeiros movimentos do feto já na 7ª e 8ª semanas, chamados de *vermiculares*, seguindo-se a outros de novas espécies, sem nunca mais cessar. Na 10ª semana o feto tem sensibilidade auditiva; na 12ª semana, de paladar, na 20ª semana, tátil (pele e mucosas), quando também já tem pálpebras abrindo e fechando...

São essas inequívocas manifestações de vida que nos forcem concluir pelo termo inicial da fecundação,⁴³ observando que as demais propostas

⁴⁰ Lembre-se que daí decorre a defesa da pílula do dia seguinte.

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1. p. 174-59. Ver RT 488/327. Sem aprofundar-se no tema, no Direito Penal, a propósito da conceituação de cadáver, adotam esta posição Julio Fabbrini Mirabete (1998, v. 2, p. 399); Nelson Hungria (1956, v. 8, p. 82) Celso Delmanto et al. (2000, p. 410) e Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 663).

⁴² Carlos Alberto Moreira Filho, geneticista, professor do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo e diretor-superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Israelita Albert Einstein, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

⁴³ E não se contra-argumente (como de costume) que este é um posicionamento com viés religioso, pois, além do amparo técnico-científico, encontramos expoentes da religião com opiniões diversas: “Santo Agostinho dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que julgava ocorrer 40 ou 80

falecem, ora pela individualidade já existente, ora pela existência de tantas outras funções, que não apenas cerebrais.

Embrião é vida e, é preciso salientar novamente, que não pode ser considerada apenas em seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua aceção biográfica mais compreensiva.

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma a todo momento, sem perder sua identidade. Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa, que tem unidade, identidade e continuidade substanciais. (SILVA, 1995, p. 194)

Assim como o homem, o embrião é dotado de personalidade, ou seja, de caracteres exclusivos, que o distingue de qualquer outro ser humano, morfológica, fisiológica e psicologicamente. É “ser irrepitível, cuja configuração biopsíquica somente se manifesta em si mesmo” (LEITE, 2000, p. 7).

Em decorrência do próprio direito à vida, a proteção dessa personalidade, única em cada um dos seres, também é preocupação constitucional. É o Direito da Personalidade a reger “as faculdades jurídicas, cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos” (FRANÇA, 1975, p. 403, apud LEITE, 2000, p. 12). São direitos da personalidade, ligados, indissoluvelmente, à pessoa de cada ser humano: a vida, a integridade física, psíquica e moral, a liberdade, a honra, a intimidade, o nome⁴⁴ “[...],

dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher” (apud HUNGRIA, 1956, v. 5, p. 265).

⁴⁴ Alguns doutrinadores, nacionais e estrangeiros (como: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, e FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 411), procuraram, didaticamente, classificar os direitos da personalidade: 1 DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA: direito à vida, à integridade física e sobre as partes separadas do corpo e do cadáver; 2

todos úteis para ele ser o que é, não se confundindo com direitos patrimoniais".⁴⁵ Neste rol se insere o próprio corpo humano; daí a referência do Código Civil (CC), no capítulo do tema, ao transplante de órgãos.⁴⁶

A propósito, embora o CC, em seu art. 2º, estabeleça que a personalidade se inicia do nascimento com vida,⁴⁷ postos a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, várias, e majoritárias, são outras regras, do mesmo CC, em que o *infans conceptus* é tido como pessoa:

a) art. 359 (hoje art. 1.611): legitimação do filho apenas concebido; b) art. 357, parágrafo único (hoje art. 1.009, parágrafo único): reconhecimento do filho anterior ao nascimento; e c) art. 1.718 (hoje art. 1.799, inciso I): capacidade do nascituro para adquirir por testamento; todas elas ainda em vigor no novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). No fundo, vemos que "recorre-se a uma construção forçada das pessoas jurídicas implícitas para explicar o exercício dos direitos do nascituro [...] parece mais lógico afirmar, francamente, a personalidade do nascituro". (BEVILÁQUA, 1955, v. 5, p. 278)

Finalmente, é possível dizer que a personalidade se inicia antes mesmo do nascimento, conforme interpretação da Teoria da Concepção:⁴⁸ "a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas, tão somente, para que se consolide a sua capacidade jurídica" (FRANÇA, 1999, p. 44).

DIREITO À LIBERDADE; 3 DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE: direito à honra, à intimidade e ao segredo; 4 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL: direito ao nome, ao título e ao signo figurativo e 5 DIREITO MORAL DO AUTOR E INTERVENTOR.

⁴⁵ Ainda que, se ofendidos, possam gerar indenização.

⁴⁶ Cap. II – Dos Direitos da Personalidade – Arts. 13 e 14, do Código Civil brasileiro.

⁴⁷ Claro está que basta a vitalidade, não a viabilidade.

⁴⁸ Adotada por professores como Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, André Franco Montoro, Limongi França e Silmara Chinelato e Almeida.

Em verdade, as manobras conceituais acerca da vida do nascituro revelam, acima de tudo, que não há quem admita, sem escrúpulos, dar fim a ela. Por certo, não é esse o objetivo final dos cientistas que pedem urgência na regulamentação da *Lei de Biossegurança* (Lei nº 11.105/95), a qual, entre nós, em seu art. 5º, já autoriza

[...] para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que inviáveis ou congelados há três anos ou mais, com consentimento dos genitores.

Entretanto, diante do pouco que se sabe a respeito do "poder" das células embrionárias, embora necessárias as pesquisas, elas devem ser *limitadas*, de modo a *sopesar o interesse da vida doente e o interesse da vida que servirá à ciência*:

[...] não sabemos o que as células embrionárias podem fazer. O estudo é importante para conhecer os caminhos de diferenciação celular, entender que fatores levam à formação de epiderme, neurônio ou músculo. Isso é muito importante para sabermos que fatores de estimulação serão usados numa terapia real.⁴⁹

Por isso, por ora, discordamos da atual permissão de uso de células de embrião para terapia, senão *em pesquisa*. Ainda assim, entendemos que apenas as células de *seres fertilizados in vitro e inviáveis* poderiam ser utilizadas, nunca daqueles meramente congelados há determinados anos. Dessa forma, embora existente um verdadeiro abortamento eugenésico, estaríamos permitindo, pela estrita pesquisa e sem banalizar a vida, um

⁴⁹ Carlos Alberto Moreira Filho, geneticista, professor do Instituto de Ciências Biomédicas da USP e diretor-superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Israelita Albert Einstein, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

melhor posicionamento dos *experts* da medicina, em compasso com o Princípio da Adequação Social: "a relevância penal é aferida, no caso concreto, pelos critérios da nocividade social da conduta, desvalor da ação e do resultado, grau de lesividade ao bem jurídico tutelado e necessidade de aplicação da pena (individual e socialmente), analisados em conjunto. O anseio de Justiça levou o espírito humano à formulação de um conceito mais elaborado. Da tipicidade formal, chegou-se a um conceito material que engloba um juízo de valor mais adequado à complexidade dos fatos. O comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de crime, como também ser ofensivo e socialmente reprovável. É bom lembrar que o direito penal só é legítimo se for aplicado como a *ultima ratio*".⁵⁰

Cabe lembrar que, na complexa vida em comunidade, o exercício de "bom senso social" sempre foi solicitado ao Direito Penal, interferindo o Estado na medida do necessário para o "todo são". Em sede de crimes contra a vida, por exemplo, enquanto, em regra, punido o abortamento, tolera-se o ato, se a gravidez se deu em razão de estupro ou se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

No mais, questionamos, com veemência, o fato de serem pouco desenvolvidos, num país que já discute e admite sacrifício de vida embrionária, *os bancos de células-tronco de cordão umbilical*⁵¹ e *placenta*. Pior, pouco se fala das pesquisas com o *valioso material de abortamentos espontâneos*.⁵² Estas,

⁵⁰ Como ensina Edison Miguel da Silva Jr., procurador de Justiça e coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de Goiás.

⁵¹ Ainda no último dia 14 de fevereiro de 2006, o jornal *O Estado de S. Paulo* anunciou a pesquisa do doutorando da USP/Ribeirão Preto, Rodrigo Alexandre Panepucci, que mapeou os genes do cordão umbilical e demonstrou que suas células-tronco são mais eficientes que as da medula óssea.

⁵² "Não dispomos de células-tronco para isolar tecidos como do músculo do coração ou dos neurônios. Assim, para a doença de Parkinson, podemos obtê-las dos próprios fetos, abortados entre seis e nove semanas, e os neurônios transplantados sobrevivem no cérebro do receptor por mais de dez anos, liberando dopamina e produzindo melhora parcial da sintomatologia" (ZAGO, Marco Antônio. *Injeções de vida*: clonagem e terapia celular. Disponível em: www.mct.gov.br/especial/cloneo3_zhtm. Acesso em: 16 jul. 2005).

sim, demonstram o "poder" da ciência, que não precisa "destruir" para salvar.

Todo este estudo, especialmente quando nascem argumentos para que vidas humanas sejam ceifadas, exige que saibamos que a medicina continua em franco desenvolvimento, já na era, embora res-trita, do transplante de tecidos e órgãos de outras espécies animais (denominados xenotransplantes ou heterotransplantes) ou, mesmo, artificiais (denominados implantes), revelando promissoras possibilidades. Depois de transplantes nunca antes esperados, como de língua⁵³ e face, hoje também são colocadas, com sucesso, válvulas de boi ou artificiais em corações humanos.

Acima de tudo, é necessário que reconheçamos que "os transplantes são uma grande conquista da ciência, mas a serviço da vida humana".⁵⁴ Louvemos, finalmente, o trabalho do Supremo Tribunal Federal que, diante da ADIN nº 3.510, proposta pelo D. Procurador-geral da República, vêm ouvindo, por intermédio de audiência pública, os especialistas na matéria, de forma a buscar o melhor posicionamento brasileiro.

4.4 O estado de necessidade

Talvez uma das questões mais intrincadas em tema que busca harmonizar a escoreta distribuíção e desenvolvimento da saúde pública com a plena garantia do direito individual, seja avaliar a admissibilidade da alegação do estado de necessidade, que leva, por exemplo, a família de um receptor, ou ele mesmo, a comprar um órgão, contrariando todo espírito constitucional da gratuidade e infringindo o art. 15 da lei específica.

⁵³ Em julho de 2003 foi anunciado o primeiro transplante de língua, realizado no Hospital Geral de Viena, na Áustria, contando com paciente voluntário, que era portador de câncer naquele órgão, além da mandíbula inferior e amígdalas (CREMESP. Homepage. *Nova Meca do Tráfico de Rins*. Disponível em: www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas. Acesso em: 9 abr. 2004).

⁵⁴ VATICANO. Homepage. *Discurso do Santo Padre João Paulo II aos participantes no XVIII Congresso Internacional sobre os Transplantes*. Disponível em: www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp2_000712_01.htm. Acesso em: 12 abr. 2004.

O legislador, ao tomar firme posicionamento contra o comércio de órgãos, por certo, já estava optando pelo futuro desenvolvimento da saúde pública, ainda que em detrimento do ilusório, mas imediato, atendimento individualizado. Tomava, mais, decisão no sentido de que a evidente necessidade de todos os doentes abarcados pela lei não merecia a assunção do corpo humano como mero objeto de barganha.

Estas conclusões, entretanto, não conflitam com a possibilidade da ocorrência do efetivo “estado de necessidade”, tal qual previsto no Código Penal, e não simplesmente da “necessidade”, que é implícita ao tema. Necessitar, não se duvida, todos necessitam; mas nem todos têm o “perigo atual” que justifique o reconhecimento da excludente.

A antijuridicidade do ato, pois, haverá de ser admitida após cuidada análise da prova da atualidade do perigo, neste caso, perigo de vida. O mencionado Código, ao contrário do que fez com a legítima defesa, não admite a iminência do perigo, exata linha divisória entre os atos aqui justificáveis ou não.

Devemos ter em mente que “perigo atual é aquele em que existe a probabilidade presente e imediata de dano ao bem jurídico. O perigo é sempre uma probabilidade, mas que aqui abrange o que está prestes a ocorrer, não o que é possível no futuro remoto” (MIRABETE, 1998, v. 1, p. 174).

É indefensável, especialmente em tema de transplantes de órgãos, a tese de que, também no estado de necessidade, à vítima não seria justo impor a espera do perigo atual, ora iminente, para poder agir.⁵⁵ Aí, sim, estaria sendo burlada a regra legal do afastamento do escambo, posto que quase todas as vítimas, que necessitam do transplante de órgão, estão na iminência do perigo atual.

Lembrando que o crime do art. 15 da lei é sempre plurissubjetivo, o sujeito que vende ou de qualquer forma comercializa o órgão ao receptor ou sua família só poderá se valer do mesmo argumento da excludente de antijuridicidade se provar estado de

necessidade para salvar perigo atual *próprio*, além dos demais requisitos legais. Isto porque, obviamente, não iria vender o órgão se sua intenção fosse apenas salvar o perigo atual *alheio* do receptor; mas, sim, doá-lo.

Foi levantada na doutrina,⁵⁶ também, a esdrúxula hipótese do médico que, alegando estado de necessidade, para salvar a vida de outro paciente, retira os órgãos do morto encefálico sem procurar obter o consentimento da família. Digo esdrúxula, pois o contato estreito com a matéria revela, cada dia mais, a grande preocupação dos médicos com o consentimento, que, até sem previsão legal, tomam por escrito.

De qualquer forma, também nesta hipótese não poderemos descartar o estado de necessidade, uma vez indubitavelmente identificada a ocorrência de todos os requisitos do instituto.

Finalmente, muito se tem polemizado acerca da fila única de transplantes, como abordado em tópico anterior. O mais legítimo uso do estado de necessidade (se é que é possível tal redundância) tem ocorrido justamente quando os médicos decidem operar doente terminal, passando-o na frente dos demais na fila única.⁵⁷ A intenção é visivelmente amparar a todos, na medida do perigo atual.

Frisa-se que é de suma importância a observância das seguras provas dos requisitos do estado de necessidade no caso concreto, para que não se criem perigosos precedentes na matéria:

[...] se há señalado la necesidad de una interpretación cuidadosa del alcance de los requisitos de la eximente, so pena de tener que declarar ilícitos, por imposición legal, comportamientos que, desde un punto de vista ético-social, resultan intolerables para una convivencia ordenada (GOROSTIAGA, 1996, p. 441).

⁵⁶ Ver entrevista de Celso Bastos à Revista *Consulex*, disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/moz-003.htm>.

⁵⁷ Ver narrativa de caso verídico em www.bioetica.ufrgs.br/casoqueb.htm.

4.5 Transplante em pacientes com Aids

É lamentável ter que dizer, ainda nos dias de hoje, que a Aids *também é um desafio bioético*. A imprensa nacional tem anunciado que “os transplantes em vítimas da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida não são realizados no Brasil porque a doação de órgãos é escassa e persiste a tese de que portadores têm pouco tempo de vida”.⁵⁸

O argumento não é válido, porque vida é vida. Aliás, ao contrário, se estes pacientes estão em maior necessidade, podem, na prova da atualidade do perigo, serem atendidos em primeiro lugar.

Se mais não fosse, pesquisas americanas demonstram que “estes doentes se beneficiam tanto quanto os pacientes livres do vírus, vivendo bem”.⁵⁹ Ora, o Brasil é pioneiro na terapêutica com coquetéis de remédios, que auxiliam no procedimento, responsável por restabelecer funções de órgãos frequentemente atingidos no início da epidemia, como o fígado e os rins. Talvez, de fato, ocorra *um tabu* no Brasil, como avaliado pelo Infectologista Marco VITÓRIA, então assessor do Programa Nacional de Aids do Ministério da Saúde.

No aspecto ético, adverte o *New England Journal of Medicine*, igualmente, “não há justificativa para propiciar transplante de órgão para outros pacientes vitimados por doenças crônicas (como hepatite C e diabetes), ou tão debilitados quanto os aidéticos (como os idosos), em detrimento destes”.⁶⁰

Para o Direito Penal, infringe o art. 18 da Lei de Transplantes de Órgãos o médico que, mesmo com o consentimento expresso do receptor ou de quem o represente, realiza o ato sabendo que não está acatando a lista única de espera, donde não pode ser omitido qualquer paciente que necessite de transplante.

O problema está justamente na resistência dos médicos quanto à própria indicação cirúrgica dos doentes com o vírus HIV, antecedente lógico do tratamento, conforme art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97.⁶¹ Assim, se ficar provado que o médico podia e devia agir para evitar o resultado,⁶² também responderá por crime, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Em outras palavras, o médico que, de forma dolosa, deixar de indicar paciente para a cirurgia de transplantes de tecidos, órgãos ou partes de corpo, sendo o caso para tanto, simplesmente porque aidético – e não por outro motivo de ordem médica –, poderá responder pelo eventual agravamento de seu quadro clínico, desde que bem comprovado o nexo de causalidade.

Conclusão

No pequeno espectro do tema biodireito, a questão dos transplantes de órgãos já nos acena para o quanto teremos que amadurecer nosso conhecimento e espírito em face dos inúmeros desafios bioéticos. Muitos deles, reitero, já batem à porta do Poder Judiciário, para que este decida acerca do caminho a ser tomado por toda uma sociedade.

Além da recente ADIN que questiona a possibilidade da manipulação das células-tronco de embriões, comentada anteriormente, não raro são os

⁵⁸ DEMANDA inédita: vida mais longa leva vítimas de AIDS a lutar por um lugar na fila dos transplantes de órgãos. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.

⁵⁹ Idem. Um estudo efetuado há três meses mostrou que, de 24 doentes infectados com HIV, que tinham recebido transplantes de fígados, 87% estavam vivos, um número idêntico ao dos soronegativos para o HIV (AIDS Portugal. *Mais doentes com SIDA recebem transplantes de órgãos*. Disponível em: <http://aidsportugal.com/article.php?r=3523>. Acesso em: 12 abr. 2004).

⁶⁰ CREMESP. *Nova meca do tráfico de rins*. Disponível em: www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas. Acesso em: 9 abr. 2004.

⁶¹ “Art. 2º, parágrafo único (em anexo). A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em norma regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.”

⁶² Trata-se de crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, comumente cometido por ação, mas que, no caso concreto, consuma-se por omissão.

⁵⁵ É o posicionamento genérico de Damásio de Jesus (1992, v. 1, p. 324).

processos envolvendo a retirada indevida de órgãos de pacientes supostamente em morte encefálica e as especulações do comércio ilícito. Citamos, para os que buscam um estudo mais acurado, o Processo nº 573/87 – da Vara do Júri da Comarca de Taubaté –, cuja imputação, com recente confirmação da decisão de pronúncia no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, informa que, entre setembro e dezembro de 1986, no interior do Hospital Santa Isabel de Clínicas, três médicos, ora réus, previamente ajustados e com unidade de desígnios, almejando a instalação de um programa de transplantes de rins na cidade, retiraram os dois rins de quatro pacientes, sem o essencial diagnóstico da morte encefálica,⁶³ assumindo o risco de causar-lhes a morte, o que, de fato, ocorreu.

Acredito, contudo, que, nesta seara, é muito valioso o *trabalho preventivo* dos operadores do Direito, especialmente os promotores de Justiça, fazendo bom uso do inquérito civil e evitando contendas maiores, posto que diante de interesses, no mínimo, individuais homogêneos e mal distribuídos, num país com tamanha dificuldade de desenvolvimento. Nesse diapasão, é importante mencionar o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Grupo de Atuação Especial da Saúde Pública (Gaesp), da Procuradoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, a exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta nº 277/06, acordou com a Secretaria de Saúde do Estado, a elaboração, em prazo certo, de resolução para regulamentar as atividades de captação, distribuição e transplante de fígados em pacientes com polineuropatia amiloidótica familiar (PAF). Esta é apenas uma das facetas do problema.

VENDRAMINI CARNEIRO, E. F. Biolaw: An irreversible path – A view of organ transplants. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 353-372, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** Law professionals have been warned about the fact that the fast development of biotechnology applied to medical sciences have

important effects on their decision making process, especially as it relates to the fundamental right of living. Within this context, the study of “Biolaw” is a one-way road for the whole of society. We are currently passing through a critical moment of “building the future” which can slip away from our control if human beings are seen as a mean, not as the end of biotechnology. Highly complex aspects, such as the mandatory supply of expensive drugs ordered by judicial decisions, surgeries for change of gender, in-vitro fertilizations, professional confidentiality, HIV testing without patient consent, among others, indicates that ethical analysis may lie on the “symbolic perception of others”. For example, we deepen our analysis on the organ transplant issue, when need to debate over the new concept of death, the possibility of mishandling of anencephalus infants and embryos in order to save other lives, the proper treatment for AIDS patients and the state of necessity which is common to all people.

• **KEYWORDS:** “Biolaw”. Bioethics. Organ Transplants. Encephalic death. Anencephalus. Embryo cells. AIDS.

Referências bibliográficas

Livros

- ABSOLON, Karel B.; ROGERS, Waid; AUST, J. Bradley. Tye problem of transplantation and the head and neck surgeon. *The American Journal of Surgery*, New York, v. 106, p. 721-727, 1963. In: GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*. São Paulo, 1986. 306f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1986.
- ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Considerações sobre o constitucionalismo e o biodireito constitucional*. São Paulo, 2003. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil comentado. 1916. v. 2. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 5, p. 278.
- CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

- COHEN, Cláudio; GARCIA, Maria. *Questões de Bioética Clínica: pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. XVI.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Críticas ao anteprojeto de reformas do Código Penal*. São Paulo: APMP, 1998.
- COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DICIONÁRIO Enciclopédico de Medicina. 3. ed. Lisboa: Argo, 2001. (Baseado na 29. ed. do Black's Medical Dictionary, de William A. R. Thompson).
- DORLAND, W. A. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*. 27th ed. Philadelphia: W. B. Saunders, 1988.
- ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. New York: The Free Press, 1978.
- _____. New York: The Free Press, 1995.
- ERHART, Eros Abrantes. *Elementos de anatomia humana*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 1969.
- ESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*. São Paulo, 1986. 306f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1986.
- GOROSTIAGA, Víctor Angoitia. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 5.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.

- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.
- JUNQUEIRA, L. C.; CARNEIRO, J. *Histologia básica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1974.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LIMA, Madalena. *Transplantes: relevância jurídico-penal*. Coimbra: Almedina, 1996.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 4.
- MARTINS, Antônio Carvalho. *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres: responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- MINISTÉRIO DE SALUD. División de Salud de las Personas. *Un pacto com la vida*. Santiago: Publicación de Laboratorios Novartis, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1. p. 174.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SIEDMAN Dicionário Médico. Tradução de Sérgio Augusto Teixeira. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- THOMAS, Clayton L. *Dicionário médico enciclopédico Taber*. 17. ed. São Paulo: Manole, 2000.

⁶³ Conforme laudos do Instituto Médico Legal (IML) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Artigos

- AMORIM, Cristina. Jovem biólogo da USP mapeia os genes do cordão umbilical; trabalho premiado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 fev. 2006, p. A13, Caderno Ciência.
- FÁVERO, Flaminio. O transplante de coração em seus aspectos médico-legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 389, p. 399-405, mar. 1968.
- GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais: morte encefálica. *Bioética*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 145-156, 1993.
- MARREY NETO, José Adriano. Transplantes: considerações sobre a lei nº 5.479, de 10.08.68: aspectos éticos, jurídicos e médico-legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 578, p. 16-36, dez. 1983.
- NARLOCH, Leandro; MUTO, Eliza. O primeiro instante: quando começa a vida? *Revista Super Interessante*, São Paulo, p. 56-64, nov. 2005. Edição 219.
- SEGRE, Marco; HOSSNE, William Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 73-80, 1994.
- WESTIN, Ricardo. Fila cria "migrantes" do transplante. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 nov. 2006, p. A36, Caderno Vida &

Internet

- ABRALE. *Sangue do cordão umbilical e placentário*. Disponível em: <www.abrale.org.br/doencas/celulas>. Acesso em: 16 jul. 2005. (Homepage desenvolvida pela Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia).
- COIMBRA, Cícero Galli. *Apnéia na morte encefálica*. Disponível em: <www.unifesp.br/dneuro/apnea.htm>. Acesso em: 4 jun. 2004; 19 jun. 2005.
- _____. Morte Cerebral: falhas nos critérios de diagnóstico. *Ciência Hoje*, v. 27, n. 161, jun./2000. Disponível em: <www.uol.com.br/cienciahoje/chmais/pass/ch161/morte/pdf>. Acesso em: 4 jun. 2004 e 19 jun. 2005.
- _____. *Morte encefálica*. Disponível em: <www.unifesp.br/dneuro/mortencefalica.htm>. Acesso em: 4 jun. 2004; 19 jun. 2005.
- DEMANDA inédita: vida mais longa leva vítimas de AIDS a lutar por um lugar na fila dos transplantes de órgãos. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.
- FÔLEGO: sobrevida média do paciente diagnosticado com AIDS no Brasil. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.
- GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 2 maio 2007.
- GONZÁLEZ, Jaime Gomez. *Ambrosio Paré (1517-1590)*. Disponível em: <www.compumedicina.com/historia>. Acesso em: 13 jan. 2005.
- RAÍCES, Rodio. Sobre la vida y obra de Ambrosio Paré. Disponível em: <www.geocities.com/rodioraices>. Acesso em: 13 jan. 2005.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. *Uma marca histórica*. Disponível em: www.ufba.br. Acesso em: 10 jan. 2005.
- UNIVERSITY OF VIRGINIA. *John Hunter (1728-1793): A treatise on the blood, inflammation, and gun-shot wounds*. Disponível em: <www.med.virginia.edu/hs-library/historical/classics>. Acesso em: 13 jan. 2005.
- ZAGO, Marco Antônio. *Injeções de vida: clonagem e terapia celular*. Disponível em: <www.mct.gov.br/especial/clone03_2htm>. Acesso em: 16 jul. 2005.

A Experiência da Promotoria de Justiça Criminal da Capital no Combate ao Tráfico de Drogas

Marcelo Luiz BARONE*
Paula Castanheira LAMENZA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Das causas de aumento da pena. 2 Do aprimoramento da colheita da prova. 3 Da venda antecipada dos bens apreendidos. Conclusão. Referência bibliográfica.
- **RESUMO:** O presente artigo versa sobre a sistemática adotada pela Promotoria de Justiça Criminal da Capital no combate ao tráfico de drogas, diante da nova legislação sobre a matéria, buscando uma melhor aplicação da lei penal, bem como uma melhor utilização dos mecanismos de perdimento dos bens utilizados no tráfico de drogas.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Tráfico de drogas. Combate. Conexão com investigação do crime de lavagem de dinheiro.

Introdução

No ano passado entrou em vigor a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que revogou a Lei nº 6.368/76, modificando em parte alguns tipos penais que tratavam do tráfico de entorpecentes. O que de início parecia atender aos anseios da população, no sentido de se tratar de um diploma penal mais severo, acabou se tornando uma verdadeira barbaridade jurídica. Afinal, enquanto o mundo inteiro toma medidas de combate ao tráfico de drogas, o Brasil, por intermédio de seu Congresso, e com o apoio do Presidente da República, apresenta para os operadores do Direito uma legislação que favorece o traficante, beneficiando-o enormemente em todos os sentidos, e em especial no momento da aplicação da pena.

Examinando o art. 33 da Lei nº 11.343/06, que trata do tráfico ilícito de entorpecentes, verificamos a presença de uma inovação perigosa em seu texto. O parágrafo 4º do referido artigo menciona que:

Nos delitos definidos no caput e no parágrafo 1º, deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

É suficiente uma análise perfunctória desse dispositivo legal para verificarmos que ele trouxe consequências gravíssimas para o combate ao crime em questão. Enquanto na lei anterior o agente, sendo primário ou não, sujeitava-se a uma pena mínima de três anos de reclusão, em regime inicial fechado, passou a se beneficiar de uma pena de um ano e oito meses de reclusão, quando aplicada a redução máxima do parágrafo 4º do art. 33 da Lei em questão.

Os promotores de Justiça verificaram, logo após a vigência da Lei em epígrafe, que de imediato os acusados de crimes dessa espécie passaram a pleitear o benefício da referida causa de diminuição da pena, e que, em consequência, passaram a ser aplicadas penas extremamente benéficas, insuficientes para a prevenção e repressão de tão grave delito. Esse dispositivo legal – cuja validade não pode ser contestada – beneficia genericamente os indivíduos primários, visto que é difícilima, em cada caso concreto, a prova de que o réu se dedique a atividades criminosas de maneira habitual ou que seja membro de organização criminosa, e não podemos olvidar que, caso o Ministério Público não comprove qualquer um desses requisitos, a redução da reprimenda é obrigatória.

* Promotores de Justiça integrantes da 5ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

Diante de tal situação, os promotores de Justiça criminais da Capital, com o apoio do Gaerpa, composto pelos secretários-executivos das Seis Promotorias Criminais Centrais da Capital e sob a coordenação administrativa da Quinta Promotoria Criminal, passaram a pesquisar os meios legais disponíveis na tentativa de minimizar o impacto causado pela nova causa de diminuição de pena.

1 Das causas de aumento da pena

Após estudos realizados, verificou-se que, num primeiro momento, a solução estaria na observância rigorosa do art. 40 e seus incisos da Lei nº 11.343/06. Afinal, tal dispositivo legal trata das causas de aumento de pena atinentes aos delitos previstos nos arts. 33 a 39 da Lei Antidrogas. Assim sendo, a presença de uma causa de aumento compensaria a causa de diminuição relativa à primariedade, possibilitando ao magistrado a aplicação de pena de cinco a quinze anos de reclusão.

Analisando o referido texto legal, verifica-se que o inciso I contempla a primeira causa de aumento, que incide quando *“a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito”*. Nessa hipótese, constatada essa transnacionalidade, é forçosa a remessa do feito à Justiça Federal, competente para sua apreciação.

O inciso II se refere ao fato de *“o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância”*. É fundamental, portanto, que o promotor de Justiça observe se o agente, caso seja funcionário público, tenha se prevalido dessa situação para o cometimento do delito. Ademais, a lei considera mais grave a conduta de professores e profissionais da educação que levem seus pupilos ao nefando mundo do vício, bem como pais, guardiães ou tutores que chegam a utilizar os serviços de seus filhos ou tutelados para a comercialização ou guarda de entorpecentes, situação que, lastimavelmente, vem ocorrendo de forma cada vez mais frequente.

Deixaremos para o final a análise do inciso III e passamos ao IV, que diz respeito às hipóteses em que *“o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo ou qualquer*

processo de intimidação difusa ou coletiva”. É certo que, na ocorrência de qualquer dessas situações, o autor dos fatos deverá responder por eventuais delitos de porte ilegal de arma de fogo, constrangimento ilegal ou outros mais, em concurso material com o crime da Lei Antidrogas, com incidência dessa causa de aumento.

O inciso V, por sua vez, pune de forma mais rigorosa *“o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal”*, buscando dessa forma coibir de maneira mais severa a distribuição indiscriminada de entorpecentes pelo território nacional, além do fato de tal ocorrência demonstrar organização dos traficantes, conseqüentemente mais perigosos à sociedade.

No inciso VI considera-se mais grave o crime quando *“sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação”*. Assim agindo, o legislador buscou a proteção da criança e do adolescente, prevista no Estatuto respectivo, bem como das pessoas que têm a capacidade intelectual diminuída, por doenças mentais ou por desenvolvimento incompleto, que seriam alvos mais fáceis dos traficantes.

O inciso VII refere-se ao aumento da pena quando *“o agente financiar ou custear a prática do crime”*, tratando-se de dispositivo aplicável, basicamente, a quadrilhas ou organizações criminosas.

A causa de aumento prevista no inciso III, no entanto, é uma das mais abrangentes, mas pode demandar algum trabalho mais específico para sua apuração. Consoante o texto legal, a pena deve ser aumentada

[...] quando a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Analisando tal dispositivo, verifica-se que o legislador buscou coibir de forma mais intensa a ocorrência de tráfico de entorpecentes em locais de grande fluxo de pessoas, o que facilitaria a ação do traficante em seu nefasto comércio. Alguns dos locais enumerados são de fácil comprovação, quais sejam, o interior de ônibus, trens, hospitais, clínicas para dependentes, delegacias, presídios e quartéis. Não podemos olvidar, no entanto, que é muito mais difícil provarmos que o fato se deu nas imediações de escolas e locais de trabalho coletivo.

Identificado esse obstáculo, difícil de ser suprido pela prova testemunhal, visto que, em regra, as testemunhas arroladas pela acusação são policiais que permanecem por pouco tempo no local da apreensão, os promotores de Justiça criminais da Capital, utilizando-se dos recursos disponíveis no Gaerpa, passaram a confeccionar e juntar, em todos os flagrantes de tráfico de drogas, o Mapa Oficial da Cidade de São Paulo (MOC). Nesse trabalho, desenvolvido pelos funcionários do Gaerpa, o endereço do local dos fatos é marcado e é efetuada busca de estabelecimentos de ensino em seu redor, com o cálculo da distância entre esses e o *locus delicti*, visando com isso demonstrar aos magistrados que o tráfico era praticado nas proximidades dos locais elencados no art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas.

Da mesma forma, tem sido buscado em *sites* especializados o mapeamento de agências bancárias nas proximidades, visto que se trata de local de trabalho coletivo de fácil identificação visual. Assim sendo, mesmo que, no momento da audiência, as testemunhas não se recordem da existência ou não desses locais nas imediações da ocorrência dos fatos, a prova documental supre à sociedade eventuais esquecimentos.

A Promotoria Criminal da Barra Funda tem desenvolvido um trabalho no combate ao tráfico de drogas que vai além da simples aplicação do art. 40, inciso III, pois foi detectado o descompasso momentâneo entre esse trabalho ali realizado e a prova colhida no inquérito policial. Para superar tal dificuldade, o Gaerpa manteve contato com o Decap e com todos os delegados de polícia seccionais da Capital, quando foi exposta a questão da aplicação da lei nova, em especial dessa causa de aumento de pena.

Foi relatado aos delegados o quanto é importante que, no momento da prisão em flagrante, a autoridade busque informações do local onde o tráfico de drogas era realizado e, caso não haja tal informação naquele momento, o delegado, valendo-se dos 30 dias que possui para conclusão do inquérito policial de réu preso, proceda a diligências nesse sentido, inclusive juntando “croquis” e fotos do local da prisão, demonstrando a proximidade de escolas, hospitais, delegacias etc. Ainda tratando do tráfico de drogas, a Promotoria mostrou aos delegados de polícia, que a grande dificuldade para a condenação dos traficantes é justamente a prova baseada exclusivamente na palavra dos policiais, e que é muito importante a utilização de meios mais modernos de prova, que vão da fotografação da droga no momento da prisão, mostrando a forma como ela estava acondicionada, ao local da prisão, bem como a situação dos criminosos naquele momento.

Esse trabalho conjunto rendeu frutos, tendo sido editada pelo delegado-geral de polícia, logo após essa reunião, a Recomendação DGP-3, de 4 de julho de 2007, nos seguintes termos:

O Delegado Geral de Polícia, considerando que compete à Polícia Civil, em face de cometimento de delito, colher todas as provas possíveis a fim de bem tipificar a conduta delituosa: Considerando que a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) traz, em seu artigo 40, III, causas de aumento de pena que precisam ser muito bem demonstradas, a fim de possibilitar consistente denúncia ministerial; Considerando que tal aumento se dá quando os crimes previstos nos artigos 33 a 37 são cometidos nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, e locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamentos de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; Considerando, por derradeiro, que é dever da

Autoridade Policial proceder, no que tange à identificação criminal, de maneira a atender os termos da Lei 10.054/00, recomenda:

Art. 1º – Nos crimes previstos na Lei de Drogas, a Autoridade Policial deverá:

I - fotografar a droga e o local onde se deu a apreensão;

II – demonstrar, com clareza, por meio de foto e croqui ou de outra forma julgada oportuna, a ocorrência de hipótese prevista no inciso III do artigo 40 da referida Lei;

III – juntar mapa da cidade indicando a região do fato – tudo instruindo o competente inquérito policial.

Art. 2º – A Autoridade Policial presidente do inquérito deverá ater-se rigorosamente aos termos da Lei 10.054/00, que regulamenta a identificação criminal, tendo em conta principalmente os processos datiloscópico e fotográfico, quando exigíveis à falta de identificação civil, de documento idôneo de comprovação de identidade, ou, ainda, nas outras situações previstas no artigo 3º da supramencionada lei.

Verifica-se, portanto, que a publicação dessa Recomendação foi fruto direto das reuniões e trabalhos desenvolvidos pelos promotores criminais da Capital com a diretoria do Decap, e representa o marco inicial de uma atuação conjunta desses órgãos no combate ao tráfico de drogas. Ressalte-se, também, que nos inquéritos que chegam ao Dipo ainda sem o cumprimento dessa resolução, o Gaerpa providencia a juntada do mapa oficial e pesquisa a existência dos estabelecimentos de ensino, prisionais, hospitalares e de trabalho coletivo nas proximidades, num esforço concentrado para a efetiva aplicação da causa de aumento de pena, quando presente na realidade.

