
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v.5, n. 11, jan./abr. 2007

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - Diretor

Raulino Jacó Brüning

João José Leal

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Rogério Ponzi Seligman

José Orlando Lara Dias

As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral
de Justiça do Estado de Santa Catarina e da
Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint CRB 14/384

ATUAÇÃO : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação
Catarinense do Ministério Público. – Florianópolis: PGJ :
ACMP, v. 1, n. 1, set./dez. 2003 –

Quadrimestral
v. 5, n. 11, jan./abr. 2007
ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Ministério Público do Estado de Santa
Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II. Associação Catarinense
do Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: Nov. 2007

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Paulo Antônio Günther

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Gladys Afonso

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo César Ramos de Oliveira

- *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Basílio Elias De Caro

André Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Subcorregedor-Geral

Paulo Ricardo da Silva

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Aor Steffens Miranda

Ivens José Thives de Carvalho

Ouvidor

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Coordenadoria de Recursos

Tycho Brahe Fernandes - *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Laudares Capella Filho

Alexandre Carrinho Muniz

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Gladys Afonso - *Coordenadora-Geral*

Fabrcio José Cavalcanti – *Coordenador*

Benhur Poti Betiolo - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - *Coordenador-Geral*

Marcelo Gomes Silva - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Jackson Goldoni - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundaes

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*

Leonardo Henrique Marques Lehmann - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Gilberto Polli - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Ernani Guetten de Almeida - *Coordenador-Geral*

Rafael de Moraes Lima - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Robison Westphal - *Coordenador-Geral*

Andrey Cunha Amorim - *Coordenador*

Fabiano Henrique Garcia - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Raulino Jacó Bruning - *Coordenador-Geral*

Affonso Ghizzo Neto - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigaes Especiais

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral

Lenir Roslindo Piffer – *Coordenadora-Geral*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Valdir Vieira

1º Secretário

Eraldo Antunes

2º Secretário

Milani Maurílio Bento

Diretor Financeiro

Fabiano Henrique Garcia (e.e.)

Diretor de Patrimônio

Fabiano Henrique Garcia

Diretora Cultural e de Relações Públicas

Lara Peplau

Diretor Administrativo

Fernando da Silva Comin

Diretora da Escola

Walkyria Ruicir Danielski

Conselho Fiscal

Presidente

Fábio de Souza Trajano

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

César Augusto Grubba

Ivens José Thives de Carvalho

Fábio Strecker Schmitt

SUMÁRIO

FILOSOFIA JURÍDICA

Uma Aproximação entre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, a Política Jurídica de Osvaldo Melo, e a Teoria da Argumentação de Robert Alexy 9
Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto

A Importância da Política Jurídica para a Atuação do Ministério Público 21
Carla Piffer

ORDEM TRIBUTÁRIA

Conseqüências da Classificação do Lançamento Tributário como Condição Objetiva de Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária..... 41
Andreas Eisele

INSTITUCIONAL

Parâmetros da Atuação do Ministério Público no Processo Civil em Face da Nova Ordem Constitucional..... 55
José Galvani Alberton

CIDADANIA

A Remuneração de Dirigentes nas Fundações e seus Reflexos Patrimoniais 89
Jair Alcides dos Santos

Estatuto do Idoso: a Implementação de Agências Públicas Específicas como Instrumento para a Efetivação da Política de Proteção Integral à Pessoa Idosa – Breve Análise do Atual Panorama Nacional 113
Maristela Nascimento Indalencio

CONSTITUCIONALIDADE

Renovação da CNH e Inconstitucionalidade do Curso de Direção Defensiva para Condutores já Habilitados 131

João José Leal

CRIMINAL

Agente Provocador, Agente Infiltrado e o Novo Paradigma de Processo Penal..... 139

Isaac Sabbá Guimarães

O Art.33, §4º da Lei N. 11.343/06 (Nova Lei de Drogas) e a Retroatividade da Lei Penal Benéfica 163

Monike Silva Póvoas

Globalização, Positivismo e Direito Penal Mínimo..... 173

André Fernandes Indalencio

A Lei Maria da Penha e suas Inconstitucionalidades 203

Rômulo de Andrade Moreira

Conseqüências do Descumprimento da Transação Penal 227

Paulo César Busato

UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE, A POLÍTICA JURÍDICA DE OSVALDO MELO, E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto
Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI
Promotor de Justiça - Tijucas/SC

SUMÁRIO

Introdução - 1 Da Filosofia à Filosofia do Direito - 1.1 A contribuição da Teoria Tridimensional de Miguel Reale para a Política Jurídica e para o Direito - 2 Da Política à Política Jurídica - 3 A importância da Filosofia do Direito para a Política Jurídica na busca de um novo paradigma - 4 A Política Jurídica e o modelo metodológico-jurídico de Robert Alexy - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

A realidade jusfilosófica atual preocupa-se em satisfazer os anseios sociais, políticos e econômicos que a sociedade almeja. Diante deste desafio, é que se buscou, com esse artigo, uma aproximação entre a *Política Jurídica*, a qual preconiza um Direito que “deve ser” e “como deve ser”, cujo principal expoente é Osvaldo Melo, a *Filosofia do Direito*, analisada sob o enfoque de Miguel Reale, que procura, sob um prisma crítico e universal, identificar quais são os valores que estão inseridos e que legitimam o ordenamento jurídico e a *Teoria da Argumentação* de Robert Alexy, que, através de seus métodos de soluções de conflitos

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 5, n. 11, jan./abr. 2007 – Florianópolis – pp 9 a 20

princípios, contribui para o alcance de uma decisão jurídica racional, tendente a preservação da Ética, da Moral e da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Política Jurídica; Filosofia do Direito; Ética; Moral; Paradigma.

ABSTRACT

The present philosophic and legal reality is worried about satisfying the yearnings social, economic and politicians that the society longs for. Ahead of this impasse, it is that searched, with this article, an approach among the Legal Politics, which advocates a Right that “must be” and “as it must be”, whose main exponent is Osvaldo Melo, the Legal philosophy analyzed under the approach of Miguel Reale, that it looks for, under a critical and universal prism, to identify which are the values that are inserted and that they legitimize to the legal system and the Theory of the Argument of Robert Alexy, that, through his methods of principles conflicts solutions contributes to reach a rational legal decision, tending the preservation of the Ethics, of the Moral and Justice.

KEY WORDS: Legal politics; Legal philosophy; Ethics; Moral; Paradigm.

INTRODUÇÃO

A reflexão jusfilosófica contemporânea intenta uma mudança do paradigma teórico vigente voltada à reaproximação do direito, com a ética e a moral, ou seja, realiza uma análise normativa do direito preocupada com a legitimação ou justificação do ordenamento e dos princípios com as dimensões institucionais da vigência e da efetividade das normas jurídicas.

Atentando para o fenômeno jurídico denominado pós-moderno ou neoconstitucionalista, essa reflexão filosófica sobre a justificação dos direitos, sobretudo os de caráter fundamental, tem como objetivo deli-

mitar um conjunto de valores ou princípios fundamentais que garantam um patamar mínimo de moral a ser respeitado pelo direito positivo, que vai funcionar como um contraponto teórico e crítico das instituições e das práticas sociais e legais vigentes em uma determinada sociedade.

É justamente nesse contexto que entendemos de fundamental importância analisar o instituto da Política Jurídica sob o prisma jusfilosófico, identificando a contribuição da Filosofia do Direito segundo os moldes expostos por Miguel Reale e da Teoria da Argumentação de Robert Alexy para a efetivação deste novo paradigma.

1 DA FILOSOFIA À FILOSOFIA DO DIREITO

Nesse momento de transição pelo qual passa a sociedade, momento esse, segundo Osvaldo Ferreira de Melo¹, denominado de *Transmodernidade*, onde há a ruptura de paradigmas formadores de um sistema cultural complexo, de padrões civilizatórios que se formaram ao longo dos anos para uma fase onde novos paradigmas começam a formar-se prestigiando determinados valores e princípios em prol de outros, é que o filósofo assume crucial importância.

Dos ensinamentos extraídos de Luís Alberto Warat², citados, apropriadamente por Melo, temos que:

Fazer filosofia na condição pós-moderna implica renunciar a toda uma tradição de fixar pautas [...] para passar a ocupar-se das coisas que estão em circulação no mundo. Assim, 'é na praça o lugar do filósofo', porque ali se dará o 'encontro da Filosofia com a cidadania'. Tal Filosofia terá de oferecer aberturas para a regulação dos dramas contemporâneos e por isso ela terá que ser 'criação permanente de novos conceitos [...] para fazer do acontecimento cotidiano um aforismo do pensa-

1 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994.

2 Apud MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p.19.

mento e deste uma nova perspectiva de vida’.

Nas lições de Miguel Reale³, colhe-se que a Filosofia é uma atividade ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade de certos problemas. Tem a Filosofia uma paixão pela verdade essencial, exercendo uma atividade de sondagem na raiz do problema, fazendo-o com a qualidade inerente de toda a ciência. Ou seja, manifestando a insatisfação com os resultados e a procura cuidadosa dos mais claros fundamentos, com finalidade puramente especulativa.

Assim, o enfoque universal dado pela Filosofia envidará esforços no sentido mais de problematizar que solucionar. Isso não significa que o filósofo não deva empenhar-se por suas idéias. O que é incompatível com a pesquisa filosófica é a conversão da ação prática e do empenho político-social, em razão e meta do filosofar.

A Filosofia do Direito, então, segundo Reale, não é disciplina jurídica, mas a própria Filosofia voltada para uma ordem de realidade que é a realidade jurídica⁴, procurando - assim como em relação às demais realidades da vida - refletir a mesma necessidade de especulação do problema (jurídico) em suas raízes, independentemente de preocupações imediatas de ordem prática.

A visão da Filosofia do Direito é, portanto, segundo o autor, o de crítica da experiência jurídica. Uma Filosofia que não seja crítica é inautêntica, pois, como ciência, tem por objeto indagar dos pressupostos ou condições de possibilidade de todas as ciências particulares, o mesmo em relação ao direito, as quais estão sempre sujeitas a novos “testes” e verificações⁵.

Como mecanismo crítico de aprimoramento, na visão de Habermas⁶, a Filosofia do Direito pretende a elaboração de um meta-discurso normativo capaz de reconstruir o significado de ordem jurídica legítima em cujo fundamento estão “os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo”.

3 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 1999.

4 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 1999.

5 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 1999.

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v I. p. 113.

Desta maneira é que os filósofos contemporâneos devem estar atentos aos fenômenos da transmodernidade e insistirem na necessidade de abandonar alguns conceitos, reformular e mesmo criar outros para que consigam transmitir e expressar os anseios emergentes da nova realidade.

1.1 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE PARA A POLÍTICA JURÍDICA E PARA O DIREITO

Miguel Reale, graças à influência que recebeu de Kant, através da sua Teoria Tridimensional (identificando os três elementos da juridicidade como fato, valor e norma) exposta em um cenário adverso de hegemonia das correntes positivistas e jusnaturalistas do início do século XX, traz ao saber acadêmico novas idéias e formas de conceber o mundo jurídico.

Nesta linha de raciocínio, Reale confere ao mundo uma estrutura e uma dinâmica revelada pelos elementos constitutivos da cultura identificados na liberdade e construção da realidade.

Através da idéia de cultura, segundo Reale, o homem realiza a sua história dando valor aos fatos e humanizando a natureza. Os valores são históricos, construídos e vivenciados pela existência individual e coletiva humana, e variáveis conforme os graus de evolução social.

A cultura, como momento culminante da racionalidade, expressa e realiza valores, fazendo-os de “dever ser” tornarem-se “ser”. Segundo Reale, a idéia de valor indica uma intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, revelando-se em uma ação possível. Não se trata de um objeto ideal, mas sim, do produto de tudo o que o homem pensa e realiza ao longo de sua história como um fim a ser realizado.

A norma, para Reale, será então uma tomada de posição axiológica dos fatos e tensões de valores diante de um processo histórico-cultural dinâmico.

Em síntese, o valor supremo desse Direito idealizado por Reale, constitui-se na afirmação da pessoa humana como ente racional e individual, criador de valores, em constantes relações intersubjetivas de

liberdade, realizando-se na afirmação da justiça para a consolidação do bem comum, assim considerado para Reale como aquele que ratifica o aperfeiçoamento moral de cada ser humano.

2 DA POLÍTICA À POLÍTICA JURÍDICA

Sob um enfoque comum, a Política pode ser conceituada como “a arte de bem governar os povos; é posição ideológica a respeito dos fins do Estado”⁷.

Na esteira do ensinamento de Maquiavel, tem sido um desafio permanente para a Filosofia estabelecer a possibilidade da convivência entre a Política e a Ética, comprometida, por sua própria natureza, muito mais com os fins a alcançar do que com os meios a serem utilizados. A Política tem tido, ao longo de sua história, um forte desdém para com a ética dos meios. Tais meios são valorados em função de sua eficácia, embora, não raro, afastam-se dos princípios que se tem convencionado incluir no domínio da moral⁸.

Sob uma ótica ética oposta, uma atuação político-jurídica seria aquela comprometida com os anseios jurídicos sociais, da qual provém a revogação, correção ou proposição de uma norma jurídica. A investigação da política jurídica deve considerar pressupostos axiológicos à procura do “justo” e do “socialmente útil”, como fundamentos para a construção de uma proposta de um “Direito que deva ser”, ou seja, um “Direito desejado” pela sociedade.

Nesse norte, é capaz de observar o direito posto (positivado) como “o direito que é” e propor-lhe adequações fundamentadas nos valores de “Justiça” e “Utilidade Social”, como uma espécie de exame de “validade material” da norma positiva.

Ao político jurídico, neste mister, cumpre então, desviar os olhos das fontes tradicionalistas do Direito e atentar para a erupção de novos anseios existentes na sociedade, para os movimentos sociais com suas

7 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3.ed. rev.e atual. Curitiba: Positivo, 2004, p.1592.

8 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 56.

pautas de reivindicações e considerar mais as representações jurídicas que se geram no imaginário social.

Essas representações e anseios sociais e jurídicos que nascem e se desenvolvem no cerne de uma comunidade, de determinados grupos, são conflitantes, uma vez que essas vontades e anseios sofrem mutações de lugar para lugar, de tempos e tempos. Analisando-se sob esse prisma, a tarefa dos políticos do direito é muito mais ampla, uma vez que devem buscar suas premissas em um nível mais elevado, ou seja, na tradição cultural, no corpo de idéias compartilhadas relativamente permanentes.

Apoiando tal tese, Alf Ross⁹ aduz que:

A primeira tarefa da política jurídica será, portanto, estudar os objetivos e atitudes que, de fato, predominam nos grupos sociais influentes e determinantes para os órgãos legislativos. [...] Cabe perguntar se é possível chegar, por essa via a uma série de premissas de atitude que sejam, em alguma medida, inequívocas. Não há, afinal, tantos conjuntos de atitudes quanto indivíduos, atitudes que variam segundo a estrutura mental de cada pessoa, seu credo e seus interesses particulares? A resposta é que uma comunidade não seria uma comunidade, não seria concebível como tal se não houvesse um amplo corpo de credo e vontade compartilhados, de ideologia e interesses comuns. É esse corpo que chamamos de unidade de uma cultura e de uma nação. É claro que essa unidade não é absoluta. Dentro de sua estrutura existem muitas divergências práticas. As exigências dos diversos grupos sociais são conflitantes.

9 ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 383.

3 A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A POLÍTICA JURÍDICA NA BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA

A Teoria Tridimensional, compreendendo o Direito pela comunhão dos elementos fato, valor e norma, possibilita uma melhor compreensão dos pressupostos epistemológicos quanto ao objeto e ao conceito da Política Jurídica vinculados ao estudo da Filosofia do Direito, permitindo, através de um paradigma axiológico, uma aproximação maior entre o mundo das práticas sociais e o direito posto.¹⁰

Oswaldo Melo, ao abordar a pluralidade dos conceitos de Política Jurídica, dispõe que a Política Jurídica é aberta, polissêmica, participativa, e comprometida com as utopias sociais (utopia aqui vista no sentido de ideal pretendido). Torna-se assim, na visão do autor, o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico. Resgata o sentido do justo e do útil, vendo-os como valores culturais resultantes das experiências positivas e negativas da vida humana. Valores estes a serem alcançados principalmente através de uma análise filosófica do Direito, uma vez que a Filosofia se encarrega de criar e sistematizar conceitos.