Ademais, em algumas sentenças proferidas pelas Varas Criminais Centrais da Capital já tem sido reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, sendo conferida validade aos documentos – em especial o MOC – providenciados pelo Ministério Público. Dentre as diversas sentenças prolatadas, destacamos:

Os fatos se deram em proximidades de três estabelecimentos de ensino, em local que serve de passagem a eles, pelo que permanece a causa de aumento incluída na denúncia. [...] Julgo procedente em parte o pedido deduzido na denúncia, para o fim de condenar D.A.B como incurso no artigo 33, caput, cc. o artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, às penas de três anos, dez meses e vinte dias de reclusão e trezentos e oitenta e nove dias-multa, no mínimo legal. (Ação Penal nº 050.07.44407-2 – 25ª Vara Criminal da Capital – sentença proferida em 16/10/2007).

O réu estava perto de estabelecimento de ensino, fato por ele admitido, bem como realçado pelos policiais e pelo croquis de fls. 28 (distância de aproximadamente sessenta e um metros da escola do lugar da prisão, logo, acresço à pena 1/6, tendo-se quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e sete dias-multa" (Ação Penal nº 050.07.47639-0 – 31ª Vara Criminal da Capital – sentença proferida em 08/10/2007).

Na aplicação da pena, verificando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo-a no mínimo legal, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, calculado o valor unitário no mínimo. Pelo fato de a ré estar nas imediações de estabelecimento de ensino – situação que facilita a disseminação das drogas aos incautos jovens e crianças – o que a ré sabia e inegavelmente escolheu para melhor distribuição de seu negócio – mais um sexto > cinco anos, dez meses e vinte dias de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e dois dias-multa". (Ação Penal nº 966/97 – 22ª Vara Criminal da Capital – sentença proferida em 04/10/2007).

O réu estava perto de estabelecimento de ensino, fato por ele admitido, bem como realçado pelo croquis de fls. 33 (distância de um pouco mais de trezentos metros), logo, acres-

ço à pena um sexto, tendo-se quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e sete dias-multa". (Ação Penal nº 050.07.49851-2 – 31ª Vara Criminal da Capital – sentença proferida em 17/10/2007).

2 Do aprimoramento da colheita da prova

Num segundo momento, instruído o procedimento investigativo com esses documentos e oferecida a denúncia, é necessária a análise da prova em juízo. E nessa fase, lastimavelmente, muitos dos promotores criminais da Capital vêm enfrentando sérios obstáculos à efetiva aplicação da lei.

Alguns poucos magistrados ainda se prendem em demasia à prova testemunhal – esquecendo-se do quanto é falha a memória humana – e deixam de aplicar as causas de aumento se as testemunhas não confirmarem expressamente sua ocorrência. Ora, é difícil exigirmos de um policial, que se vê em uma favela, em situação de risco pessoal e perseguindo um traficante em fuga, possivelmente armado, que se recorde se no local onde ocorria a venda do entorpecente havia uma creche a 200 metros... E mesmo que ele se recorde, nossa experiência revela sempre existirão testemunhas da defesa dizendo o contrário, que a escola ficava um pouco mais distante.

Assim sendo, é fundamental que se dê crédito à prova documental, em especial quando baseada no MOC, documento emanado da Prefeitura Municipal e que goza de incontestável idoneidade.

Em outros casos, embora reconheçam a existência de escolas, hospitais ou outros estabelecimentos mencionados no art. 40, inciso III, alguns magistrados deixam de aplicar tal dispositivo, asseverando não existirem provas de que o tráfico visasse a estudantes, pacientes ou policiais. Ora, em nenhum momento a lei exige, para a configuração da causa de aumento, que a escola esteja em funcionamento ou que os fatos tenham ocorrido dentro do horário de trabalho bancário. O que a lei pune com maior rigor é, sem dúvida, a visibilidade e acessibilidade maior da população a esses locais, uma vez que o ponto de tráfico passa a ser conhecido de todos, e nada impede que um aluno, após o horário

das aulas, ali retorne no período noturno, em local de seu conhecimento por fazer parte de seu itinerário diário, e adquira drogas ilícitas.

Nesse sentido já se posicionaram Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi (2007, p. 134), ao comentarem a Lei nº 11.343/06, asseverando que

[...] os locais enumerados, em geral os mais visados pelos traficantes em virtude da reunião de pessoas, fazem com que o perigo à saúde pública seja maior se a infração, em qualquer de suas fases de execução ou formas, ocorrer em seu interior ou proximidades. Para a incidência da majorante, evidentemente há necessidade de que o agente saiba que está nas imediações ou no interior de um dos estabelecimentos enumerados, mas não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo delinqüente.

Felizmente, com o desenvolvimento do trabalho do Gaerpa essa mentalidade começa a se modificar, e várias sentenças já foram prolatadas nas Varas Criminais Centrais acolhendo a causa de aumento de pena com base nas informações trazidas pelo Ministério Público com o MOC.

Assim, aplicando-se ao crime de tráfico de drogas a diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, e sendo o crime praticado em algum dos locais mencionados no art. 40, inciso III, deve o magistrado fazer incidir a causa de aumento de pena, compensando-se ambas, voltando-se à pena inicial de cinco anos de reclusão, que era o objetivo do legislador.

Ainda em relação à instrução dos inquéritos policiais, não podemos deixar de ressaltar a inovação introduzida pelo art. 51 da Lei nº 11.343/06, que ampliou para 30 dias o prazo para conclusão dos inquéritos atinentes a crimes envolvendo entorpecentes quando o indiciado estiver preso, com possibilidade de prorrogação por igual período mediante pedido fundamentado da autoridade policial, ouvido o Ministério Público. Este, por sua vez, tem o prazo de 10 dias para o oferecimento da denúncia (art. 54).

Essa dilação do prazo para investigações foi, com certeza, um dos maiores avanços trazidos pela

Lei Antidrogas. Na Promotoria Criminal da Capital esses prazos vêm sendo observados de forma salutar e inovadora, uma vez que, ao receber o inquérito policial relatado tempestivamente pela autoridade policial, o promotor de Justiça pode solicitar a realização de diligências complementares – como, por exemplo, a fotografia do local da apreensão dos entorpecentes – não só em autos suplementares mas, inclusive, quando considerar essa diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia, nos próprios autos principais, com a manutenção da custódia cautelar do indiciado, desde que observados os prazos legais.

Ademais, tem buscado o Gaerpa, sempre em apoio aos promotores de Justiça criminais da Capital, a melhor instrução possível do procedimento investigatório. Ciente da existência de câmeras da Guarda Civil Metropolitana em áreas como a “Cracolândia” e algumas estações do Metrô, o grupo tem solicitado o envio dessas imagens, posteriormente analisadas pelo promotor com o auxílio de agente de promotoria, buscando melhor visualização do local dos fatos e, eventualmente, da própria conduta criminosa do agente.

3 Da venda antecipada dos bens apreendidos

Ainda em auxílio às atividades cotidianas do promotor de Justiça criminal, o Gaerpa, anteriormente à edição do Ato Normativo PGJ nº 515/07, já vinha atuando nos pedidos de perdimento e venda antecipada de bens apreendidos relacionados aos delitos previstos na Lei nº 11.343/06.

Não podemos olvidar que esse diploma legal prevê, em seu artigo 62, §§ 4º a 10, a venda antecipada de bens relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, e que o perdimento definitivo será definido na sentença de mérito, nos termos do art. 63. Essa é uma importante inovação, em que cabe aos promotores de Justiça, sempre que possível, requererem em ação autônoma, de caráter cautelar, a venda antecipada. O principal objetivo dessa medida é evitar, em especial no que se refere a veículos automotores, que tais bens fiquem parados em pátios oficiais, deteriorando-se sob a ação do tempo dia a dia, perdendo seu valor a cada mês decorrido.

É certo que alguns magistrados ainda vêm a venda antecipada com alguma relutância, no temor

de lesar patrimônio do réu ou alheio, caso não seja decretado, ao final do feito, o perdimento definitivo dos bens. Essa preocupação, no entanto, não se justifica, visto que, vendido o automotor, o dinheiro atinente a essa transação será depositado em conta sob a administração do Judiciário e corrigido monetariamente. Dessa forma, em caso de sentença condenatória com a decretação de perdimento do bem, o Estado receberá a quantia corrigida, e, na hipótese de o perdimento não ser determinado na sentença de mérito, o proprietário daquele bem poderá requerer o levantamento do valor depositado, acrescido da correção monetária, também deixando de suportar prejuízo.

Assim sendo, o Gaerpa tem se empenhado efetivamente na elaboração e acompanhamento dos pedidos de venda antecipada de bens relacionados ao tráfico de drogas, colocando seus funcionários e meios materiais à disposição dos promotores de Justiça criminais para a elaboração e o acompanhamento dessas ações cautelares, inclusive auxiliando-os no cumprimento do Ato Normativo nº 515/07-PGJ.

Conclusão

De todo o exposto, denota-se que o caminho de combate ao tráfico de drogas é longo e árduo, e muito ainda precisa ser implementado. Poderíamos ressaltar, desde logo, a importância da investigação do crime de lavagem de dinheiro. Em nossas reuniões com as autoridades policiais, lembramos aos delegados de polícia que é muito importante, paralelamente à apuração do tráfico de drogas, a investigação do crime de lavagem de dinheiro, devendo sempre que necessário ser instaurado outro inquérito policial, para a devida análise desse delito com mais calma e vagar, o que infelizmente ainda não tem sido feito de forma satisfatória na Comarca da Capital.

É necessário, ainda, aplicarmos todos os institutos da Lei nº 11.343/06, dando especial atenção à existência das causas de aumento de pena, à lavagem de dinheiro e ao perdimento dos bens utilizados pelos traficantes. Não podemos olvidar que o traficante é um indivíduo extremamente danoso para a sociedade, uma vez que com sua nefasta conduta corrompe nossos jovens e os leva ao cruel mundo do vício. A sociedade clama por punição mais

rigorosa aos autores de crimes dessa espécie, devendo o promotor de Justiça se empenhar na aplicação de reprimendas mais severas, buscando dificultar a criminosa atividade daqueles que fazem do tráfico de drogas seu meio de vida.

BARONE, M. L.; LAMENZA, P. C. Experience of São Paulo's Capital Prosecutor Office for the drug dealing combat. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 373-379, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This article is about the method adopted by São Paulo's Capital Prosecutor Office for the drug

dealing combat, before the new legislation on the matter, searching for a better application of the criminal laws, as well as a better utilization of the means of disposal of goods used in drug dealing.

• **KEYWORDS:** Drug dealing. Fight. Connexion with the money laundering crime.

Referência bibliográfica

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

Bem Jurídico e os Crimes de Computador

Paulo Marco FERREIRA LIMA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. Crimes de computador e o Código Penal. Conclusões. Referências bibliográficas.
- **RESUMO:** Cuida o presente artigo dos bens jurídicos dos crimes praticados por computador e sua recepção pelo sistema penal brasileiro. Aponta necessidade de eventuais alterações legislativas no Código Penal e a criação de novos delitos em legislação especial.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Bem jurídico. Crimes de computador. Internet. Segurança computacional. Alterações legislativas. Fraude eletrônica.

Introdução

O computador tem por *função essencial a concentração e operação de informações*, o que traz perigosa assimilação ao nosso modo de vida.

As sociedades ocidentais passam atualmente por uma segunda revolução industrial, substituindo o trabalho das mentes humanas pelo das máquinas computadorizadas.

Ao contrário da primeira, que substituiu o trabalho físico dos operários por máquinas mecânicas, a segunda tem nos computadores sua importância justamente por sua capacidade de imitar, ou tentar imitar o pensar.

É claro que "Era da Informação" não traz somente vantagens, a segurança das informações armazenadas nos sistemas computadorizados ganha gigantesca importância quando no mundo todo as instituições financeiras passam a fazer toda espécie de transações monetárias com uso de computadores (ULRICH, 1992).

O simples uso de cartões de crédito, com arquivamento e processamento de dados eletrônicos, prática rotineira das instituições financeiras que operam com essa figura, pode demonstrar, pelo exame dos gastos de um associado, muito da esfera de sua vida privada, revelando-se aspectos atinentes

às suas relações de consumo (*o que compra e em qual quantidade*), *que lugares frequenta* para compras, hospedagem, refeições, viagens etc..

Assim, ocorreu aumento significativo dos delitos relacionados com o processamento de dados nas Américas, Europa Ocidental, Austrália, Japão, e mesmo em países do antigo bloco socialista e no BRASIL.

Tais crimes não apresentam perigo tão-somente para as empresas privadas, mas também para toda a economia de um país e sua sociedade, e isso levou os países a celebrarem convênios nacionais e internacionais para o combate dos crimes cometidos por intermédio do uso de computadores (ibidem, p. 67).

De outro lado, o direito penal tem seu fundamento nas relações humanas e assim ele acaba sempre em uma eterna caminhada de evolução e de adaptação às novas realidades dessas relações.

A tecnologia muda o homem e muda o direito, *não exatamente no mesmo compasso*, provocando muitas vezes *surpresa e perplexidade* aos feitos e mantenedores do direito.

Essa nova *intensificação do relacionamento humano pela Internet e a produção em série dos computadores*, além da *expansão do comércio eletrônico* e das *relações financeiras e bancárias*, provoca o uso indiscriminado e quase mundial dessa tecnologia, favorecendo em todos os aspectos novas relações e modificando as antigas, *trazendo também, por óbvio, novas condutas ilícitas*.

Esses crimes praticados com o emprego dos computadores, a atuação desses novos agentes criminosos (denominados por alguns como *hackers*), restam a *desafiar o Estado*, podendo *ofender de for-*

* Promotor de Justiça da Capital. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e doutorando pela mesma instituição.

ma indistinta desde *instituições financeiras* até *militares* e, em que pesem *parecer* estarem presentes de forma *incipiente na realidade brasileira*, são a maior *frente de batalha* a ser enfrentada pelos doutrinadores brasileiros.

Surgem questões atinentes à tipicidade, aos novos agentes delituosos e suas diversas condutas, *local do delito*, determinação de autoria, *perícias documentais* etc.

Há uma *infinidade de delitos* que pode ser *praticada com o uso de computadores* e da telemática, além dos *mais óbvios*, como a subtração, e aqueles ligados à *corrupção de menores e pedofilia*, até mesmo exemplo lembrado pela doutrina de que a *manipulação de dados eletrônicos de uma Unidade de Terapia Intensiva* de um hospital possa levar à prática de homicídio¹ ou, ainda, que a manipulação de computadores de um *laboratório militar* possa levar à disseminação de *armamento biológico* e a um possível genocídio.

O *Direito Penal* deve preservar o denominado Princípio da Legalidade, ou também chamado Princípio da Reserva Legal, exposto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (CF), segundo o qual *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

Há perigosa adaptação dos princípios constitucionais.

A descrição há de ser específica e individualizada do comportamento criminoso, sob pena de não trazer uma *garantia real* e efetiva. Não há como se conceber uma lei excessivamente genérica em matéria penal.

A Internet não pode ser entendida como uma “terra sem lei”, uma vez considerado que as operações ali efetivadas sempre têm como fundamento relações entre seres humanos, obrigatoriamente regidas pelos princípios gerais do direito.

Desnecessária a *criação de um novo universo jurídico*; o ordenamento jurídico atual é suficiente para a *recepção* dessa nova realidade.²

Vários foram os momentos na história do direito penal em que a *tecnologia trouxe evoluções e reviravoltas* nessa ciência.

Foi assim com a criação e difusão de todas as tecnologias inovadoras, como o *automóvel*, o *cartão de crédito*, os computadores e mesmo a *Internet*.

Com relação aos bens jurídicos que podem ser afetados com os delitos informáticos, conclui-se que há dois grandes grupos:

- utilização dos meios computadorizados para a prática de infrações penais comuns;
- utilização da informática com o intuito de atingir bens novos que recaem sobre objetos informáticos propriamente ditos (hardwares, programas, dados, documentos eletrônicos etc.).

Não pode ser desprezado pelo Direito Penal que os dados eletrônicos, matéria-prima para as operações computacionais, são bens materiais hoje importantíssimos.

Em que pese a existência da chamada “Lei do Software” (Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), muito há que se caminhar no sentido de um sistema jurídico protetor de dados eletrônicos e sistemas informáticos.

Não há, ainda, uma figura típica para reprimir as condutas criminosas cometidas por meio de computadores ou contra seus dados e sistemas.

As normas existentes em nosso ordenamento jurídico não protegem de forma plena, por exemplo, os delitos contra a honra cometidos por meios informáticos ou a violação de correspondência eletrônica.

² Nesse sentido, ver Greco Filho (op. cit.). “A Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo Direito, especialmente o Penal. Evoluir, sim, mas sem querer ‘correr atrás’, sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea idéia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação.”

¹ Greco Filho (*Boletim IBCCRIM*, ano 8, n. 95, out. 2000), referindo-se ao homicídio praticado por um *hacker* que invadiu em 1994 um hospital em Liverpool, na Inglaterra, e alterou o medicamento de vários pacientes, provocando a morte de uma menina de nove anos (cf. publicação da revista *Der Spiegel*, n. 94, p. 243, 28 fev. 1994).

Há necessidade de tipificação de condutas ilícitas efetivadas pelo meio informático que vão do acesso não-autorizado a computadores, passando pela falsificação de documentos eletrônicos, até as fraudes eletrônicas.

Outros bens de igual relevância que se encontram sobre intenso ataque dizem respeito à garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, consagrada no art. 5º, inciso X, da Carta Magna, valor jurídico em muito ofendido com a tecnologia informática.

Assim é que ações ilícitas cometidas contra tais bens de cunho informático são objetos de projetos legislativos que visam à tipificação de condutas, seguindo modelos legislativos de outros países que, no mais das vezes, apontam crimes de sabotagem informática, fraude eletrônica, cópia ilegal e intrusão informática.

Faço aqui também apenas a rotineira menção de que o uso de tecnologia de computação levou a uma maior fragilidade do sigilo das informações. Primeiro porque os dados pessoais que anteriormente eram restritos a um número determinado de pessoas em registros físicos se encontram hoje, muitas vezes, à disposição de milhões de pessoas no mundo que tenham uma conexão da Internet e um pouco de torpeza e habilidade para obtê-los; segundo porque, atualmente, na chamada “era da informação”, o tráfego de dados é por demais intensificado, fazendo que essa célere e constante troca de informações exponha ainda mais a vida privada e o sigilo de informações pessoais relevantes.

É evidente que as adulterações de dados eletrônicos põem em risco a necessária confiabilidade das comunicações e dos negócios eletrônicos. Porém, o momento é propício ao incremento de medidas penais que produzam efeitos em todos os campos afetados pela informática, trazendo, com isso, normas que de forma efetiva atendam à necessária proteção a todos os bens jurídicos ofendidos por intermédio de computadores.

Crimes de computador e o Código Penal

Assim, os *crimes de informática* encontram no Código Penal brasileiro várias possibilidades de re-

pressão penal, variando a sua tipificação conforme o bem jurídico que o agente pretenda atingir.

Existem diversos crimes no Código Penal que, em tese, poderiam ser praticados por intermédio de computadores, entre os quais se encontram:

- art. 171, *caput*, estelionato;
- art. 172, expedição de duplicata simulada;
- crimes contra o privilégio de invenção (arts. 187 a 191, revogados pela Lei nº 9.279/96);
- falsificação de documento público (art. 297) e particular (art. 298);
- falsidade ideológica (art. 299);
- crimes contra a inviolabilidade da correspondência (art. 151);
- correspondência comercial (art. 152);
- divulgação de segredo (art. 153), ou violação de segredo profissional (art. 154).

Os dispositivos penais supracitados devem mesmo ser aplicados às condutas praticadas pelo meio informático que constituam crimes comuns, contudo, em alguns casos, são indispensáveis alterações, por exemplo, criando qualificadoras quando o uso de um sistema informatizado for ferramenta simplificadora da prática criminosa.

Conclusões

O progresso na tecnologia da comunicação, mormente com o surgimento da Internet, trouxe novas relações jurídicas, com novos conflitos e uma série infindável de novas controvérsias.

No mundo todo, o Direito vem mudando para conseguir exercer com a necessária rapidez e eficiência o controle social dessas inovações, modificando as estruturas legislativas para lidar de forma adequada quanto às novas e polêmicas questões.

O Brasil necessita adaptar a legislação penal para coibir essas novas lesões e ameaças às liberdades individuais e ao interesse público. Toda a legislação, e em especial a lei penal moderna, deve atentar para a proteção dos bens jurídicos informáticos e de outros que possam ser ofendidos por meio do uso de computadores.

Nessa esteira de pensamento, devem os operadores do direito buscar a redefinição de alguns

conceitos como o de documento para fins penais e o de crime de falsidade documental, entre outros tantos.

Com o intuito de concluir, afirmamos ser dispensável a criação de um novo ordenamento jurídico para recepcionar essa nova prática criminosa que visa atingir, de forma precípua, o sigilo e a integridade de dados eletrônicos, à qual denominamos *crimes de informática* ou *crimes de computador*.

Crimes de computador são qualquer conduta humana – omissiva ou comissiva – típica, antijurídica e culpável, em que a máquina computadorizada tenha sido utilizada e, de alguma forma, tenha facilitado de sobremodo a execução ou a consumação da figura delituosa, ainda que cause um prejuízo a pessoas sem que necessariamente se beneficie o autor ou que, ao contrário, produza um benefício ilícito a seu autor embora não prejudique de forma direta ou indireta a vítima.

Sugere-se, para o combate dessa nova criminalidade, a adaptação de leis e conceitos, visando à proteção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal Informático.

Muitos dos chamados crimes de computador são, na verdade, os crimes comuns cometidos com o auxílio de um computador; porém, estamos também diante de novas condutas não tipificadas que ofendem uma série de bens jurídicos penalmente tutelados, sem que sejam esses objeto de uma figura típica específica.

As ações criminosas praticadas com essa nova tecnologia de informação, dirigidas contra a liberdade individual, contra o direito à intimidade ou ao sigilo das comunicações entre outras, ainda se encontram sem a devida repressão jurídico-penal.

As lacunas permanecem também em face da ausência de condutas consideradas antijurídicas e típicas atinentes às fraudes cometidas com a manipulação de dados e programas computadorizados, ou seja, as fraudes cometidas com a utilização abusiva de computadores por meio de adulterações em documentos eletrônicos, provocando danos financeiros. Tais ações se encontram em perigosa zona nebulosa de repressão penal.

A “era da informática” veio expor diversos bens de forma mais ampla e abrupta, sendo certo afirmar que os dados constantes em um documento

eletrônico encontram-se mais desprotegidos hoje do que quando restavam somente em um fino pedaço de papel.

Podemos assim distinguir duas categorias de crimes informáticos:

- condutas delituosas perpetradas contra um sistema de informática, sejam quais forem as motivações do agente;
- crimes cometidos contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema de informática.

No Brasil, em que pese a existência de legislação disciplinando crimes na área de informática desde a Lei nº 7.646/87 (revogada pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), muito ainda há que ser feito no sentido de criar um sistema jurídico protetor de dados eletrônicos e sistemas informáticos.

Não há, ainda, embora existam diversos projetos legislativos em tramitação, figuras típicas eficientes para reprimir todas as condutas criminosas cometidas por meio de computadores ou contra seus dados e sistemas.

Assim, seja no território brasileiro, seja em outros lugares do mundo, ponderando quanto aos aspectos econômicos e financeiros de tais crimes ou, ainda, tendo em vista todos aqueles que utilizam essa tecnologia de informação – como instituições financeiras ou o próprio Governo Federal em seus diversos órgãos –, intensificam-se os investimentos em desenvolver medidas legislativas de proteção aos dados computadorizados.³

³ Por exemplo, salientem-se as diversas medidas que vêm sendo tomadas com relação ao envio ilegal de e-mails. Trazemos aqui em destaque notícias veiculadas pela mídia: “Brasil está em quarto lugar no envio de spam – sexta-feira, 23 de setembro de 2005 – 14h24 – SÃO PAULO – O Brasil é o quarto colocado entre os países que mais distribuem spam, segundo um relatório da IronPort sobre vírus e e-mails indesejados que circularam pela web no mês de agosto. A posição é a mesma ocupada no mês de julho. A boa notícia é que houve uma leve queda de 3% no volume de spam distribuídos no país em comparação com os dados de julho. A média diária de envio de e-mails indesejados em agosto foi de 12,5 bilhões de mensagens contra 12,8 bilhões no mês passado. Essas mensagens responderam por 69% do tráfego de e-mail na web. O relatório revela que mais de 72% dos spams foram enviados por PCs zumbis. No mês de agosto, 8,9 bilhões de

Agora que a informação se separou de seu suporte material cartáceo, fazendo-se eletrônica, converteu-se em mercadoria armazenável, comercializável, manipulável e avaliável em termos patrimoniais, merecedora de proteção jurídica como qualquer outra mercadoria.

Tais crimes ocorrem no solo brasileiro todos os dias, tendo sido as questões resolvidas mediante uma “pseudo-adaptação típica”, proibida pela lei penal e constitucional, mas que se vê construída pelas rotinas judiciárias. Desse modo, essas ações criminosas ora são apontadas como estelionato, ora como furto mediante fraude, desprezando-se os elementos essenciais desses crimes que apontam a mencionada e indispensável relação entre seres humanos para a configuração de ambos os crimes.

O ordenamento jurídico penal brasileiro é deficiente em oferecer resposta aceitável para a perfeita solução quanto às condutas lesivas ou potencialmente lesivas que possam ser praticadas pela Internet e que não encontram adequação típica no estreito rol de delitos novos existentes no Código Penal e nas poucas leis especiais brasileiras que tratam da matéria.

PCs foram utilizados em todo o mundo como zumbis. O líder do ranking entre os países que mais enviam spam são os Estados Unidos. Em segundo lugar está a China, seguida pela Coreia do Sul – 1/03/2003 13h18 – UOL barra 7 milhões de spams por dia – Desde janeiro, os assinantes do UOL vêm recebendo cada vez menos e-mails não-solicitados (spam). O maior provedor de Internet do país implantou em seus servidores de e-mail um conjunto de filtros capaz de barrar grande quantidade de spam, os e-mails de propaganda não-solicitada que ocupam inutilmente espaço na caixa postal do público, tomando tempo para triagem e limpeza de mensagens. Com a implantação do sistema, 47% dos 15 milhões de e-mails que passam diariamente pelos servidores do UOL são barrados, por serem considerados spam. Sexta-feira, 28 de fevereiro de 2003 – 09h01 Renata Mesquita, do Plantão INFO – França proíbe o spam – O spam está banido da França a partir desta semana. Com unanimidade, os deputados da Assembléia Nacional aprovaram a lei que proíbe o envio de mensagens comerciais não-solicitadas. Segundo o site Europamedia.net, além da nova lei foram aprovadas emendas que visam aumentar a confiança na economia digital e o combate ao cibercrime. Algumas campanhas de marketing direto (como newsletters de lojas virtuais) continuam liberadas, desde que o internauta tenha se registrado no serviço ou dado seu consentimento prévio.

Não cremos, ainda, aceitável o esforço interpretativo atual que tenta adequar as fraudes e outros crimes à nossa legislação penal, evidenciando-se a atipicidade dessas condutas.

Além do patrimônio, a veracidade e a confiabilidade da informação eletrônica, absolutamente necessárias para a manutenção da confiança que os usuários dos meios eletrônicos e da Internet – uma enorme parte da população mundial – devem depositar no funcionamento de todo o sistema, são o bem jurídico merecedor de preservação penal.

Por fim, fato é que toda a legislação brasileira, em especial a de natureza penal, necessita de uma real adaptação à nova tecnologia informática. Novas normas deverão ser criadas para a melhor prevenção e repressão de ações criminosas outrora impossíveis de imaginar com a realidade tecnológica de então.⁴

FERREIRA LIMA, P. M. Property and computer crimes. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 381-385, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** Watches this article the legal values of crimes committed by computer and its receipt by the Brazilian penal system. Points need for any legislative amendments in the Penal Code and the creation of new crimes in special legislation.

• **KEYWORDS:** Property. Computer crimes. Internet. Information technology safety. Legislative changes. Electronic fraud.

Referências bibliográficas

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a Internet. *Boletim IBCCRIM*, ano 8, n. 95, out. 2000. (Edição especial).
SIEBER, Ulrich. *Documentación para una aproximación al delito informático*. Tradução para o espanhol de Ujala Joshi Jubert, professora de Direito Penal da Universidade de Barcelona. Barcelona: PPU, 1992. Título III, cap. 2, p. 66.

⁴ É bom lembrar que a Parte Especial do Código Penal brasileiro foi elaborada em 1940.

Depoimento com Redução de Dano e a Importância de sua Implementação e Funcionamento para Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus-Tratos

Eduardo Rezende MELO*
Richard P. Pae KIM*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Notas sobre o abuso sexual e sua dinâmica, e a necessidade de especialização no atendimento, pela Justiça, da criança abusada, em todos os processos a ela afetos. 2 O projeto gaúcho do "depoimento sem dano". 3 Legalidade do procedimento. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Demonstrar que uma criança ou um adolescente teve seus direitos violados não é nada fácil, em especial, porque nas situações de violência intrafamiliar, elas ocorrem geralmente dentro de quatro paredes, além de muitas vezes não ser possível a comprovação por perícia médica por não deixarem vestígios. Além da dificuldade de trazer, nesses casos, a verdade real, o atual processo judicial acaba por revitimizar essa vítima, o que pode lhe causar um dano psíquico secundário que, em alguns casos, pode ser maior do que o dano primário provocado pelo agressor. Assim, como forma alternativa, buscando alterar esta condição para colher depoimento de crianças e adolescentes, é que restou proposto no Brasil, pela primeira vez, o Projeto Depoimento Sem Dano (DSD), desenvolvido desde 2003 pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Neste caso, os infantes, vítimas de abuso ou exploração sexual, são ouvidos por assistente social ou psicóloga, que deve facilitar o depoimento da criança e do adolescente, buscando o bem-estar do depoente e a qualidade da prova a ser produzida, inclusive para romper a Lei do Silêncio, em sala apartada à de audiência, dotada de equipamento de informática que permite a filmagem da inquirição e sua reprodução em sala de audiência e, contando com equipamentos sonoros, possibilita que a inquirição seja conduzida à distância pelo juiz, que faz as reperguntas apre-

sentadas pelo promotor de justiça e pelos advogados das partes. A implementação desse projeto não depende de lei específica, sendo possível a adoção desses procedimentos em nossos processos judiciais. Basta a vontade política dos respectivos Tribunais estaduais. A utilização desse sistema de colheita do depoimento pessoal de menores será mais eficiente se efetivada desde o início. Assim, em havendo a notícia do fato delituoso, a oitiva pode ser feita apenas uma vez, bastando ao Ministério Público promover ação cautelar de produção antecipada de provas. O depoimento colhido pode ser utilizado em qualquer processo judicial (penal, civil ou previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) ou, melhor, pode também afastar a necessidade da oitiva da criança ou do adolescente pela polícia judiciária, reduzindo ainda mais os danos secundários.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Abuso sexual. Exploração sexual. Criança. Adolescente. Lei do silêncio. Depoimento. Vítima. Testemunha. Dano primário. Dano secundário. Depoimento sem dano. Depoimento com redução de dano. Produção antecipada de prova.

* Juiz da Vara da Infância e da Juventude e de Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de São Caetano do Sul/SP. Vice-presidente da ABMP. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica/SP e mestrando em Estudos Avançados de Direito da Infância na Universidade de Friburgo/Suíça.

* Juiz da Vara da Infância e da Juventude de Campinas/SP. Professor de cursos de pós-graduação, entre outras, da EPM e membro associado da ABRAMINJ e da ABMP. Mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Introdução

Em pesquisa divulgada pela OMS em 24 de novembro de 2005, aponta-se que 27% das mulheres residentes na cidade de São Paulo foram vítimas de violência doméstica, em grande parte, provocada por seus maridos (*Folha de S. Paulo*, 25 nov. 2005, p. C5). Dentre esses casos, que atingem 10% do total de mulheres, incluem-se aqueles de mulheres que foram obrigadas a manter relações sexuais mediante o uso de força ou ameaça. A pesquisa também apontou que 40% das mulheres paulistanas vítimas de violência doméstica sofreram ferimentos pelo menos uma vez, e que uma em cada três teve de ficar hospitalizada por ao menos uma noite em razão das agressões. Pior ainda, entre 8% e 11% dessas mulheres foram vítimas de violência física durante a gravidez e, entre elas, um terço foi atingida no abdômen.

O número expressivo de casos não encontra ressonância nos atendimentos realizados pela Justiça, evidenciando desde logo as limitações do serviço prestado.

Talvez fruto dessa situação, conforme pesquisa realizada pelo Senado Federal (Relatório de pesquisa SEPO, mar. 2005), apenas 8% das mulheres donas-de-casa acreditam que o Sistema de Justiça respeita as mulheres.

No que tange à polícia, a procura se dá em geral quando a situação de conflito está em curso.

As mulheres que chegam às Delegacias de Polícia, ante a perspectiva de punição – no caso de lesão corporal dolosa simples, que é a hipótese mais comum e é da competência do Juizado Especial Criminal, que resulta na aplicação de pena restritiva de direitos ou multa – que afete as condições de vida da família e sem a possibilidade real de mudança efetiva dos comportamentos lesivos, retratam-se da representação oferecida, inclusive por temer o recrudescimento da violência interna da família. O que pretendem, em verdade, é, com amparo da autoridade policial ou judicial, alterar a situação por elas vivida. Esse atendimento, contudo, não lhes é proporcionado e a resposta de que não pretendem dar prosseguimento ao caso é vista, equivocadamente, como uma solução, embora persista a situação de opressão vivida em família.

Como lembra Vicente de Paula Faleiros, as questões do abuso sexual intrafamiliar e da exploração sexual de crianças e adolescentes vêm se tornando objeto de atenção da mídia, com reportagens, entrevistas, mas ainda não assumiram o lugar que ocupam na Europa, no espaço televisivo, com entrevistas pungentes a vitimizados e abusadores.

No Brasil são os jornais e revistas que trazem o assunto à baila, mas podemos certamente prever algum programa do tipo “Aqui Agora” que explorará o tema. Há, no entanto, trabalhos sérios, como a reportagem de “O Estado de São Paulo” de 23 e 24 de novembro de 1997 sobre “abuso sexual doméstico”, trazendo dados e resultados de entrevistas com pesquisadores e vitimizados. Estudos do IML de São Paulo, presentes na reportagem, feitos por Carlos Alberto Diêgoli, mostram que, das “2.043 queixas de abuso sexual feitas em 1995, 69,77% envolvem garotas menores de 18 anos. O pesquisador, segundo a reportagem, avalia que possam existir 17.000 casos de violência desse tipo em São Paulo, supondo que apenas de 10 a 15% dos casos sejam revelados. O mesmo pesquisador coordena o setor de atendimento do PAVAS (Programa de Atendimento às Vítimas de Abuso Sexual da Faculdade de Saúde Pública da USP). Das 150 meninas atendidas entre agosto de 1996 e setembro de 1997, 57,4% tinham de 11 a 15 anos. Dos casos, 55,9% eram estupros, 14,9% atentado violento ao pudor, 10,9% tentativa de conjunção, 5,8% sedução, e 6,6% suspeitas. Dessas 150, 5 estavam grávidas e 1,6% tinha o HIV positivo. Segundo o pesquisador, 7,94% dos atendimentos são de meninos”. Disponível na internet em: <http://64.233.169.104/search?q=cache:6weRiW4BLEJ:www.cecra.org.br/pub/livro>>.

Quando essa violência se dá contra os filhos, a situação, sabe-se, é ainda pior. Segundo a aludida pesquisa, 25% das entrevistadas disseram ter enfrentado uma situação de violência física ou sexual desde os 15 anos, apontando os pais ou outros membros da

família como responsáveis pelas primeiras agressões. Isso mostra a dimensão cultural desse tipo de violência. Em 2005, foram registrados no Estado de São Paulo quase 28 mil casos de violência contra menores (*O Estado de S. Paulo*, 3 fev. 2006, p. C1), sendo a mãe a principal agressora, segundo outro levantamento (*Diário do Grande ABC*, 5 fev. 2006, p. 1). É o que Heleith Safiotti (apud AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 13 e ss) chama de “a síndrome do pequeno poder”, representada pela hierarquia que marca as relações sociais de poder, tendo, para além de outras (do racismo, do machismo e do patriarcalismo), a marca do adultocentrismo como referencial na construção de categorias sociais subalternas. É esse pequeno poder exercido sobre as crianças que, ao ver da socióloga, mantém estruturas arcaicas no País e dificulta não só o enfrentamento de casos de violência doméstica, mas também de exploração sexual de crianças e adolescentes.

A falta de solução desses conflitos de modo adequado tem repercutido em diversos setores sociais.