Noutras palavras, tanto para os filósofos do Direito, como para os políticos jurídicos, a norma não deve prevalecer sem um fundamento ou uma justificação clara donde se extrairá a sua validade material, que deverá ser perseguida pelo legislador ou intérprete, buscando o conhecimento de outras fontes não convencionais do Direito, como os movimentos sociais e suas representações jurídicas para operar esta necessária correlação operacional axiológica-interpretativa, atingindo, deste modo, um Direito que “deve ser” e como “deva ser realizado”.

Talvez seja esta a principal tarefa e o maior desafio da Filosofia do Direito para a Política Jurídica, ou seja, traçar, pela crítica da experiência jurídica e seus ranços, o esboço de como devam ser realizadas as diretrizes fundamentais da norma, sob o prisma de sua validade material, fixadas nos valores historicamente reconhecidos de Justiça, Ética e Utilidade Social, fomentando a materialização de ideais utópicos em prática do Direito.

10 MELO, Oswaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994, p.45.

Nesta esteira, para Reale, como o fim último do Direito é o alcance do bem comum, ou seja, de uma ordem social justa, com interesses comuns a toda a sociedade (já que a primazia do bem público como sistema de valores a realizar constitui fundamento do Estado e da soberania *in concreto*¹¹), as normas e o Direito em si devem trabalhar no sentido de alcançar esse objetivo.

Em outras palavras, enquanto a Filosofia do Direito procura, sob um prisma crítico e universal, identificar quais são os valores que estão inseridos e que legitimam o ordenamento jurídico, a Política Jurídica se preocupa com o “realizar”, com a parte “operacional” dessa metafísica. Assim, tanto os filósofos quanto os políticos do Direito, devem colocar em sintonia as normas vigentes com as múltiplas exigências da sociedade civil, fecundando o Direito pela Política, tornando-o ciente de sua razão de ser e de seus fundamentos, realizando os fins úteis e necessários à sociedade.

4 A POLÍTICA JURÍDICA E O MODELO METODOLÓGICO JURÍDICO DE ROBERT ALEXY

Toda a transição se caracteriza pela presença simultânea de elementos em declínio e outros em emergência.¹² Dessa convivência conflituosa é que surgem as inevitáveis crises. Neste contexto, a consciência jurídica deve continuar buscando, centrada nos fundamentos filosóficos e políticos jurídicos, formas e instrumentos hábeis no intento de ver reduzido o número de conflitos do mundo social, assegurando sempre, e com a maior amplitude possível, os valores e princípios fundamentais inerentes à pessoa humana.

Seguindo tal desiderato, o modelo metodológico-jurídico apresentado pelo filósofo e jurista Robert Alexy em sua obra *Teoría de Los Derechos Fundamentales*,¹³ contribui para o alcance de uma racionalidade das decisões jurídicas (processo psíquico de decisão) e conseqüente efe-

11 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1986. p.94.

12 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p.18.

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

tivação da Política Jurídica com o ideal de justiça através de uma teoria da argumentação jurídica, trabalhando a idéia de que o sistema jurídico não é um sistema fechado de normas que respondam, por si, a todas as questões concretas, dando uma solução única para cada caso.

Robert Alexy parte da premissa de que *regras e princípios* são duas espécies do gênero norma, cujas diferenças qualitativas identificam-se pelo fato de os princípios serem normas jurídicas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos ou jurídicos. E as regras prescreverem imperativamente uma exigência (impondo, permitindo ou proibindo) que pode ser ou não cumprida.

Deste modo, como bem descreve Canotilho, os princípios, ainda que em conflito, coexistem (permitindo o balanceamento de valores e interesses conforme seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes), sendo que as regras antinômicas excluem-se (lógica do tudo ou nada), pois se uma regra vale, deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições.

Já os princípios, uma vez em conflito, são passíveis de harmonização, pois contém apenas exigências que, *prima facie*, devem ser realizados. Ao contrário das regras, que por conterem fixações normativas definitivas, tornam insustentável a validade simultânea quando contraditórias¹⁴.

A conceituação de norma, nos moldes apresentados, possibilita a compreensão de uma Constituição como sistema aberto de regras e princípios, onde ambas complementam-se permitindo compatibilizar a segurança jurídica necessária ao funcionamento de um ordenamento com a necessária flexibilidade (axiológica) na solução de determinados conflitos.

Vale ressaltar que há uma particular importância dos princípios para o sistema jurídico em virtude de sua referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica com as idéias de justiça, de direito e a idéia de bem-comum, servindo como fundamento de regras jurídicas e manifestando uma idoneidade irradiante que lhes permite interligar todo o sistema constitucional.

Fornecem os princípios (*v.g.*: liberdade, igualdade, democracia, Estado de direito), neste objetivo, suporte rigoroso para solucionar

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

problemas de maior relevância como ocorre em hipóteses de colisão de direitos fundamentais, como também possibilita a oxigenação e o norte a ser trilhado pelo próprio sistema.

Para tal desiderato, o trabalho de Alexy, visando o aperfeiçoamento estrutural das normas de direito fundamental, possibilitará ao intérprete (juiz ou legislador), sem afetar limites mínimos de segurança jurídica, uma maior elasticidade na sua tarefa político-jurídica de aproximar o direito à cultura, pela ética.

Segundo Ross¹⁵:

O problema da política jurídica é um problema de ajuste. Aponta para uma mudança nas condições existentes, nunca para uma reformulação radical do direito a partir de seus fundamentos em direção do espaço vazio sem fundamento histórico.

Neste norte, o operador crítico, ao fixar os parâmetros de seu agir tomando-se como diretriz os princípios constitucionais, em um Estado Democrático de Direito, permitirá uma maior e mais responsável aproximação do Direito e da Política com a ética e a estética, ou seja, com o materialmente válido e socialmente desejado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um sociedade efetivamente democrática e pluralista deve exigir, do operador do direito, uma nova postura que seja permeável às mudanças sociais, culturais, econômicas e políticas.

É preciso que administremos as crises provenientes dessa fase de transição em que vivemos, tornando-a menos dolorosa possível, buscando, no direito vigente, as alternativas legítimas para a mudança. É justamente nesse intuito que devemos encarar a Filosofia do Direito e as estratégias de soluções de conflitos trazidas por Alexy, como essencialmente úteis à implantação desse novo paradigma.

A Filosofia do Direito, nesse mister, exerce especial importância na efetivação do ideal jusfilosófico contemporâneo voltado a aproximar

15 ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003. p.384.

os ideais de Justiça e Moral como fim último do Direito.

A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, da mesma forma, contribui para uma compreensão da importância cultural e utilidade dos valores históricos na transformação das idéias do “dever ser” em “ser”. E a efetivação de um novo paradigma que atenda a tais ideais pelo operador depende de uma atuação cujos pressupostos axiológicos encontrem-se voltados aos anseios jurídicos sociais, à idéia do justo e ao verdadeiro sentido do valor Justiça.

Sendo a Política Jurídica aberta e comprometida com as utopias sociais, será esta o mais adequado espaço de criação e participação democrática para a realização do novo paradigma jurídico hoje em evolução.

Por fim, o modelo metodológico e jurídico de Robert Alexy, ao sistematizar regras e princípios como normas e fixar critérios para as hipóteses de colisão principiológica, ao passo em que respeita os limites da segurança do Direito, aliando credibilidade à criatividade da mudança, possibilita um confiável instrumento para a criação e aplicação de um Direito Justo preocupado com a cultura, com a ética e com os ideais do bem comum.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. rev.e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/ CPGD-UFSC, 1994.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Saraiva. São Paulo: 1986.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 1999.