Esse quadro de violência, principalmente, de maus-tratos na infância e na juventude, exige dos Poderes Públicos, em especial do Poder Judiciário, extrema atenção, a fim de que efetivamente os direitos do ser frágil, pela sua natureza e ainda mais fragilizado pela situação de violência, sejam garantidos e reduzidos ao máximo os danos decorrentes dos maus-tratos.

Para a doutrina, os maus-tratos consistem em violência física, todas as formas de abuso sexual, violência psicológica e negligência⁷⁷.

Na família, antes de tudo, fazendo que essas práticas de violência intrafamiliar se tornem padrões de conduta, assimiladas pelas crianças e adolescentes ali residentes¹ tornam-se fatores de desencadeamento de traumas, de desajustes de comportamento, de baixo rendimento escolar, de fugas do lar, quando não campo fértil para a reprodução desses comportamentos em atos infracionais.

Na área da infância e da juventude o trabalho articulado e em rede é ditame legal (art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Sabe-se que a proteção integral aos direitos das crianças e dos adolescentes, prescrita pela Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Crianças e no próprio Estatuto (art. 1º), tem basicamente três eixos: o atendimento, a defesa e a responsabilização.

Se o atendimento é atribuição exclusiva do Executivo, com suas políticas públicas, a defesa das crianças e adolescentes e a responsabilização daqueles que violam seus direitos têm como atores principais o Sistema de Justiça.

No entanto, do modo como estruturado o Sistema, com atribuições separadas à Vara da Infância e as Varas Criminais, sem que seus titulares necessariamente tenham experiência ou sensibilidade para lidar com a especificidade das causas que envolvam crianças e adolescentes, problemas vários vêm surgindo, como mostra a literatura especializada.

Os casos de abuso sexual são paradigmáticos nesse sentido, mas o mesmo que se dirá em relação a eles poderá ser afirmado em casos outros, como os de violência doméstica, de abandono etc. Podemos, então, dividir os argumentos em defesa da atribuição exclusiva de competência da responsabilização dos agressores à Vara da Infância e da Juventude em dois grandes fundamentos: a necessidade de especialização para o atendimento e a de articulação entre defesa e responsabilização, inclusive para maior eficiência administrativa na prestação jurisdicional e na realização da Justiça.

¹ Notas sobre o abuso sexual e sua dinâmica, e a necessidade de especialização no atendimento, pela Justiça, da criança abusada, em todos os processos a ela afetos

É assente na literatura especializada voltada ao enfrentamento do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes a necessidade de especial cuidado no processo de atendimento desse público.

Segundo os especialistas, “além da preparação psicológica, os inquiridores devem ter conhecimentos, por mínimos que sejam, sobre a dinâmica do abuso sexual infantil com síndrome de segredo e

⁷⁷ Ver estudos de G. Maxwell, I. Hassall e J. Robertson (1991); G. Maxwell e J. Robertson (1996) e G. Maxwell e J. Carroll-Lind (1996).

adição, para melhor tomar o depoimento da criança, porque inquiri-la sobre a prática abusiva não é o mesmo que inquirir vítimas de outros delitos” (Dobke, 2001, p. 50)

Como apontam Vicente e Eva Faleiros (2001, p. 23),

[...] a concepção jurídico-policial, repressiva e punitiva da resolubilidade da violência sexual, entendida principalmente como a punição do abusador, tem como conseqüência, muitas vezes, a negligência e o descuido com a defesa de direitos e o atendimento das pessoas envolvidas nas situações de violência sexual (vítimas, familiares e violentadores) e de seus sofrimentos, que são negligenciados, desconsiderados, descuidados, desatendidos.

Isso não se deve unicamente ao fato de terem sofrido violência, mas porque essa violência, nos casos de abuso sexual, se dá num contexto muito particular, no seio da família, justamente, portanto, no ambiente em que deveria sentir-se acolhida e protegida e onde recebe as referências valorativas que hão de conduzir sua vida.

Como qualquer criança requer cuidados específicos e, portanto, depende de um adulto para sobreviver, é, de fato, na família, que encontra seu primeiro núcleo de socialização, é lá que recebe os valores, as normas, as condutas, os hábitos, as noções de direitos e de deveres para sua formação, que tanto podem levá-la à sua emancipação como cidadã, quanto, muitas vezes, nesses casos de abuso, podem colocá-la numa condição de objeto de dominação desse adulto. Isso faz que essas crianças vitimizadas incorporem a mensagem de que, em todos os aspectos, estão subordinadas ao homem/adulto que exerce seu domínio mesmo contra sua vontade (GARCIA, apud FERRARI; VECINA, 2002, p. 145 e ss.).

Para completar esse quadro, se essas crianças e adolescentes em geral têm nas figuras masculinas parentais (normalmente seus pais, mas também irmãos, tios, avôs, padrastos) justamente seus algozes, as mães, em casos de abuso incestogênico, podem se mostrar omissas ou até coniventes.

Daí que, segundo Gisela Oliveira Mattos (apud FERRARI; VECINA, p. 179/180),

[...] autores de diversas linhas de abordagem terapêutica concordam que a estrutura da família incestogênica se caracteriza por ser disfuncional. São famílias simbióticas e aglutinadas, sem limites intergeracionais, com dificuldades para lidar com mudanças (rígidas) ou ausência de regras (caóticas). Nessas famílias, em que a confusão de papéis manifesta-se em várias situações, o abuso é, muitas vezes, a única forma de contato entre o genitor e a criança. Também nos casos em que o adulto que abusa não é o genitor, mas um familiar ou conhecido, a mesma confusão de papéis se dá na medida em que os deveres de cuidado da criança são atribuídos pelos próprios pais a outrem, desobrigando-se aqueles de maiores atenções, podendo, ainda, estar também seduzidos pelas supostas qualidades do familiar ou conhecido.

Por isso,

[...] a dor e o medo intenso vivenciados pela criança “sufocam seus sentimentos naturais de recusa, ódio e repugnância”, obrigando-a à submissão e identificação projetiva com o agressor, o que a leva a esquecer-se de si mesma, não reagir, sentir-se culpada (por introjeção da culpa do adulto), ansiosa e, pior, não confiar em seus próprios sentimentos. Ela, assim, desenvolve uma capacidade de mimetismo que a faz corresponder àquilo que ela supõe que o adulto dela espera [sic].

Daí que Furniss afirma que o abuso sexual de crianças configura-se em uma síndrome de segredo para a criança e em uma síndrome de adição para o adulto. É o segredo que mantém fechado o ciclo do abuso. É o adulto quem estabelece o segredo por meio da sedução, onde o jogo sexual é colocado como natural da relação entre adulto e criança e o segredo como forma de preservar a “aliança especial” entre eles.

Conforme Durrant e White (MATTOS, apud FERRARI; VECINA, 2002, p. 179/180),

[...] para manter o segredo, o adulto lança mão de diversas estratégias, como atribuir à criança a responsabilidade pelo abuso (“você me provocou”) ou pelas conseqüências prejudiciais à família (decepcionar a mãe, provocar a separação da família), a ele (ser preso, ficar doente ou morrer) e a ela própria (sofrer agressões físicas ou ser morta por ele), caso revele o abuso. Essas estratégias, além do uso da força, coação e ameaças, reforçam na vítima o medo e o sentimento de culpa.

Isso mostra a necessidade imensa de cuidados no trato com essas crianças. Os cuidados exigidos são tamanhos a ponto de se levar em consideração o próprio momento da abordagem, pois, como aponta Lucimara Martins Pereira, “a revelação prematura de uma suspeita de abuso sexual poderá levar a uma nova e mais severa agressão à criança ou adolescente em questão, além do risco de fuga da família para um local ignorado” (VILGA; FÉLIX; URVANGLIA, 2002, p. 26).

Esse quadro mostra o quanto

[...] estas características provocam na criança/adolescente uma fragilidade emocional específica que deve ter importância relevante nos procedimentos que o atual sistema judiciário adota, que podem impor, conforme a maneira que estes se desenrolam, um agravamento deste estado emocional. (Op. cit., p. 55)²

Por isso, sem especialização em casos de abuso e exploração sexual, matéria mais próxima das

² E, de acordo com Ajuriaguerra e Marcelli (NOTA: 2 AJURIAGUERRA, J.; MARCELLI, D. *Manual de psicopatologia infantil*. Porto Alegre: Artes Médicas), autores estudiosos da vida infantil, a avaliação da criança submetida a maus-tratos depende da rapidez da intervenção dos serviços apropriados, da qualidade e da estabilidade das terapêuticas postas em ação. Ou seja, para que haja um bom desdobramento no trabalho de atendimento à criança vítima de violência, a qualidade do trabalho desenvolvido pelos órgãos de proteção deve ser a melhor possível.

Varas da Infância e da Juventude, a responsabilização dos abusadores e exploradores sexuais, como de tantos outros responsáveis pela denegação de direitos de crianças e adolescentes, pode levar a conseqüências nefastas, que apenas a atribuição de competência exclusiva para processamento de tais crimes à Vara da Infância poderá solucionar.

A revitimização da criança abusada pelo modo de atuação da Justiça: a necessidade de articulação entre a Justiça da Infância e a Justiça Criminal em casos de abusos e outros crimes envolvendo crianças e adolescentes para o atendimento da criança/adolescente e responsabilização do agressor.

A realidade, hoje existente, para oitiva dessas crianças e adolescentes é outra. Basta apontar que o início de seu atendimento se dá, hoje, na fase do inquérito policial, especificamente nos depoimentos na delegacia de polícia, “um ambiente por si só assustador [...] o que envolve falar com estranhos sobre um assunto até então considerado como íntimo e proibido, gerando, muitas vezes, culpa, vergonha, medo” (idem, ibidem, p. 56).

Ouvidas em órgãos não especializados e por pessoas sem a devida capacitação nas delegacias de polícia, têm de passar ainda por sucessivas inquirições: pelas técnicas do Judiciário, pelo juiz da infância, pelo juiz criminal, pelo juiz da família. E isto para não falar dos órgãos de atendimento, como os hospitais e até o Conselho Tutelar.

Em todas as audiências, têm de ser confrontadas com perguntas feitas não apenas pelos magistrados, mas também por advogados (muitas vezes mais de um) e pelo promotor de justiça – todas, pessoas dela desconhecidas e estranhas –, criando-se um ambiente aterrador, que leva, tantas vezes, à negação dos fatos ocorridos e à sujeição dessas(es) crianças/adolescentes a outras situações de violência, sem que se sintam, dali em diante, seguras(os) para revelar o fato, já que não contaram com o devido amparo em seu primeiro atendimento.

Tal postura tem contribuído para a revitimização das crianças e dos adolescentes envolvidos em situações de abuso, mas também de seus familiares e abusadores,

[...] seja pela repetição de ações (como nos depoimentos) que provocam medo, angústia

e sofrimento aos sujeitos implicados nas situações de abuso sexual, seja pela não referência e contra-referência, seja pela solidão e “abandono” nos quais vítimas e familiares muitas vezes se vêem após a revelação do abuso sexual e sua notificação. (FALEIROS, V. P.; FALEIROS, E. T. S., 2001, p. 117)

Com efeito, segundo Furniss, a avaliação de 64 casos clínicos revelou uma média de 8,2 diferentes agências com muito mais profissionais individuais envolvidos no atendimento de casos de abusos sexuais, demonstrando o quanto o desvelamento do abuso sexual leva a uma crise na rede profissional de atendimento que pode ser mais complexa e mais confusa do que a crise vivida pela família. Ações descoordenadas podem levar a um dano maior e a uma maior traumatização das relações familiares e da criança abusada do que a experiência original de abuso. E um dos danos secundários apontados pelo teórico alemão, radicado na Inglaterra, é justamente o da intervenção profissional, “nos conflitos entre o sistema legal e as necessidades protetivas e psicológicas da criança, porque o sistema legal não foi ainda completamente adaptado ao aspecto de tutela dos direitos humanos da criança como sujeito ante a lei.” (FURNISS, 2002, p. 16)

Isso se exemplifica entre nós pelas várias ocasiões aversivas para as vítimas que ainda podem se dar, notadamente com a “presença do agressor na sala de espera do tribunal ou mesmo durante a audiência, que é um procedimento comum nos julgamentos de crimes de violência sexual doméstica” (VILGA; FELIX; URVANEGLIA, 2002, p. 61/62). E, embora hoje se possa colher o depoimento da vítima sem a presença do réu, desde que haja justificativa, mesmo assim é comum a confrontação entre as pessoas mencionadas nestes ambientes.

Como já apontado, uma atuação em rede nessa área envolve, de fato, não só o Sistema de Defesa de Direitos (Conselho Tutelar, Vara da Infância e da Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública e Centros de Defesa), mas também o de Atendimento (instituições executoras de políticas sociais e de serviços e programas de proteção especial), como, por fim, o de Responsabilização (Delegacias de Polícia,

Instituto Médico Legal, Varas Criminais, Ministério Público).

O modo como a Justiça está estruturada, separando o processamento dos casos de atendimento das crianças e dos adolescentes daqueles em que eles são vítimas de crimes não vem atendendo, com o devido respeito, a dois preceitos fundamentais de nosso ordenamento. Primeiro, o de prioridade absoluta em seu atendimento visando à sua proteção integral, tal como regulamentado no art. 227 da Carta Maior. Segundo, o de que as ações em prol da criança devam atender o seu melhor interesse, nos termos do art. 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Uma das questões essenciais, então, é a de limitar a oitiva da criança a um único depoimento que valha tanto para os processos afetos à infância como para os criminais, sem qualquer risco de invalidação sob invocação do princípio do juiz natural. Com a competência cumulativa, criminal e da infância e juventude, poder-se-á não apenas designar uma única data para a oitiva nos dois processos, como, em caso de necessidade, valer-se da medida cautelar de produção antecipada de provas, garantindo-se pronto atendimento às crianças e aos adolescentes para que possam ter suas chagas curadas.

Sabe-se o quanto o depoimento da criança é fundamental e dele não se pode prescindir, seja para efeito de convicção do juiz, seja também para o próprio atendimento da criança posteriormente.

A oitiva da criança/adolescente presta-se não apenas a habilitar o magistrado a uma decisão, mas implica o seu reconhecimento como sujeito de direitos, nos termos do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo que ela se veja como co-autora das decisões que recairão sobre sua pessoa e, assim, ter pelo Judiciário a oportunidade de romper com uma situação de dominação e de violência que lhe permitirá mais adequadamente se recolocar na vida como sujeito autônomo.

Essa percepção é defendida por teóricos na área que dizem acreditar

[...] ser muito importante ouvir a criança e, talvez, seja este o meio eficaz de o Estado fazer sua intervenção no momento certo. Conside-

rando também que, se a criança é passível de erro em sua opinião, não o é mais do que os adultos.

Somente ouvindo as crianças poderemos determinar se são ou não capazes de consentir por si mesmas, se serão ou não qualificadas como testemunhas competentes e, assim, nós, adultos, teremos a possibilidade de mudar nossos conceitos, enraizados e atávicos (JUNQUEIRA, apud AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 172).³

Mais do que isso, como aponta Furniss, embora a imensa maioria das crianças não exerça nenhum papel ativo no início do abuso sexual, são todas ativas participantes da interação abusiva, sendo importante entender que também um papel passivo e não iniciador da vítima constitui uma atividade de participação que é a base da experiência da criança abusada. Esse aspecto interativo de participação se refere ao conceito psicológico de sentimentos de avaliação da experiência e faz que a criança se sinta responsável pelo próprio abuso, embora possa, de fato, nunca ser responsável (FURNISS, op. cit, p. 9).

É justamente por isso que, ainda segundo o mesmo autor, posturas aparentemente protetivas de não ouvir a criança e tomar o fato apenas como de responsabilidade do agressor levam a uma mensagem muito diferente para a criança, de denegação de sua experiência e, com ela, de denegação da própria criança. O que está em questão, no fundo, é a dificuldade do adulto de ouvir a experiência dessa criança como também de acreditar nela. Tal postura mantém a síndrome de segredo que propiciou a situação abusiva, gerando, por consequência, um dano secundário (op. cit, p. 13).

Conforme o escólio de José Antônio Daltoé Cezar, na magistral obra *Depoimento sem Dano* (2007, p. 48), existem diversas razões para que o silêncio da criança e do adolescente abusados venha a ocorrer, destacando-se;

[...] ameaças, físicas ou psicológicas, que fazem com que a criança tema por si, por sua família ou por alguém por quem nutra afeto; crianças mais novas, que não possuem conhecimento das coisas do sexo, podem ver o abuso sexual como algo normal, e, portanto, não se sentem impelidas a relatar o ocorrido; distorção da realidade – o abusador manipula a realidade da criança de modo que ela sinta que é a abusadora, e ele, a vítima, conseguindo, assim, alterar, pelo menos psicologicamente, os papéis que cada um exerce na ação; medo da perda da atenção do abusador, pessoa que a seduziu e por quem nutre afeto; medo da punição pela ação que participou; medo de que não acreditem nela e que por isso possam puni-la pela mentira; culpa pela ação que participou – não no sentido legal, mas no sentido psicológico – eis que queira ou não, está a criança ligada à interação abusiva, ainda que, participando de forma passiva, e a criança equivocava-se, pensando ter participado ativamente do abuso e também ser responsável pela sua ocorrência; falta de evidência médica acerca do abuso. A essas razões ainda se somam a negação e a dissociação referidas por Dobke (2001, p. 35): “A negação, no sentido psicológico, difere da mentira. Nesta, a criança, ou seus familiares, têm consciência do fato abusivo e, naquela, não há essa consciência, cria-se uma estrutura negadora de realidade da experiência que impede a vítima de ver abuso como abuso. [...] O mecanismo de defesa da negação leva o abuso ao segredo, permitindo uma sobrevivência psicológica, que, na fase adulta, torna-se obstáculo a uma efetiva integração psicológica. [...] Na dissociação, mecanismo de defesa, a vítima separa o abuso sexual, fato real, dos sentimentos que ele gera, garantindo que as emoções causadas pela situação traumática não interfiram em sua vida. Tal mecanismo de defesa é utilizado também pelo abusador (Furniss, 1993, p. 35)”.

³Ver, no mesmo sentido, Furniss, op. cit., p.6.

Essa Lei do Silêncio, portanto, impede que o depoimento da criança ou do adolescente possa ser colhido da forma tradicional.

O atual sistema processual e de lógica jurídica e cognitiva exige, de forma equivocada, da criança ou do adolescente abusado sexualmente discursos lógicos, o que colabora para tornar frágeis as provas orais colhidas, possibilitando injustiças. Isso, conforme lembra José Antônio Daltoé Cesar, colabora para que, em casos de abuso sexual, os acusados consigam desqualificar a acusação, trazendo novo trauma para a vítima e a impunidade para o ofensor, na medida em que essa prática “deixa de atentar preconceitos adultomórficos, que aceitam como prova somente um discurso lógico como o do adulto, partindo da idéia de que existe uma simetria entre o adulto testemunha e a criança testemunha” (op. cit., p. 65).

Mesmo em casos mais simples de maus-tratos, se é que podemos considerar que eles existam, esses depoimentos judiciais geram uma situação bastante estressante do ponto de vista emocional. E, quando se trata de crianças, a situação se mostra ainda mais difícil, diante da sua imaturidade biológica e psíquica, na medida em que não contará com recursos internos para superar com razoabilidade essas situações emocionais extremadas.

Assim, há que se modificar os paradigmas, como está bem delineado nas justificativas do Projeto de Lei nº 7.524/06, de autoria da deputada Maria do Rosário e que hoje tramita perante o Congresso Nacional, a fim de inserir o presente procedimento como forma procedimental obrigatória nos processos de julgamento dos crimes contra a liberdade sexual com vítima ou testemunha que seja criança ou adolescente:

A produção de tal prova, nas condições referidas, não é tarefa fácil no meio forense, eis que a capacitação dos agentes que nele atuam – Juízes, Promotores de Justiça e Advogados – para inquirirem crianças e adolescentes traumatizados, quase que sempre se mostra inexistente e insuficiente, terminando por revitimizar as crianças e adolescentes agredidas, podendo nelas causar um dano psi-

quico secundário, o qual em alguns casos pode ser maior que o dano primário, aquele causado pelo agressor. Também os espaços físicos das salas de audiência não são projetados para deixarem crianças e adolescentes, vítimas de maus-tratos, especialmente abuso sexual, tranquilos, à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e dos seus sofrimentos, das suas queixas, pois a par de serem ambientes formais e frios, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e o depoente, também guardam em seu interior diversas pessoas que necessitam participar daquele ato, todas elas estranhas e quase que sempre inamistosas à figura de quem está depondo. Tais condições de funcionamento das audiências, presentes quase que na integralidade do sistema forense nacional, determina que não raras vezes as crianças e adolescentes nada falem, muitas vezes chorem e fiquem emocionalmente impedidas de apresentarem um relato minimamente lógico e aceitável, fiquem tensas e amedrontadas, circunstâncias essas que inviabilizam a responsabilização do agressor, ante a fragilidade da prova produzida. Por tais razões, é preciso que se questione a abordagem judicial como em regra vem sendo realizada, para que se concluindo pela sua precariedade, sejam buscadas soluções dentro da ordem constitucional, com obediência ao contraditório e ampla defesa, de melhor inquirir crianças e adolescentes vítimas, bem como todas aquelas que necessitam serem ouvidas em juízo, inclusive como informantes, evitando assim que lhes sejam causados danos psíquicos, bem como consigam emprestar qualidade aos fatos narrados em seus depoimentos, permitindo dessa forma que também se responsabilize o agressor.

2 O projeto gaúcho do “depoimento sem dano”

A solução para o problema levantado, para além da cumulação da competência para processamento dos crimes contra a criança e o adolescente

na Vara responsável pela infância e juventude, demanda ainda a implementação de projeto inovador de inquirição de crianças e adolescentes, evitando justamente a vitimização secundária e reduzindo a possibilidade de injustiças. Trata-se do projeto “depoimento sem dano”, implementado no Estado do Rio Grande do Sul, seguindo uma recomendação da literatura especializada de que “o primeiro encontro com uma criança que se supõe ou de fato tenha sido sexualmente abusada deve essencialmente buscar a melhor forma de comunicação com ela” (MATTOS, apud FERRARI; VECINA, 2002, p. 185).

Por isso, para facilitar o depoimento da criança/adolescente, faz-se necessário que este seja colhido em uma sala reservada e acolhedora, de preferência, com “pessoas de confiança” e que estejam preparadas para analisar os relatos indicados pela vítima. Ainda segundo Furniss (2002, p. 188), “pessoas de confiança” são os profissionais em cuja presença crianças/adolescentes que sofreram abuso sexual se sentem suficientemente seguras para começar a comunicar a realidade secreta do abuso sexual. A presença dessas pessoas pode evitar o aumento da ansiedade que costuma conduzir à compreensível mentira e negação quando as crianças são encaminhadas a entrevistas de revelação com pessoas que jamais viram antes e das quais ficam com medo. Essas pessoas de confiança proporcionam suporte emocional e dão à criança a licença explícita para revelar o abuso.”

Essa inquirição, e aí o segundo enfoque deste processo, deve seguir uma orientação já prescrita antes mesmo do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O Poder Judiciário, assessorado por psicólogos e assistentes sociais, poderia, através desses técnicos ou com a ajuda destes, ouvir a criança antes de determinar seu destino” (JUNQUEIRA, apud AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 172).

Essa foi a orientação que ditou as obras da promotora de Justiça Velda Dobke (2001) e do magistrado José Antônio Daltoé Cesar e que levou à implementação do projeto “Depoimento sem dano”, na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre/RS. A primeira audiência foi realizada no dia 6 de maio de 2003, com a presença dessas autoridades e da Dra. Sônia Biehler da Rosa,

magistrada aposentada do Rio Grande do Sul, psicóloga e mestre em psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo atuado como técnica responsável pela inquirição a Dra. Márcia Rublescki, psicóloga judiciária lotada no Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre.

Naquela comarca as crianças e os adolescentes vítimas de abuso ou exploração sexual são ouvidas por técnica(o) devidamente capacitada(o), em sala apartada à de audiência, dotada de equipamento de informática que permite a filmagem da inquirição e sua reprodução em sala de audiência e, contando com equipamentos sonoros, possibilita que a inquirição seja conduzida à distância pelo juiz, que faz as reperguntas apresentadas pelo promotor de justiça e pelos advogados das partes.

O depoimento é transcrito e as imagens, gravadas para reprodução em qualquer processo e mesmo no tribunal. Evita-se, com isso, a exposição da criança/adolescente a estranhos, a perguntas formuladas de modo inadequado e intimidativo, causadoras de desnecessária situação aflitiva às vítimas.

Cumprido registrar, ainda, que tal experiência vem sendo executada, já há mais tempo, em várias comarcas argentinas, nas quais a inquirição da criança dá-se por profissional habilitado, com a utilização justamente de câmaras de Gesel, em que a sala conta com uma das paredes de vidro espelhado – unidirecional – que permite aos operadores do direito, do lado externo, observar a criança e o “intérprete”, sem serem percebidos, com a possibilidade de se comunicarem por meio de intercomunicadores (SANZ; MOLINA, 1998, apud DOBKE, 2001, p. 92).

Em termos processuais, a autora gaúcha assinala a garantia reservada aos acusados:

[...] a inquirição na câmara de Gesel prescinde da aquiescência da defesa técnica, pois as partes podem fazer perguntas à vítima através do “expert”, e o acusado, sem contato com a criança, estará junto ao seu defensor para as informações que quiser lhe transmitir. Assim, com a inquirição por “expert” na câmara de Gesel, assegurados estariam os direitos constitucionais do acusado e da vítima, pois, se é certo que devemos garantir a esta a não-acu-

sação de dano secundário na tomada de suas declarações, ninguém irá duvidar que não podemos negar àquele o devido processo legal. (Op. cit, p. 92/93).

A utilização de câmeras, tal como se dá no Rio Grande do Sul, supera a dificuldade arquitetônica, sem prejuízo do acompanhamento do depoimento, como se dá na Argentina. A defesa, como apontado, se vê mais assegurada, porque se permite o acompanhamento do suposto agressor, contribuindo para o assessoramento de seu defensor.

Essa nova forma de se colher o depoimento tem como motes principais, além da eficiência no registro das informações, a redução do dano – na medida em que, em existindo situação de violência sexual, não há como o depoimento judicial ou extrajudicial não vir a causar danos, em especial, na vítima – durante a produção de provas em processos, sejam eles de natureza civil, criminal ou afetos à competência da Vara da Infância e da Juventude, e valorizar a palavra da criança ou do adolescente, seja vítima ou testemunha. E isso somente ocorrerá se respeitada a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

A equipe técnica possui papel fundamental durante o depoimento, na medida em que o técnico que vier a efetivar o papel de entrevistador, seja este assistente social ou psicólogo, deve facilitar o depoimento da criança e do adolescente, buscando o bem-estar do depoente e a qualidade da prova a ser produzida. Também deverá o técnico estar capacitado a exercer a referida função, com “conhecimento teórico relativo à dinâmica do abuso, preferencialmente com experiência em perícias” e “possuir pensamento hábil e articulado que permita a fácil compreensão e interação de todos que estão a participar do ato judicial” (Cezar, 2007, p. 66).

3 Legalidade do procedimento

Evidentemente que todo esse procedimento deve garantir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do pleno contraditório e da presunção de inocência, previstos nos arts. 5º, incisos LIV, LV e LVII, respectivamente, da

Constituição Federal brasileira. A oitiva deve ser procedida na presença do magistrado, do membro do Ministério Público, do réu e de seu defensor, em processos previstos na lei.

Nem se diga que a hipótese é similar à do interrogatório virtual, na medida em que se garante a presença do réu na sala de audiências e, pelo sistema, é possível a todas as partes envolvidas no processo observar toda a sala onde a criança ou o adolescente será ouvido.

Como se sabe, o interrogatório por videoconferência vinha sendo considerado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça como procedimento legal e constitucional de se obter a versão da vítima, a saber:

HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, na hipótese, conta com o auxílio de dois defensores, um na sala de audiência e outro no presídio.

2. A declaração de nulidade, na presente hipótese, depende da demonstração do efetivo prejuízo, o qual não restou evidenciado.

3. Ordem denegada.

(HC 76.046/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10.05.2007, DJ 28.05.2007, p. 380)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE SISTEMA DE VÍDEOCONFERÊNCIA OU TELEAUDIÊNCIA EM REAL TIME. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE, PARA CUJO RECONHECIMENTO FAZ-SE NECESSÁRIA A OCORRÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO, NÃO DEMONSTRADO, NO CASO.

Recurso desprovido.

(RHC 15.558/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14.09.2004, DJ 11.10.2004, p. 351)

Entretanto, em recente decisão, a nossa Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade do meio utilizado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, parágrafo único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu (STF - HC 88914/SP – Min. Cezar Peluso – j. 14.08.2007 – DJU – 117 – p. 05.10.2007, p. 037).

Vê-se pelo próprio teor da referida ementa que a situação era peculiar, na medida em que o réu não havia sido citado e tampouco se justificava, para aquela hipótese, sua oitiva por meio da videoconferência. Entretanto, no sistema do Depoimento com Redução de Dano, deve-se resguardar, como já salientado, a presença do réu citado na sala de audiência, acompanhado de seu defensor, e também com a presença da criança ou o do adolescente nas dependências do fórum, garantindo as imagens e o som todo o acompanhamento dos atos praticados naquele local. Assim sendo, não há violação a qualquer um dos princípios da igualdade, da publicidade, da ampla defesa e do pleno contraditório.

O depoimento deverá ser colhido de maneira interativa, em duas salas interligadas por equipamentos de som e imagem, não ultrapassando o tempo máximo de uma hora e meia de trabalho com a criança ou o adolescente.

O local destinado às crianças e aos adolescentes deverá ser reservado, tranquilo e acolhedor, equipado com uma câmera de TV, microfones e um fone de ouvido, com isolamento de som e luminosidade própria para captação de imagem nítida. A vítima ou testemunha prestará depoimento a um profissional (assistente social ou psicólogo designado para atuar como facilitador), enquanto na sala de audiências ficarão juiz, promotor, advogados e partes. A sala de audiências deverá estar equipada com microfones, uma TV, de preferência, com no mínimo 29 polegadas e um computador pelo qual será controlada a câmera da sala onde estará a vítima, permitindo captar todos os movimentos, bem como fazer *zoom* de imagem.

De forma interativa o juiz fará as perguntas à vítima, por intermédio do profissional que se encontra com esta. Dessa maneira, não a expõe às outras pessoas e, principalmente, evita o encontro com o agressor no momento da audiência, o que também irá beneficiar a colheita do depoimento de forma isenta.

Durante a audiência será efetivada a gravação de som e imagem em CD (em CD-R não é possível alterar a gravação) e a audiência será degravada. O CD e o termo de audiência degravado deverão ser anexados aos autos constituindo-se em peça integrante do processo (o CD será inserido na contracapa do processo). Por questão de segurança, cópia do CD deverá ser mantida em arquivo próprio para eventual necessidade de cópia destes documentos.

Hoje, conforme mencionado, há projeto de lei visando tornar obrigatória a utilização desse procedimento nos processos e julgamentos dos crimes contra a liberdade sexual com vítima ou testemunha que seja criança ou adolescente, cujo texto é apresentado na íntegra, inclusive para que o debate possa ser ampliado:

PROJETO DE LEI Nº 7.524/2006
(Deputada Maria do Rosário)

Acrescenta o Capítulo IV-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, dispondo sobre o processo e julgamento dos delitos tipificados no Título VI, Capítulo I, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, com vítima ou testemunha criança ou adolescente.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta Lei acrescenta o Capítulo IV-A ao Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, dispondo sobre o processo e julgamento dos delitos tipificados no Título VI, Capítulo I, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, com vítima ou testemunha criança ou adolescente.

Art. 2º Acrescente ao Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Capítulo IV-A seguinte.

CAPÍTULO IV-A DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL COM VÍTIMA OU TESTEMUNHA CRIANÇA OU ADOLESCENTE.

Artigo 530-A. Far-se-á a inquirição judicial de crianças e adolescentes, como vítimas ou testemunhas, na forma prevista neste capítulo:

I – Na salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional do depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II – Por motivo de idade do depoente, para que a perda da memória dos fatos não advenha em detrimento da apuração da verdade real;

III – Para evitar a revitimização do depoente, com sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos criminal, cível e administrativo.

Artigo 530-B. Na inquirição de crianças e adolescentes, como vítimas ou testemunhas de delitos tipificados no Título VI, Capítulo I, do Código Penal, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I – A inquirição será feita em recinto diverso da sala de audiências, especialmente projetado para esse fim, o qual conterà os equipamentos próprios e adequados à idade e à etapa evolutiva do depoente;

II – Os profissionais presentes à sala de audiências participarão da inquirição através de equipamento de áudio e vídeo, ou de qualquer outro meio técnico disponível;

III – A inquirição será intermediada por profissional devidamente designado pela autoridade judiciária, o qual transmitirá ao depoente as perguntas do Juiz e das partes;

IV – O depoimento será registrado por meio eletrônico ou magnético, cuja gravação e mídia passarão a fazer parte integrante do processo. Parágrafo único: A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes, poderá adotar idêntico procedimento em relação a crimes diversos dos mencionados no *caput*, quando, em razão da natureza do delito, forma de cometimento, gravidade e consequências, verificar que a presença da criança ou adolescente na sala de audiências possa prejudicar o depoimento ou constituir fator de constrangimento em face de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Artigo 530-C. Para apuração dos crimes previstos no artigo anterior será permitida a produção antecipada de prova.

Artigo 530-D. O procedimento da produção antecipada de prova poderá ser preparatório de ações cíveis ou criminais.

Artigo 530-E. O pedido de produção antecipada de prova poderá ser determinado de ofício pelo Juiz ou proposto por pelo Ministério Público, através de manifestação fundamentada, com referência aos fatos sobre os quais a prova haverá de recair.

Artigo 530-F. A produção antecipada de prova poderá consistir em inquirição de testemunha ou vítima e exame pericial.

§ 1º. Tratando-se de inquirição de vítima ou testemunha, será intimado o interessado a comparecer à audiência em que será o depoimento prestado, inclusive para que se faça acompanhar de advogado, ao qual será fornecida cópia da justificativa apresentada pelo Ministério Público. Ausente o interessado na audiência de inquirição, ou, estando presente, não possuir procurador constituído, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

§ 2º. Sendo hipótese de prova pericial, esta deverá ser realizada por perito oficial ou, na falta, por pessoa idônea, portadora de curso superior, nomeada pelo Juiz, facultada a indicação de assistentes técnicos e apresentação de quesitos.

Artigo 530-G. Realizada a produção antecipada em caráter preparatório, entendendo a autoridade judiciária ou o Ministério Público que os fatos relatados poderão ensejar a instauração de inquérito policial ou procedimento perante o Conselho Tutelar, providenciará que cópia do depoimento e da mídia contendo a gravação sejam encaminhadas [sic] às autoridades competentes.

§ 1º. Tratando-se de prova oral, efetivada a produção antecipada, o depoimento instruirá o inquérito policial, o expediente administrativo perante o Conselho Tutelar ou quaisquer expedientes perante o Ministério Público, sendo vedada a reinquirição do depoente, exceto se for ela autorizada judicialmente.

§ 2º. A reinquirição do depoente, após iniciada ação judicial, constituir-se-á em medida excepcional, devendo ser fundamentadamente justificada.

Artigo 530-H. Nos processos de competência do Tribunal do Júri, tendo a inquirição do depoente sido realizada na forma desta lei, poderá a autoridade judiciária indeferir a sua reinquirição em plenário, quando houver justo receio de que esta possa causar-lhe quaisquer dos danos elencados no art. 530-A.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Embora seja de todo recomendável a aprovação do projeto de lei, inclusive para garantir que a criança ou o adolescente tenha o direito de ser ouvida(o) pelo sistema do Depoimento com redução de dano, sempre que possível e adequado para, o fato é que o procedimento pode ser utilizado, como efetivamente tem sido no Rio Grande do Sul, conforme entendimento já consolidado no Egrégio Tribunal daquele Estado, *verbi gratia*:

Ouvida judicial de uma das vítimas, através do Projeto Depoimento sem Dano, nos autos da Ação de Destituição de Pátrio Poder, ratificando a ocorrência dos abusos sexuais perpetrados por seu pai, contra si e as demais ofendidas. Omissão penalmente relevante em relação à acusada, já que, na condição de mãe e avó das menores, tinha a obrigação legal de proteção e vigilância, podendo e devendo agir para impedir os resultados, o que não foi feito. Versão exculpatória não comprovada *quantum satis*. Édito condenatório baseado não apenas em provas que não foram colhidas sob o crivo do contraditório, mas, fundamentalmente, no conjunto probatório construído nos autos. Não-violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Condenação mantida. Defesa dos réus patrocinada por defensores constituídos durante todo o processado. Caso em que não se presume a falta de condições. APELAÇÕES IMPROVIDAS (TJRS – Apelação Crime nº 70020157558, Oitava Câmara Criminal, Relatora Des. Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/08/2007).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVA. PENA. Se a vítima, ainda que criança, com 5 anos de idade, identifica, já logo após o fato, o autor dos abusos que revelou (sexo oral e esfregar, nas suas nádegas, de pênis), havidos no interior de estabelecimento penitenciário, quando fazia visita ao pai, tal qual deram conta, em juízo, funcionário da SUSEPE e o próprio pai, confirmando, ouvida no Projeto Depoimento Sem Dano, os acontecimentos, de

forma coerente, ao cabo do que tornando a reconhecer o apelante, colocado junto com dois outros, ainda que sem termos mais categóricos, forçosa é a condenação. Réu com condenações por crimes da mesma espécie, também contra criança. Operadores do art. 59 do Código Penal não inteiramente favoráveis, recomendando afastamento da sanção do mínimo legal. A reincidência é agravante legal, que como tal deve ser considerada, sob pena de violação à lei federal. Apelo parcialmente provido para redução de pena (TJRS – Apelação Crime nº 70012649471, Sétima Câmara Criminal, Relator Des. Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 20/10/2005).