_____. *Filosofia e teoria política*. [Ensaio] São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA JURÍDICA PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carla Piffer

*Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI
Assistente de Promotoria de Justiça - Blumenau/SC*

SUMÁRIO

Introdução - 1 Política, ciência política e justiça política - 2 O pluralismo conceitual da política jurídica - 3 Política jurídica e os naturalistas - 4 Política jurídica e o normativismo - 5 Política jurídica e o empirismo - 6 Política jurídica e o culturalismo - 7 O direito que deve ser - 8 O Ministério Público e a política jurídica - Conclusão - Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a política jurídica como parte integrante da ciência jurídica, apresentando as linhas gerais de sua proposta, delimitando seu conceito e objeto, e finalmente, buscando elementos para demonstrar como a utilização da política jurídica pode contribuir e auxiliar o Ministério Público na efetivação de seus objetivos institucionais.

A importância do trabalho se dá devido à crescente necessidade de adequação do direito aos anseios da sociedade. Assim, o Ministério Público, ao desempenhar um papel ímpar na defesa dos interesses sociais, poderá fazer uso deste “instrumento” a fim de disseminar, em

toda a instituição, a idéia de buscar o *direito que deve ser*, muito mais amplo, valorativo e justo que o *direito que é*.

Para o desenvolvimento deste raciocínio, apresenta-se o pluralismo conceitual existente acerca do tema, demonstrando-se a concepção que as mais variadas correntes doutrinárias possuem sobre a política jurídica. Desta forma, através da análise do perfil da política jurídica, propõe-se a utilização desta pelo Ministério Público a fim de contribuir para a aproximação do sistema jurídico e sociedade, primando pelos ideais de justiça e utilidade social como forma de legitimação e satisfação social.

1 POLÍTICA, CIÊNCIA POLÍTICA E JUSTIÇA POLÍTICA

O conceito clássico de política deriva do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade, sendo utilizado durante séculos para designar as obras dedicadas ao estudo daquela esfera de atividades humanas que se refere de algum modo às coisas do Estado.

Na época moderna, o termo perdeu seu significado original, substituindo pouco a pouco por outras expressões como “ciência do Estado”, “doutrina do Estado”, “ciência política”, “filosofia política”, etc., passando a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, tem como termo de referência a *polis*, ou seja, o Estado¹.

Também, “O conceito de política, entendida como forma de atividade ou de práxis² humana, está estreitamente ligado ao poder³”.

1 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed., v. 2, Tradução de Carmen C. Varrialle et al. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1999. p. 954.

2 “O conceito de Práxis exprime precisamente o poder que o homem tem de transformar o ambiente externo, tanto natural como social [...]”. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. p. 988.

3 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. p. 955.

Contudo, se a política tem como finalidade a vida justa e feliz, então, esta é elemento inseparável da ética. “De fato, para os gregos, era inconcebível a ética fora da comunidade política – a *polis* como *koinonia* ou comunidade dos iguais –, pois nela a natureza ou essência humana encontrava sua realização mais alta⁴”.

Melo⁵ apresenta três interpretações para o termo política: o primeiro seria como forma de “estudo sistemático das coisas do Estado”; o segundo como “estudo das formas de poder nas relações humanas” e finalmente, como um “conjunto de meios ou estratégias visando a um fim”.

Neste contexto, verifica-se que as grandes mudanças sociais e também políticas influenciam diretamente o curso das ciências sociais, principalmente da política, vista, neste caso, como ciência. Expõe Cruz⁶ que “A história da política, como ciência, forma um longo caminho, cujo roteiro é compatível com as rupturas ou mudanças que sucessivamente ocorreram”.

Por conta disso, cita-se Andrada⁷, o qual afirma que:

A Ciência Política focaliza fenômenos que estão presentes no pensamento intelectual desde os tempos mais antigos, e podemos dizer que os primeiros estudiosos e pensadores se interessaram por ela, como Sócrates, Platão e Aristóteles, principalmente os dois últimos, nas suas conhecidas obras “A República” e “A Política”.

Dentre estas inúmeras mudanças sociais e devido ao crescente interesse pelo pensamento político, esta nova sociedade política busca a regulação da vida humana em sociedade, o que se dá através de um conjunto de leis, definido por justiça política.

O conceito de justiça política, em Aristóteles,

4 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 9.ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 384.

5 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis : OAB/SC, 2000, p. 76-77.

6 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 39.

7 ANDRADA, José Bonifácio. *Ciência política, ciência do poder*. São Paulo: LTr, 1998. p. 15.

compreende a justiça natural e a justiça que se funda na lei. O filósofo reconhece a existência de justiça natural, decorrente da própria natureza das coisas e, de outra, produto da vontade do homem. Assinala, ainda, que são naturais certos elementos que, em todos os lugares, possuem a mesma força, uma só natureza⁸.

Assim, observa-se que a categoria justiça adotada por Aristóteles funda-se na justiça da natureza e na justiça convencional. A primeira caracteriza-se pela imutabilidade, própria à sua essência. A segunda, é dotada de mutabilidade, variando de acordo com cada espécie de governo e local de aplicação.

Frisa-se que a justiça natural faz parte da justiça política, pois a natureza das coisas faz parte da vida em sociedade, seja ela arcaica ou moderna. Porém, conforme expõe Silva⁹, “A justiça política reconhece que a justiça da natureza não pode ser separada da justiça convencional, por entender que as coisas da natureza não pode ser separada da justiça convencional, por entender que as coisas da natureza integram a vida do homem em sociedade”.

Os jusfilósofos, contemporâneos, Calera¹⁰ e Höffe¹¹ colocam na centralidade de seus debates a justiça, enquanto referente de crítica ética do direito. Expõem acerca da necessidade da legitimação social do direito. Para estes autores, legítimo não é qualquer direito, mas o que realize a justiça - o direito justo. A justiça é por eles pensada numa dimensão de práxis, referida às reais condições de existência.

Ao citar Höffe, Dias¹² destaca a categoria justiça política enquanto referente de crítica ética do direito. Desvela o caráter teórico interdisci-

8 SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão*. 1.ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 60.

9 SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão*. p. 60.

10 CALERA, Nicolas Maria Lopez. *Derecho y teoría del derecho en el contexto de la sociedad contemporânea*. In: O novo em direito e política. Org. José Alcebiades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

11 HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

12 DIAS, Maria da Graça Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. ix.

plinar do discurso da justiça, bem como sua dimensão de práxis, pois esta, enquanto discurso ético-político, deve refletir os problemas sociais e políticos de cada época, buscando sua superação.

Contudo, o dilema sobre justiça é constante, além de ganhar relevante espaço nas discussões científicas atuais. Dias¹³, utilizando-se dos ensinamentos de Höffe acerca da afirmativa que a justiça apresenta uma tarefa de mediação¹⁴, expõe que:

A perspectiva da justiça é determinante em todas essas tarefas parciais, daí HÖFFE falar em justiça natural (pré-institucional), justiça institucional e justiça política. Para ele, o princípio da justiça caracteriza-se como a única medida legítima tanto para a restrição da liberdade quanto para sua garantia, e, a justiça natural constitui o primeiro passo da tarefa de legitimação. É, portanto, fundamento preliminar da Justiça Política.

Desta forma, o princípio básico da justiça política baseia-se “[...] na coexistência da liberdade distributivamente vantajosa”, complementando os ensinamentos de Höffe, o qual utiliza o termo justiça política para fazer uma crítica ética ao direito, demonstrando a necessidade da legitimação social do direito para que se possa alcançar a justiça¹⁵.

13 DIAS, Maria da Graça Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 100.

14 Acerca da tarefa da mediação atribuída à justiça política, e “Pelo fato de a vantagem da estabilização de instituições sociais somente fornecer uma legitimação secundária, devemos primeiro mostrar que uma coexistência de liberdade dirigida por regras é superior a uma auto-regulação espontânea que, portanto, o estado de natureza secundário é superior ao estado de natureza primário, que a institucionalização das regras, portanto, a superação do estado secundário da natureza e finalmente a forma de direito e de estado da institucionalização são mais vantajosas para todos os afetados”. HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. p. 305-306.

15 “A renúncia recíproca da liberdade deve ter seu sentido negativo superado pelo reconhecimento dos interesses naturais comuns a todos, e, pela aceitação de uma troca circular. Esta se refere à troca que os sujeitos realizam para terem seus diferentes desejos dominantes reciprocamente assegurados”. DIAS, Maria da Graça Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 107.