Esse procedimento pode ser utilizado não apenas nos processos criminais, mas também nas ações cíveis e, principalmente, nas ações perante o Juízo competente da Infância e da Juventude. E, seguindo os princípios norteadores suso mencionados, recomenda-se que a oitiva seja feita apenas uma vez, com a efetiva citação e intimação do(a) agressor(a), utilizando o depoimento como prova emprestada nos demais feitos, prática esta considerada legal, inclusive em processos criminais, conforme entendimento que hoje prevalece no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE SETE ANOS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PALAVRA DA OFENDIDA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM EXAME METICULOSO DA PROVA PRODUZIDA, QUE NÃO SE LIMITOU AO DEPOIMENTO DA MENOR. LAUDOS PSICOLÓGICOS, MÉDICOS E PSIQUIÁTRICOS QUE CONFIRMARAM A HIGIDEZ DAS ALEGAÇÕES DA VÍTIMA. FARTA PROVA TESTEMUNHAL. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL.

WRIT DENEGADO. A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ. A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações, inexistindo, assim, ofensa ao princípio do contraditório. Precedentes do STJ. Habeas Corpus denegado, em conformidade com o parecer do MPF. (STJ - HC 63.658/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 27.08.2007, p. 278) E, nesta mesma esteira: HC 68.155/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 562; HC 66.873/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17.05.2007, DJ 29.06.2007, p. 674; HC 53.160/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03.10.2006, DJ 27.11.2006, p. 293; e HC 41.805/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 319; HC 31.091/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02.03.2004, DJ 29.03.2004, p. 260).

Aliás, não se vislumbra qualquer impedimento para que a colheita do depoimento da criança ou do adolescente, por meio dessa sistemática, possa ser feita em uma ação cautelar de antecipação de provas, no âmbito da Vara da Infância e da Juventude ou mesmo perante a Vara da Família, ou, ainda, por antecipação de provas em processo-crime, desde que fundamentada a necessidade, por todas as razões já expostas, em especial, para se evitar revitimização futura; para se garantir que seja resguardada a documentação dos reais fatos ocorridos,

principalmente, porque é fato notório que a memória de uma criança ou mesmo de um adolescente difere da de um adulto; para que a prova possa ser colhida no melhor momento, no interesse do depoente, a fim de que possa ser utilizada em todas as ações cabíveis, visando ao afastamento do agressor do lar, à destituição ou suspensão do poder familiar; ou ainda, para que haja a responsabilização civil ou criminal do ofensor. Inclusive, no âmbito criminal, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. RÉU FORAGIDO. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL REQUERIDA PELA ACUSAÇÃO. A produção de prova testemunhal é considerada urgente pelo Código de Processo Penal (art. 92), justificando sua produção antecipada na hipótese prevista no art. 366, do CPP, com a redação introduzida pela Lei nº 9.271/96. Precedentes. Não é desfundamentada a decisão que determina a produção antecipada de prova testemunhal requerida pelo Ministério Público, sob o argumento de que a demora e incerteza quanto ao comparecimento do réu pode determinar seu perecimento, seja pela não localização das testemunhas, seja pelo esquecimento dos fatos. Ordem denegada (STJ - HC 42.684/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 299).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL. REVELIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. NECESSIDADE. CPP, ARTS. 92 E 366.

Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada. Exegese dos arts. 92 e 366, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário provido. Segurança concedida (STJ - RMS 11.923/SP, Rel. Ministro VICENTE

LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 04.06.2002, DJ 01.07.2002, p. 395). Também neste sentido: (HC 61.584/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 364, e HC 57.241/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 325).

Conclusão

Demonstrar, efetivamente, que uma criança ou um adolescente teve seus direitos violados não é nada fácil, em especial, porque nas situações de violência intrafamiliar, elas ocorrem geralmente dentro de quatro paredes e na residência da própria vítima, “asilo inviolável” para a Constituição Federal brasileira, além de muitas vezes não ser possível a comprovação mediante perícia médica por não deixarem vestígios materiais. Como sustentado, além da dificuldade de trazer, nesses casos, a verdade real, o processo judicial ou extrajudicial acaba por revitimizar as pessoas, o que pode ocasionar um dano psíquico secundário que, em algumas situações, pode ser maior do que o dano primário provocado pelo agressor.

Assim, como forma alternativa, buscando alterar essa condição para colher depoimento de crianças e adolescentes, é que restou proposto no Brasil, pela primeira vez, o já mencionado Projeto Depoimento Sem Dano (DSD), desenvolvido desde 2003 pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que recebeu menção honrosa na 3ª edição do “Prêmio Inovare: a Justiça do Século XXI”, criado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) para identificar, premiar, sistematizar e disseminar práticas pioneiras e bem-sucedidas de gestão do Poder Judiciário, do Magistério Público e da Defensoria Pública, que estejam contribuindo para modernização, desburocratização, melhoria da qualidade e eficiência dos serviços da Justiça. E a matéria jornalística a respeito desse projeto, escrita pela jornalista Fernanda Sucupira e publicada na “Carta Maior”, 15 de dezembro de 2006, foi vencedora da categoria mídia alternativa do 3º Concurso Tim Lopes para Projetos de Investigação Jornalística, realizado pela Andi e pelo Instituto WCF-Brasil, com o apoio do Unicef, da OIT, da Fenaj e da Abraj.

Além da ampliação do projeto no próprio Estado do Rio Grande do Sul, outros tribunais estaduais também estão desenvolvendo projetos para a sua implantação. Aliás, conforme noticiou a imprensa,

[...] o Governo federal pretende disseminar a experiência gaúcha. A Secretaria Especial de Direitos Humanos vai apoiar a reprodução da experiência do “Depoimento Sem Dano” em outros Estados, repassando recursos para os equipamentos audiovisuais e para capacitar técnicos, juízes e promotores. Por isso, a partir de outubro deste ano (2006), a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), em parceria com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, passou a apoiar a disseminação da experiência em outros Estados, junto às varas da infância e da juventude. Estão sendo firmados convênios com os tribunais de Justiça interessados em implantar esse modelo no ano que vem, para repassar recursos que serão destinados à aquisição dos equipamentos audiovisuais necessários e para capacitar técnicos, juízes e promotores nesse procedimento [...] E, os custos do projeto são baixos, segundo o juiz José Antonio Daltoé César, idealizador e coordenador da experiência em Porto Alegre. Replicar esse modelo em todos os Estados brasileiros, portanto, seria viável. “Quando foi implantado, em 2003, de forma precária, foram necessários apenas R\$ 4 mil, sem o computador. No ano seguinte, ao se tornar institucional e receber equipamentos melhores, o custo foi de R\$ 8 mil e para ser estendido a outras comarcas do Rio Grande do Sul, investindo em tecnologia ainda mais avançada, não passou de R\$ 14,5 mil. É só o custo de implantação, depois o CD custa um real ou dois, qualquer funcionário mexe com isso. O importante é convencer as pessoas, não adianta querer impor” (Disponível em: www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php).

A implementação desse projeto, conforme suso mencionado, não depende de lei específica,

sendo possível a adoção desses procedimentos em nossos processos judiciais. Basta a vontade política dos respectivos tribunais estaduais, uma vez que essa experiência, que não é somente nossa, mas que existe também em outros países como Espanha e França, tem se mostrado exitosa, como uma alternativa eficiente para a redução do dano na oitiva de crianças e adolescentes em ações judiciais, em especial, nos casos de abuso sexual.

A utilização desse sistema de colheita do depoimento pessoal de menores será mais eficiente se efetivada *ab initio*. Assim, em havendo a notícia do fato delituoso, a oitiva pode ser feita apenas uma vez, bastando ao Ministério Público promover ação cautelar de produção antecipada de provas. O depoimento colhido pode ser utilizado em qualquer processo judicial (penal, civil ou previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente) ou, melhor, pode também afastar a necessidade da oitiva da criança ou do adolescente pela polícia judiciária, reduzindo ainda mais os danos secundários.

No Estado de São Paulo, o projeto está sendo avaliado e desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, por intermédio da Coordenadoria da Infância e da Juventude, atualmente conduzida pelo eminente Des. Antônio Carlos Malheiros, em conjunto com a Corregedoria Geral de Justiça. A necessidade da sua rápida implementação também foi reafirmada em recente evento ocorrido na Capital e na Comarca de Campinas. Realizado nos dias 25 e 26 de junho de 2007 em Campinas, o evento foi organizado pela Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AASPTJSP) e pela Vara da Infância e da Juventude de Campinas, em parceria com a Coordenadoria da Infância e da Juventude do TJ/SP, Corregedoria Geral da Justiça, Escola Paulista de Magistratura, CAO da Infância do Ministério Público, ABMP, WCF, CNRVV do Instituto Sedes Sapientiae, a ONG francesa Antígone, Recherche, Confeil et Formation, com patrocínio da Medley e apoio do Senai. O evento reuniu 280 profissionais da região com formação em Direito, Psicologia, Serviço Social, Medicina, Enfermagem, representantes das Secretarias Municipais, do Poder Judiciário, da Promotoria Pública, dos Conselhos Tutelares. Na oportunidade, foram

palestrantes a Dra. Marlene Iukusch, Psicóloga que atua no Tribunal de Justiça de Paris/França e o Dr. José Antônio Daltoé César, um dos idealizadores do projeto gaúcho. As mesas-redondas e palestras trataram dos eixos:

- a) entendimento e diferenciação dos fenômenos do abuso sexual e da exploração sexual comercial de crianças e jovens;
- b) trabalho articulado em rede;
- c) proteção da criança e do adolescente vitimizados e responsabilização do agressor;
- d) prevenção dos fenômenos de abuso e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes;
- e) formação profissional.

Os eixos foram trabalhados em quatro grupos em oficinas para elaboração de proposições em torno dos avanços e dos desafios que a prática sobre a realidade de crianças e adolescentes vulneráveis ao abuso e à exploração sexual nos traz. As proposições do I Seminário realizado em Campinas, dentre elas, a ratificação da necessidade de se estudar e buscar implementar da melhor maneira o procedimento do depoimento com redução do dano, foram apresentadas e debatidas durante o I Seminário Internacional sobre atenção, proteção e prevenção a crianças e adolescentes vulneráveis à violência sexual, com a participação de mais de 500 pessoas, realizado em 27 de junho na Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), em parceria com a AAAPTJSP, Vara da Infância e da Juventude de Campinas (TJ/SP) e Childhood – Instituto WCF-Brasil. Nesse evento, foram lançados o “Projeto Laços da Rede” e o livro *Quero voltar para casa: trabalho em rede e o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes que vivem em abrigos* (AASPTJSP; AiBi; CMDCA/SP). O evento foi prestigiado pelos digníssimos membros do Conselho Superior da Magistratura paulista, presidente Des. Celso Limongi, vice-presidente Des. Caio Eduardo Canguçu de Almeida, corregedor-geral da Justiça Des. Gilberto Passos de Freitas e pelo Des. Marcus Vinícius dos Santos Andrade, diretor da Escola Paulista da Magistratura.

Há que se entender que, muito mais do que simples conveniência, existe também o direito subjetivo da criança ou do adolescente, vítima de maus-tratos, em especial, de abuso sexual, de ser ouvido judicialmente de forma a minimizar sua dor, evitando-se a ocorrência de danos secundários. E esse direito funda-se no princípio da prioridade absoluta estabelecido não só no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também taxativamente no art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em que restou previsto que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Embora ainda não haja entendimento jurisprudencial nesse sentido, a toda evidência, uma vez implantado o projeto, o magistrado deverá, sempre que possível e se adequada para a hipótese específica, utilizar-se do sistema de colheita do depoimento com redução de dano. E, nesse sentido, já se decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. OITIVA DE VÍTIMA DE CRIME SEXUAL. PROCEDIMENTO DO “DEPOIMENTO SEM DANO”. – O mandado de segurança ganhou assento constitucional como meio de proteção dos direitos individuais e coletivos do cidadão, contra abuso do Poder Público (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal). – O Ministério Público tem legitimidade para propor a medida quando em favor do cidadão. – Desnecessário o procedimento denominado “depoimento sem dano” quando a julgadora, com farta experiência prática e reconhecida formação teórica, entende estar apta para preservar a integridade psicológica das vítimas durante sua inquirição. – Pelo sistema vigente, cabe ao juiz processante estabelecer a forma de inquirição das partes. À unanimidade, denegaram a segurança. (TJRS – Mandado de Segurança nº 70013707641, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 08/03/2006).

O fato é que está na hora de modificarmos os nossos paradigmas e buscarmos a efetiva garantia dos direitos de nossos infantes, inclusive durante o processo judicial.

MELO, E. R.; KIM, R. P. P. Testimony with damage reduction and the importance of its implementation and operation for child and adolescent victims of abuse. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 387-406, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** It is not easy to prove that a child or adolescent's rights have been violated, especially when abuse comes from within the family, as it often happens behind closed doors and leaves no traces, making it very difficult to find out what really happened. Current judicial procedures usually fails to bring out the truth and ends up causing new psychological damage upon the victim, sometimes worse than the one caused by the aggressor. As a new alternative to obtain reliable testimony from children and adolescents, the Rio Grande do Sul State Justice Court has been developing and operating since 2003 project "Testimony Without Damage". Minors who are victims of sexual abuse or sexual exploitation are interviewed by a social worker or psychologist who, in order to help them break the so called "law of silence", must ease the process of their deposition seeking to ensure their well-being as well as the reliability of the evidence that is obtained from them. The child or adolescent is heard in a separate room equipped with computer and video-audio system. Everything is recorded and the testimony is conducted by the judge, who remains with the prosecutor, lawyers and the defendant in the courtroom. Development of the project does not require new and specific legislation, as its procedures may be used in our current legal system. State Courts political will is enough to build it. The system will be more efficient if it is used right at the beginning of any judicial proceedings. Hearing children or adolescents at the beginning and using their recorded testimony further ahead during the process, whether crimi-

nal, civil or as established by the Child and Adolescent Code, will reduce secondary damages.

• **KEYWORDS:** Sexual abuse. Sexual exploitation. Children. Teenagers. Law of silence. Deposition. Victim. Witness. Primary injury. Secondary injury. Deposition with no injury. Deposition with reduction of injury. Anticipated proof proceeds.

Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aidê, 1991.
- ARCHARD, David. *Children. Rights and childhood*. London: Routledge, 1998.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1991.
- BOWLBY, John. *Apego. A natureza do vínculo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BURGOA, José A. Paja. *La convención de los derechos del niño*. Madrid: Tecnos, 1998.
- CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano – uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.
- CORSARO, Willian. *The sociology of childhood*. Thousand Oaks, Pine Forge Press, 1997.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *É possível mudar. A criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CURY, Munir et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DA SILVA, José Luiz Mônico. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DEL PRIORE, Mary. *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1995.
- DIÁRIO do Grande ABC, 5 fev. 2006, p. 1, levantamento da Secretaria de Segurança. Caderno Sete Cidades, DOBKE, Valeda. *Abuso sexual – a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

- DONALDSON, Margaret. *A mente da criança*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- ESCARDÓ, Florencio. *Los derechos del niño*. Buenos Aires: Fundasap, 2004.
- FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva. *Circuitos e curtos circuitos nos fluxos de responsabilização, atendimento e defesa relativos ao abuso sexual*. São Paulo: Veras Editora, 2001.
- FLANDRIN, Jean-Louis. *Famílias. Parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga*. Lisboa: Estampa, 1991.
- FREITAS, Marcos Cezar. *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1996.
- FURNISS, Tilman. *Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.
- GARCIA, Márcia R. Cavalheiro. *Teorias e técnicas do atendimento social em casos de violência intrafamiliar na infância e na adolescência*. In: FERRARI, Dalka; VECINA, Tereza. *O fim do silêncio na violência familiar. Teoria e prática*. São Paulo: Agora, 2002.
- GOLDSTEIN, Joseph et al. *No interesse da criança?* São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- JAMES, Allison; PROUT, Alan. *Constructing and reconstructing childhood*. London: Routledge, 1990.
- JUNQUEIRA, Lia. Aspectos sócio-jurídicos na intervenção. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane. *Crianças vitimizadas. A síndrome do pequeno poder*. São Paulo, Iglu editora, 1989.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- MANACORDA, Mario Alighiero. Trad. Gaetano de Monaco. *História da educação. Da antigüidade aos nossos dias*. São Paulo: Cortez, 1992.
- MATTOS, Gisela Oliveira. Abuso sexual em crianças pequenas: peculiaridades e dilemas no diagnóstico e no tratamento. In: FERRARI, Dalka; VECINA, Tereza. *O fim do silêncio na violência familiar. Teoria e prática*. São Paulo: Agora, 2002.

- MAYALL, Berry. *Towards a sociology for childhood. Thinking from children's lives*. Buckingham: Open University Press, 2002.
- MAXWELL, G.; ROBERTSON, J. *Child offenders*. Paper presented at Australian and New Zealand Society of Criminology 11th Annual Conference, 29 Jan.-1 Febr., Victoria University of Wellington, 1996.
- MAXWELL, G.; CARROLL-LIND, J. *Children's experiences of violence*. Wellington: Office of the Commissioner for Children, 1996.
- MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente. Uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar., 1996.
- PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus, 1994.
- PLATT, Anthony M. *The child savers. The invention of delinquency*. Chicago: The university of Chicago Press, 1977.
- POLLOCK, Linda A. *Los niños olvidados. Relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- SAFFIOTI, Heleieth. A síndrome do pequeno poder. In: AZEVEDO, Maria Amélia Guerra, Viviane. *Crianças Vitimizadas. A síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu Editora, 1989.
- SANDERSON, Chirstiane. *Abuso sexual em crianças*. São Paulo: MBooks, 2005.
- SCHREIBER, Elizabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.
- SÊDA, Edson. *Construir o passado, ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SHORTER, Edward. *The making of modern family*. New York: Basic Books, 1975.
- SIMONETTI, Cecília et al. *Do avesso ao direito*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TRINDADE, Jorge (Org.). *Direito da criança e do ado-*

lescente. *Uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VIGOTSKI, L. S. *O desenvolvimento psicológico na infância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VILGA, Vanessa F.; FÉLIX, Lucínio de Souza. M.;

URVANEGLIA, Helena L. Implicações psicológicas decorrentes de processos judiciais de abuso sexual doméstico contra crianças e adolescentes. In: *Abuso sexual doméstico. Atendimento às vítimas e responsabilização do agressor*. São Paulo: Unicef/ Cortez Editora, 2002.

WINNICOTT, D. W. *Pensando sobre crianças*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

O Ministério Público na Hora da Globalização: O Presente e o Futuro

António Francisco de Araújo Lima CLUNY*

• **RESUMO:** A proteção da legalidade democrática em um Estado Democrático e Social do Século XX, pressupõe, *precisamente*, a idéia de proteção igual da ordem e a *necessidade (democrática)* de que ela foi, na verdade, aplicada igualmente a todos os cidadãos. A *profissão de Promotor Público* como *um órgão de Justiça*, propõe *imediatamente* a idéia de um propulsor organizacional da legalidade; ex. da igualdade. Pela iniciativa do Promotor Público, a corte pode proteger e ratificar *muitos* direitos cíveis e sociais que, *se dependessem da lei*, não encontrariam indivíduos ou protagonistas sociais capazes, por eles mesmos, de liquidá-los.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Iniciativa autónoma do Ministério Público. Tribunal: como poder soberano de Estado. Crise do poder político; antagonismo com a Justiça. O direito da globalização. “Nova” legitimação do Ministério Público. Responsabilidade comunitária. Justiça: projecto inclusivo dos cidadãos. Credibilizar o Ministério Público.

¹ Discutir o Ministério Público e o seu papel no sistema de Justiça, implica, necessariamente, fazer uma incursão na sua história e nos objectivos que, mais ou menos recentemente, lhe foram sendo traçados, configuraram o seu presente e condicionam o seu futuro.

Por isso, quando se analisa e procura abordar, hoje, as funções, a legitimidade social e institucional e os limites da intervenção processual que cabem em cada sistema de Justiça ao Ministério Público, discute-se, no fundo, em primeiro plano, a razão de ser – a natureza – desta instituição no seio das instituições a quem o Estado incumbe de realizar a Justiça e o Direito.

Na verdade, o que se suscita é, nada menos, do que a própria razão de ser do Ministério Público

como instituição e o papel que – independentemente da configuração e inserção constitucional que ele assume nos diferentes países – lhe está reservado na dinâmica do sistema judicial do Estado.

E, esta questão remete-nos, de imediato, para o conceito mais geral de Justiça e para a sua relação com as funções que, numa sociedade democrática e num Estado de Direito e, mais ainda, num Estado Social de Direito, estão cometidas à Lei, ao Direito e aos órgãos de Justiça.

Por isso, a questão do papel do Ministério Público não pode, também, ser desligada da problemática das funções atribuídas aos outros órgãos de Justiça e mormente, às que, numa dada sociedade, são conferidas aos Tribunais.¹

Nesta perspectiva, a discussão em torno da função axial do Ministério Público não deve deixar de se reflectir no exame que, em concreto, se fizer das missões específicas que as Constituições ou as leis (ainda) lhe atribuem e que, em última análise, querem, também, definir para os Tribunais, no âmbito das funções reservadas ao Estado e da diferenciação de estatutos e papeis que os seus diversos órgãos devem, inevitavelmente, assumir e desenvolver.²

* Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

¹ Tribunais pensados como órgãos complexos, no qual, em muitos sistemas judiciais europeus, o Ministério Público se integra constitucionalmente. Pelo menos naqueles que recolhem a sua directa inspiração no modelo francês, como são, por exemplo, o belga, o italiano e o português. Acresce que, nestes dois últimos a integração do Ministério Público no poder judicial resulta directamente da Constituição.

² Dizia Klaus Roxin, o conceituado professor das Universidades de Göttingen e Munique na Alemanha: “Él no es, de modo alguno, agente ejecutor de la jurisdicción, sino su par, en igualdad de condiciones, en la administración de justicia, y en esta posición,

Alinhar essas funções em razão da sua importância sistémica ou histórica e relacioná-las entre si (e entre si) e as funções atribuídas aos Tribunais e ao Ministério Público, impõe-se, pois, como da maior relevância, para a determinação do escopo fundamental deste último órgão de Justiça nos diferentes ordenamentos judiciários.

Compreender a função do Ministério Público, a sua capacidade de iniciativa e autonomia e a sua importância relativa no seio de uma sociedade, danos, assim, uma imagem muito precisa do nível de envolvimento do actual de um Estado com a realização da Justiça e, por outro lado, o nível de autonomia e riqueza da sociedade civil de uma dada nação.

2. No essencial, todos os sistemas judiciários e os seus órgãos de justiça – Ministério Público e Tribunais – foram pensados no âmbito da realização do Estado-Nação e, mais recentemente, depois da 2ª Guerra Mundial, foram sendo desenvolvidos numa dinâmica e lógica democráticas mais aprofundadas, a que não são estranhas a emergência das finalidades do Estado-Social que assomou como paradigma dos Estados Democráticos no final daquele conflito.

Órgãos como o Ministério Público e os Tribunais foram, assim, inicialmente concebidos e sendo, depois, aperfeiçoados para que o Direito produzido no espaço de uma sociedade política, territorialmente delimitada, organizada e autónoma, fosse realizado, cumprindo-se, deste modo, também através dele, o próprio projecto político de uma sociedade.

A sua dinâmica e relevância social estão, assim associadas ao próprio papel e evolução do Direito como instrumento de realização dos direitos; alguns deles já então aparentemente contraditórios entre si e assistemáticos relativamente às raízes

essencialmente liberais das velhas Constituições e Códigos Civis do Sec. XIX e princípio do XX.

A questão está, pois, hoje, em saber se, com o processo de globalização económica e as resultantes políticas e necessariamente jurídicas que esse processo comporta, é ainda possível ao Ministério Público e, por sua via, também aos Tribunais cumprir as funções para que, naquele circunstancialismo político, foram sendo pensados.

Desde logo, por isso, saber se aquelas instituições que foram projectadas para que o Direito e a Lei – instrumentos privilegiados de projecção e cumprimento do desígnio político do Estado Democrático e Social – pudessem, efectivamente, permitir a concretização dos direitos dos cidadãos que as novas Constituições consagraram, asseguram as virtualidades necessárias em sociedades onde o “contrato” entre partes socialmente singulares (mas com pesos distintos) tende já a sobrepor-se à vontade geral, tradicionalmente espelhada na Lei votada no Parlamento.

Acresce, porém, uma outra dimensão de reflexão. A consideração da possibilidade da sobrevivência de uma instituição – o Ministério Público – dotada de autonomia e com iniciativa processual, no âmbito de um Estado que, no fundamental, já não se consegue pensar como o realizador de um *bem comum* (qualquer que seja o conceito de bem comum que uma sociedade e um Estado defendam ou queiram num momento histórico realizar), mas, preferentemente e apenas, como um instrumento privilegiado de dinamização e competitividade internacional dos interesses económicos dominantes numa concreta sociedade.

Como conceber, então, neste outro Estado, ou neste Estado em transição, a autonomia do Ministério Público e, mais ainda, a sua capacidade de, por iniciativa própria e fundado apenas nos valores de que a Constituição o incumbiu, procurar realizar o Direito de uma dada sociedade e os direitos dos seus cidadãos, quando estes podem condicionar ou estar mesmo em confronto directo com aqueles interesses agora arvorados pelo Estado como seu objectivo político fundamental?

É na procura e análise desta perplexidade actual do posicionamento do Ministério Público, enquanto órgão deste Estado em mutação e a sua função constitucional de potestativo e autónomo defensor dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, que iremos desenvolver a nossa reflexão sobre o seu papel e viabilidade nos dias de hoje.

3. Entre as funções normalmente atribuídas ao Ministério Público sobressai, normalmente, a que se relaciona com o exercício da acção penal e com a execução da política criminal.³

Em muitos países é, aliás, essa a única referência funcional que lhe é reconhecida.

Lembre-mos, desde logo, de Montesquieu (Livre VI, Chap. VII):

Nous avons aujourd'hui une loi admirable: c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous.

No entanto, com o incremento das funções do Estado ocorridas no Sec. XX, não menor importância veio a revestir a genérica tarefa de defesa da legalidade democrática, atribuição que lhe é normalmente reconhecida em vários ordenamentos judiciários, mais não seja por, no fundo, dela decorrer, sistematicamente, toda a restante e concreta plêiade de funções que, em muitos outros casos, ao Ministério Público são atribuídas por leis avulsas.

Desta última atribuição – a defesa da legalidade democrática – podemos dizer que resultam, por isso, no fundamental, todas as outras funções que as diferentes leis lhe queiram cometer e que,

assim, não representam mais do que um acentuar concreto daquela mais abrangente missão deste órgão de justiça.⁴

E dela resulta, de qualquer forma, também, o próprio exercício da acção penal, a missão inicial que, mais especificamente, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é, como referimos, cometida ao Ministério Público.

A defesa da *legalidade democrática* – e portanto do projecto político que ela quer realizar – pressupõe, precisamente, porque se acentua a sua vertente “*democrática*” a ideia de submissão de todos os cidadãos à lei e a necessidade (democrática) de que ela seja, realmente, aplicada por igual a todos os cidadãos.⁵

A questão da igualdade jurídica dos cidadãos anda, pois, nesta perspectiva, directamente relacionada com as próprias características de generalidade e abstracção da Lei ou da legalidade que ao Ministério Público cabe, globalmente, defender.

Porém, a ideia de igualdade que cabe ao Ministério Público sustentar deverá, neste contexto político, tender a ultrapassar, como adiante procuraremos demonstrar, uma concepção apenas formal de igualdade na lide forense, de molde a que ela, afinal, possa ser consubstanciada numa possibilidade real de usufruto dos direitos, por parte dos cidadãos, quer individualmente considerados, quer como conjunto de corpos e interesses políticos, livremente organizados e detentores da soberania do Estado.

³Diz, ainda, Klaus Roxin (op. cit., p. 48): “Sin embargo, en nuestro contexto es decisiva la comprensión de que la función del ministerio público de garantizar la libertad, inherente aun Estado de Derecho, alcanza ciertamente su más pura expresión, cuando se adopta el punto de vista aquí sostenido, de que por regla puede ser impuesta una pena, únicamente, cuando dos autoridades de la justicia lea una de la otra, ministerio público y tribunal, juzgan coincidentemente a un comportamiento como punible.”

⁴Disse ainda Klaus Roxin (op. cit., p. 48) na mesma ocasião, referindo-se ao MP: “La función de custodio de las leyes rige, por lo tanto, también frente a los tribunales, así como la inversa, naturalmente, los tribunales examinan, de acuerdo a los parámetros de su propio entendimiento, la concepción jurídica del ministerio público, cuando a ellos les toca ocuparse del asunto”.

⁵A própria ideia de “*legalidade democrática*” acentuou-se como conceito, depois da 2ª Guerra nas Constituições dos países vencidos ou dos que, mais tarde, como Portugal e Espanha, acabaram por derrotar as ditaduras que por meio século os dominaram. Este conceito, que foi contraposto à ideia de “estado de legalidade” que, apesar de tudo, subsistiu em alguns desses países, mesmo durante as ditaduras, acabou assim por fazer coincidir a sua consagração com a de “estado social” que também enformou as novas democracias saídas da Guerra ou das ditaduras “fascistas” do Sec. XX.

como hemos visto, es llamado a efectuar un juicio jurídico independiente.” In: *Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público* (Conferência do ano de 1969 no centenário do MP de Hamburgo – texto incluído no livro *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2003, p. 48.)

É que, se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 podia afirmar, no seu artigo 1.º, que os homens nascem livres e iguais em direitos, uma tal proclamação passou no Estado-Social de Direito do pós-guerra, a ter de ser entendida apenas, como a afirmação de uma possibilidade, uma capacidade, que cabe à sociedade (ao Estado) e a cada um de nós tornar possível e verdadeira.

Contudo, para que, realmente, essa afirmação faça sentido, não apenas como um ponto de partida hipotético, mas, também, como um fim que se justifica por si mesmo, foi essencial trilhar, no decurso da história, um longo e árduo caminho no aperfeiçoamento das instituições que organizaram a nossa vida colectiva e a tornaram possível e necessária ao exercício da cidadania.

Por isso, também, a diferença que podemos desde já estabelecer entre *uma função geral de igualdade*, inerente à defesa directa da legalidade e a *pró-actividade* e as *funções concretas* que, por causa do restabelecimento da igualdade possível (natural ou socialmente inexistente entre certas categorias de cidadãos), são atribuídas estatutária e legalmente ao Ministério Público em função das linhas orientadoras das Constituições mais modernas; linhas essas, consequentemente, adequadas ao levantamento do edifício jurídico próprios de Estados Sociais de Direito.⁶

Esta função de igualdade ínsita a qualquer ideia de legalidade democrática moderna – e portanto do projecto político que ela quer realizar – baseia-se, por isso, na necessária realização pelo Estado do *bem comum*, pensado este, não como algo distinto do bem individual, mas como aquele conjunto de condições sociais base que, num dado território, pode permitir realizar o bem individual, sem que isso signifique um sacrifício excessivo de outros bens individuais igualmente relevantes.

Podemos, assim, desde já, salientar como *atribuições legais e gerais de igualdade* tendentes à defesa do bem comum pelo Ministério Público, a

função constitucional de defesa da legalidade democrática, (de que decorre, depois, por exemplo, grande parte do papel deste órgão de Justiça no contencioso administrativo) e ainda, por sua consequência directa e explícita, o exercício da acção penal, ou a atribuição legal da, não menos importante, defesa contenciosa dos direitos colectivos e interesses difusos dos cidadãos.

Além disso, e como forma de superação das reais e concretas desigualdades naturais e sociais de gozo dos direitos por parte dos cidadãos individualmente considerados ou categorias de cidadãos socialmente especificados, podemos, também, realçar as funções que, em muitos ordenamentos judiciais, lhe são cometidas, designadamente as da representação dos menores, dos incapazes e dos ausentes e, bem assim, noutros ordenamentos, como o português e, de certa forma, também o Belga, a dos próprios trabalhadores e suas famílias.

Daí que, embora em asserções diferentes, sempre que se fala na vocação do Ministério Público enquanto órgão de justiça, logo ocorra a ideia de uma organização propulsora da *igualdade*, ideia fundamental e legitimadora da sua existência como instituição autónoma de Justiça.

Ou seja, a ideia de instrumento institucional da *igualdade do cidadão perante a lei (e dela decorrente)* constitui, por isso, o fundamento da existência do Ministério Público. Nessa medida, porém, também, contribui, como pressuposto mínimo, para a realização da função dos Tribunais, enquanto órgãos de soberania encarregados de, num Estado determinado, dizer o direito no caso concreto e de administrar a Justiça a todos os cidadãos.

Isto é, a ideia de que o Tribunal, na sua função de reprimir a violação da legalidade, de dirimir conflitos ou de declarar e afirmar direitos, não o faz em função, apenas, de alguns interesses específicos, vertidos directa, mas parcelarmente, na lei e sendo privilegiada e passivamente escolhido por alguns cidadãos ou grupos de cidadãos mais eficazes e activos na realização dos seus interesses exclusivos.

Por via da intervenção, acção e iniciativa processual do Ministério Público, pode, assim, o Tribunal defender e afirmar todos os outros direitos que a Constituição e a Lei também quis proteger e afirmar e que, circunstancialmente, não encontraram

protagonistas individuais ou sociais interessados ou capazes de, por si sós, os fazer vingar. Assim se evita, na prática – por via desta iniciativa autónoma do Ministério Público – a crise da coerência do sistema legal como suporte e expressão efectiva de uma vontade geral e soberana dos cidadãos.⁷

E, no entanto, tal ideia não parece facilmente apreensível se não nos debruçarmos mais detalhadamente sobre o significado teórico e as determinantes práticas das específicas tarefas atribuídas ao Ministério Público, designadamente a que resulta da própria natureza da sua função primordial, a acção penal.⁸

4 Quando pensamos a igualdade do cidadão perante a lei, isto é, a posição que formalmente cada cidadão possui e de que pode virtualmente usufruir em função da sua qualidade específica e de acordo com a medida de direitos que a lei lhe confere – não podemos, todavia, deixar de lembrar a concreta situação ante ou extra-jurídica de cada cidadão ou grupo de cidadãos ou, dito de outro modo, a sua condição socio-económica e cultural.⁹

Em suma, pensar a igualdade de um cidadão perante a Lei, não é o mesmo que pensar (medir) a igualdade dos cidadãos em termos de direitos substantivos, abstractos ou processuais.¹⁰

⁷ Esta concepção resulta, aliás, directa e indirectamente de inúmeras declarações e documentos internacionais.

⁸ Ver, a este propósito, o interessante estudo de Michel Danti-Juan, *L'égalité en Droit Penal* (1987), e não menos interessante prefácio, a esta obra, de Jean Pradel, que se refere a certo passo “[...] Comme on le devine déjà, le principe juridique de l'égalité, s'il s'applique à toutes les branches du droit, présente une importance particulière en matière pénale. Ne touche-t-il pas en effet à ses questions aussi variées que les incriminations relatives aux discriminations, le classement sans suite, la correctionnalisation, les circonstances atténuantes, la grâce (Qui selon les cas, supprime ou restaure l'égalité) ou plus généralement l'individualisation de la peine?”

⁹ Ver arts. 10, 20, 30 da DUDH, arts. 60 e 140 da CEDH, art. s. 20, no 1 e 30 do PIDCP.

¹⁰ Ver comentário (3.1) ao art. 60 da CEDH, de Ireneu Cabral Barreto (1995, p. 96): “[...] Assim a igualdade não é mais a igualdade perante a lei, mas a igualdade através da lei; verdadeiramente a lei acaba por ser um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa.” Ver ainda, tal como naquela obra se recomenda, Castanheira Neves (1975, v. II).

A abordagem desta questão ultrapassa uma perspectiva estritamente jurídica e, mais ainda, judiciária e coloca a questão meta-jurídica da igualdade, como conjunto de condições económicas e sociais dos indivíduos e dos grupos sociais capazes de lhes permitir, não uma ostentação abstracta e um gozo hipotético dos mesmos, mas uma possibilidade tendencialmente equilibrada de os usufruir efectivamente.¹¹

Nesta perspectiva, a igualdade dos cidadãos, e as possibilidades que nela possa ter o Ministério Público de intervir para realizar, remetem-nos, a um tempo, directamente, para um plano da sua consideração extra sistémica relativamente ao Direito e, a outro, para uma análise do Ministério Público, como instituição que, integrando-se no sistema constitucional de Justiça, se situa, simultaneamente, antes dele (embora por causa dele) e no seu mais profundo âmago.

Ou seja, o Ministério Público como um dos motores privilegiados da aplicação e exercício processual da lei pelos Tribunais – legalidade que, aí, essencialmente, lhe incumbe defender (e no caso do Direito Penal, exercitar) – fá-lo, no entanto, a partir de uma sua opção e iniciativa ainda não judicial.¹²

Isto, na medida em que ela se funda num juízo prospectivo e de conhecimento anterior ao específico procedimento judicial, mas que só se pode desenvolver legitimamente (no caso do Direito Penal

¹¹ Estaremos aqui precisamente perante um dos conceitos de igualdade jurídica em que Letizia Gianformaggio (1995, p. 22/28) divide o princípio mais geral de igualdade jurídica: “B.4. – Eguaglianza giuridica come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita (principio della solidarietà)”, que ela explica depois “[...] la specificità di questo principio rispetto ai precedenti sta in ciò, che l'eguaglianza è concepita come elemento esterno al diritto, come un fine che ritiene perseguibile, tra l'altro, attraverso il diritto;”

¹² Nesse sentido a obrigação constitucional ou legal de defesa da legalidade democrática atribuída, na maioria dos ordenamentos jurídicos e declarações internacionais ao Ministério Público, distingue-se, funcionalmente, de idêntica obrigação imposta a outras entidades. Ao Ministério Público incumbe tão só a defesa da legalidade nos tribunais e por causa da correspondente função constitucional destes de reprimir, por via processual, a sua violação.

⁶ É o caso das Constituições portuguesa e brasileira.

de forma ainda mais radicalmente exclusiva) com vista à sua concretização.¹³

Nisso difere, fundamentalmente, a acção do Ministério Público, da acção do juiz, porque esta está, desde logo, balizada pela conformação processual do caso *sub judice*.

Por isso e nesse sentido a actuação do Ministério Público, recolhendo directamente da *vida* a sua razão de agir, participa da essência do poder soberano – na vertente judicial – pois situando o seu *poder e vontade* de desencadear o procedimento judicial num plano ante-jurídico ou meta-jurídico, fá-lo orientado, essencialmente, pela *necessidade* de aplicação da Lei ao caso concreto, o que só por via da acção do Tribunal pode acontecer.¹⁴

Esta actuação do Ministério Público concretiza-se, por isso, por causa (ou apesar) da necessária obediência a estritos critérios de objectividade e do respeito pela sua função de defesa da legalidade.¹⁵

É este poder/dever do Ministério Público, quando lhe é conferida a possibilidade de ter uma *iniciativa autónoma*, que permite, por outro lado, ao Tribunal, corporizar um verdadeiro *poder soberano* de Estado – o poder judicial – não o limitando ou resumindo a um papel passivo de mera *autoridade* judiciária, como alguns têm pretendido, justificando assim a ambiguidade da ordem constitucional dos seus países.¹⁶

Daí, também, poder dizer-se que a autonomia do Ministério Público – qualquer que seja o seu en-

quadramento constitucional e estatutário – é condição da independência do poder judicial, pois só um poder independente – e só é independente se tiver iniciativa – é soberano.^{17,18}

Nestes termos, independentemente do concreto posicionamento constitucional, formal, do Ministério Público nos diversos ordenamentos jurídicos, ele não pode deixar de ser pensado nunca, senão como um órgão (próprio ou necessário) do poder judicial, (mesmo que, neste passo, face aos diversos ordenamentos constitucionais, tenhamos de socorrer-nos, aqui de uma concepção ampla deste poder do Estado), pelo menos para que este possa ser pensado como tal.

Sem este poder de iniciativa e de acção que em todos os ordenamentos jurídicos e constitucionais, em maior ou menor medida, cabe ao Ministério Público – quer ele seja entendido como órgão directamente integrado no poder judicial, quer ele seja, antes, pensado como um órgão constitucional e autónomo de Justiça, como acontece no sistema brasileiro – os Tribunais careceriam, afinal, da

¹⁷ A este propósito, mas em defesa da tese adversa que identifica a natureza da função judicial como uma função de *autoridade* – isto é, da não identificação dos Tribunais como um “*poder*” constitucional e soberano, atenta a passividade do juiz ver (na sequência e inspirado no pensamento de Hannah Arendt) o livro de Antoine Garapon (1996 e, designadamente, p. 180/181): “Le pouvoir est ce qui peut et l'autorité ce qui autorise. L'un prend l'initiative et réalise l'action, l'autre la censure ou la valide. Le pouvoir est liberté d'entreprendre, l'autorité contrainte procédurale, l'un est pouvoir, l'autre contre-pouvoir. Le premier est active et positif, l'autre passif et négatif. [...]”. Embora preconizando para o papel do judiciário uma legitimidade de natureza não democrática – directa ou indirecta, por via da subordinação à lei – e antes concebendo a legitimidade da função judicial numa perspectiva platónica e de pendor quase religioso ou aristocrático, a verdade é que Garapon parece apreender claramente que a *função judicante*, desacompanhada da *função de iniciativa* que é, em regra, cometida ao Ministério Público, não constitui um verdadeiro *poder*, ao menos na asserção clássica de Montesquieu.

¹⁸ Referia ainda Klaus Roxin no citado estudo (p. 49): “El cargo de custodio de la ley del ministerio público y, com esse limite, como el juez, su exclusiva orientación al valor jurídico, tienen por consecuencia que los fiscales tengan la misma independencia que le corresponde también al juez.”

¹³ No entanto e como pretende Giorgio Agamben (p. 30, 1998): “A estrutura particular do direito tem o seu fundamento nesta estrutura de pressuposição própria da linguagem humana. Essa estrutura exprime o vínculo de exclusão inclusiva a que está sujeita uma coisa pelo facto de ser linguagem, de ser nomeada. Dizer é, neste sentido, sempre *ius dicere*.”

¹⁴ Ver Gérard Mairet (1997, p. 100/101): “On se trouve ici avec Sieyès, très exactement au cœur de la problématique originaire de la souveraineté, celle qui va de Bodin à Rousseau: la souveraineté est volonté. Telle est son essence et cette essence est première.”

¹⁵ Daí também a necessidade de um estatuto que assegurando a autonomia do Ministério Público enquanto corpo, defendia, simultaneamente, um aprofundado sistema de garantia dos seus magistrados, individualmente considerados, e que se traduz na sua independência.

¹⁶ Ver a propósito da diferença entre poder e autoridade, Hannah Arendt (1972, p. 166).

potestade que os caracteriza como um órgão de soberania.¹⁹

Por outro lado, o Ministério Público, devendo agir sempre no âmbito estrito do Direito e da Lei, fá-lo a partir de uma intencionalidade e uma preocupação de Justiça, de que o Direito deve, necessariamente ser, numa sociedade democrática, o propulsor.

Justiça que, todavia, se situa, em certo sentido, para além ou aquém do Direito, apenas encontrando nele a linguagem historicamente variável da sua condensação.²⁰

Ora, parece ser nesta difícil divisória/combinção entre a vocação do Ministério Público como propulsor de Justiça – *o mesmo é dizer de igualdade* – e a sua posição poliforme no âmbito do processo ou da lide forense, que se podem descortinar, a um tempo, os fundamentos da legitimidade do Ministério Público, enquanto órgão de Justiça, e as perplexidades que a sua intervenção ali provoca. Isto, dada a suposta – *mas fundamental do ponto de vista das garantias individuais* – posição de igualdade formal dos cidadãos perante a Lei.^{21,22}

Assim, se a legitimidade funcional do Ministério Público lhe advém da necessidade de, em concreto, passar a lei a acto (isto é, de *agir* processualmente em sua defesa) – independentemente da vontade individual de eventuais titulares de interesses particularmente afectados com a sua violação – essa necessidade só pode resultar de ter sido posta em causa a igualdade dos cidadãos, por via da violação da Lei.²³

¹⁹ Por isso, nos parece contraditório com esta visão do Ministério Público, como órgão de justiça integrado no poder judicial, a ideia ou a possibilidade da utilização de mecanismos de oportunidade no exercício da acção penal que não estejam também eles previstos e balizados pela lei geral.

²⁰ Ver S. Tomás, *Tratado da justiça*, cap. I, do Direito I – *Se o direito é justiça*.

²¹ Ver Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280 a, 10, e *Ética a Nicómaco*, V, 6, 1131 a 15 - 8 e, ainda, S. Tomás, op. cit.

²² Igualdade formal que encontra na fase debatimental do processo o seu melhor plano de afirmação.

²³ Ver Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, III Parte, 2a Secção b) O Tribunal, 220: “O direito contra o crime, quando assume a forma de vingança (cf. § 102.º), é apenas um direito em si, um direito que ainda não tem forma de direito, isto é, que não é justo

É que, deste modo, não se *agindo*, ficaria afectada a validade do pacto social – de que a lei ordinária é uma extensão – através do qual o poder soberano configurou o Estado.

Era a soberania – o poder de impor a Lei e de a Lei se impor – que estava em causa.

Por isso, o Ministério Público quando *age* em defesa da Lei, fá-lo por causa do poder soberano que a impôs, impondo-a, através do Tribunal.²⁴

Lei que, só assim, num Estado de Direito, foi decretada, para ser aplicada em igualdade e como regra – mesmo a quem governa –, em nome do povo, onde, constitucionalmente, reside a soberania.

Daí que a exigência de preservar o princípio de igualdade perante a Lei (e da sua supremacia) imponha, também ela, a necessidade da autonomia do Ministério Público relativamente aos outros órgãos de poder, inclusive em relação aos próprios Tribunais.

Daí que agir (sem outro interesse que não o da própria Lei) e *punir* (sem ânimo vindicativo); “*defender a lei*” e “*reprimir a sua violação*”, no âmbito das atribuições processuais, consubstanciem dois momentos de um mesmo desígnio de soberania, que compete constitucionalmente ao Estado e que se desenvolve num processo dinâmico e indissociável através do *poder de agir* do Ministério Público e de dizer o direito do *poder judicial*.

No fundo, pretende-se do Ministério Público, enquanto órgão de Justiça,²⁵ uma *actuação de soberania* que, atendendo ao desequilíbrio (desigualdade) produzido pela violação da própria Lei ou partindo de uma representação de interesses legalmen-

na sua existência. Em vez de ofendido, enquanto parte, intervém, o ofendido, enquanto universal, que no tribunal tem a sua eficaz realidade própria. A perseguição e a repressão do crime deixam assim de ser represálias subjectivas e contingentes como acontece com a vingança. A repressão passa a ser a reconciliação do direito consigo mesmo na pena.”

²⁴ Ver, a propósito, Francesco Siracusa, *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIV, p. 541: “E il motivo è evidente: l'azione penale è un attributo della sovranità dello Stato il cui è demandato al Pubblico Ministero non come una facoltà ma come una potestà, cio è come un potere-devere”.

²⁵ Ou do poder judicial, como no caso português acontece.

te contemplados como carecendo de protecção – devido à sua natureza ou devido à posição de reconhecida desigualdade social dos seus titulares – se dirija à reposição da igualdade (substancial).

Isto, não obstante, essa acção do Ministério Público, por causa da necessária dialéctica processual, se dever constranger, em algumas fases do processo e sobretudo na fase debatimental, a uma posição de paridade formal com os demandados.²⁶

Um órgão que proceda, assim, movido exclusivamente pelos interesses que a Lei quis proteger e em reforço dos direitos e interesses dos cidadãos considerados constitucional ou legalmente carecidos de protecção (e por isso objectivamente privilegiados, através da sua representação pelo Ministério Público, como uma forma de permitir uma igualdade tendencialmente substancial) e que a Lei, na sua finalidade concreta, entendeu, especialmente, prever e prevenir.²⁷

Daí que o Ministério Público, agindo em defesa da legalidade democrática, actue, também, desde logo, na defesa da igualdade, na medida em que a Lei, na sua formulação abstracta e genérica, contém nela própria a virtualidade – nesse sentido e significado específico – da igualdade.²⁸

²⁶ Ver em *Governo Dei Guidici-Magistratura Tra Diritto e Politica* (mar. 1996), as reservas sugeridas por Gherardo Colombo, à extensão que este princípio ganhou, nos nossos dias, no ordenamento jurídico.

²⁷ Ver Canotilho, *A democracia económica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: liberté e égalité*. Em face da Constituição não se pode interpretar o princípio da igualdade como um “princípio estático” indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um «princípio dinâmico»; impositivo de uma igualdade material. E, ainda, concluindo: “[...] Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um “princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) e um princípio de igualdade de democracia económica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit).” (1998, p. 332).

²⁸ Ver Canotilho (op. cit., p. 90). A propósito da ideia de Estado de Direito no constitucionalismo francês, “[...] as leis eram necessariamente gerais (generalidade da lei) garantindo, deste modo, a observância do princípio da igualdade perante a lei e repúdio das velhas leges privatae (privilégios) características do Ancien Régime.”

Melhor dizendo, ao Ministério Público está destinado, enquanto órgão de Justiça, a permitir a ultrapassagem dos limites da igualdade virtual da Lei, quer quando age imparcialmente em nome do bem comum, quer quando age, privilegiadamente, em defesa dos interesses dos mais fracos; funções específicas e determinadas que a Lei, em alguns ordenamentos jurídicos, por causa de razões históricas concretas, especialmente lhe cometeu.²⁹

Isto, exactamente, quando (e porque) materializa a Lei, produzindo a intervenção do Tribunal, tendo em vista a reparação dessa igualdade, que foi afastada, no caso concreto, pela sua violação ou dos interesses que ela quer privilegiadamente proteger.

Nesse sentido, só como acto decorrente do mesmo poder soberano que fundou a Lei e no contexto da função judicial, de dizer o Direito no caso concreto, tem o Ministério Público legitimidade de intervir, quer produzindo um inquérito judicial, quer acusando em juízo ou, de qualquer forma, accionando o Tribunal, assim conformando o objecto do processo e, deste modo, balizando os seus limites de conhecimento e julgamento.

A questão dessa legitimidade evidencia-se, hoje, porém, mais paradoxal, precisamente, porque, como dissemos, o Ministério Público se funda, para agir em juízo, num entendimento prospectivo e de conhecimento anterior ao específico procedimento judicial e tem, por isso, de tomar iniciativas próprias e adequadas a esse fim.

Ora, o Estado nacional (westefaliano), na fase de metamorfose que atravessa por via do actual do processo de globalização económica (com tudo o que ela implica em termos de direitos e de transformação do Direito e do sistema judiciário), parece, ele próprio, não mais se sintonizar, exacta e totalmente, com os interesses e direitos vertidos nas Constituições nacionais ou mesmo nas leis que vigoram no seu território.

²⁹ Ver Ireneu Cabral Barreto (op. cit., p. 96): “Entenda-se o princípio da igualdade com uma intencionalidade material, no sentido de intenção de Justiça; as condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos, sob pena de se criarem ou potenciarem novas diferenças sociais”.

Diz Habermas (2000. p. 131):

“[...] la constellation postnationale tend à supprimer ce lien constructif qui, à l'intérieur des frontières de l'État-nation, relie la politique et le système juridique aux circuits économiques et aux traditions nationales.”

Daí que a intervenção e iniciativa do Ministério Público na prossecução dos direitos constitucionais – que se legitimam apenas na concretização da lei, expressão da soberania nacional, nesse mesmo território – corra o risco de ser encarada, agora, como a de um órgão de contra-poder, objectivo que, manifestamente, não lhe estava destinado na arquitectura institucional.

Mas, prossigamos.

5 O Ministério Público que temos – direccionado, no fundamental, para o controlo e promoção activa da legalidade da República – e de que falam os diversos documentos e instrumentos internacionais é, assim, o fruto contraditório de uma profunda aspiração democrática de afirmação da Lei e do seu papel civilizador na transformação do mundo, bem como da recente erosão dos princípios que regem o Estado nacional, que o tempo e a actual realidade política, económica e social lhe impuseram.

A *legalidade* que o Ministério Público constitucional deve (devia), nos termos da Lei, promover é pois, como vimos referindo, a que se identifica com o projecto de Estado social e democrático que as Constituições da segunda metade do Sec. XX consagram e em que o Direito desempenha, num dado território, uma tarefa simultaneamente dinâmica de transformação social e uma função de reserva e garantia individual e colectiva dos direitos fundamentais adquiridos.

Mas, como também salientámos, todos os sistemas de Justiça e os seus órgãos – Ministério Público e Tribunais – foram pensados no âmbito da realização do Estado-Nação e, mais recentemente, depois da 2ª Guerra Mundial, foram sendo desenvolvidos numa dinâmica e lógicas próprias e adequadas às finalidades do Estado-Social.

6 A queda do Muro de Berlim e o 11 de Setembro foram, entretanto, os sinais das circunstâncias que alteraram o mundo e deram corpo a princípios que apontam para outro projecto (ou função) de Estado e de organização política e social; uma organização regida por princípios liberais, pós-moderna e, aparentemente, neutral, onde falecem já os direitos fundamentais, políticos e sociais e onde cresce e se impõe essa realidade actual que é o direito da globalização.

Este Direito da globalização desenvolve-se e impõe-se, em muitos casos, com a convivência activa (mais ou menos consciente) dos governos dos ainda Estado-Nação, mas independentemente da vontade dos povos que os escolheram para que os governassem em seu nome e no seu interesse e de acordo com os valores constitucionais que presidem à existência da sociedade que em comum construíram.

Ele não é (ainda; sê-lo-á alguma vez?) um instrumento coerente e sistemático de princípios éticos e morais, como é – ou sempre pretendeu ser – aquele que, com todas as omissões, deficiências e contradições, saiu quotidianamente dos parlamentos nacionais, dos tratados internacionais estabelecidos entre governos soberanos ou de instrumentos normativos aprovados por fóruns internacionais representativos da comunidade mundial.

É, antes, um “direito” assumidamente unilateral, estratégico e, ao menos nesta fase, meramente pragmático, que, na sua génese e na sua aplicação, não é nem democrático, nem nacional ou, tampouco, internacional.

Com o seu poder de constrangimento (a sua força de lei) e as suas características de plasticidade, mutabilidade contínua e transformação das realidades sociais e económicas, não pode, por isso, conviver bem com esse outro Direito de inspiração humanista e social que, no Sec. XX e principalmente depois da Segunda-Guerra mundial, vinha sendo produzido no seio dos órgãos legislativos dos estados nacionais ou desenvolvido nos organismos representativos da comunidade internacional.

Diz Danilo Zolo³⁰ (2004, p. 89):

³⁰ Professor de Filosofia de Direito na Universidade de Florença.

In un sistema internazionale fortemente condizionato dalle convenienze delle grandi agenzie economiche e finanziarie, il potere decisionale, dinamico e innovativo, delle forze dei mercati tende a prevalere sulla decrescente efficacia regolativa delle legislazioni statali e delle istituzioni internazionali.

Ele é, por tudo isso, também, alheio ou construído, declaradamente, contra os chamados “*direitos adquiridos*”, que mais não são, afinal, do que os direitos humanos e de cidadania projectados pelo Estado Social e Democrático e que foram consagrados nas Constituições nacionais e nos Pactos Internacionais de Direitos, depois de lutas duradouras e por vezes cruéis.

A emergência deste novo “direito da globalização” estilhou já, entretanto, em muitos casos, a coerência sistémica do ordenamento constitucional, das leis laborais, do direito fiscal, do direito financeiro e da concorrência, do direito social, do direito ambiental e urbanístico, do direito civil e comercial e, agora, ameaça mesmo os princípios de igualdade e responsabilidade social subjacentes ao próprio Direito penal e processo penal.³¹

Neste sentido, o Direito da globalização e os seus intérpretes (legislativos ou meramente político-discursivos) a nível nacional não podem senão desconfiar dos organismos que, tradicionalmente, devem aplicar e fazer respeitar o outro Direito – os Tribunais nacionais e internacionais e as suas magistraturas – e estes, realmente, porque imbuídos de uma outra lógica e cultura jurídica constitucional, parecem, na verdade, incapazes de aplicar aquele, ao menos com o sucesso e a eficácia que os valores económicos prevaletentes e que lhe estão, prioritariamente, subjacentes exigem.

Por isso, esse “direito” e os interesses que lhe estão na génese induzem, agora, as administrações estatais nacionais – que aculturada e acriticamente, em nome do desenvolvimento económico, por eles competem –, a produzir e institucionalizar “*mecanismos judiciários próprios*” capazes de, mais eficazmente, os interpretar e aplicar.

³¹ Ver, a este propósito, o conjunto de magníficos estudos incluídos em *Globalización y derecho* (Boletín Oficial del Estado, 2006).

Pedro Mercado Pacheco³² referiu, a propósito, no referido seminário dedicado ao tema da Globalização e Direito:

Hoy asistimos a la afirmación progresiva de un modelo de justicia bien distinto de aquel que erigió la codificación revolucionaria en nombre del principio de igualdad jurídica. La otra cara del movimiento de desregulación es el movimiento de “Informalización de la justicia”, esto es, la multiplicación y preferencia por mecanismos extraestatales de resolución de conflictos como el arbitraje privado o la creación estatal de sedes extrajudiciales de resolución de conflictos.³³

Embora num outro contexto, afirmava, também, Michel Freitag³⁴ (2004, p. 59-61) sobre a evolução do sistema jurídico e judiciário no capitalismo moderno:

Assim os procedimentos dedutivos de aplicação do direito vêem-se substituídos por procedimentos indutivos de consulta, de negociação, de confrontação, desembocando em verdadeiras negociações tecnocráticas baseadas no conhecimento (ou na pretensão do conhecimento) empírico dos campos particulares de realidade que são objecto ou o lugar das intervenções, e sobre a adaptação a posteriori da acção dos “poderes públicos” a todas as relações de força e a todas as transformações das condições de facto do seu meio social ambiente específico.

Para acrescentar de seguida:

Quando nem o Estado, nem o mercado, nem a cultura, nem uma qualquer transcendência

³² Professor titular de Filosofia do Direito na Universidade de Granada, Espanha.

³³ Ver texto incluído na citada obra colectiva *Globalización Y Derecho*, intitulado *Estado y globalización. Crisis or edefinición del espacio político estatal* (2006, p. 133).

³⁴ Michel Freitag é licenciado em Direito e Economia e doutorado em Sociologia e é professor na Universidade do Quebeque.

ideológica representam já o centro, aquilo com que se confronta ou o ideal normativo da sociedade capaz de incorporar uma finalidade a priori, a própria sociedade já não logra aprender-se senão no seu funcionamento imediato e, mais singularmente então nas falhas e nas quebras, nas interrupções desse funcionamento; é por isso que tende a projectar-se por inteiro na simples necessidade técnica, de uma contínua adaptação a si própria [...]

E, José Eduardo Faria, numa proposta de síntese conclusiva dos trabalhos de um seminário organizado em Madrid pela MEDEL³⁵ em colaboração com académicos e magistrados e membros do Ministério Público da América-Latina sobre o tema Direito e globalização, acrescentou:

Nesse novo modelo, o Estado deixa de decidir o conteúdo das leis, não impondo fins substantivos nem orientações valorativas, limitando-se a estabelecer os marcos ou parâmetros para que os diferentes atores sócio-económicos possam negociar as alternativas mais adequadas aos seus interesses. Em vez de editar leis que comandam fins substantivos e de impô-las imperativamente a cidadãos, empresas, associações comunitárias e movimentos sociais, o legislador opta por uma criação negociada do direito, com base na correlação de forças em vigor. A esse modelo, a literatura sociológica e jurídica dá o nome de “procedimentalização do direito”. O procedimento é uma técnica por intermédio da qual os fins substantivos não são impostos, mas induzidos. Eles não desaparecem – os meios para atingi-los é que mudam. Trata-se de uma visão “dessubstancializada” do direito, na medida em que sua espinha dorsal não estaria no seu conteúdo, mas nos ritos e métodos que prevê para que as diferentes partes possam chegar a um acordo entre elas.

³⁵ MEDEL (Associação de Magistrados Europeus pela Democracia e as Liberdades), organização que agrupa associações de juizes e do Ministério Público de inúmeros países europeus.

Mas esses instrumentos normativos não são já aqueles que, de alguma maneira, podem, com recurso aos valores das Constituições, ajudar a construir um Estado Social e Democrático e garantir e efectivar os direitos fundamentais dos cidadãos.

São instrumentos que podem, apenas, no melhor dos casos, ajudar a regular os conflitos e os antagonismos dos interesses próprios e egoístas dos indivíduos ou dos organismos económicos e sociais, mas que não cuidam já dos valores da igualdade na aplicação da Lei e do programa constitucional e objectivos sociais que estes pretendem fazer valer.

Por isso, os interesses que impulsionam esta globalização e o seu Direito procuram, permanentemente, promover – perante a assepsia das irrelevantes alternativas políticas da modernidade –, uma aparente, mas verdadeiramente insanável, contradição política entre, por um lado, a Constituição, os Tribunais e o Ministério Público e, por outro, os órgãos de governação nacionais e os seus intérpretes políticos, culturais e mediáticos locais.

Dizia ainda José Eduardo Faria na súpula do referido Seminário:

À medida que se consolida, na passagem do século 20 para o século 21, esse tipo de Estado “pós-social” passa a desenvolver novas fontes de direito e formais a um só tempo mais complexas e mais plásticas de contrato. Ele também passa a estimular a auto-negociação entre os atores socioeconómicos; a implementação de ambiciosos projetos de desregulamentação, deslegalização, desconstitucionalização e desjudicialização; a criação de mecanismos alternativos – mais plásticos e flexíveis – de resolução de conflitos (como mediação e arbitragem); e a execução de processos de revogação de monopólios públicos e de privatização de serviços essenciais. Com isso, algumas das instituições do Estado-nação – como o Ministério Público e os tribunais – acabam sendo em maior ou menor grau atravessados no seu papel de garantidor de controle da legalidade por justiça paralelas e normatividades justapostas (o chamado multi level legal system), de nível infraestatal ou supranacional.

É aí, nessa contradição de paradigmas – que acima de tudo é política e económica – que residem muitos dos equívocos e das causas reais e simbólicas da chamada “*crise do Direito, da Justiça e do Estado de Direito*”.

Com efeito, que coincidência de pontos de vista, de interesses políticos, sociais e mesmo morais e religiosos pode haver, por exemplo, entre as modernas e puramente produtivistas, concepções juslaborais da “*flexi-segurança*”, tão em voga na agenda da UE e os anteriores Códigos do Trabalho negociados entre sindicatos, governos e patrões ou as normas e directrizes da OIT?

Contudo, embora exterior à Constituição e aos grandes instrumentos internacionais do direito laboral, é já esse o conceito que o discurso do poder político legitima, mesmo que à revelia dos pactos sociais firmados em cada país e entre os diferentes países no seio das organizações internacionais.

Um discurso que, na prossecução de um desígnio económico extra-nacional e mesmo internacional, se adianta a qualquer alteração legislativa e se sobrepõe às próprias Constituições e tratados internacionais.

É que, como diz Faria e Costa (2003, p. 186):³⁶

[...] hoje, por força da exacerbação que a própria globalização determina, o local, isto é, a mônada solitária que o ainda Estado representa, é o absoluto, pela simples razão de que não há “dentro” nem “fora”. Pela razão simples de que tudo é tudo aqui, neste ponto, mas é a mesma coisa nos antípodas.

Daí, que pareça cada vez mais exasperante a fricção resultante da incapacidade de o Estado e os seus órgãos de Justiça – mormente o Ministério Público – conseguirem adequar os discursos dos valores e interesses que os edificaram e devem sustentar, com a – aqui e agora – emergente presença de um novo e todo-poderoso ordenamento jurídico e judiciário, cuja génese e legitimidade lhes escapa, mas se afirma independente deles e condiciona de

modo efectivo a acção da sociedade e a sua própria iniciativa.

Encontramo-nos, por isso, num momento de impasse entre a realidade e a força de um e outro “Direito” – o Direito constitucional e legal de um Estado e a “norma imposta”, de facto e à margem das decisões politicamente assumidas pelos órgãos de soberania do Estado, pelos “interesses” que a nível supranacional, na realidade, “governam” já, em muitos casos, (de modo informal ainda) a vida dos povos.

Aproximamo-nos, por isso, por vezes, de situações que se aproximam muito das que são consideradas como “*estado de excepção*”.

Uma situação em que a norma estatal está em vigor, mas não se aplica – não se aplica, não tem força – e, de outro lado, existem actos que não têm valor de lei, mas adquirem-lhe a força. (AGAMBEN, 2003, tradução nossa)

7 A globalização e a sua tradução política podem, porém, ter – como têm – uma outra expressão jurídica, com sentidos distintos, designadamente os que se expressam no aprofundamento de um direito humanitário internacional e no aprofundamento da acção dos Tribunais internacionais e da competência universal das justiças nacionais.

Essa outra expressão e sentido político dependem, todavia, da capacidade e da vontade de afirmação e soberania dos povos e dos seus governos para os legitimar internamente. Dependem, por isso, também, da capacidade das Justiças nacionais lhes conseguirem dar execução prática.

Ora, se parece falecer já a capacidade – a força – de as Constituições e leis internas dos Estados se afirmarem, parece ainda mais difícil de imaginar a probabilidade desse verdadeiro direito internacional vingar.

A saga do TPI e a realidade de Guantanamo falam por si.

8 É, portanto, nesta encruzilhada de conveniências e hesitações que se encontra também a crise actual do Ministério Público e da sua sempre discu-

tida legitimidade, uma vez que a sua função constitucional é – e tem de ser –, sobretudo, a de permitir a igualdade dos cidadãos no acesso aos direitos constitucionais e na aplicação formal e imparcial da Lei.

Esta função constitucional não se compadece, porém, com escolhas e opções circunstanciais, ditadas por necessidades populistas, pontuais e mediáticas de políticas que se sustentam apenas num modelo de globalização, dirigido, não para a afirmação dos valores da cidadania e dos direitos humanos, mas, antes, para a defesa prioritária da competitividade dos interesses económicos e dos seus agentes.

Fustigado, exteriormente, por este furacão político e pelos ventos mediáticos, que com zelo arrogante e tantas vezes ignorante o servem empenhada e acriticamente, não tendo, além do mais, em muitos sistemas nacionais, conseguido libertar-se de um modelo anacrónico e burocrático de organização e hierarquia, este Ministério Público que herdámos da segunda metade do Sec. XX ou muda ou desaparece.

E quando afirmamos que desaparece, significamos, realmente, o pior: referimo-nos à mudança da sua natureza constitucional e à sua substituição por um *sucedâneo*, só aparentemente neutro, mas, na realidade, politicamente manipulado e dirigido contra os valores constitucionais que o construíram e aperfeiçoaram.

Isto, mesmo que, durante algum tempo, esse *sucedâneo* de Ministério Público fosse capaz de, com eficiência redobrada, promover a perseguição de algumas exemplares e mediáticos ilegalidades e iludir, assim, as expectativas dos cidadãos realmente necessitados de uma Justiça eficaz, mas efectiva, porque igual e justa.

Por isso, se quer preservar o seu múnus actual, o Ministério Público – como os Tribunais – tem de mudar.

O Ministério Público tem, por isso, de, sabidamente, aproveitar o que de flexibilidade, proximidade e informalidade esse direito da globalização e os seus instrumentos de resolução de conflitos melhor inventaram e introduziram na prática judiciária.

Mas, tem de saber fazê-lo sem derivas desnecessárias ou reformas de puro recorte tecnocrático, afinal, muitas vezes, apenas reveladoras de um novo-riquismo que esconde e mal uma confrangedora incultura e uma grave falta de conhecimento da realidade social em que se insere.

Ou seja, deve modernizar-se sem pôr em causa a sua função original de garante e promotor objectivo da igualdade dos cidadãos perante a Lei e de instrumento público da realização concreta dos direitos constitucionais dos cidadãos; função essa que é, na verdade, a razão da sua existência institucional como órgão de Justiça autónomo.

9 Encontrar modelos organizativos que permitam projectar os meios e as energias que tem e de que dispõe já e aceder em tempo real às necessidades e carências dos que necessitam de Justiça, estruturar respostas modernas e produtivas para essas carências, estar, enfim, presente quando e onde é necessário, são os únicos contributos sérios que o Ministério Público, enquanto órgão de Justiça, pode e deve dar para a afirmação de uma Democracia melhor.

Uma Democracia em que as reformas não signifiquem, por sistema, retrocessos democráticos e sociais e em que os direitos constitucionais adquiridos e inalienáveis dos cidadãos não-de ser respeitados ou feitos respeitar pelos Tribunais.

Uma Democracia, enfim, em que o Direito possa continuar a desempenhar a sua função de paz e civilização.

É, aliás, na procura incessante e empenhada de uma resposta eficaz para a defesa dos diferenciados direitos e interesses dos cidadãos que se legitima a autonomia do Ministério Público.

Essa autonomia implica, porém, necessariamente, responsabilidade; responsabilidade, sobretudo, para com a comunidade.

Nestas circunstâncias, a responsabilidade do Ministério Público e dos seus membros tem, pois, de ser, antes do mais, uma *responsabilidade comunitária* e essa deve, por isso, constituir a sua prioridade.

³⁶ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A *autonomia e a responsabilidade constitucional e comunitária* do Ministério Público são, neste sentido, características inseparáveis e tendem, por isso, a confundir-se.

É por causa dessa *autonomia e responsabilidade comunitária* que o Ministério Público tem conseguido assegurar – em países como, por exemplo, Portugal, mas, principalmente, o Brasil – um vasto núcleo de direitos individuais e colectivos de muitos cidadãos, cujos problemas, por não pertencerem aos estratos privilegiados da sociedade, não são, em regra, notícia dos telejornais.

É isso que tem, entretanto, assegurado alguma da sua legitimidade social e, assim, diminuído a capacidade de erosão institucional que a actual crise da Justiça e do Direito lhe impuseram.

O papel do Ministério Público será todavia esse – ser o garante colectivo dos direitos individuais e da cidadania consagrados na Constituição e nos pactos internacionais e daqueles que, por si só, são incapazes de os defender – ou não será nenhum.

Se outro for, então esse Ministério Público poderá constituir-se, realmente, como um perigo para a Justiça e a Democracia.

Um perigo para Justiça, pois ela pode regressar a um paradigma pré moderno de pura vindicta privada e de mero egoísmo social; um perigo para a democracia, pois a Justiça, cuja iniciativa será instrumentalizada por tal Ministério Público, será apenas aquela que uma qualquer maioria (mais ou menos representativa de um qualquer grupo de interesses), em cada momento, entender dever ser, para resolver os problemas políticos e económicos próprios ou agrandar à opinião mediática.³⁷

Tomar consciência das limitações e incapacidades que tem para cumprir o papel que a Constituição e a Lei lhe comete é, contudo, o único caminho para a sua superação e para o reconhecimento por parte de uma sociedade que, cada vez mais,

desespera por Justiça e é, por isso, sensível a que, com mais ou menos demagogia, lhe indiquem responsáveis – verdadeiros ou falsos – pela vida que, sem alternativa visível, é obrigada a viver e a sofrer.

10 O reconhecimento e a legitimação social do Ministério Público implicam, porém, uma outra dinâmica própria de projecção e visibilidade de trabalho.

Implicam, por isso, no plano interno, mais ciência e imaginação na organização dos meios de que se dispõe, mais, melhor, diversificada e permanente formação dos seus membros, uma sua especialização crescente, mais coordenação, trabalho colectivo e pluridisciplinar e mais consistência, responsabilidade e transparência na intervenção hierárquica concreta.

No plano externo, a acção do Ministério Público deveria, ainda, suscitar, por outro lado, mais e melhor apoio político e verdadeira e desassombada – mesmo que crítica – solidariedade institucional e social.

Acontece que, como vimos referindo, atentas as experiências ocorridas em diversos países dos vários continentes, parece hoje mais difícil conseguir obter no âmbito institucional um apoio ou reconhecimento para o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, designadamente se ele, de algum modo, questionar e envolver grandes interesses económicos e actuações de natureza criminal que ocorram no exercício do poder político.

A reiteração e o aumento de gravidade das “*escaramuças*”, que sempre ou cada vez mais, vêm ocorrendo entre os diferentes Ministérios Públicos dos vários países e os interesses instalados com a protecção do próprio Estado, levam, assim, a questionar o exacto posicionamento institucional do Ministério Público no plano da organização constitucional do Estado e mormente da Justiça.