2 O PLURALISMO CONCEITUAL DA POLÍTICA JURÍDICA

Tecidos os devidos comentários às categorias especiais e imprescindíveis ao entendimento do tema, analisar-se-á a categoria política jurídica, embora se reconheça a existência de uma pluralidade de conceitos, não criando, destarte, empecilho para seu estudo.

Inicialmente, pode-se afirmar que a política jurídica enquadrada como instrumento à disposição do jurista a fim de acompanhar as mudanças sociais, além de ser dotada de status da filosofia política, fazendo-se necessário identificar seu objeto, possibilidades e importância, principalmente como auxílio à atuação do Ministério Público.

Afirma Melo¹⁶ que se pode definir a política jurídica como uma disciplina que busca “o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo”, sendo o elo entre a ação humana e a persecução de uma forma de adequação da norma vigente aos anseios da humanidade.

No entanto, na busca por um conceito para política jurídica, apresenta-se a seguir o posicionamento de várias correntes doutrinárias sobre o tema.

3 POLÍTICA JURÍDICA E OS NATURALISTAS

Os postulados acerca do jusnaturalismo assimilam que o preceito justo é somente aquele condescendente com o direito natural. Japiassú e Marcondes¹⁷ conceituam direito natural como sendo:

aquele que resulta da própria natureza do homem, superior a toda convenção ou legislação positiva [...]. Assim, para os teóricos do direito natural, o direito é o conjunto das leis necessárias, universais,

16 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 80.

17 JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 56

deduzidas pela razão da natureza das coisas e que serviria de fundamento para o direito positivo.

Pascual Marin Perez foi um dos principais jusnaturalistas que nas décadas de 60 a 80 ganhou repercussão na Europa. Melo¹⁸ analisa as idéias lançadas por Perez acerca da política jurídica, afirmando que:

Este, guardando fidelidade irrestrita ao princípio de que “todo direito positivo deve interpretar-se segundo o enfoque do Direito Natural” construiu uma teoria de Política Jurídica que não podemos desconsiderar por trazer, em que pese a falta, em alguns momentos, de objetividade científica e de uma necessária coerência interna, algumas reflexões importantes.

A teoria jusnaturalista da política jurídica critica, incessantemente, o voluntarismo normativo, ou seja, critica a tendência do legislador moderno em regular juridicamente as relações humanas, não dando atenção e importância a outras regras existentes, utilizando-se somente do seu livre arbítrio para decidir as questões postas à sua competência.

Evidencia-se, assim, a postura jusnaturalista radical adotada por doutrinadores como Perez. Contudo, o citado autor acredita que a política jurídica irá se organizar sob bases sólidas, além de se libertar da filosofia da qual se originou.

Analisando esta posição, Melo¹⁹ apresenta os fatores que passam a compor um conceito de política jurídica, na visão dos naturalistas:

1 - Adequação da Política Jurídica ao Direito Natural [...]. Coexistiriam o Direito Natural e o Direito Positivo, mas este último devendo rigorosamente adequar-se àquele. E só quando isso acontecer haverá validade material da norma, porque apenas o direito objetivamente válido será direito justo. [...]

2 - [...] Perez, sugere um novo papel para a Política

18 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 26.

19 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 27.

Jurídica que seria o de propugnar pela substituição paulatina dessa massa legislativa por simples declarações de princípios, ficando a regulamentação destes a cargo dos instrumentos contratuais

3 - Ainda outra função que Perez comete à Política Jurídica é influir na clareza e na beleza das leis, no que agora parece confundir o papel da Política do Direito com o da técnica legislativa. Assume claramente essa postura e propugna por uma linguagem jurídica concisa, clara e que jamais descuide da estética.

É evidente a dificuldade de aceitar a perspectiva do jusnaturalismo, porém, não se deve negar a profunda influência das idéias naturalistas com vistas a alcançar os propósitos da política jurídica.

4 POLÍTICA JURÍDICA E O NORMATIVISMO

Devido ao antagonismo das posturas adotadas, a filosofia jusnaturalista opõe-se ao normativismo kelseniano:

KELSEN aponta um novo paradigma para a Ciência do Direito. Não questiona os fundamentos axiológicos do Direito, nem identifica a Justiça enquanto elemento intrínseco à sua constituição. Sua atenção centra-se na construção epistemológica da Ciência Jurídica, pretendendo determinar a natureza do Direito dentro dos critérios de objetividade e de precisão. Assim sendo, sua teoria — Teoria pura do Direito — está referida ao Direito Positivo em geral. Situa a Ciência do Direito no quadro das Ciências Sociais, dado que os fenômenos jurídicos são fenômenos sociais. O objeto da Ciência do Direito é a norma jurídica, estando excluídas de seu âmbito todas as questões de ordem moral, política ou ideológica²⁰.

20 DIAS, Maria da Graça Santos. *A Justiça e o Imaginário Social*. p. 3.

A antiga compreensão de que é a norma formalmente válida que irá fazer algo se tornar jurídico, faz parte da dogmática de Kelsen, apresentada por Melo²¹, o qual afirma que:

[...] o conceito de Justiça deveria ser distinguido do conceito de Direito e que portanto a norma de justiça tem vida à parte da norma jurídica. [...] “o direito positivo não vale pelo fato de ser justo ou pelo fato de sua prescrição corresponder a uma norma de justiça [...]” Os atos do legislador, suas escolhas e decisões podem ser medidos por normas de justiça mas o valor justiça do ato normativo deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas de direito positivo constituem.

Assim, verifica-se que a postura adotada pelos jusnaturalistas opõe-se totalmente ao normativismo apresentado por Kelsen, não questionando os fundamentos axiológicos do direito, nem mesmo identificando a justiça enquanto elemento intrínseco à sua constituição.

Para Kelsen, a justiça não faz parte do conteúdo da ciência jurídica, excluindo do âmbito dela qualquer juízo de valor. A respeito, Bobbio²² afirma que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

Percebe-se que, sob este paradigma, a ciência exclui do seu próprio âmbito os juízos de valor, vez que deseja ser somente um conhecimento puramente objetivo da realidade, desvinculando-se e distanciando-se

21 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 30.

22 BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

de qualquer fundamento moral.

Ademais, além de rechaçar a idéia de que a norma possui valores morais, também não aceita a possibilidade de analisar os fatos geradores da norma, conforme demonstrado por Melo²³:

Kelsen pretendia superar isso tudo ensinando que o conceito de Justiça deveria ser distinguido do conceito de Direito e que portanto a norma de justiça tem vida à parte da norma jurídica. [...] A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas pode nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade.

Desta forma, da teoria criada por Kelsen, percebe-se que este teve a intenção de criar uma ciência totalmente direcionada ao direito positivo, excluindo tudo que não se referisse à norma posta objetivamente, como por exemplo, os valores morais, éticos etc.

5 POLÍTICA JURÍDICA E O EMPIRISMO

A doutrina empirista pode ser definida como:

A teoria do conhecimento segundo a qual todo conhecimento humano deriva, direta ou indiretamente, da experiência sensível externa ou interna. [...] o Empirismo, sobretudo o de Locke e de Hume, demonstra que não há outra fonte do conhecimento senão a experiência e a sensação²⁴.

As origens desta filosofia pode ser encontrada nas correntes empiristas do pensamento inglês, que buscavam uma sociedade baseada na colaboração entre ciência e técnica. Conforme demonstra Oliveira²⁵,

23 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 31.

24 JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. p. 72

25 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. Espanha: s.e., 2001. p. 82.

este princípio metodológico entende que:

[...] o direito terá de ser concebido sob a orientação de um método puramente científico, que siga os tradicionais padrões de observação e verificação, sem ocupar-se de princípios etéreos sobre as primeiras causas, concentrando as energias intelectuais do pesquisador em direção a problemas práticos e buscando por isso melhorar a sorte dos homens do mundo.

Seguindo os pensamentos empiristas, Alf Ross trouxe muitas contribuições que ajudaram a compreender os fundamentos racionais da política do direito.

Crê o renomado representante do empirismo escandinavo que, pelo fato de não haver problema de legislação que seja especialmente político-jurídico, a natureza da Política Jurídica não pode ser buscada em um objetivo específico e que se essa disciplina merecer um objeto próprio, este deve ser encontrado no conhecimento sociológico-jurídico. [...] argumenta que o político do Direito vai encontrar seu âmbito de ação em questões técnicas-jurídicas, ou seja, de como devem ser feitas as normas jurídicas para estimular aquela conduta que melhor se harmonize com as atitudes e objetos pressupostos²⁶.

Dessa maneira, o experimento é a base fundamental do empirismo e traz a causa-efeito como fundamento da perspectiva científica. Entretanto, Ross²⁷, apresenta uma abordagem reducionista da política jurídica, considerando-a como uma mera “sociologia jurídica aplicada ou técnica legislativa”.

Para Melo²⁸, entretanto, “O objetivo da Política Jurídica nesta vi-

26 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 41.

27 ROSS, Alf. *Sobre o direito e a justiça*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

28 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 42.

são ampla [...] escaparia ao reducionismo dos empiristas”. Por fim, “A Política Jurídica não só cumpre o papel de guia para o legislador senão também o de guia para as autoridades que administram o Direito, em particular os Juízes”.

Oliveira²⁹ faz uma crítica ao empirismo adotado por Ross acerca da política jurídica:

O equívoco de Alf Ross está em subjugar a política jurídica “aos interesses dos demais”, em ver no poder político a função de “servir aos interesses da comunidade, o que se chama de ‘bem comum’”, confundindo direito com interesse, como se fosse cognoscível e praticável decifrar empiricamente o que é mais útil ou vantajoso para a satisfação do interesse social no trato com o direito.

6 POLÍTICA JURÍDICA E O CULTURALISMO

Ao refletir sobre as características das mais diversas sociedades, observa-se a existência de múltiplas instituições políticas existentes, além de crenças, ideais, normas e tradições que dão significado à vida política, variando de acordo com o contexto a que as sociedades estão inseridas.

De acordo com os ensinamentos de Bobbio, Matteucci e Pasquino³⁰, que a cultura política de uma determinada sociedade é composta por:

[...] *conhecimentos*, ou melhor, sua distribuição entre os indivíduos que a integram, relativo às instituições, à prática política, às forças políticas operantes num determinado contexto; as *tendências* mais ou menos difusas [...]; finalmente, as *normas*, como por exemplo, o direito-dever dos cidadãos a participar da vida política [...].

29 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. p. 87.

30 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed., v. 1. p. 306.

Partindo-se dessas premissas, seria o culturalismo a visão mais ampla da política jurídica, pois “[...] é aberta polissêmica, participativa, e comprometida com as utopias sociais. Torna-se, assim, o mais adequado espaço de criação democrática do universo jurídico”³¹ motivo pelo qual se deve “entender o político do direito como o estrategista da conversão de valores de direito em regras jurídicas”³².

Defensor da doutrina culturalista, Miguel Reale concedeu uma profunda contribuição para um melhor entendimento da política jurídica, adotando uma posição claramente ampliativa, quando se compara à visão dos normativistas, jusnaturalistas ou empiristas.

Sublinha Miguel Reale³³:

Propor-se a questão dos critérios de oportunidade e de conveniência que circunscrevem ou devem circunscrever o arbítrio do legislador quando, in concreto, o Poder converte um “valor do Direito” em “regra de direito” e, conseqüentemente, confere a uma «*proposição jurídica*» a força específica de “*norma jurídica*”, é tarefa que se contém na esfera empírica da Política do Direito, sem ultrapassar o âmbito das generalizações, tanto do ponto de vista causal como do teleológico.

O autor afirma que o direito visa, sobretudo, a consecução do bem comum, que por seu turno, se traduz em uma ordem social justa, devendo, assim, representar uma aspiração comum de toda a sociedade.

7 O DIREITO QUE DEVE SER

Conforme demonstrado, a ciência do direito, do ponto de vista normativista, apresenta o *direito que é*, descrevendo as normas positivamente, sem valorá-las, nem mesmo alterá-las de acordo com os acontecimentos sociais. Seguindo este propósito, tudo o que não faz parte do

31 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 49.

32 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 51.

33 REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000. p. 386.

mundo das normas válidas estaria, inevitavelmente, afastado da ciência do direito e, conseqüentemente, fadado ao esquecimento.

Porém, é sabido e, inclusive necessário, aceitar que o mundo jurídico não é composto somente de normas válidas, pois está inserido num mundo de intensas relações e transformações das quais a sociedade faz parte, não podendo engessar-se a ponto de não perceber esta adequação. Neste ponto, se faz necessário colacionar as palavras de Dias³⁴:

Ora, a realidade jurídica compõe um universo muito mais abrangente que o mundo das normas positivadas. Compreender o fenômeno jurídico, enquanto fenômeno social, implica em questionar a congruência da norma jurídica às exigências da vida da sociedade. Isto aponta para a necessidade de indicar-se um campo do conhecimento jurídico que coteje, especificamente, a avaliação crítica do Direito, ou seja, que não trate apenas do *ser* mas, também, do *dever ser* do Direito

Neste cenário de busca pela adequação das normas às exigências sociais é que se insere e política jurídica, por possuir a tendência de discorrer acerca do *dever ser do direito*.

Melo³⁵ afirma que “O objeto da Política Jurídica deve ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões: Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças?”.

Assim, como instrumento que busca incessantemente por mudanças, a política jurídica engaja-se em uma construção e reformulação constante do direito, “a partir dos elementos fornecidos pela Sociologia Jurídica, pelos novos fundamentos (éticos e estéticos) da Filosofia, bem como pelos conteúdos da práxis social e pelos elementos expressos no imaginário social da comunidade³⁶”.

34 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*: propostas epistemológicas para a política do direito. p. 138.

35 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 38.

36 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*: propostas epistemológicas para a política do direito. p. 139.

Ocorre que, estas mudanças sociais reclamadas, juntamente com a necessidade de reformulação jurídica do direito, encontra problemas ao se confrontar com o princípio da segurança jurídica. Neste sentido, Melo³⁷ ensina que:

Se realmente não desejamos conviver com um pluralismo jurídico que causa perturbação ao instituído e desconforto ao juiz, por sentir-se o princípio da segurança jurídica em perigo, então será o caso de rever a norma contestada e dar-lhe a função social reclamada. O erro existirá tanto em propor o alternativo como uma certeza do bom e do permanente como em manter a norma injusta em nome do princípio da legalidade.

Por conseguinte, pode-se constatar que a tarefa da política jurídica reside exatamente no confronto com critérios objetivos de justiça, utilidade e legitimidade como elementos que revelam a necessidade da mudança.

Ademais, cabe ressaltar que a proposição da política jurídica “não consiste em resgatar a mitificação da Justiça, tal como desvelada no Jus-naturalismo, mas atualizar, resignificar seu sentido, enquanto categoria histórico-cultural; referente de avaliação crítica do Direito³⁸”.

Se a política do Direito se realiza buscando a concretização de um direito melhor, “então é preciso investir na possibilidade de projeção estética no conviver, algo que pode significar aos homens um mínimo de auto-respeito e reconhecimento recíproco da dignidade de cada um, no relacionamento entre si e de todos com a natureza³⁹”.

Desta forma, sintetizando todas as tendências apresentadas, pode-se utilizar como conceito de política jurídica as palavras de Oliveira⁴⁰:

A política jurídica, como ciência, autônoma e prá-

37 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 68.

38 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. p. 141.

39 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 63.

40 OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Editora da Univali, 2001. p. 31.

tica, é o estudo crítico do ordenamento jurídico positivo e o estudo preceptivo da nova ordem. O exame das imperfeições e injustiças que possam inquinar qualquer sistema normativo correlaciona-se cabalmente com a experiência, com as representações jurídicas profundamente arraigadas e realmente vividas no seio da sociedade.

Diante de todo o relatado, pode-se apresentar os fundamentos da política jurídica⁴¹, baseado na conciliação entre a política e o direito, no sentido ético-social de seus conceitos, sempre apresentando a idéia do justo, do correto e do legitimamente necessário.

Também, a política jurídica pode ser entendida como a disciplina que tem como objeto o direito *que deve ser*, em oposição ao positivismo jurídico, sendo um conjunto de estratégias que visam à produção do conteúdo da norma, e sua adequação aos valores *justiça* e *utilidade social*, tendo como referente a realização dos valores jurídicos.