Se, em países como o Brasil, a Constituição lhe confere uma singular posição de autoridade constitucional autónoma, se, por outro lado, na Itália e de certa maneira em Portugal, o Ministério Público está inserido na Constituição na parte referente aos Tribunais e Poder Judicial e guarda, por isso, ainda assim, alguma independência e autonomia, na maio-

ria dos países de tradição judiciária europeia e latino-americana o enquadramento institucional do Ministério Público situa-o no plano difícil de órgão de ligação entre o Executivo e o Judicial.

Esta poliformia de enquadramentos institucionais e a consequente relação de comprometimento entre o Ministério Público e os diferentes poderes constitucionais, bem como, as situações de fricção institucional criadas pela acção dos distintos Ministérios Públicos, sempre que estes têm de agir em defesa da lei, contra os interesses políticos, económicos e sociais instalados, deve, por isso, fazer-nos questionar o modelo de responsabilidade que lhe deve ser exigido.

Isto é, se ser responsável significa responder, importa saber perante quem e como deve o Ministério Público prestar hoje contas, no contexto e face aos condicionamentos políticos da globalização, ao fraccionamento dos centros de decisão no seio do Estado e à quebra da lógica hierárquica e universalista do sentido cultural ou ideológico da actuação deste.

11. A ideia crescente de uma possível responsabilidade comunitária do Ministério Público vem, assim, ganhando forma entre aqueles que, fora dos jogos imediatos de poder, vêm reflectindo sobre esta questão.

Dizia a propósito Figueiredo Dias³⁸ (2005, p.76/179):

[...] na maioria dos países democráticos a tendência é para rever a posição relativa dos princípios da autonomia e da responsabilidade comunitária por força de medidas várias visando tornar o MP menos dependente das expectativas da maioria parlamentar;

e acrescentava adiante:

[...] “objectividade” e “legalidade” da actuação do MP são assim – precisamente em nome da

³⁸ Catedrático de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito de Coimbra.

realização prática do princípio constitucional da responsabilidade comunitária – as componentes essenciais da “autonomia” do MP.

Só que, encontrar uma resposta institucional para o referido problema poderá significar uma ruptura definitiva com os modelos jacobinos e napoleónicos de Ministério Público que, apesar das inúmeras alterações e evoluções, continuam a presidir, em quase todos os Países, à organização e responsabilização deste órgão de Justiça.

Uma ruptura relativa ao modo e ao “*poder democrático*” a quem reportar e responder.

Mas essa ruptura não pode, por isso, cingir-se ao modelo evolutivo e dúctil que em Itália se tentou. Esse modelo de hierarquia difusa, que despegou já da concepção napoleónica, mostrou, também, os seus limites, na medida em que deixou exposta e sem resposta a questão da sua legitimação.

Importa, por conseguinte, tanto uma ruptura no modelo de organização, como no do relacionamento do Ministério Público com a comunidade, ou melhor, com as diferentes e atomizadas comunidades em que está inserido.

Neste domínio, sem se propor a adopção mimética das soluções anglo-saxónicas, designadamente as norte-americanas, que, no contexto da cultura e dos modelos de Ministério Público europeus e latino-americanos, podem parecer razoavelmente inadequadas, não deixa de ser interessante visitar alguns dos exemplos de responsabilização comunitária extra-estatais que elas comportam.

Como, por outro lado, não deixa de ser verdadeiramente importante estudar as experiências brasileiras de gestão participada dos objectivos a prosseguir pelos diferentes Ministérios Públicos dos diferentes Estados e cidades.

Assim – socorrendo-nos, numa aparente dimensão inversa, do pensamento de Hegel sobre a legitimação, que a vontade do criminoso de aceitar o seu próprio castigo, confere ao sistema estatal de justiça, enquanto, como cidadão, ele se considera parte igual e participa do tribunal e do julgamento que lhe aplicará a pena – importa que o Ministério Público, para que se legitime e seja legitimado, encontre mecanismos inclusivos da comunidade e dos

³⁷ Diz, também, Giorgio Agamben, em *État d'exception* (op. cit.): “Déjà le USA Patriot Act, voté par le Sénat le 2 octobre 2001, permettait à l' Attorney General de garder en D' tention l'étranger (alien) suspect d'activités mettant enpáril la sécurité nationale des Etats-Unis [...] la nouveauté de l'ordre du président Bush est d'annuler radicalement tout statut juridique de l'individu, en créant ainsi un être juridiquement innommable et inclassable.”

cidadãos na definição dos seus objectivos específicos e da sua acção próxima.

Isto, sem que isso possa significar, de algum modo, prescindir da independência que o leva a fazer um juízo jurídico sobre a aplicação do direito ao caso concreto.³⁹

Note-se, que já na Assembleia Nacional Constituinte francesa (1789-1791), Thouret, um jurista e deputado de renome, que também desempenhou as funções de presidente da *Cour de Cassation*, se apercebeu da dificuldade de concatenar a necessária legitimidade cidadã da acção do Ministério Público com a expressão da soberania no exercício da acção penal, referindo com rara clarividência:

[...] c'est au fond de la constitution qu'il faut remonter [...] L'accusation publique tient essentiellement à l'ordre judiciaire, et l'ordre judiciaire entier n'est qu'une partie de la constitution. [...] On s'est appuyé sur ce sophisme, que le pouvoir exécutif n'existait que pour la nation: ce principe est vrai en lui, mais il n'est pas juste quand on s'occupe de la constitution; ainsi le pouvoir exécutif n'étant point la nation, n'agissant pas constitutionnellement pour elle, ce n'est point à lui à lui à nommer les accusateurs publics (((Le pouvoir judiciaire influe chaque jour sur les citoyens, vous ne l'avez pas confié au pouvoir exécutif (((Le pouvoir d'accuser est également un pouvoir de chaque jour; il intéresse également le peuple [...] Il s'élève des murmures.

(((Le pouvoir exécutif n'a aucun droit à revendiquer l'accusation publique, Qui est toute populaire dans son objet (((L'accusation ne pourrait devenir ministérielle, sans être oppressive (((Qui croira que, pour assurer la liberté, on a pensé à en faire une institution ministérielle? C'est par le moyen de l'accusation qu'on pourra découvrir les complots, éclaircir les mouvements qui les précèdent, veiller à la sûreté publique, et à ce que la constitution ne soit pas attaquée. On

dit qu'avec les jurés et des juges un accusateur public est inutile; mais les jurés et les juges n'assurent qu'une seule chose, c'est un jugement impartial. Il y a deux choses: accuser, puis juger; vous avez institué le jugement, il faut donc instituer l'accusation, et ne pas être frappé par cette objection, que les bons jugements en arrêteront l'effet.

Il y a deux abus possibles: ne pas agir quand l'intérêt public l'exige, ou agir d'une manière opposée à l'intérêt public. Dans le premier cas, ni les jurés ni les juges ne peuvent empêcher l'abus; car, avant d'agir, il faut une accusation.

(No segundo caso)

(les jurés et les juges empêcheront seulement que les accusations téméraires n'arrivent au dernier degré (((Vous laisserez donc le gouvernement, armé de la verge terrible de la accusation (((Je ne vois que la décapitation sans forme de procès, qui soit au-dessus des injustices possibles par les accusations ministérielles (((Je propose de décréter que l'accusation publique ne sera confiée aux commissaires du roi, mais a un officier élu par les citoyens).[sic]⁴⁰

Será, assim, na descoberta de soluções concretas e viáveis que possibilitem, caso a caso e depois institucionalmente, uma empenhada e adequada assunção da *responsabilidade comunitária* de cada uma das competentes instâncias territoriais e hierárquicas do Ministério Público e numa sua mais elaborada e concomitante coordenação e articulação que o esforço de democratização e comprometimento cívico do Ministério Público deve desenvolver-se. A procura desses interlocutores que devem mobilizar e auxiliar o Ministério Público na realização possível dos direitos não pode, porém, ser unidireccional e condicionada. Ela deve dirigir-se em sentidos distintos, embora complementares, tanto do ponto de vista social, como científico e ideológico.

⁴⁰ Texto extraído do *Moniteur Universel de Paris*, v. XXXVI, p. 1695.

Universidades, Autarquias, ONGs, Associações Cívicas, Sindicatos e Instituições Religiosas, podem constituir, conforme os casos, sujeitos activos e interessados na definição de objectivos e no apoio à planificação e às iniciativas concretas do Ministério Público.

Essa colaboração pode ainda – mais do que prejudicar – contribuir para um permanente aperfeiçoamento científico e humano dos membros do Ministério Público e para o aprofundamento da sua especialização e da sua operacionalidade.

Além disso, essa colaboração próxima responde, também, em certa medida, a repetidas exigências de auditoria e responsabilização externa do Ministério Público, uma vez que, tratando-se de uma intervenção crítica, pluralista e permanente de diferentes organizações, corre menos riscos de manipulação política ou de vindicta institucional do que aquela que apenas possa resultar da pura e tecnocrática acção institucional de um qualquer organismo burocrático e profissional para esse fim designado.

Para que uma tal mudança de paradigma possa ocorrer, é, contudo, preciso que o Ministério Público, a sua cultura de funcionamento e as suas estruturas se democratizem.

Ela deve, obrigatoriamente, por isso, partir de dentro – daqueles que no seu seio melhor conhecem os constrangimentos e bloqueios que o actual modelo produz e que conduzirão o Ministério Público à impotência – pois, no contexto político actual, não será o poder político central que a irá proporcionar.

Mas ela desenvolver-se-á, exactamente na medida e na proporção em que esses contactos forem sendo promovidos e se estenderem internamente (ao maior número de membros do Ministério Público) e externamente.

Tal “*democratização*” não tem de implicar, infalivelmente – pelo contrário – a perda dos seus atributos e de muitas das mais significativas características que têm orientado a sua acção e organização – a autonomia, a unidade, o dever de objectividade e a independência na apreciação dos casos concretos e nas acções que tem de erigir e defender em Tribunal.

Como refere ainda Balibar (p. 82) no citado ensaio:

[..] il est tout à fait hors de question de prétendre, soit que la constitution de la citoyenneté qui serait à l'ordre du jour des sociétés contemporaines pourrait se ramener à la problématique antique d'une répartition des magistratures ou des fonctions de commandement et d'obéissance au sein de la cité, soit qu'elle pourrait se présenter comme le prolongement du moment insurrectionnel de fondation des sociétés (plus au moins) démocratiques modernes sur la liberté et l'égalité [...]

Não é, portanto, de uma diluição das funções e da responsabilidade do Ministério Público na sociedade que se trata, mas antes da construção de uma nova cultura de proximidade e de abertura à sociedade, aos cidadãos e às suas organizações colectivas, por parte de um órgão de Justiça que apenas se revia e fundamentava as suas opções em critérios – políticos, legais ou não – dimanados de um poder central que da soberania popular que o legitima guarda, em demasiados casos, apenas, já só a formalidade da representação.

É, no fundo, um projecto de confronto do Ministério Público e dos seus membros com a realidade vivida dos cidadãos e não apenas com a ideia da pura e abstracta subsunção jurídica das notícias – os factos jurídicos – que lhe chegam ou não, em segunda ou terceira mão.

Um projecto que evite a manipulação interessada e oportunista da actividade e iniciativa do Ministério Público, porque o situa, directamente e sem intermediários, no seio da sociedade em que ela deve ser desenvolvida e que a justifica.

Um projecto que permite ao Ministério Público uma compreensão vivida e não puramente unidireccional da realidade, da lei, das contradições entre uma e outra ou das que resultam dos diferentes valores que as diferentes leis consagram e que, por isso, sendo mais complexa, é mais actual e verdadeira.

Só, pois, um tal projecto – assente, prioritariamente, no chamamento à participação de uma cidadania activa na definição da acção deste órgão de justiça; isto é, que inclua directamente os cidadãos na defesa jurídica dos direitos humanos e valores constitucionais – porque transcendendo, sem prescindir, o clássico, mas hoje estreito, modelo legitimador da soberania estatal, pode mobilizar

³⁹ Ver, a propósito, Étienne Balibar (2002).

e credibilizar uma instituição como o Ministério Público e impedir que a sua função se burocratize, seja instrumentalizada por interesses obscuros e perca, por isso, credibilidade e validade social.

CLUNY, A. F. DE A. L. The Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service] in a time of globalization: present and future. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 409-426, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The protection of democratic legality on a Democratic and Social State of the XX Century, presuppose, *precisely*, the idea of the equal protection of the law and the *necessity* (*democratic*) that she was, really, applied, equally to all citizens. The *Public Prosecution vocation* as *an organ of Justice*, *immediately* propose the idea of an organization propeller of legality; i.e. of equality. By the initiative of the Public Prosecution, can the court protect and affirm *many* civil and social rights that, *turned on the law*, did not find individuals or social protagonists able, by themselves, make them vanquish.

• **KEYWORDS:** Independent initiative of the Public Ministry. The Court as a sovereign power of the State. Crisis of the political power; its conflict with Justice. The law of globalization. The "new" legitimacy of the Public Ministry. Responsibility of the community. Justice: an inclusive project of citizens. Credibilizing the Public Ministry.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *État d'exception – homo sacer*. Paris: Seuil, 2003.
 AGAMBEN, Giorgio. *Poder soberano e a vida nua*. Lisboa: Presença, Lx, 1998.
 ARENDT, Hannah. *La crise de la culture, "qu'est ce que l'autorité?"* [Título original em inglês, Between Past and Future]. Paris: Gallimard, 1972. (Collection Follio/Essais).
 BALIBAR, Étienne. *Droit de cité – citoyenneté ou souveraineté du peuple?* Paris: Quadrigue/PUF, 2002.
 BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Notícias, 1995.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Globalización y derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1998.

COLOMBO, Gherardo. *Governo dei giudici/ la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli/ Campi del Sapere, mar. 1996.

DANTI-JUAN, Michel. *L'égalite en Droit Penal*. Travaux de L'Institut des Sciences Criminelles de Poitiers. Paris: Cujas, 1987.

DIAS, Figueiredo. *Os 25 anos do Estatuto do Ministério Público – autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FARIA COSTA, José Francisco. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Globalização e direito*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 73, Coimbra Editora, 2003.

FREITAG, Michel. *Arquitetura e sociedade*. Lisboa: Dom Quixote, Lx. 2004.

GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses – justice et démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GIANFORMAGGIO, Letizia. L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico. In: COTTINO, A.; SARZOTTI, C. (Eds.). *Diritto, uguaglianza e giustizia penale*. Torino: L'Harmattan Italia, 1995.

MAIRET, Gérard. *Le principe de souveraineté – histoires et fondements du pouvoir moderne*. Paris: Gallimard, 1997. (Collection Follio/Essais).

MONTESQUIEU. *De L'esprit des Lois*, Livre VI, Chap. VII.

NEVES, Castanheira. *Justiça e direito*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1975. v. LI.

PACHECO, Pedro Mercado. Estado y globalización. Crisis o redefinición del espacio político estatal. In: *Globalización y derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

ROXIN, Klaus. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público. In: *El Ministerio Público en el proceso penal*. CONFERÊNCIA DO ANO DE 1969 NO CENTENÁRIO DO MP DE HAMBURGO. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ZOLO, Danilo. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

Saúde Pública

Mário FROTA*

- **SUMÁRIO:** 1 Preliminares. 1.1 O direito à saúde e segurança na Constituição Europeia. 1.2 O direito à saúde e segurança como direito fundamental. 1.3 O direito à saúde e segurança no domínio do Regulamento Europeu da segurança alimentar. 2 A ordenação dos interesses e a saúde pública. 2.1 A segurança do "prado ao prato" ou do "estábulo à tábola" e os partícipes do processo. 2.2 As legítimas expectativas do consumidor e seus pressupostos. 2.3 As associações de consumidores e as missões que se lhes cometem. 3 Os médicos veterinários como esteios da saúde pública no quadro da saúde animal. 3.1 Médicos veterinários e a sua insubstituível missão na cadeia alimentar. 3.2 Normas técnicas, normas éticas e normas jurídicas: o acervo agro-alimentar "pluriforme, prolífero e prolixo". 3.3 As conexões funcionais entre estruturas médico-veterinárias e de consumidores, como emanação do direito de associação.
- **RESUMO:** O presente artigo tem por escopo dar ao leitor uma visão geral do tratamento dispensamento à saúde pública no âmbito da União Europeia, a partir de textos dos Tratados de Nice, Amsterdão e Maastricht, e à luz dos princípios da precaução (este introduzido no último dos tratados mencionados) e da prevenção. Analisam-se, no domínio do Regulamento Europeu da Segurança Alimentar, regras voltadas para a proteção da saúde e segurança do consumidor. O direito à saúde é posto como um direito fundamental, na Carta dos Direitos, destacando-se no capítulo dos direitos e deveres sociais. No exame do tema, sublinha-se que incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, para que possam prevenir-se em relação aos riscos gerados por produtos perigosos ou nocivos à saúde, sendo dever da empresa, como decorrência do direito à informação conferido ao consumidor, a comunicação dos riscos dos produtos e serviços co-

locados no mercado de consumo. A transparência, pela informação eficiente, aparece como elemento-chave da comunicação dos riscos. Nesse quadro, além do dever de informação imposto às empresas, afigura-se de fundamental importância a educação para a sociedade de consumo. Ela antecipa os feitos de uma informação *per se* eminentemente formativa. Com efeito, a educação para a informação habilita o consumidor para a comunicação empresarial sobre os riscos, prevista nos textos normativos da União Europeia e dos Estados-membros, seja qual for a forma assumida (rotulagem, publicidade etc.). Dessa maneira, a publicidade sobre os produtos e serviços, com o seu quê de sedução, não se deve desviar dos quadros da licitude, veracidade, cientificamente comprovada, e do respeito aos direitos dos consumidores. Na análise do tema foram invocadas, também, diversas normas da Lei de Proteção do Consumidor portuguesa, de 1996, com destaque para as que disciplinam o direito do consumidor à informação sobre os riscos de produtos e serviços e o dever dos fornecedores de comunicá-los ao consumidor, nas embalagens, rótulos e publicidade, devendo esta última, no domínio dos alimentos, tornar-se cada vez mais exigente, não se afigurando lícito que haja quaisquer desvios em matéria tão sensível, com reflexos na saúde pública.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Saúde pública. Direito à saúde. Segurança alimentar. Regulamento Europeu de Segurança Alimentar. Tratados de Nice e Amsterdão. Princípios da precaução e da prevenção. Lei de Defesa do Consumidor portuguesa. Dever de comunicação sobre os riscos. Comunicação

* Professor da Universidade de Paris XII; Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra e da *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* (RPDC).

empresarial. Publicidade e rotulagem. Transparência. Educação para o consumo. Sociedade da informação.

1 Preliminares

1.1 O direito à saúde e segurança na Constituição Europeia

O direito à saúde e à segurança plasmado se acha no Tratado de Nice. Em formulação que lhe empresta a qualidade de um direito de valor reforçado que sobrepojará o mais.

Os interesses económicos, que tudo sacrificam, ao menos no plano dos princípios submetem-se-lhe. Em hierarquização férrea que a factualidade envolvente porá eventualmente à prova.

O que o art. 129 do Tratado de Amsterdão proclama, normativo que se mantém inalterável no Tratado de Nice, é o que segue:

A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar *um elevado nível de defesa destes*, a Comunidade contribuirá para a *protecção da saúde*, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

Outros arts. do Tratado [de Amsterdão] são relevantes para a política dos consumidores: por exemplo a importância das questões da saúde é confirmada pela nova redacção do art. 152 sobre Saúde Pública, cuja aplicação está relacionada com o art. 153.

Ora, a preservação da vida e da saúde humana constitui, pois, um superlativo ante o mais.

1.2 O direito à saúde e segurança como direito fundamental

Na Carta de Direitos com a chancela do Texto Fundamental avulta no capítulo dos direitos e deveres sociais, o art. 64 que, sob a epígrafe *saúde*, rege:

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;

f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

No que tange, porém, aos *direitos e deveres económicos*, e na moldura específica dos direitos outorgados e reconhecidos aos cidadãos-consumidores, perfila-se o *direito à protecção da saúde*, como segue:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

O direito à saúde e à segurança contemplado na Lei do Consumidor de 31 de Julho de 1996, recorta-se com um peso específico na segurança, a saber:

1- É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas.

2- Os serviços da Administração Pública que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento da existência de bens ou serviços proibidos nos termos do número anterior devem notificar tal facto às entidades competentes para a fiscalização do mercado.

3- Os organismos competentes da Administração Pública devem mandar apreender e retirar do mercado os bens e interditar as prestações de serviços que impliquem perigo para a saúde ou segurança física dos consumidores, quando utilizados em condições normais ou razoavelmente previsíveis.

A Lei de Bases da Saúde, porém, estabelece neste particular:

1 - A protecção da saúde constitui um direito dos indivíduos e da comunidade que se

efectiva pela responsabilidade conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados, nos termos da Constituição e da lei.

2 - O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis.

3 - A promoção e a defesa da saúde pública são efectuadas através da actividade do Estado e de outros entes públicos, podendo as organizações da sociedade civil ser associadas àquela actividade.

4 - Os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos.

E, no plano das disposições regulamentares, a segurança de produtos e serviços emerge de dispositivos, como o DL 213/87, de 28 de Maio (serviços) e o DL 311/95, de 11 de Novembro (produtos).

Aí se define:

1- É considerado seguro o produto cujas características correspondam às fixadas na lei ou em regulamentos que fixem os requisitos em matéria de protecção da saúde e da segurança a que o mesmo deve obedecer para poder ser comercializado.

2 - A conformidade de um produto com as regras mencionadas no número anterior não constitui impedimento à adopção, por parte das autoridades competentes, das medidas que se mostrem necessárias para restringir a sua comercialização ou ordenar a sua retirada do mercado se, não obstante essa conformidade, o produto se revelar perigoso para a saúde e a segurança dos consumidores.

As normas enunciadas convergem, a despeito das origens, no propósito comum de conferir à saúde e à segurança, como sustentáculos maiores da vida, um lugar aparte no ordenamento jurídico nacional.

1.3 O direito à saúde e segurança no domínio do Regulamento Europeu da Segurança Alimentar

No domínio do Regulamento Europeu da Segurança Alimentar, realce para relevantes domínios de intervenção e suporte de adequadas políticas de saúde e tutela da segurança do consumidor:

- segurança alimentar – no quadro da recuperação e ampliação dos níveis de confiança afectados por um sem número de abalos que perpassam a Europa de lés-a-lés.
- análise dos riscos em vista da preservação da saúde e das garantias de segurança – de forma exaustiva, corrente e consequente.
- cientificidade dos pareceres emitidos no domínio de que se cura, em termos de uma inequívoca aplicação de critérios de rigor, efectividade e isenção sem sujeições a interesses outros e menos ainda aos que relevam do económico em que é passível descortinar fumos de corrupção e de favorecimento de perspectivas em que se não revêem os valores que se coenvolvem neste particular.

Consequente intervenção em situações de emergência declarada – celeridade, eficácia e eficiência como coordenadas em que se inscrevem os objectivos por cuja consecução é mister pugnar.

- Concertação no plano internacional por forma a que se apurem consensos no que tange a princípios, directrizes, critérios a que a análise do risco se submeterá em qualquer das latitudes.

Ora, a segurança alimentar, como já o asseverámos, volve-se no arsenal de estruturas / instrumentos a criar e/ou a desenvolver por forma a garantir e ou a reforçar a segurança neste particular.

O Regulamento Europeu, quiçá ainda mal assimilado entre nós, a despeito do modelo institucional propugnado e nem sequer incipiente na sua hipotética abordagem do ou ao real, define a este propósito como que numa *petitio principii* que: “*não serão colocados no mercado quaisquer géneros alimentícios que não sejam seguros*”: não o sendo os

que se afigurem prejudiciais à saúde e os impróprios para o consumo humano.

Facto é que uma tão singela formulação presuppõe complexíssimas operações de base cujo grau de dificuldade em ordem à sua consecução importa não menosprezar.

E a tal propósito provê o Regulamento Europeu, no seu art. 5º, como segue:

1. A legislação alimentar deve procurar alcançar um ou mais dos objectivos gerais de um elevado nível de protecção da vida e da saúde humanas a protecção dos interesses dos consumidores, incluindo as boas práticas no comércio de géneros alimentícios, tendo em conta, sempre que adequado, a protecção da saúde e bem-estar animal, a fitossanidade e o ambiente.
2. A legislação alimentar deve visar a realização da livre circulação na Comunidade de géneros alimentícios e de alimentos para animais, fabricados ou comercializados em conformidade com os princípios e os requisitos gerais constantes do presente capítulo.
3. Sempre que existam normas internacionais ou esteja iminente a sua aprovação, estas devem ser tidas em conta na formulação ou na adaptação da legislação alimentar, excepto quando as referidas normas ou os seus elementos pertinentes constituírem meios ineficazes ou inadequados para o cumprimento dos objectivos legítimos da legislação alimentar ou quando houver uma justificação científica ou ainda quando puderem dar origem a um nível de protecção diferente do considerado adequado na Comunidade Europeia.

Como a outro propósito se sustentou (cf. *Revista de Ciência e Cultura*, 2001, p. 2003)¹ o destaque

¹ *Segurança Alimentar – Imperativo de Cidadania*. In: *Lusitana – Revista de Ciência e Cultura*. Porto: Universidade Lusitana, 2001. p. 2003. (Série Direito).

conferido à *saúde e bem-estar animal* reflecte as preocupações que a montante se exprimem no que tange à generalidade dos produtos alimentares em vista do elevado nível de protecção da vida e da saúde humanas a que tende, como objectivo primacial, a política de segurança alimentar no seio da União.

Ora, o direito à saúde e segurança atinge o seu esplendor em domínios como os de base da própria subsistência em que o agro-alimentar ocupa posição de indesmentível relevo.

Na cadeia da produção ao consumo, o destinatário final, cada um de nós, em suma, como beneficiários directos de um sistema de segurança seriamente estruturado e articulado, é o *alfa* e o *ómega* de qualquer construção susceptível de se erigir em homenagem à estabilidade bio-psíquica e à satisfação íntima das necessidades mais instantes sejam quais forem os padrões nutricionais que se elegerem.

2 A ordenação dos interesses e a saúde pública

2.1 A segurança do “prado ao prato” ou do “estábulo à tábola” e os partícipes do processo

Qualquer sistema que haja de fundar-se tem de assentar em caboucos que garantam a estabilidade, a firmeza e a sua própria consistência.

A ordenação dos interesses terá de adequar o modelo de base aos objectivos que tendem a alcançar-se.

A que visa o sistema?

A *preservação da vida e da saúde humanas*.

Com que instrumentos é mister opere?

Antes, porém, urge saber o *como*.

A preservação da vida e da saúde garante-se neste particular através de *géneros alimentícios seguros*.

Daí que no travejamento jurídico-institucional se vedem géneros *que não sejam seguros*.

E se defina que se não consideram seguros:

- os prejudiciais à saúde e;
- os impróprios para consumo humano.

Os critérios de determinação em geral de que um género alimentício não é seguro enunciam-se de modo breve como segue – há aí que ter em conta:

- as condições normais de utilização do género alimentício pelo consumidor e em todas as fases de produção, transformação e distribuição;
- as informações fornecidas ao consumidor, incluindo as constantes do rótulo, ou outras informações geralmente à disposição do consumidor destinadas a evitar efeitos prejudiciais para a saúde decorrentes de um género alimentício específico ou de uma categoria específica de géneros alimentícios.

Ao determinar-se se um género alimentício é prejudicial para a saúde, deve ter-se em conta:

- as condições normais de utilização do género alimentício pelo consumidor e em todas as fases da produção, transformação e distribuição;
- as informações fornecidas ao consumidor, incluindo as constantes do rótulo, ou outras informações geralmente à disposição do consumidor destinadas a evitar efeitos prejudiciais para a saúde decorrentes de um género alimentício específico ou de uma categoria específica de géneros alimentícios.

Ao determinar-se se um género alimentício é prejudicial para a saúde, deve-se ter em conta:

- não só o provável efeito imediato e/ou a curto e/ou a longo prazo desse género alimentício sobre a saúde da pessoa que o consome, mas também sobre as gerações seguintes;
- os potenciais efeitos tóxicos cumulativos;
- as sensibilidades sanitárias específicas de uma determinada categoria de consumidores, quando o género alimentício lhe for destinado.

Ao determinar-se se um género alimentício é impróprio para consumo humano, deve-se ter em conta se é inaceitável para consumo humano de acordo com o uso a que se destina, quer por motivos de contaminação, de origem externa ou outra, quer por putrefacção, deterioração ou decomposição.

Sempre que um género alimentício que não é seguro faça parte de um lote ou remessa de géneros alimentícios da mesma classe ou descrição, partir-

se-á do princípio de que todos os géneros alimentícios desse lote ou remessa também não são seguros, a menos que, na sequência de uma avaliação pormenorizada, não haja provas de que o resto do lote ou da remessa não é seguro.

São, porém, considerados seguros os géneros alimentícios que estejam em conformidade com as disposições comunitárias específicas que regem a sua segurança, no que diz respeito aos aspectos cobertos por tais disposições.

A conformidade de um género alimentício com as disposições específicas que lhe são aplicáveis não impedirá as autoridades competentes de tomar as medidas adequadas para impor restrições à sua colocação no mercado ou para exigir a sua retirada do mercado sempre que existam motivos para se suspeitar que, apesar dessa conformidade, o género alimentício não é seguro.

Na ausência de disposições comunitárias específicas, os géneros alimentícios são considerados seguros quando estiverem em conformidade com as disposições específicas da legislação alimentar do Estado-Membro em cujo território são comercializados, desde que tais disposições sejam formuladas e aplicadas sem prejuízo do Tratado da União Europeia.

Para tanto é fundamental calcorrear uma espécie de *via sacra*.

- Antes do mais, há que condensar em texto – de preferência em um só texto – as regras que estatuem no domínio do agro-alimentar: preferível seria que um *Código*, um acervo normativo com as regras técnico-científicas, se estruturasse e, num outro volume, se plasmasse as normas susceptíveis de visar condutas passíveis de juízos de censura, vale dizer, um autêntico *Código Penal do Consumo* na vertente do agro-alimentar.

- De par com as normas técnico-científicas, um outro acervo de índole organo-administrativo, se imporia: nele se consignariam as instituições e sua articulação de molde a que no seu quadro de atribuições se lhe cometessem as missões que imperioso será desempenharem.

De par com a *análise dos riscos* imbricada na Agência, forçoso será constituir-se um corpo inspectivo, ajustado às necessidades, dotado de quadros técnico-cientificamente instruídos e preparados.

E, no plano da judicatura de competência especializada que imperem sob o influxo de coordenadas de celeridade, eficácia, economicidade e eficiência. De molde a que as normas tenham efectiva aplicação e se adequem a moldura penal à gravidade dos bens, interesses ou valores fundamentais objecto de afrontamento na cadeia de produção ao consumo.

A *segurança* estruturalmente lograr-se-ia destarte.

Ponto é saber se o consumidor teria um papel meramente passivo como destinatário a montante de todo um esforço desencadeado a jusante ou se deveria ser considerado como um parceiro com estatuto pleno – como sujeito de parte inteira.

Os consumidores não podem rever-se, tão pouco arrogar-se um estatuto de sujeito passivo, partícula à passivante no seio do mercado.

O consumidor não pode ser havido como agente económico no sentido descaracterizante como os poderes o perspectivam.

O cidadão-consumidor é um centro de imputação de direitos, é sujeito, não objecto. E o papel que se lhe atribui, outorga ou reconhece é-o tanto numa perspectiva individual como numa distinta dimensão – trans ou meta-individual.

Ao consumidor individual há que dotá-lo de saberes e informações para que possa agir de modo criterioso e eficiente no mercado, através, nomeadamente de uma formação (e subjacente educação) para o consumo e de uma consequente informação, que não se esgota obviamente na simples (mas relevante) *comunicação dos riscos*.

Mas os consumidores, por seu turno, terão de ter uma efectiva e saudável representação no seio das estruturas do agro-alimentar, a todos os níveis, podendo inclusivamente figurar como *juizes sociais* na arquitectura dos tribunais de competência especializada em que se apreciam e julgam os feitos neste passo relevantes.

De tal sorte que é possível conceber um juiz togado e dois juizes leigos ou profanos, emergen-

tes das estruturas associativas de consumidores como das associações de interesse económico relevante imbricadas em cada um dos elos da cadeia alimentar.

Posição ímpar em um sem número de elos da cadeia ocupam insofismavelmente os médicos veterinários que são como que a coluna vertebral do sistema, como no lugar próprio se revelará.

2.2 As legítimas expectativas do consumidor e seus pressupostos

Ao consumidor se reconhece como fundamental um direito assente na trilogia QUALIDADE, EFICÁCIA e SEGURANÇA de produtos e serviços a que não escapa o ordenamento agro-alimentar.

Na realidade, o art. 4º da Lei do Consumidor é expresso em definir, na redacção a que se reconduz, emergente das modificações legislativas operadas pelo DL 67/2003, de 8 de Abril:

Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

Aí se contempla quer a *qualidade* quer a *eficácia* (os efeitos...).

O art. 5º da Lei do Consumidor é expresso em consignar o direito à protecção da segurança em qualquer das vertentes por que se desdobra o estatuto do consumidor na extensão de domínios que comporta:

- 1- É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas.
- 2- Os serviços da Administração Pública que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento da existência de bens ou servi-

ços proibidos nos termos do número anterior devem notificar tal facto às entidades competentes para a fiscalização do mercado.

- 3- Os organismos competentes da Administração Pública devem mandar apreender e retirar do mercado os bens e interditar as prestações de serviços que impliquem perigo para a saúde ou segurança física dos consumidores, quando utilizados em condições normais ou razoavelmente previsíveis.

Às legítimas expectativas do consumidor, há que crescer o complexo normativo que, segundo os sucessivos estádios da ciência, previnem e reprimem os desvios que ocorrerem.

As *expectativas do consumidor* têm como pressupostos que “*não serão colocados no mercado quaisquer géneros alimentícios que não sejam seguros*”.

Perspectivando-se a segurança neste particular, entre outros, sob as coordenadas definidas no Regulamento Europeu.

Mas as *legítimas expectativas* assentam de análogo modo nas metodologias adoptadas pelos entes públicos susceptíveis de obviar a que ao mercado aportem produtos alimentares prejudiciais à saúde e bem assim os impróprios para consumo humano.

E avulta neste particular o *princípio da precaução* que representa um dos *esteios* da preconizada segurança alimentar.

Princípio relevante que surge com autonomia pela importância que se lhe reconhece é o da *precaução* que figura, em tese geral, nos Tratados de Maastricht, de Amsterdão e de Nice.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – COMO PILAR DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E DO AMBIENTE

O *princípio da precaução* surge nos textos da ora denominada União Europeia com o Tratado de Maastricht.

A *introdução de forma explícita no Tratado de Maastricht do princípio da precaução* (§2º do art. 130-R) vinculou a União ao imperativo de fundar a sua política no domínio do ambiente em obediência a uma tal matriz e, em termos pragmáticos, a alicerçar as suas intervenções em consequentes acções de prevenção.

Em que domínios se justifica o recurso ao *princípio da precaução*?

O *princípio da precaução* é invocável em situações em que os saberes científicos não permitem, no estado em que se acham, afastar a regra que justifique a prevenção, mas supor tão só a subsistência de um risco. O *princípio da prevenção*, que de há muito se reconhece no direito europeu (leia-se na União Europeia), tem um âmbito de aplicação mais amplo que o da *precaução*.

O *princípio da prevenção* permite a adopção de medidas que visam reduzir um perigo identificado. O *princípio da prevenção* aplica-se em caso de uma forte probabilidade de prejuízos causados aos cidadãos-consumidores.

O *princípio da precaução* depende do carácter incerto da superveniência de um prejuízo.

As condições *materiais* de aplicação do princípio da precaução perfilam-se como segue:

1. *Incerteza científica*: no domínio da salvaguarda da saúde, a avaliação científica é indispensável no processo legislativo.

O que quer significar que os conhecimentos científicos permitem perspectivar um perigo para a saúde sem autorizar a conclusão da existência certa do perigo;

2. *A gravidade do risco pode revestir duas formas*: Uma *incerteza científica* relativa à superveniência de um prejuízo ou uma *incerteza sobre a gravidade* do dano;

3. *Uma acção instantânea, urgente*.
Duas condições *formais* se impõem:

1ª - *Carácter transitório*: a medida tomada em virtude do princípio da precaução deverá entender-se em simultaneidade com a da incerteza jurídica;

2ª - *Diligências investigatórias*: o que visa a remediar a incerteza científica por consequente investigação científica.

Como sustentam determinados autores, à medida em que o *princípio da precaução* se inscreve em um qualquer processo decisional, o quadro jurídico que o exorna ganha forma.

No acórdão “National Farmer’s Union” do Tribunal Europeu de Justiça, que contemplou “a crise das vacas loucas”, suscitou-se, pela vez primeira, a aplicação do *princípio da precaução* plasmado no art. 130 R.

No que tange à Comissão Europeia, a precaução deverá situar-se como critério de análise do risco, no estágio da gestão, antes ainda da elaboração de um qualquer anteprojecto de regulamentação.

No quadro da repartição de competências que toca à salvaguarda da saúde e do ambiente entre a Comissão e os Estados, compete também aos Estados membros aplicar o *princípio da precaução* enquanto princípio geral em condições análogas às que se enunciaram.

Os próprios actos legislativos que hajam eventualmente negligenciado o *princípio da precaução* poderão ser postos em causa se for de todo manifesto ou se dele se desprender que há afronta ao princípio consagrado de forma inequívoca no Tratado de Maastricht e que reza o seguinte:

1 A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- a protecção da saúde das pessoas;
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

2 A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias. Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a sa-

tisfazer essas exigências incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.

3 Na elaboração da sua política no domínio do ambiente, a Comunidade terá em conta:

- os dados científicos e técnicos disponíveis;
- as condições do ambiente nas diversas regiões da Comunidade;
- as vantagens e os encargos que podem resultar da actuação ou da ausência de actuação;
- o desenvolvimento económico e social da Comunidade no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões.

4 A Comunidade e os Estados membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As formas de cooperação da Comunidade podem ser objecto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas, os quais serão negociados e celebrados nos termos do art. 228º. O disposto no parágrafo anterior não prejudica a capacidade dos Estados membros para negociar nas instâncias internacionais e celebrar acordos internacionais.

O art. 130-R, em que se plasma o *princípio da precaução*, foi reescrito por ocasião do Tratado de Amsterdão, em que ficou como art. 174.

Para além do recurso aos tribunais nacionais, suscita-se a hipótese de o conflito que dessa forma se gera poder ser dirimido pelo Tribunal Europeu de Justiça, tanto em termos processuais como em sede de apreciação principal da acção de que se trata.

No *Regulamento da Segurança dos Alimentos* de 28 de Janeiro de 2002, que veio a lume em 1 de Fevereiro pº pº, e que, em geral, entrou em vigor em 21 de Fevereiro, o *princípio da precaução* é recortado como segue:

1 Nos casos específicos em que, na sequência de uma avaliação das informações disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adoptadas as medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de protecção da saúde por que se optou na Comunidade, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos.

2 As medidas adoptadas com base no nº 1 devem ser proporcionadas e não devem impor mais restrições ao comércio do que as necessárias para se alcançar o elevado nível de protecção por que se optou na Comunidade, tendo em conta a viabilidade técnica e económica e outros factores considerados legítimos na matéria em questão. Tais medidas devem ser reexaminadas dentro de um prazo razoável consoante a natureza do risco para a vida ou a saúde e o tipo de informação científica necessária para clarificar a incerteza científica e proceder a uma avaliação mais exaustiva do risco.

Ora, para além da *precaução*, outro princípio avulta, a saber, o da *transparência* que — pode asseverar-se — constitui, afinal, magna expressão do direito à informação tal como o recorta o art. 8º da Lei do Consumidor, *emblematicamente* considerado como um dos patamares de cidadania:

1 O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

2 A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista,

por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação.

- 3 Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor.
- 4 Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.
- 5 O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.
- 6 O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor.

Transparência é, segundo a Enciclopédia Portuguesa-Brasileira, “qualidade do que é transparente; diafeneidade”.

Transparente é, por seu turno, “designativo de cada um dos corpos que se deixam atravessar pela luz e através dos quais se distinguem nitidamente os objectos; diáfano; franco, que se deixa conhecer ou desvendar facilmente; que se percebe facilmente; claro; evidente [...] (op. cit.).

O princípio da transparência, de resto, plasmado, entre nós, na LC (Lei do Consumidor), no nº 1 do seu art. 8º, assenta no pressuposto de que

[...] o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve [...] informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazo de entrega e assistência pós-contratual.

A *transparência*, no plano de que se trata, volta-se em duas vertentes, a saber, a da *consulta pública* na fase da preparação, avaliação e revisão da legislação alimentar e a da *informação dos consumidores* sempre que se estime que um género alimentício (ou um alimento destinado a animais irracionais) comporte eventual risco para a saúde humana ou animal.

O princípio, insito nos arts. 9º e 10º, tem expressão em cada um dos normativos.

Neles se lobra o seu sentido e alcance. A *consulta pública* prevê, porém, uma excepção:

[...] proceder-se-á a uma consulta pública aberta e transparente, directamente ou através de organismos representativos, durante a preparação, avaliação e revisão da legislação alimentar, a não ser que a urgência da questão não o permita.

No que tange à *informação dos cidadãos*, de conferir, pois, o que no art 10º se encerra, a saber:

Sem prejuízo das disposições comunitárias e de direito nacional aplicáveis em matéria de acesso a documentos, sempre que existam motivos razoáveis para se suspeitar de que um género alimentício ou um alimento para animais pode apresentar um risco para a saúde humana ou animal, dependendo da natureza, da gravidade e da dimensão desse risco, as autoridades públicas tomarão medidas adequadas para informar a população da natureza do risco para a saúde, identificando em toda a medida do possível o género alimentício ou o alimento para animais ou o seu tipo, o risco que pode apresentar e as medidas tomadas ou que vão ser tomadas, para prevenir, reduzir ou eliminar esse risco.

A consagração do *princípio* constitui barreira às cortinas de fumo, à ignorância, aos silêncios comprometedores a que empresários e políticos se remeteram em prejuízo manifesto de cada um e todos, em época, de resto, não muito distante.

De análogo modo as *legítimas expectativas* são indissociáveis dos *interesses económicos* que desfrutam de tutela constitucional, mas emergem em sinonímia do Regulamento Europeu.

A *salvaguarda dos interesses do consumidor* reveste um sem número de manifestações da plasticidade das relações jurídicas de consumo.

Para além da patrimonialidade em que se revê e a que os programas, planos, directrizes e leis nacionais conferem expressão, há bens, interesses ou valores jurídicos fundamentais a preservar, tutelados pela ordem penal no plano económico *stricto sensu*. Confira-se o que a LC consagra, entre nós:

[...] o consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos contraentes, a lealdade e a boa fé nos preliminares, na formação e ainda durante a vigência dos contratos.

E exprime, materializando, em um sem número de preceitos, o que, em tese geral, se encerra no nº 1 do seu art 9º.

No domínio da legislação alimentar – e em particular no que toca ao Regulamento Europeu –, e sob a epígrafe protecção dos interesses dos consumidores, se define de modo expresso que a *legislação alimentar* tem como objectivo a protecção dos interesses dos consumidores e a fornecer-lhes uma base para que façam escolhas com conhecimento de causa em relação aos géneros alimentícios que consomem. Visa prevenir – e, neste passo, acrescenta de modo meramente exemplificativo um sem número de alvos, a saber:

- práticas fraudulentas ou enganosas;
- a adulteração dos géneros alimentícios;
- quaisquer outras práticas que possam induzir em erro o consumidor.

Para além da responsabilidade susceptível de ser assacada aos operadores económicos, nos termos gerais, nos planos criminal e civil, avulta, nos termos da Directriz 85/374/CEE do Conselho de 25 de Julho de 1985, a responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, que ora abarca as matérias-primas (produtos da agricultura, pecuária, da caça e da pesca), sempre que a vida, a integridade física e a segurança de quem quer esteja em causa.

A tal provê o art. 21 do Regulamento Europeu, como forma de acautelar perigos e riscos susceptíveis de afectar os consumidores em valores fundamentais como os enunciados.

Em princípio, a criminalização das condutas releva dos direitos nacionais, não se vislumbrando, no estágio actual, que a Europa se proponha editar um Código Penal do Consumo susceptível de traçar as molduras típicas (dos tipos de ilícito) e os quadros sancionatórios unívocos ou uniformes aplicar de Helsínquia a Albufeira, no Algarve.

Susceptível de os integrar, no contrapolo das obrigações assumidas pelos consumidores, no domínio da salvaguarda dos seus interesses (económicos) realce para as boas práticas do comércio dos géneros alimentícios, que acrescem às que no plano da *qualidade* a Directriz 93/43/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 estabelece e que, na transposição que de tal instrumento efectuou o legislador português, se plasma no art 4º do Decreto-Lei 67/98, de 18 de Março, como segue:

- 1- As autoridades competentes para o exercício do controlo oficial deverão promover e apoiar a elaboração de códigos de boas práticas de higiene destinados a utilização voluntária pelas empresas do sector alimentar como orientação para a observância dos requisitos de higiene.
- 2- Os códigos deverão ser elaborados por empresas do sector alimentar ou suas associações e representantes de outras entidades interessadas, tais como as autoridades sanitárias e as associações de consumidores.
- 3- Será sempre garantida a audição dos titulares de interesses opostos que possam ser afectados pela aprovação e cumprimento dos códigos.

- 4 Na construção do conteúdo dos códigos devem ter-se em conta as regras recomendadas internacionalmente em matéria de higiene alimentar, nomeadamente as do Codex Alimentarius.
- 5 Os projectos de código de boas práticas serão apresentados à Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar (DGFCQA), para efeitos de avaliação pelas entidades que forem designadas por despacho conjunto dos Ministros da Economia, da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, da Saúde e Adjunto do Primeiro-Ministro.
- 6 Os códigos de boas práticas que forem considerados conformes com o disposto no presente diploma serão sempre objecto de divulgação junto das empresas do sector alimentar a que respeitem e das autoridades sanitárias.
- 7 Os códigos de boas práticas serão notificados à Comissão Europeia.

De resto, como noutro passo se assinalou, a protecção dos interesses dos consumidores, incluindo as boas práticas no comércio de géneros alimentícios”, constitui segmento relevante dos objectivos gerais plasmados no art 5º do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros, transcrito supra.

A afeição às práticas leais representa o *quid* que exige de responsabilidades, em particular o “comércio retalhista”, na acepção que do termo se retém no glossário insito *in fine*.

Ora, as *legítimas expectativas* não poderão ser, a nenhum título, defraudadas: o consumidor tem um estatuto de ouro que só se desmorona porque da “*lei*” à “*praxis*” dista um abismo, já que à dessacralização da lei se seguiu uma vaga inestancável de indisciplina social insusceptível de sustar-se, de se sofrer pela *demissão pura e simples* da administração ou das administrações públicas “de joelhos” perante interesses que não são patentemente os dos povos, os das gentes, os das pessoas concretas que os textos de forma inebriante incensam para os concretos motores do mercado siderarem ou cilindram impunemente a seu bel talante.

Fenómeno que há que ter a coragem de inverter para que o Homem e a Mulher se revejam em plenitude na sua própria condição e estatuto.

Não se pode proclamar *urbi et orbi* a libertação dos humanos para despidoradamente *se porrem a ferros* um pouco por toda a parte.

2.3 As associações de consumidores e as missões que se lhes cometem

O direito de associação, constitucionalmente reconhecido, radica no art 46 do Texto Fundamental que reza:

1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.
2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.
3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela.
4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.

As *associações de consumidores* são como que uma emanção das comunidades de pessoas espacialmente situadas.

Ora, no leque de direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos-consumidores, avulta, neste particular, o direito de representação que se traduz, nos termos do nº 3 do seu art 60, em:

As associações de consumidores [...] têm direito nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre questões que digam respeito à defesa dos consumidores.

Ora, a representação comporta os direitos de consulta de e participação.

A Lei do Consumidor dispõe no art 18 de forma precípua o que compete às associações de consumidores:

- 1- As associações de consumidores gozam dos seguintes direitos:
 - a) Ao estatuto de parceiro social em matérias que digam respeito à política de consumidores, nomeadamente traduzido na indicação de representantes para órgãos de consulta ou concertação que se ocupem da matéria;
 - b) Direito de antena na rádio e televisão, nos mesmos termos das associações com estatuto de parceiro social;
 - c) Direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões susceptíveis de afectar os direitos e interesses daqueles;
 - d) Direito a solicitar, junto das autoridades administrativas ou judiciais competentes, a apreensão e retirada de bens do mercado ou a interdição de serviços lesivos dos direitos e interesses dos consumidores;
 - e) Direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva;
 - f) Direito a consultar os processos e demais elementos existentes nas repartições e serviços públicos da administração central, regional ou local que contenham dados sobre as características de bens e serviços de consumo e de divulgar as informações necessárias à tutela dos interesses dos consumidores;
 - g) Direito a serem esclarecidas sobre a formação dos preços de bens e serviços, sempre que o solicitem;
 - h) Direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens

e de prestações de serviços essenciais, nomeadamente nos domínios da água, energia, gás, transportes e telecomunicações, e a solicitar os esclarecimentos sobre as tarifas praticadas e a qualidade dos serviços, por forma a poderem pronunciar-se sobre elas;

- i) Direito a solicitar aos laboratórios oficiais a realização de análises sobre a composição ou sobre o estado de conservação e demais características dos bens destinados ao consumo público e de tomarem públicos os correspondentes resultados, devendo o serviço ser prestado segundo tarifa que não ultrapasse o preço de custo;
 - j) Direito à presunção de boa fé das informações por elas prestadas;
 - l) Direito à acção popular;
 - m) Direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal e a acompanharem o processo contra-ordenacional, quando o requeiram, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final;
 - n) Direito à isenção do pagamento de custas, preparos e de imposto do selo, nos termos da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto;
 - o) Direito a receber apoio do Estado, através da administração central, regional e local, para a prossecução dos seus fins, nomeadamente no exercício da sua actividade no domínio da formação, informação e representação dos consumidores;
 - p) Direito a benefícios fiscais idênticos aos concedidos ou a conceder às instituições particulares de solidariedade social.
- 2- Os direitos previstos nas alíneas a) e b) do número anterior são exclusivamente conferidos às associações de consumidores de âmbito nacional e de interesse genérico.
 - 3- O direito previsto na alínea h) do nº 1 é conferido às associações de interesse genérico ou de interesse específico quando esse interesse esteja directamente relacionado

com o bem ou serviço que é objecto da regulação de preços e, para os serviços de natureza não regional ou local, exclusivamente conferido a associações de âmbito nacional.”

Os consumidores, para além do Conselho Nacional do Consumo – DL nº 154/97, de 20 de Junho –, dispõem de representação em inúmeros domínios. Nem sempre relevante, nem sempre proporcional, nem sempre adequada.

No que se reporta à Agência para a Qualidade e Segurança Alimentar, os consumidores desfrutam também de uma representação que se dilui deveras ante a composição dos blocos de interesses intervenientes ou conformadores do ser próprio de uma tal estrutura.

A relevância do papel cometido às associações (“*são os olhos do dono que guardam a vinha*”) mister seria que a partilha de equilíbrios fosse deveras ponderada.

Mas aos consumidores não é lícito faleça adequada preparação para que as posições assumidas o sejam movidas pela *suprema lex da salus publica*, que não por interesses sejam de que natureza forem.

As associações de consumidores não podem ser, porém, correia de transmissão nem de estruturas políticas “*sticto sensu*”, tão pouco de interesses económicos nacionais ou multinacionais, sob pena de subversão dos seus princípios fundantes e dos valores que se propugnam em ordem à tutela de interesses e direitos de cada um e todos.

Daí o relevante papel que se lhes reconhece se, independentemente de se considerarem ou não como mero contra-poder, souberem honrar os seus compromissos com os consumidores de que são emanção e que lhe modelam o ser – o *corpus a o animus* (o corpo e a alma).

Mas até nesse congenho a posição dos cidadãos-veterinários é fundamental pela mais valia que poderão emprestar às estruturas no plano técnico-científico e nos equilíbrios posicionais que de tudo decorrem

As associações desfrutam de peculiares idiossincrasias no contexto do agro-alimentar e se de forma desipotecada, isenta, responsável desem-

penharem as missões que se lhes cometem constituirão a estrutura decerto mais idónea para que não feneça a confiança no ‘mercado’ e o reforço de garantias se alcance em cada um dos segmentos do agro-alimentar – do “*prado ao prato*”.

3 Os médicos veterinários como esteios da saúde pública

3.1 Médicos veterinários e a sua insubstituível missão na cadeia alimentar

Os médicos veterinários no que tange à saúde animal ocupam uma posição ímpar.

Será redundante afirmá-lo, quanto se nos afigura.

A relevância atribuída aos veterinários reconhece-se em absoluto no SAV (Serviço Alimentar e Veterinário) que precedeu as actuais estruturas institucionais que emergem do Regulamento Europeu da Segurança Alimentar.

As atribuições primeiras radicam nos Estados-Membros que constituem como que a primeira trincheira na pugna pela segurança.

Atribuições subsidiárias relevam do SAV, sediado na Irlanda:

O SVA tem por missão garantir os mais elevados níveis de segurança e de qualidade do *iter* da produção ao consumo – dos percursos que conduzem do *prado ao prato*, como usualmente se afirma.

O SAV não esgota o seu leque de missões no mercado comum. Antes tem sob sua mira países que, situados fora da órbita da UE, exportam produtos alimentares para a União.

A magna importância dos veterinários entronca nas estruturas de cada um dos países e o seu papel na erradicação das epizootias estultícia seria enaltecer.

O que, a qualquer luz, se afigura de encarecer é a articulação entre as distintas unidades e os modos de organização que de todo importa aferir – das municipais às centrais.

Os modelos que se vêm ensaiando nem sempre se revelam eficazes.

Ponto é que se confira aos veterinários o inultrapassável papel que se lhes reconhece e é perspectivável na massa de competências que se lhes outorgam.

Os veterinários, para além das funções de inspecção técnico-científica que lhes cabem em distintos lugares da cadeia alimentar, terão obviamente de enquadrar as estruturas inspectivas no quadro das atribuições de polícia-criminal que um qualquer corpo haja de assumir ou, se distinto for o figurino, no seio do actual órgão de polícia em actuação no mercado.

Só a competência dos veterinários poderá, em suma, e a sua decisiva intervenção em todos os elos da cadeia, permitir se reforcem as garantias nos planos da segurança e qualidade alimentares.

Mas para tal há que reinventar, como a seu tempo se acentuará, os partidos veterinários municipais já que as unidades orgânicas centrais se revelam falhas de meios e apresentam uma distância insuperável face a concretos pontos no terreno que só dessarte se poderá ultrapassar.

As hostes de veterinários terão de ocupar a quadrícula em diuturna acção que cumpre incentivar, acarinhar e aplaudir. Porque a segurança alimentar é valor transcendente que não pode ser deixado ao acaso, tão pouco nas mãos de inescrupulosos agentes que não se preocupam com o valor da saúde pública, antes com interesses que chocam com o que de mais elevado a cidadania aspira.

3.2 Normas técnicas, normas éticas e normas jurídicas: o acervo agro-alimentar “*pluriforme, prolífero e prolixo*”

O médico veterinário, a despeito da posição ímpar de que desfruta na economia do agro-alimentar, é, a um tempo, actor e autor, intérprete de actos que se lhe impõe, autor porque titular, porque detentor a quem incumbe o emprego destos instrumentos a que conferem a autoria dos actos que pratica.

As normas a que obedece são *prima facie* as que emergem dos tratados de medicina veterinária que redundam nas denominadas *artis leges* (as leis da arte) a que a sua particular perícia imprime o timbre do seu saber e competência. Ou vice-versa.

Mas também se sujeita à observância das regras técnicas que emanam de regulamentos cuja base de cientificidade é também manifesta e de que se não pode apartar, a menos que estale um qualquer

conflito de interesses cuja solução releva de parâmetros outros.

Mas os médicos-veterinários para bem se desobrigarem da sua tábua de missões estarão naturalmente sujeitos, no quadro funcional, aos códigos de auto-regulação ou de conduta que a própria directiva do Controlo dos Pontos Críticos, como alguns pretendem, inculca ou instila – Directiva 93/43/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 que, uma vez transposta para o ordenamento jurídico português, deu origem ao DL 67/98, de 18 de Março noutro passo transcrito.

Mas para além das normas auto-regulatórias, há normas deontológicas que emergem dos códigos próprios segregados no seio da ordem, de que se não poderão desviar, sob pena de às molduras sancionatórias saltarem e, uma vez infligidas, virem a macular o *curriculum vitae* do titular visado.

A deontologia (do grego *deon*, *deontos*, dever e *logos*, tratado) é *grosso modo* um compêndio de moral profissional a que se deve obediência (BENTHAM, *Science of Morality*, a que deu o nome de *Deontology*) nele se consignam os deveres e direitos a que os médicos veterinários se adscrevem, em um compromisso que mister é enaltecer para que os princípios subjacentes, que são como que a imagem de marca de um tal estrato profissional, se reflectam em cada um dos gestos, dos actos, do acto médico-veterinário que representa monopólio dos veterinários, por definição.

Mas há ainda, no quadro da função pública ou no das relações entre dadores de trabalho e trabalhadores, normas que relevam do direito disciplinar e cuja violação se traduz em infracções passíveis de sanções outras.

E há outro marco que é o das normas jurídicas, subsidiárias ou não da especificidade técnico-científica absorvida pelo ordenamento e cuja preterição é assistida de coerção: a violação das normas volve-se em coacção exercida pelo Estado no plano meramente administrativo, recoberto pelos ilícitos de mera ordenação social, passíveis de coimas, ou de situações de afrontamento a bens, interesses ou valores jurídicos fundamentais cominadas de penas de prisão e multa, que relevam quer do Código Penal quer de legislação extravagante.

Noutra perspectiva, porém, e no plano estritamente funcional, importa indagar se a estréua missão que aos veterinários se comete é susceptível de lograr, num sistema fluido, coerente, acessível, suporte para um exercício equilibrado de funções.

É que o ordenamento legislativo do agro-alimentar se pode qualificar de forma menos lisonjeira como:

- pluriforme;
- prolífero;
- prolixo.

As normas que o povoam revestem natureza híbrida.

Os sectores que abarcam são distintos, como se infere de uma qualquer listagem dos géneros: dos produtos cárneos ao leite e aos produtos lácteos como das aves aos ovos e aos ovoprodutos.

São domínios com especificidades tais que difícil é, quantas vezes, um denominador comum, a não ser em tema de conceitos abertos, como os de segurança.

Como se não bastasse, o número de diplomas é inestancável:

- despachos;
- despachos normativos;
- portarias;
- decretos;
- decretos regulamentares;
- decretos-leis;
- leis;
- recomendações;
- decisões;
- regulamentos;
- directivas;
- circulares;

instruções ou documentos aparentemente de menos valor ou de menor poder de vinculação, mas que transformam o domínio de que se trata em algo de inabarcável, insusceptível de codificação, inserível em um qualquer esforço de racionalização.

E a prolixidade que os exorna raia o insustentável. Daí que se preconize uma sorte de codificação à *droit constant* de molde a que normas supervenientes se possam enquadrar nos textos, conferindo à disciplina jurídica neste passo recortada unidade, sistematização, acessibilidade, descodificação do não seja estritamente técnico ou técnico-científico, de molde a poder aceder-se a um instrumentário tal sem os constrangimentos que ora se observam.

O facto em si constituiria acrescida vantagem para as administrações públicas, para os operadores económicos, para os cientistas, os especialistas do agro-alimentar, os agentes inspectivos e, em suma, para o consumidor.

Mas tal só se tornará exequível se houver uma consciência açodada das prementes necessidades que se experimentam neste domínio.

Mas as normas de feição organo-administrativas também se impõe se revejam e bem assim a arquitectura do próprio sistema que mister será se regenere já que há ausências significativas na cadeia alimentar que constituem pecha de exorcizar.

A quebra de confiança principia exactamente nesse ponto. De modo esparso, dir-se-á.

Há que reinventar os partidos veterinários no seio dos municípios.

Há que autonomizar, no limite, o corpo inspectivo em sede de fileira alimentar, já que a IGAE se acha assoberbada, subvalorizada, subdimensionada e a quebra de *elan* desvirtua as próprias funções, mau grado a dedicação à causa pública dos seus quadros.

Que à Agência se reserve a análise dos riscos nas suas valências.

Mas que a repressão caiba a corpo autónomo, como se propende a aceitar depois de longo período de perturbações e de tergiversações.

Mas que se restitua a confiança através de um corpo inspectivo ajustado às necessidades técnico-cientificamente preparado, inserido no seu tempo e nas exigências hodiernas.

E que em fase precedente se estructure numa escola pedagogicamente dotada em vista da imprescindível formação que mister será proporcionar aos técnicos e técnicos superiores, bem como aos agentes com decisiva intervenção no terreno.

É que se não pode bastar domínio tão sensível com a formação empírica de quem se confronta no campo com dificuldades de tomo.

E a formação dos magistrados intervenientes não pode deixar de ter lugar, a fim de obviar a consequências nefastas que ora de detectam.

A formação inicial é importante.

A formação permanente ou contínua inestimável. Para que o embotamento se não assenheie dos espíritos e não seja ainda mais deletério que as carências devidas a ausência de escola, de formação.

A definição de um modelo de escola é instante. Só nisso não reflecte quem não amadureceu ideias a propósito.

Sete anos leva a formar em França um agente inspectivo, após um curso superior.

3.3 As conexões funcionais entre estruturas médico-veterinárias e de consumidores, como emanção do direito de associação.

Por princípio, por formação e por tradição os médicos-veterinários, pela posição ímpar de que desfrutam no cenário do agro-alimentar, são os aliados preferenciais dos consumidores.

Mais do que os próprios médicos (*maxime*, de saúde pública) ou de outros agentes postados ao longo da cadeia alimentar – da produção ao consumo.

Mas, para além dos veterinários a se importa salientar as estruturas sócio-profissionais a que se religam ou que os arregimentam: a Ordem inalienavelmente, no modelo vigente; o Sindicato como expressão de livre e espontânea adesão ante os interesses postulados por estruturas de análogo jaez.

A concatenação estruturas de médicos / veterinários e de consumidores constitui o corolário natural de uma mediana tradução das necessidades íntimas experimentadas no mercado.

O “*dar de mãos*” em acções de efectiva interpenetração e consecução de objectivos comuns é um *plus* em termos de cidadania.

Não só no que toca à indispensável formação que força é reservar aos consumidores, como no indestrutível suporte às mais acções que têm por escopo a *saúde pública*.

O princípio-norma de base programática, que é o da educação e formação para a sociedade de consumo, está na realidade por preencher. Por defecção do Estado, por inoperância da administração pública, por ausência de poder de intervenção das estru-

turas de consumidores que relevam da sociedade civil, ainda que das mais autênticas, autónomas e genuínas se trate.

Porque neste quadrante há também que separar águas e de forma enérgica.

Com efeito, o art 6º da Lei do Consumidor é inequívoco em proclamar algo que permanece autêntica letra morta, a despeito das acções que instituições como a *Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APDC)* desenvolvem no terreno e do esforço consequente de professores dotados de um ardor cívico contagiante que encetam projectos e programas a tal propósito:

- 1 Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.
- 2 Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor designadamente através de:
 - a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;
 - b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;
 - c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
 - d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.
- 3 Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.
- 4 Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, de-

signadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

Mas por muito conseqüentes que sejam, as acções pautam-se por inconseqüentes, por episódicas, esporádicas, ocasionais, sem seqüência. Por razões que se não ignoram.

Mas não se resume à formação a acção congruente susceptível de se desenvolver.

A permuta de informações é algo que tem de ser incrementado para que os canais funcionem e projectos comuns se empreendam com o fito de tutelar sempre e só a posição jurídica dos consumidores num mercado em que os artificios, sugestões e embustes em domínio tão sensível quanto este se reproduzem à exaustão.

De resto, a informação é também direito fundamental que tem, na sua génese, de obedecer a critérios de objectividade, de rigor, de adequação.

A moldura do art 8º da Lei do Consumidor é eloquente:

- 1 O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.
- 2 A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação.
- 3 Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor.

4 Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

5 O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.

6 O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor.

Mas a função que incumbe, em geral, ao Estado, é escamoteada com as conseqüências que daí advêm para a comunidade em geral.

Aprecie-se o sentido e alcance do art 7º nos seus 3 primeiros números que parece não haver despertado ainda a curiosidade do próprio Governo e da administração, mau grado um salpico ou outro da televisão pública que aqui e além "dá um ar da sua graça", como sói dizer-se:

1 Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

- a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;
- b) Criação de serviços municipais de informação;
- c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;

- d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;
 - e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.
- 2- O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.
- 3- A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.

Ademais, a comunicação dos riscos que deve ser feito, que não causa, seria algo de complementar na perspectiva que ora se realça, tanto mais que aos veterinários cabe papel relevante no que tange à educação para a sociedade de consumo, em particular no âmbito da educação para a saúde, num entrecruzar de esforços que cumpre evidenciar, mas que de todo inexistem.

A comunicação dos riscos é algo, de análogo modo institucionalizado, que ocorre quando declaradamente haja de transmitir às populações o que em decorrência dos processos em curso se afigurar relevante e indispensável. Mas há que preparar os interlocutores, o universo-alvo, há que fornecer códigos de linguagem, há que falar no "mesmo comprimento de onda".

Ponto é que a comunicação dos riscos seja assumida como tarefa irrecusável, séria, insuperável, de dificuldade acrescida pelas leituras que normalmente qualquer quadro verbal induz ou suscita.

ANEXO

Segurança Alimentar

Comunicação dos riscos, afloramento do direito à informação

1 A análise dos riscos

O Livro Branco sobre a Segurança dos Alimentos, editado pela Comissão Europeia em 12 de Janeiro

de 2000, articula-se de molde a contemplar sucessivamente temas, como:

- princípios de segurança dos alimentos;
- elementos fundamentais da política de segurança dos alimentos: recolha e análise de informações – pareceres científicos;
- criação de uma Autoridade Alimentar Europeia;
- aspectos regulamentares;
- controlos;
- informação ao consumidor;
- dimensão internacional;
- Conclusões.

No que tange às *análises dos riscos* convém conceituar: a *análise* mais não é do que um processo constituído por *três componentes interligados*, a saber:

- avaliação;
- gestão; e
- comunicação dos riscos.

A *avaliação dos riscos* é um processo de base científica constituído por quatro etapas, como segue:

- identificação do perigo;¹
- caracterização do perigo;
- avaliação da exposição;
- caracterização do risco.²

A *gestão dos riscos* é o processo, diferente da avaliação dos riscos, que consiste em ponderar alternativas políticas, em consulta com as partes interessadas, tendo em conta a avaliação dos riscos e outros

¹ Por *perigo* se entende, conforme o Regulamento Europeu 1781/2002, de 28 de Janeiro de 2002, "um agente biológico, químico ou físico presente nos géneros alimentícios ou nos alimentos para animais, ou uma condição dos mesmos, com potencialidades para provocar um efeito nocivo para a saúde".

² Por *risco* se entende, nos mesmos termos, uma função de probabilidade de um efeito nocivo para a saúde e da gravidade desse efeito, como consequência de um perigo.

factores legítimos e, se necessário, seleccionar opções apropriadas de prevenção e controlo.

A *comunicação dos riscos* consiste no intercâmbio interactivo, durante todo o processo da análise dos riscos, de informações e pareceres relativos a *perigos e riscos*, factores relacionados com *riscos e percepção do risco*, entre avaliadores e gestores dos riscos, consumidores, empresas do sector alimentar e do sector dos alimentos para animais, a comunidade universitária e outras partes interessadas, incluindo a explicação dos resultados da avaliação dos riscos e da base das decisões da gestão dos riscos.

Se nos detivermos na *comunicação dos riscos*, na sua essência e na vertente *consumidor*, o processo radica na *informação criteriosa* a prestar ao *consumidor*.

A tal propósito e de forma emblemática se diz no *Livro Branco...*, a que se alude, que a *"comunicação dos riscos não deve consistir numa transmissão passiva de informações, mas sim ser interactiva, implicando um diálogo e uma resposta por parte de todos os intervenientes"*.

No plano da *educação alimentar* e no da *comunicação dos riscos*, mister será descodificar um sem número de *itens* que constituem o *"pão-nosso de cada dia"*, na alimentação hodierna, fora dos meios tradicionais:³

A *informação* em geral, como em particular, constitui *direito fundamental do consumidor* com assento, pois, nas Constituições, onde tais direitos desfrutam de uma tal dignidade.

³ Aí se situam noções e conceitos como: alimentos geneticamente modificados; alimentos irradiados ou ionizados; alimentos funcionais; alimentos dietéticos; alimentos conservados pelo frio (refrigerados); alimentos pré-embalados; alimentos enlatados; alimentos pré-confeccionados; alimentos enriquecidos; alimentos para lactentes e crianças; alimentos biológicos; alimentos especiais; aditivos alimentares; conservantes; corantes; edulcorantes; emulsionantes; gelificantes; intensificadores de sabor; espessantes; substâncias ou materiais em contacto com os alimentos.

Em Portugal, a *Lei do Consumidor (LC)* conceitua a *informação* nos planos de que se trata^{4,5} e afigura-se-nos que os moldes em que o faz servem em absoluto um qualquer ordenamento.

A *comunicação dos riscos* constitui destarte um afloramento do *direito à informação*, que im-

⁴ A informação em geral versa-a a LC, como segue: "1- Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de: a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;

a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;
b) Criação de serviços municipais de informação;
c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;
d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;
e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.

2- O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.

3- A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.
4- A publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores.
5- As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário." Os aspectos inerentes à publicidade estão, em nosso entender, deslocados: melhor quadram no conteúdo do direito à protecção dos interesses económicos.

⁵ A informação em particular define-a o artigo 8o da LC, do teor seguinte:

"1- O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

2- A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação.

porta de modo particular aprofundar, por forma a que de modo acessível, objectivo e rigoroso se leve à esfera do consumidor o que lhe cumpre saber para adoptar os elementares cuidados que se repercutirão na salvaguarda da sua saúde e segurança individuais.

Ponto é que a *informação* seja *acessível*, como se revelou. Que se troque por miúdos, como sói dizer-se, o que, quantas vezes, surge em nebuloso invólucro com as tintagens de uma linguagem científica impenetrável que o *cidadão-comum* não apreende, não descodifica nem assimila.⁶

Importa, pois, desvanecer complexo mundo de significações que só aos cientistas se revelam familiares e constituem forma incontornável de exclusão de uma mole imensa de consumidores.

3- Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos

devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor.

4- Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

5- O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.

6- O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor."

⁶ Cf., v. g., *informação* veiculada pela sociedade científica de intervenção que a *Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APDC)* é, no tocante aos *alimentos irradiados* que, em geral, suscitam a ignorância do universo de consumidores:

ALIMENTOS IRRADIADOS cautela e caldos de galinha ...

Tem sido o mais controverso de todos os tipos de conservação de alimentos.

Para uns é a forma mais segura e eficaz de conservação

– para outros é a que mais problemas ambientais gera e afecta negativamente os alimentos.

A irradiação consiste na aplicação de radiações ionizantes a frutas, verduras, carnes, peixes e alimentos pré-confeccionados com o fim de os esterilizar (extermínio de micro-organismos) prolongando a sua conservação sem utilização de frio. A técnica consiste em passar os alimentos por uma câmara de cimento blindado onde são expostos a raios gama de cobalto 60 e de césio 137. Estas radiações modificam os processos das células vivas. Inibem o desenvolvimento de bactérias, atrasam o grelar das batatas, alhos e cebolas, a maturação das frutas e a decomposição das carnes e peixes.

Muitas intoxicações alimentares são evitadas porque quer a salmonela quer a listeria são eliminadas.

Apesar de tudo, a irradiação levanta grande polémica.

Para a indústria alimentar é um modo eficaz e seguro para evitar a transmissão de doenças que o mau estado de conservação dos produtos pode causar - garante, pois, uma boa conservação dos géneros alimentícios.

Os grupos de ecologistas e anti-nucleares afirmam que a irradiação dos alimentos destrói o seu valor nutritivo e produz substâncias contaminantes de muito difícil detecção.

Alertam para os riscos das doses de radiação serem elevadas e virem a causar alterações genéticas nos alimentos. Pode propiciar a aparição de pragas e microorganismos extremamente resistentes. Hoje há insectos, bactérias e vírus praticamente indestrutíveis.

O Parlamento Europeu discute uma normativa que tenderá a impor regras nestes alimentos irradiados: levará à obrigatoriedade de se apor nos produtos uma etiqueta especial que os catalogue e defina como alimentos tratados com radiações ionizantes. Esta menção levará muitos consumidores a não adquirir tais produtos, pois, se esclarecidos, na hora de comprar irão preferir o mesmo produto noutro tipo de conservação.

Actualmente é obrigatório utilizar-se na rotulagem destes produtos o símbolo internacional de "irradiado" ou "tratado com radiações ionizantes", mas tal não se cumpre. Mas... se aparecer, em regra, é um símbolo desconhecido.