No entanto, nota-se claramente do conceito e do objeto da Política Jurídica, que ela ocupa um espaço intermediário entre a norma e os anseios populares.

[...] a política jurídica está sempre numa posição além do direito positivo, orientando-o para as necessárias inserções e reformas. Penetra nele a princípio, com uma postura ética crítica, para a partir daí observar as tendências indesejáveis e contrárias aos interesses da coletividade e de sua própria razão de existir, e propor as mudanças de rumo, quer mediante correções adequadas, quer mediante a introdução de uma nova estrutura legal. São correções e acréscimos inspirados pela conveniência e utilidade dos meios, tendo em vista o cotidiano progresso da sociedade, e a contínua transformação do direito, como o elevado objetivo de ajustá-los a uma verdadeira ordem social⁴².

41 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 129-130.

42 OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Filosofia da Política Jurídica*. p. 46.

Desta forma, ao final, sua atuação estará intimamente ligada a uma maneira de realizar justiça (inclusive social) sem o abandono dos critérios de segurança jurídica. Com esta realização, a Política do Direito estará sempre preconizando a aplicação da norma mais justa para o caso concreto, sem perder de vista a necessidade de manutenção do equilíbrio sistemático do Direito.

8 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍTICA JURÍDICA

Por muito tempo, a defesa dos interesses e direitos individuais dos cidadãos estaria assegurada com os limites impostos ao Estado, ao passo que todos estes direitos estariam, em tese, garantidos pela Constituição de 1988.

Porém, ao mesmo tempo em que a Constituição estabeleceu os critérios para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, contrastou-se com o aumento da pobreza, das diferenças sociais, da marginalização e das desigualdades sociais.

Em contrapartida, estes problemas são vistos como atributos normais de uma sociedade moderna e globalizada, impondo e exigindo-se cada vez mais do Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, para que promova a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses da sociedade.

Por esta razão é que o Ministério Público deve ter conhecimento dos preceitos relacionados à política jurídica, como auxiliador imprescindível à sua atuação, vez que, originariamente é concebido como “órgão de ligação⁴³” entre o poder judicial e o poder político.

O Ministério Público há muito, desempenha na sociedade um importante papel. Independente das mudanças ocorridas nas transições das constituições republicanas quanto à sua definição e atribuições, “[...] é certo que na esfera da legislação infra-constitucional a Instituição firmou-se gradativamente como defensora dos interesses disponíveis da sociedade, desvinculando-se do Estado-Administração⁴⁴”

43 Termo utilizado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 679.

44 GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia: teoria e práxis*. São

Conforme explicita Canotilho⁴⁵,

O arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual de “funcionário promotor do crime”. A sua relevantíssima ação, num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da ação penal até à defesa e representação de pessoas carecidas de proteção [...] e pela defesa da constitucionalidade e legalidade [...]. Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público têm, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do “Estado-comunidade” e não do “Estado-pessoa”.

Neste contexto, vez que não possui mais o arquétipo de ter unicamente atuação criminal condenatória, o Ministério Público brasileiro possui uma importante ferramenta para o desempenho de suas funções institucionais: **a política jurídica**. Assim, ao valorar o direito, mesclando-o com os anseios sociais, o Ministério Público estará fazendo uso da política jurídica. Ao fazer isso, estará, sem sobra de dúvidas, humanizando seus objetivos institucionais ao demonstrar à sociedade que pugna pelo *direito que deve ser*, aliado à segurança jurídica necessária à consecução do direito justo e igualitário.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a política jurídica ocupa uma esfera intermediária entre a norma e os anseios sociais. Sua atuação está conectada com uma maneira de realizar justiça, em sua acepção ampla, sem abandonar a segurança jurídica, recomendando sempre a aplicação da norma mais justa para o caso concreto, sem, contudo, desconsiderar a necessidade de manutenção do sistema jurídico-social.

Paralelamente à busca da aplicação da norma mais justa ao caso

Paulo: LED, 1998. p. 84.

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 680-681.

concreto, o caminho percorrido pelo Ministério Público brasileiro e sua mutação histórica demonstram que a Instituição transformou-se e construiu sua nova identidade a partir das constantes exigências sociais, procurando responder às novas demandas exigidas por uma sociedade capitalista, cada vez mais complexa e contrastante.

Deste modo, a função da política jurídica, de buscar o *direito que deve ser* para atender os fins para que ele existe, pode e deve ser concretizada pela atuação do Ministério Público, visando sempre a pacificação e o controle da vida em sociedade, sem abandonar, em momento algum, os valores éticos, justos e morais inerentes a qualquer sociedade justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, José Bonifácio. *Ciência política, ciência do poder*. São Paulo: LTr, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed., vol. 2, Tradução de Carmen C. Varrialle et al. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1999.

CALERA, Nicolas Maria Lopez. Derecho y teoria del derecho en el contexto de la sociedad contemporânea. In: *O novo em direito e política*. Org. José Alcebiades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 679.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9.ed. São Paulo: Ática, 1997.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DIAS, Maria da Graça Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis : OAB/SC, 2000.

OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Editora da Univali, 2001.

_____. *Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. Espanha: s.e., 2001.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre o direito e a justiça*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1963.

SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão*. 1.ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2004.

CONSEQÜÊNCIAS DA CLASSIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA¹

Andreas Eisele
Promotor de Justiça - Tijucas/SC

1 RETROSPECTO HISTÓRICO

Desde a edição da Lei nº 8.137/90, cuja contextualização histórica é contemporânea ao incremento da atuação do Ministério Público brasileiro, inclusive no âmbito penal tributário, a questão das relações entre o procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário e a ação penal referente a tais crimes tem sido um dos temas que mais tem gerado polêmica entre os teóricos e operadores do Direito.

Mediante o argumento (adotado, por exemplo, por José Alves Paulino² e Luiz Flávio Gomes³) de que antes da conclusão de eventual procedimento administrativo de constituição da exigibilidade do crédito tributário não é possível se ter certeza da ocorrência de uma evasão

-
- 1 O presente texto é parte de um projeto que engloba quatro abordagens complementares cujo objeto é a crítica à decisão do STF que classificou o lançamento do crédito tributário como condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. Os outros três textos já foram publicados em edições anteriores desta Revista.
 - 2 PAULINO, José Alves. **Crimes contra a ordem tributária**. Brasília: Brasília jurídica, 1999, p. 119.
 - 3 GOMES, Luiz Flávio. **Crimes previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 105.

tributária e, portanto, da materialidade de um crime contra a ordem tributária (o que é uma justificativa apenas “parcialmente” correta, pois essa dúvida pode ou não se instalar, conforme o conteúdo da eventual discussão ocorrida no referido procedimento), procura-se estabelecer um vínculo entre a atuação do Estado nas áreas administrativa e penal, não obstante a regra (veiculada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) da independência entre tais esferas ser admitida como norma geral no âmbito do senso comum sem grandes polêmicas, conforme pode ser identificado nas afirmações de Alexandre de Moraes.⁴

A linha argumentativa apresentada durante a década de 1990 para estabelecer tal vínculo foi a tentativa de classificação do lançamento tributário como condição de procedibilidade para a propositura da ação penal.

Nesse contexto, Hugo de Brito Machado inclusive chegou a propor o condicionamento da ação penal ao lançamento definitivo do crédito tributário “independentemente de previsão legal específica”,⁵ com o que concordou Juary C. Silva.⁶

Apesar de o art. 15 da Lei nº 8.137/90 dispor expressamente que a ação penal correspondente a tais crimes é regulamentada nos termos da norma veiculada pelo art. 100 do Código Penal,⁷ conforme a qual para que uma ação penal pública seja classificada na modalidade condicionada é necessário que um dispositivo legal estabeleça tal requisito, e de não haver um dispositivo com tal conteúdo no ordenamento jurídico nacional, interpretou-se a expressão “representação fiscal para fins penais”, tradicionalmente adotada na legislação tributária para designar a notícia crime formulada pelos agentes fiscais e dirigida ao Ministério

4 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coordenador) **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120/121; MACHADO, Hugo de Brito. *A independência das instâncias cível e penal na sonegação fiscal e no excesso de exação*. In MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio; CAMPOS Dejalma de. (coordenadores) **Direito Penal Tributário contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 58/59.