Como exemplo de alimentos por este método conservados temos:

- peixe fresco procedente do Japão; marisco congelado do Chile, França e África do Sul; batatas da Holanda; cereais da República Checa ou França; cacau do Brasil; frutas exóticas, carnes de elevado preço como salsicharia proveniente da Holanda e França. Alguns investigadores afirmam que há alterações na cor das carnes, peixes, frutas e queijo; na textura da carne por rotura das fibras, alterações do sabor por rotura de proteínas e o rançar das gorduras. A qualidade nutritiva, no seu entender, perde-se também pela alteração de certas vitaminas lipossolúveis que se encontram maioritariamente em ovos e manteiga.

A Portuguesa de Direito do Consumo (APDC), sociedade científica de intervenção que à promoção dos interesses dos consumidores se vota, pretende desta forma alertar cada um e todos para os problemas daí decorrentes, impondo-se que, com rigor, os produtos sejam referenciados para cabal informação do consumidor e rigoroso processo de escolha.

E que os poderes públicos iniciem uma campanha pela qual a população seja prevenida dos riscos emergentes destes produtos.

Urge se adoptem medidas para que a *saúde pública* seja preservada. Os consumidores não podem é permanecer na *ignorância*. Tal como sucede com produtos de origem animal que se não

Ante o quadro de missões que na *informação* se coenvolvem não se afigura exagerado asseverar que a *comunicação dos riscos* se acha ainda *in ovo*...

O próprio sistema está por estruturar.

E nem sequer as instituições que do fenómeno curam por banda do consumidor não são chamadas a participar do ingente esforço que mister é aparelhar neste particular

É fundamental, assevera-se, que o consumidor, naturalmente através das estruturas representativas em que se revê, como individualmente considerado, seja reconhecido como interveniente de pleno direito em todos os aspectos relacionados com a *segurança dos alimentos* e que as suas preocupações sejam tomadas em conta, o que implica

- a consulta pública sobre todos os aspectos da segurança dos alimentos (o que pode transcender naturalmente as associações de interesse genérico ou específico, se for o caso);
- fornecer um quadro de debate (consultas públicas) entre os peritos científicos e os consumidores;
- promover o diálogo transnacional entre os consumidores, a nível europeu e mundial.⁷

A *transparência* é, afinal, o *elemento-chave* da comunicação dos riscos.

A *comunicação dos riscos*, já o sustentámos, assenta em um intercâmbio de informações entre as partes interessadas sobre a natureza dos riscos e as medidas encetadas para os dominar, restringir ou eliminar.

A *comunicação dos riscos* constitui fundamental responsabilidade das autoridades públicas no âmbito da *gestão dos riscos* em tema de saúde pública: a informação em que se traduz só surtirá efeito se os pressupostos de que arranca funcionarem

sabe de que proveniência são. E dos equívocos que as fraudes geram. É que anda por aí muita espécie de *galináceos de aviário* a passar por espécies do "campo" e muito peixe de *aquacultura* a passar por peixe dos mares.

⁷Cf. *Livro Branco da Segurança dos Alimentos*. Bruxelas, 2000. p. 37.

adequadamente, ou seja, se avaliação dos riscos e as decisões no quadro da gestão forem transparentes e não dominadas pela *arcana praxis*, i.é., se a tal presidir o princípio da publicidade, que não o do mais desviante sigilo.

2 A educação para a sociedade de consumo

De par com a informação autonomamente considerada, de realçar o papel que à *educação*, nas suas múltiplas valias, cumpre alcançar.

A *educação para a sociedade de consumo* antecipa os feitos de uma *informação*, de si *eminente-mente formativa*.

A educação, que se articula em um sem número de segmentos como segue, pode em verdade, incidir de forma prevalente em domínios como os de segurança alimentar.

Para uma mais adequada percepção do fenómeno, aliás, recoberto pela normativa dos consumidores,⁸

⁸Cf. artigo 6o da LC – Lei do Consumidor, como segue:

1- Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2- Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor designadamente através de:

a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;

b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;

d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3- Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4- Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado."

- a educação desdobra-se em nosso entender em:
- a *educação para a qualidade* (uma espécie de estética dos produtos e serviços) a qualidade é função da exigência do consumidor. Qualquer sistema de qualidade ancora em quatro pilares fundamentais: *acreditação, metrologia, certificação e normalização*;
- a *educação para a saúde* de molde a prevenir e a assegurar as terapêuticas adequadas à e na doença, que abrange obviamente;
- a *educação alimentarsusceptível* de introduzir critérios de racionalidade na alimentação e a prevenir os malefícios de uma dieta descontrolada, inconsequente ou incompatível;
- a *educação para a saúde em sentido estrito* que envolve noções de promoção da saúde e de prevenção da doença;
- a *educação para a segurança* que abarca campos diversificados em cujo *cerne* avulta a pessoa humana e tem de constituir alicerce ou fundamento para uma *cultura de segurança* em uma sociedade "*desprendida*", dominada pela *incúria e irresponsabilidade*;
- a *segurança de produtos em geral*, a saber, a que respeita a cada um e a todos os produtos de consumo oferecidos no mercado;
- a *segurança dos produtos, em particular a das imitações perigosas* que *potenciam* perigos e se revelam susceptíveis de causar prejuízos ao consumidor e cuja erradicação do mercado se impõe e bem assim no que toca a *artefactos pirotécnicos*, de que se socorrem em particular tanto os jovens como os menos jovens durante os períodos carnavalescos como em outras ocasiões festivas;
- a *segurança de produtos farmacêuticos* – o arsenal farmacêutico pode, na realidade, representar sumo bem, se adequadamente empregue, ou, ao invés, um mal de consequências nefastas se inadequadamente usado: donde as precauções que importa adoptar a fim de assegurar a saúde do consumidor;
- a *segurança de cosméticos* – cuidados peculiares se impõem neste segmento particular de molde a obviar aos ruinosos efeitos que podem advir de produtos que se destinam a ser postos em contacto com as partes superficiais do corpo humano

(epiderme)... ou com as mucosas bucais, como é aliás frequente. Domínio em que as preocupações não abundam, entre nós, carece de ser objecto de um tratamento especial em ordem a prevenir acidentes de consumo de consequências inenarráveis;

- a *segurança dos serviços em geral*, quaisquer que sejam, dos de *interesse geral* (*serviços públicos essenciais*) aos serviços globalmente considerados;
- a *segurança dos serviços financeiros de forma específica*, já que a *sociedade da informação* propicia tanto o acesso célere ao *crédito* e a *pagamentos electrónicos*, como a fraudes de inenarráveis consequências, que importa acautelar e reprimir em prol dos interesses económicos do consumidor;
- a *segurança em estâncias turísticas em particular*, em praias, termas ou outros lugares de vilegiatura (a saber, empreendimentos turísticos, aldeamentos turísticos, apartamentos turísticos, turismo de habitação, turismo rural, agroturismo, ecoturismo, parques de campismo...) no quadro das actividades de lazer ou de preenchimento dos ócios, como no dos lugares de diversão nocturna;
- a *segurança dos serviços nos transportes públicos em especial*, quer se trate de *rodoviários*, como de *ferroviários, fluviais* ou *aéreos*, domínios que reclamam particulares cuidados;
- a *segurança em ambiente laboral*, em íntima conexão com a *saúde, higiene e segurança no trabalho*, já que, antes da aquisição do estatuto de trabalhador, os homens e as mulheres em idade laboral são *cidadãos de parte inteira*, consabido como é que o *índice de sinistralidade* no trabalho atinge, em países onde menor é a consciência social, expressão de tomo;
- a *segurança infantil especificamente considerada*, tanto no que toca aos *brinquedos* (tantas vezes menos inocentes que as crianças!), aos *brinquedos pirotécnicos*, como no que se prende ao seu *ambiente doméstico* (medicamentos e ingestão de substâncias perigosas e ainda no que se refere a quanto possa representar perigo potencial ou real dentro das paredes da casa – superfícies angulosas, superfícies rugosas, armários acessíveis ou de abertura fácil com objectos cortantes ou susceptíveis de cau-

- sar ferimentos graves, estantes facilmente removíveis...), como ainda em caso de *transporte em viaturas automóveis particulares* e de *transporte colectivo* (*maximamente* transporte escolar), sem excluir os *parques de recreação e lazer* (parques aquáticos, parques infantis, parques temáticos, parques de recreação em geral em que preponderam *montanhas russas, rodas gigantes, carrinhos de choque, carroséis...*) onde a sinistralidade vem aumentando vertiginosamente mercê de factores vários;
- a *segurança em ambiente escolar* visando acauteelar a integridade tanto de *discentes* (crianças, jovens, adolescentes), como de *docentes, auxiliares de educação e funcionários administrativos*, nas *instalações em geral*, mas em particular nos *laboratórios, nos recintos desportivos, nos pátios de recreio* e nos demais *equipamentos escolares*;
 - a *segurança rodoviária*, de forma a prevenir a sinistralidade nas estradas, qual vertigem que atinge quem na velocidade constrói os alicerces de uma forma mais intensa de viver e que acaba, enfim, por ceifar um incontrolável número de vítimas;
 - a *segurança doméstica*, susceptível de precaver os mais jovens e os menos jovens em sede de acidentes domésticos, portas adentro do lar e nas áreas *circum-vizinhas* das residências;
 - a *segurança alimentar* no campo da prevenção das toxinfecções⁹ alimentares domésticas e/ou industriais e bem assim das intoxicações¹⁰ que ocorrem

⁹ *Toxinfecção alimentar* – doença de natureza infecciosa ou tóxica, causada (ou que se presume ter sido originada) pelo consumo de alimentos ou da água – deriva de uma intoxicação devida a bactérias patogénicas ou suas toxinas, sob a forma de gastrite aguda de aparecimento brusco e evolução rápida com febre e manifestações tóxicas.

¹⁰ *Intoxicação alimentar* – conjunto de lesões e perturbações funcionais. Estado patológico resultante do consumo de alimentos deteriorados, contaminados por bactérias, parasitas ou produtos químicos ou ainda de alimentos venenosos.

um pouco por toda a parte, tanto na obtenção das matérias primas como no das condições de transporte, armazenamento, distribuição e consumo final de produtos alimentares;

- a *segurança em geral* contra as agressões de que possam ser vítimas os consumidores por marginais que ponham em risco a vida e a integridade física de quem quer que seja;
 - a *educação para a informação* (e a descodificação da publicidade) de molde a habilitar-se o consumidor para a comunicação, seja qual for a forma que assuma;
 - a *educação para o associativismo* face a uma crescente dificuldade de coexistência em sociedade;
- e, por fim,
- a *educação para o consumo*, em sentido estrito, ou seja, por forma a que cada um saiba escolher, saiba testar, saiba garantir os produtos contra os defeitos intrínsecos ou extrínsecos de que possam ser portadores, saiba exigir a assistência pós-venda, saiba reclamar, se for o caso, saiba sustentar a reclamação e saiba, enfim, assegurar os próprios direitos, cujo conhecimento adquirirá através das tarefas educativas em que se envolver e que o envolverem.¹¹

Desde 30 de Abril de 1997 (COM(97) 183 final), a saber, a Comunicação da Comissão Europeia sob a epígrafe “*saúde dos consumidores e segurança alimentar*”¹² que se perfilha distinta perspectiva, a saber, a de assegurar a transparência por forma a conferir ao universo de consumidores as informações baseadas em pareceres científicos e os resultados das actividades inspectivas empreendidas: uma tal política, nem sempre observada em extensão e profundidade nos Estados-membros, constitui, de resto, elemento-chave da *comunicação dos riscos* e

¹¹ Cf. FROTA, Ângela Maria Marini Simão Portugal. *A educação para a sociedade de consumo como via de afirmação de cidadania*. In: *Revista do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Guarulhos*, Guarulhos/ SP, ano 4, n. 6, p. 69 e ss., jan./jun. 2002.

¹² COM(97) 183 final, de 30 abr.

alicerce da *confiança dos consumidores* por que cumpre pugnar indefectível, incessantemente, após os abalos que atingiram a credibilidade das instituições e das medidas encetadas no seio do Mercado Interno.

3 Informação no domínio do valor nutritivo dos alimentos

O *Livro Branco...* considera que a salvaguarda da saúde pública se não limita à segurança química, biológica e física dos alimentos.

Importa de análogo modo que, de entre os seus objectivos, figure o de assegurar a ingestão de nutrientes essenciais, limitando a ingestão de outros elementos por ordem a evitar efeitos perniciosos para a saúde, nomeadamente os anti-nutricionais.

Aí se plasma que “os dados científicos demonstraram que um regime alimentar adaptado e variado é um factor fundamental para manter a saúde e o bem-estar geral”.

Ora, tal pode hoje em dia ter particular aplicação, tanto mais que surgem no mercado produtos novos com valor nutritivo acrescido ou modificado.

Os produtos destarte concebidos podem, em verdade, influenciar favorável ou desfavoravelmente o comportamento e o bem-estar dos cidadãos-consumidores.

Acresce o facto de as informações a tal propósito se não acharem disponíveis de forma clara e acessível, o que inibe os consumidores de buscar as opções que, em princípio, mais e melhor lhes convêm.

4 Rotulagem

A rotulagem constitui meio privilegiado de informação, conquanto se não achem enraizados, em tantos dos segmentos da população, hábitos de leitura e a mera “*curiosidade*” de se conhecer de todo a ficha biográfica do género alimentício de que se trata.

A Comissão Europeia tende a codificar as regras que regem em matéria de rotulagem. Um dos objectivos que se amalgamam nas preocupações experimentadas prende-se com a supressão da faculdade que se conferia da não revelação de compostos que representam menos de 25% do produto final.¹³

¹³ Directiva 2000/13/CE, de 20 de Março, alterada pela Directiva 2001/101/CE, de 26 de Novembro.

A rotulagem tendencialmente exaustiva é susceptível de assegurar adequada informação a quem, afinal, por razões de saúde ou motivos éticos, pretenda evitar determinados ingredientes.

Neste particular, importaria que a transparência dos aditivos se analisasse em extensão e profundidade.¹⁴

No que tange, porém, a ingredientes que são alérgenos que de todo se conhecem, mas para os quais só se impõe a menção da categoria, prevê-se a indicação expressa de tais alérgenos, por forma a assegurar aos consumidores sensíveis que evitem tais produtos¹⁵.

5 Publicidade

As mensagens no particular de que se trata devem, como ressalta dos instrumentos internacionais vertidos a propósito, obedecer aos princípios que aí se consagram: a *identificação*, a *veracidade*, a *licitude*, e o *respeito pelos direitos* do consumidor patentemente no que se refere ao conteúdo do dispositivo transcrito infra em nota 5.

As mensagens não podem assentar em um qualquer artifício, sugestão ou embuste, nem ser tão pouco dissimuladas.

A publicidade deve, por conseguinte, no domínio dos alimentos, tornar-se cada vez mais exigente, não se afigurando lícito que haja quaisquer desvios em matéria tão sensível com reflexos notórios na saúde pública.¹⁶

¹⁴ Directiva 2001/30/CE, de 2 de Maio, alterada pela Directiva 2002/82/CE, de 15 de Outubro.

¹⁵ Do *Livro Verde*: “*princípios gerais da legislação alimentar da União Europeia*”, realce para a proposição segundo a qual “*há que garantir a qualidade dos produtos alimentares, apesar das diferentes abordagens devidas aos diferentes objectivos do mercado interno e da legislação agrícola*” e, no que à rotulagem tange, a observação de que é indispensável lograr um equilíbrio que garanta aos consumidores o acesso a toda a informação útil e evite simultaneamente requisitos desnecessariamente por menorizados.

¹⁶ Directiva 2000/13/CE, 20 mar.

Conquanto *publicidade e informação* se não confundam no plano conceitual nem no quadro da factualidade envolvente, a comissão trata neste capítulo da *comunicação empresarial* (o *nomen* com que a publicidade se apresenta).

Força é que a publicidade com o seu quê de sedução se não desvie dos quadros da licitude, da veracidade, cientificamente comprovada, que é mister emoldurem os seus passos.

Os traços da arquitetura legislativa a tal propósito terão de ser congruentes, de obedecer à coerência lógica interna para que se não abram fendas no edifício e se não ofereça o flanco às disfunções mais execráveis.

FROTA, Mário. Public health. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 435-460; jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The scope of this article is to provide the reader with an overview of the public health treatment in terms of European Union, based on texts from the Treaty of Nice, Amsterdam and Maastricht, and in accordance with the prevention and precaution principle (introduced in the latter referred treaty). It is analyzed, under the European Food Safety, rules regarding protection of consumer's health and safety. Right to health is stated as a fundamental right, under the Letter of Rights, highlighted in the social rights and duties chapter. During the examination of the theme, it is mentioned that it is the State duty to provide consumers with an education policy, in order that they can protect themselves against risks generated by dangerous or harmful products, and it is the company's duty, as a result of the right to

information granted to the consumer, to inform risks of products and services in the market. Transparency, by means of efficient information, is shown as a key element in communication of risks. In this scenario, apart from companies being duty bound to inform, there is the fundamental role of education of consumption society. It anticipates effects of eminently formative information per se. In fact, education for information enables consumer to business communication about risks, foreseen in the European Union and Member States legal texts, whatever its form (labels, publicity, etc). Therefore, products and services publicity, under its alluring nature, shall not have any deviation from being lawful, true, scientifically proven, and from the terms of the consumer law. Several Portuguese Consumer Protection Law rules, from 1996, assisted the analysis of this topic, mainly those that state consumer rights to information on risks of products and services, suppliers duty to provide it to consumers, on packages, labels and advertisements, and, in terms of advertisements, when they refer to food, they are even more demanding, being considered unlawful any deviation, under such sensitive topic that reflects on public health.

• **KEYWORDS:** Public health. Rights to health. Food safety. European Food Safety. Treaty of Nice and Amsterdam. Principles of precaution and prevention. Portuguese Consumer Defense Law. Duty of communication of risks. Business communication. Advertisement and labeling. Transparency. Education about consumption. Society of information.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

- Abuso sexual
 - adolescente, p. 387
 - criança, p. 387
 - dano primário, p. 387
 - dano secundário, p. 387
 - depoimento com redução de dano, p. 387
 - depoimento sem dano, p. 387
 - depoimento, p. 387
 - exploração sexual, p. 387
 - lei do silêncio, p. 387
 - produção antecipada de prova, p. 387
 - testemunha, p. 387
 - vítima, p. 387
- Acidente de trânsito
 - culpa consciente, p. 47
 - dolo eventual, p. 47
 - teoria da conformidade, p. 47
 - teoria da probabilidade, p. 47
 - teoria do consentimento, p. 47
- Atos processuais
 - comunicação, p. 169
 - citação, p. 169
 - comunicação eletrônica, p. 169
 - intimação, p. 169
- Biodireito
 - Aids, p. 353
 - anencéfalo, p. 353
 - bioética, p. 353
 - células-tronco de embrião, p. 353
 - morte encefálica, p. 353
 - transplantes de órgãos, p. 353
- Cognição
 - ampliação, p. 199
 - apelação, p. 199
 - duplo grau, p. 199
 - efeito devolutivo, p. 199
 - extensão, p. 199
 - profundidade, p. 199
 - reformas, p. 199
- Concessão, direito
 - direito real, p. 193
 - termos de uso, em, p. 193
 - uso e bem público, de, p. 193
- Constituição
 - normas constitucionais, p. 143
 - classificação das, p. 143
 - princípios, p. 143
 - regras, p. 143
 - valores, p. 143
 - coisa julgada, p. 143
 - controle de constitucionalidade, p. 143
 - motivação e eficácia das decisões, p. 143
 - interpretação constitucional, p. 143
 - limites e peculiaridades, p. 143
 - rigidez, força normativa e aplicabilidade direta, p. 143
- Culpabilidade e perspectiva ontológica de liberdade
 - culpabilidade, p. 65
 - determinismo, p. 65
 - exigibilidade, p. 65
 - liberdade, p. 65
- Direito e tecnologia
 - alterações legislativas, p. 381
 - bem jurídico, p. 381
 - crimes de computador, p. 381
 - fraude eletrônica, p. 381
 - internet, p. 381
 - segurança computacional, p. 381
- Direito do Consumidor
 - CDC, p. 255
 - Código de Defesa do Consumidor, p. 255
 - conceito de consumidor padrão, p. 255
 - conceitos de consumidor por equiparação, p. 255
 - consumidor final, p. 255
 - consumidor intermédio, p. 255
 - consumidor, p. 255
 - destinatário final, p. 255
 - direito do consumidor, p. 255
 - direito do consumo, p. 255
 - empresa como consumidora, p. 255
 - noção ou conceito jurídico de consumidor, p. 255
 - produto, p. 255
 - relação de consumo, p. 255
 - serviço, p. 255

Conquanto *publicidade e informação* se não confundam no plano conceitual nem no quadro da factualidade envolvente, a comissão trata neste capítulo da *comunicação empresarial* (o *nomen* com que a publicidade se apresenta).

Força é que a publicidade com o seu quê de sedução se não desvie dos quadros da licitude, da veracidade, cientificamente comprovada, que é mister emoldurem os seus passos.

Os traços da arquitetura legislativa a tal propósito terão de ser congruentes, de obedecer à coerência lógica interna para que se não abram fendas no edifício e se não ofereça o flanco às disfunções mais execráveis.

FROTA, Mário. Public health. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 435-460; jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The scope of this article is to provide the reader with an overview of the public health treatment in terms of European Union, based on texts from the Treaty of Nice, Amsterdam and Maastricht, and in accordance with the prevention and precaution principle (introduced in the latter referred treaty). It is analyzed, under the European Food Safety, rules regarding protection of consumer's health and safety. Right to health is stated as a fundamental right, under the Letter of Rights, highlighted in the social rights and duties chapter. During the examination of the theme, it is mentioned that it is the State duty to provide consumers with an education policy, in order that they can protect themselves against risks generated by dangerous or harmful products, and it is the company's duty, as a result of the right to

information granted to the consumer, to inform risks of products and services in the market. Transparency, by means of efficient information, is shown as a key element in communication of risks. In this scenario, apart from companies being duty bound to inform, there is the fundamental role of education of consumption society. It anticipates effects of eminently formative information per se. In fact, education for information enables consumer to business communication about risks, foreseen in the European Union and Member States legal texts, whatever its form (labels, publicity, etc). Therefore, products and services publicity, under its alluring nature, shall not have any deviation from being lawful, true, scientifically proven, and from the terms of the consumer law. Several Portuguese Consumer Protection Law rules, from 1996, assisted the analysis of this topic, mainly those that state consumer rights to information on risks of products and services, suppliers duty to provide it to consumers, on packages, labels and advertisements, and, in terms of advertisements, when they refer to food, they are even more demanding, being considered unlawful any deviation, under such sensitive topic that reflects on public health.

• **KEYWORDS:** Public health. Rights to health. Food safety. European Food Safety. Treaty of Nice and Amsterdam. Principles of precaution and prevention. Portuguese Consumer Defense Law. Duty of communication of risks. Business communication. Advertisement and labeling. Transparency. Education about consumption. Society of information.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Abuso sexual

adolescente, p. 387
criança, p. 387
dano primário, p. 387
dano secundário, p. 387
depoimento com redução de dano, p. 387
depoimento sem dano, p. 387
depoimento, p. 387
exploração sexual, p. 387
lei do silêncio, p. 387
produção antecipada de prova, p. 387
testemunha, p. 387
vítima, p. 387

Acidente de trânsito

culpa consciente, p. 47
dolo eventual, p. 47
teoria da conformidade, p. 47
teoria da probabilidade, p. 47
teoria do consentimento, p. 47

Atos processuais

comunicação, p. 169
citação, p. 169
comunicação eletrônica, p. 169
intimação, p. 169

Biodireito

Aids, p. 353
anencéfalo, p. 353
bioética, p. 353
células-tronco de embrião, p. 353
morte encefálica, p. 353
transplantes de órgãos, p. 353

Cognição

ampliação, p. 199
apelação, p. 199
duplo grau, p. 199
efeito devolutivo, p. 199
extensão, p. 199
profundidade, p. 199
reformas, p. 199

Concessão, direito

direito real, p. 193
termos de uso, em, p. 193
uso e bem público, de, p. 193

Constituição

normas constitucionais, p. 143
classificação das, p. 143
princípios, p. 143
regras, p. 143
valores, p. 143

coisa julgada, p. 143
controle de constitucionalidade, p. 143
motivação e eficácia das decisões, p. 143
interpretação constitucional, p. 143
limites e peculiaridades, p. 143
rigidez, força normativa e aplicabilidade direta, p. 143

Culpabilidade e perspectiva ontológica de liberdade

culpabilidade, p. 65
determinismo, p. 65
exigibilidade, p. 65
liberdade, p. 65

Direito e tecnologia

alterações legislativas, p. 381
bem jurídico, p. 381
crimes de computador, p. 381
fraude eletrônica, p. 381
internet, p. 381
segurança computacional, p. 381

Direito do Consumidor

CDC, p. 255
Código de Defesa do Consumidor, p. 255
conceito de consumidor padrão, p. 255
conceitos de consumidor por equiparação, p. 255
consumidor final, p. 255
consumidor intermediário, p. 255
consumidor, p. 255
destinatário final, p. 255
direito do consumidor, p. 255
direito do consumo, p. 255
empresa como consumidora, p. 255
noção ou conceito jurídico de consumidor, p. 255
produto, p. 255
relação de consumo, p. 255
serviço, p. 255

- Educação
 direito à educação, p. 89
 direito fundamental, p. 89
 direito público subjetivo, p. 89
 direitos sociais, p. 89
 efetividade, p. 89
 limites materiais, p. 85
 mínimo existencial, p. 85
 reforma da constituição, p. 85
 reserva do possível, p. 85
 separação dos poderes, p. 85
- Execução penal e regime especial
 execução penal, p. 37
 mulheres, p. 37
 penas privativas de liberdade, p. 37
 regime especial, p. 37
- Direito de Família, perspectivas
 alimentos, p. 121
 bem de família, p. 121
 casamento, p. 121
 direito projetado, p. 121
 estatuto das famílias, p. 121
 família, p. 121
 filiação, p. 121
 formas de entidade familiar, p. 121
 igualdade dos direitos e deveres conjugais, p. 121
 igualdade dos filhos, p. 121
 mediação, p. 121
 poder familiar, p. 121
 regime de bens, p. 121
 separação e divórcio, p. 121
 tutela e curatela, p. 121
 união estável e concubinato, p. 121
- Globalização e Ministério Público
 credibilização do Ministério Público, p. 409
 crise do poder político, p. 409
 antagonismo com a Justiça, p. 409
 direito da globalização, o, p. 409
 iniciativa autônoma do Ministério Público, p. 409
 justiça, p. 409
 projecto inclusivo dos cidadãos, p. 409
 nova "legitimação do Ministério Público", p. 409
 responsabilidade comunitária, p. 409
 Tribunal, p. 409
 como poder soberano de Estado, p. 409
- Justiça restaurativa
 ato infracional, p. 339
 círculo restaurativo, p. 339
 comunidade, p. 339
 conflitos de vizinhança, p. 339
 direito criminal, p. 339
 escola, p. 339
 infância e juventude, p. 339
 projeto piloto, p. 339
 rede de atendimento, p. 339
 reparação do dano, p. 339
 violência doméstica, p. 339
 vítima, p. 339
- Lavagem de dinheiro
 crimes, p. 23
 dificuldade e complexidade da investigação criminal, p. 23
- Lei
 costumes, p. 73
 fontes, p. 73
 normas, p. 73
- Ministério Público
 ação civil pública, p. 325
 corrupção política, p. 325
 direito e política, p. 325
 direitos difusos e coletivos, p. 325
 voluntarismo político, p. 325
- Ministério Público brasileiro
 ação penal pública, p. 287
 desistência da ação, p. 287
 desistência do recurso, p. 287
 dever de agir, p. 287
 direito de ação, p. 287
 princípio da indesistibilidade, p. 287
 princípio da legalidade, p. 287
 princípio da obrigatoriedade, p. 287
 processo civil, p. 287
 processo penal, p. 287
 ação civil pública, p. 287
- Ministério Público do Estado
 atribuições, p. 237
 conflitos, p. 237
 União, p. 237
- Ministério Público Vocacional
 dignidade, p. 279
 direitos humanos, p. 279

- justiça social, p. 279
 pessoa humana, p. 279
 poder, p. 279
 vocação, p. 279
- Processo penal
 prova, p. 73
 impossibilidade, p. 73
 invocação ao sobrenatural, p. 73
- Saúde pública
 comunicação empresarial, p. 435
 dever de comunicação sobre os riscos, p. 435
 direito à saúde, p. 435
 educação para o consumo, p. 435
 Lei de Defesa do Consumidor portuguesa, p. 435
 princípios da precaução e da prevenção, p. 435
 publicidade e rotulagem, p. 435
 Regulamento Europeu de Segurança Alimentar, p. 435
 segurança alimentar, p. 435
 sociedade da informação, p. 435
- transparência, p. 435
 Tratados de Nice e Amsterdão, p. 435
- Sigilo
 sigilo de dados, p. 15
 sigilo de comunicações, p. 15
 artigo 5º, inciso II da CF, p. 15
 inviolabilidade, p. 15
 proporcionalidade, p. 15
- Tráfico de drogas
 combate, p. 373
 conexão com investigação do crime de lavagem de dinheiro, p. 373
- Tutela penal dos interesses ou direitos difusos
 bem jurídico, p. 213
 coletivo, p. 213
 difuso, p. 213
 direitos, p. 213
 interesses, p. 213
 penal, p. 213
 princípios, p. 213

SUBJECT INDEX

- Acts process
 - communication, p. 169
 - electronic communication, p. 169
 - notification, p. 169
 - summons, p. 169
- Appellate review
 - amplification, p. 199
 - appeal, p. 199
 - guarantee of appeal, p. 199
 - legislative changes, p. 199
- "Biolaw"
 - AIDS, p. 353
 - anencephalus, p. 353
 - bioethics, p. 353
 - civil procedure, p. 353
 - criminal procedure, p. 353
 - embryo cells, p. 353
 - encephalic death, p. 353
 - organ transplants, p. 353
- Brazilian Public Ministry
 - civil procedure, p. 287
 - dropping action, p. 287
 - dropping appeal, p. 287
 - obligation to act, p. 287
 - principle of impossibility to drop action, p. 287
 - principle of legality, p. 287
 - principle of obligatoriness, p. 287
 - public civil action, p. 287
 - public criminal action, p. 287
 - right of action, p. 287
- Concession, right
 - Real right, p. 193
 - terms of use, in, p. 193
 - use and public property, of, p. 193
- Constitution
 - classification of constitutional clauses, p. 143
 - principles, p. 143
 - rules, p. 143
 - values, p. 143
 - constitutionality control, p. 143
 - motivation and force of decisions, p. 143
 - constitutional interpretation, p. 143
 - limits, p. 143
 - peculiarities, p. 143
 - res judicata*, p. 143
 - stringency, p. 143
 - normative force and direct applicability, p. 143
- Consumer Law
 - addressee, p. 255
 - end addressee, p. 255
 - CDC, p. 255
 - consumer, p. 255
 - concept of standard consumer, p. 255
 - concept of consumer in terms of equalization, p. 255
 - company as a consumer, the, p. 255
 - end consumer, p. 255
 - intermediary consumer, p. 255
 - Consumer-protection Law, p. 255
 - Consumption Law, p. 255
 - consumption relationship, p. 255
 - education about consumption, p. 255
 - notion or legal concept of consumer, p. 255
 - product, p. 255
 - service, p. 255
 - society of information, p. 255
- Criminal enforcement and special system
 - custodial sentences, p. 37
 - special arrangements, p. 37
 - women, p. 37
- Criminal process
 - evidence, p. 73
 - supernatural summoning, p. 73
 - impossibility, p. 73
- Drug dealing
 - fight, p. 373
 - connexion with the money laundering crime, p. 373
- Diffuse interests or rights
 - collective, p. 213
 - criminal, p. 213
 - diffuse, p. 213
 - injunction, p. 213
 - interests, p. 213
 - principles, p. 213
 - property, p. 213
 - rights, p. 213

- Education
 right of, p. 89
 fundamental right, p. 89
 subjective public right, p. 89
 social rights, p. 89
 effectiveness, p. 89
 material limits, p. 89
 existencial minimum, p. 89
 constitutional amendment, p. 89
 possible reserve, p. 89
 separation of powers, p. 89
- Economic and consumer, crimes and conflicts
 Public attorneyship, p. 237
 Union, the, p. 237
 Conflicts, p. 237
 Powers, p. 237
- Family law, perspectives
 family, p. 121
 forms of family units, p. 121
 alimony and child support, p. 121
 common law marriage and de facto,
 p. 121
 division of property, p. 121
 equal rights and duties of spouses, p. 121
 equality of the children, p. 121
 familial power, p. 121
 homestead, p. 121
 marriage, p. 121
 mediation, p. 121
 paternity, p. 121
 projected law, p. 121
 separation and divorce, p. 121
 statute of families, p. 121
 tutorship and guardianship, p. 121
 union, p. 121
- Culpability and ontological overview of freedom
 determinism, p. 65
 culpability, p. 65
 exigibility, p. 65
 freedom, p. 65
- Globalization and Public Ministry
 Court as a sovereign power of the State, the,
 p. 409
 its conflict with Justice, p. 409
 credibilizing the Public Ministry, p. 409
- crisis of the political power, p. 409
 independent initiative of the Public Ministry,
 p. 409
 justice: an inclusive project of citizens, p. 409
 law of globalization, the, p. 409
 legitimacy of the Public Ministry, the, p. 409
 responsibility of the community, p. 409
- Law
 sources, p. 73
 customs, p. 73
 norms, p. 73
- Money laundering
 crime, p. 23
 difficulty and complexity criminal investigation,
 p. 23
- Public health
 advertisement and labeling, p. 435
 business communication, p. 435
 duty of communication of risks, p. 435
 European Food Safety, p. 435
 food safety, p. 435
 Portuguese Consumer Defense Law, p. 435
 principles of precaution and prevention, p. 435
 rights to health, p. 435
 transparency, p. 435
 Treaty of Nice and Amsterdam, p. 435
- Public Prosecution (Ministério Público)
 law and politics, p. 325
 diffuse and collective rights, p. 325
 political voluntarism, p. 325
 public civil action, p. 325
 political corruption, p. 325
- Reinstating justice
 childhood and youth, p. 339
 community, p. 339
 criminal act, p. 339
 criminal rights, p. 339
 domestic violence, p. 339
 neighborhood conflicts, p. 339
 pilot project, p. 339
 recovery of damages, p. 339
 restoring circle, p. 339
 support service, p. 339
 victim, p. 339

- Right and technology
 property, p. 381
 computer crimes, p. 381
 internet, p. 381
 information technology, p. 381
 safety, p. 381
 legislative changes, p. 381
 electronic fraud, p. 381
- Secrecy
 of data, p. 15
 of communications, p. 15
 article 5º, XII, Federal Constitution, p. 15
 inviolability, p. 15
 proportionality, p. 15
- Sexual abuse
 anticipated proof proceeds, p. 387
 children, p. 387
 deposition, p. 387
 deposition with no injury, p. 387
- deposition with reduction of injury, p. 387
 law of silence, p. 387
 primary injury, p. 387
 teenagers, p. 387
 victim, p. 387
 witness, p. 387
 sexual exploitation, p. 387
- Traffic accident
 conscious negligence, p. 47
 recklessness, p. 47
 theory of consent, p. 47
 theory of probability, p. 47
- Vocational Public Ministry
 dignity, p. 279
 human being, p. 279
 human rights, p. 279
 power, p. 279
 social justice, p. 279
 vocation, p. 279

ÍNDICE DE AUTORES/AUTHORS INDEX

- ARANTES, R. B., p. 325
BARONE, M. L., p. 373
BUGARIB, K., p. 339
CARAVELLAS, E., p. 339
CASTILHO, E. W. V. de, p. 37
CAZETTA JÚNIOR, J. J., p. 143
CLUNY, A. F. de A. L., p. 409
CRUZ, J. R. G. da, p. 169
DANELUZZI, M. H. M. B., p. 193
DEMORO HAMILTON, S., p. 73
DUEK MARQUES, O. H., p. 65
FERREIRA LIMA, P. M., p. 381
FILOMENO, J. G. B., p. 237
FROTA, M., p. 435
GARCIA, E., p. 89
GIACOIA, G., p. 279
JANINE RIBEIRO, R., p. 313
KIM, R. P. P., p. 387
LAMENZA, P. C., p. 373
LEMONS JÚNIOR, A. P. de, p. 23
LEONEL, R. de B., p. 199
MATHIAS, M. L. C., p. 193
MAZZILLI, H. N., p. 287
MELO, E. R., p. 387
MELLO, D. de, p. 81
NALINI, J. R., p. 297
OLIVEIRA, E. de, p. 121
PEREIRA LEITE, L., p. 313
PIERANGELI, J. H., p. 47
SCARANCE FERNANDES, A., p. 15
SIQUEIRA NETO, L. F. de, p. 339
SMANIO, G. P., p. 213
VENDRAMINI CARNEIRO, E. F., p. 353
ZANELATO, M. A., p. 255