6 SILVA, Juary C. **Elementos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 101.

7 Reiterando o teor da Súmula nº 609 do STF, conforme a qual a ação penal relativa a crimes contra a ordem tributária é classificada na modalidade pública incondicionada.

Público (cujo objeto são crimes cuja ocorrência aqueles tenham tomado conhecimento no exercício de suas funções), como uma suposta condição de procedibilidade processual em relação a tais crimes.

A tentativa de vincular a atuação penal do Estado ao âmbito administrativo chegou, inclusive, a ser objeto de regulamentação legal da atividade dos agentes fiscais da União, mediante a instituição de uma norma que estabeleceu a constituição definitiva da exigibilidade do crédito tributário mediante o encerramento do procedimento administrativo correspondente como um requisito para a elaboração da notícia crime, impropriamente denominada como “representação fiscal para fins penais” (art. 83 da Lei nº 9.430/96), relativa a crimes contra a ordem tributária (sem sequer serem distinguidas as hipóteses em que o crédito tributário não é constituído em decorrência do reconhecimento da inexistência da obrigação tributária das demais, como seria o caso da anulação do procedimento devido a vícios formais, por exemplo).

Porém, devido à compreensão de que tal regra somente regulamenta a atividade dos agentes fiscais da União (ou seja, de que seu conteúdo é restrito ao âmbito do Direito Administrativo, como esclarece Cinthia Palhares),⁸ motivo pelo qual não limita a atuação do Ministério Público;⁹ e ao esclarecimento de que as relações entre a discussão eventualmente existente no procedimento administrativo de lançamento tributário e a ação penal que tenha por objeto um crime contra a ordem tributária referem-se à justa causa para a propositura de ação penal¹⁰ (o que inclusive é incompatível com sua classificação como condição de procedibilidade, pois a oportunidade para a realização da condição de procedibilidade pressupõe a existência de justa causa),¹¹ foi abandonada esta linha argumentativa, em decorrência do que foi definido não haver óbice ao oferecimento da denúncia durante o processamento do procedimento administrativo fiscal, conforme consignou Baltazar Júnior,¹²

8 PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33.

9 ADIn. Nº 1.571-1, Rel. Min. Néri da Silveira, STF, Plenário, j. 20/03/97.

10 EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dilaética, 2002, p. 232/236.

11 EISELE, Andreas. *A “representação” fiscal e os crimes contra a ordem tributária*. In **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 44. São Paulo: Dialética, 1999, p. 23 (publicado no presente volume).

12 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **O crime de omissão no recolhimento de contri-**

reiterando a conclusão apresentada anteriormente por Luiz Alberto Ferracini,¹³ que foi adotada por Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio,¹⁴ tendo (nesse contexto) a possibilidade de vinculação da atuação judicial na área penal à atividade administrativa sido, inclusive, criticada por Luciano Feldens e Douglas Fischer.¹⁵

2 A IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Não obstante, no início desta década de 2000 surgiu uma nova proposta argumentativa no âmbito da ciência jurídica nacional, para vincular a intervenção penal nos crimes contra a ordem tributária à atuação administrativa do Estado, pretendendo-se considerar que antes da conclusão do lançamento tributário não estaria configurada a “materialidade” ou a “tipicidade” dos crimes contra a ordem tributária, como sugerem, dentre outros, Lopes de Oliveira, George Tavares e Kátia Tavares.¹⁶

A formalização teórica dessa proposta foi elaborada pela jurisprudência, no conteúdo da decisão proferida pelo Pleno do STF no julgamento do HC nº 81.611-8, na qual a conclusão do procedimento administrativo de constituição da exigibilidade do crédito tributário (lançamento) foi classificada como condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária.

Embora essa decisão tenha sido elogiada por alguns operadores do Direito, como é o caso, por exemplo, de Luiz Henrique Bittencourt,¹⁷

buições sociais arrecadadas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 188.

- 13 FERRACINI, Luiz Alberto. **Do crime de sonegação fiscal.** Leme: Editora de Direito, 1996, p. 68.
- 14 MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial.** São Paulo: Atlas, 1998, p. 80.
- 15 FELDENS, Luciano; FISCHER, Douglas. *A decisão desconstitutiva do crédito tributário e a ação penal.* In **Revista dos Tribunais.** vol. 770, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 460/461.
- 16 TAVARES, George; LOPES DE OLIVEIRA, Alexandre; TAVARES, Kátia. **Anotações sobre Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 48.
- 17 BITTENCOURT, Luiz Henrique Pinheiro. *O término do processo administrativo tributário e a denúncia criminal face ao sistema constitucional brasileiro e recente entendimento do Supremo Tribunal Federal.* In **Revista de estudos tributários.** n. 37.

seu conteúdo também foi objeto de diversas críticas, mediante diferentes perspectivas, que incluem a impossibilidade jurídica de vinculação da atuação do Ministério Público e do Judiciário à atividade administrativa estatal,¹⁸ a inconstitucionalidade da constituição de uma condição objetiva de punibilidade mediante analogia,¹⁹ e a impropriedade técnica e inconsistência lógica dos fundamentos da decisão supramencionada.²⁰

Não obstante os diversos óbices jurídicos e teóricos à validade da decisão, uma análise operacional dos efeitos decorrentes de sua incidência nas relações sociais demonstra, inclusive, que ela implementa mais problemas que soluções.

3 A CRÍTICA

A presente abordagem crítica será formulada em relação a três aspectos, quais sejam: a) a tipicidade do fato; b) o termo inicial da fluência do prazo prescricional; e c) a titularidade exclusiva, por parte da Administração Pública, do poder de seletividade da intervenção penal do Estado.

Para a análise, será pressuposta a utilização do conteúdo teórico da decisão anteriormente indicada e serão considerados os efeitos práticos de sua adoção.

O aspecto central da análise será a conclusão (expressamente admitida na decisão referida) de que o crime contra a ordem tributária

São Paulo: Síntese, 2004, p. 05/10.

18 AREND, Márcia Aguiar; LONGO, Analú Librelato. *O Supremo Tribunal Federal e os novos cenários de mitigação do poder jurisdicional no Brasil: O Direito Penal Tributário aplicado pela Administração Tributária*. In **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. vol. 3. n. 5. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público, 2005, p. 47/80.

19 EISELE, Andreas. *Condição objetiva de punibilidade e crime contra a ordem tributária*. In **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. vol. 3. n. 6. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público, 2005.

20 EISELE, Andreas. *Condição objetiva de punibilidade e lançamento tributário*. In **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. vol. 4. n. 9. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público, 2006; FONTELES, Cláudio. *A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária*. In **Revista dos Tribunais**. vol. 796. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492/497.

somente estaria consumado com a implementação da suposta condição objetiva de punibilidade consistente no lançamento do crédito tributário decorrente da conclusão do procedimento administrativo respectivo.

3.1 A TIPICIDADE DO FATO

Como, até que tal situação se implemente (conclusão do procedimento administrativo de lançamento tributário), não estaria consumado um crime contra a ordem tributária, caso tal condição objetiva de punibilidade não ocorra, o fato até então configurado somente poderia ser classificado como típico no âmbito jurídico-penal se as condutas praticadas pelo sujeito fossem típicas por si, ou seja, se tivessem uma classificação jurídica própria, independentemente da eventual ocorrência daquele aspecto fático (lançamento tributário) o qual constituiria, de forma completa, o crime contra a ordem tributária.

Essa situação corresponderia à aludida por Pedro Decomain, ao esclarecer que, na hipótese da realização de alguma das condutas descritas nos incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, caso não ocorresse a redução ou supressão do tributo, as condutas fraudulentas realizadas como meio para tal finalidade poderiam corresponder a outro delito, diverso daquele crime contra a ordem tributária.²¹

Como em quase todas as hipóteses de evasão tributária mediante fraude tipificadas nos arts. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90 e 337-A do Código Penal, as condutas realizadas como meio para a prática da evasão são típicas de forma autônoma, eis que em sua maioria configuram falsidades material ou ideológica, além do uso de documentos falsos (arts. 297 a 299 e 304, todos do Código Penal), enquanto não implementada a suposta condição objetiva de punibilidade relativa ao crime contra a ordem tributária cuja consumação é imprevisível (pois dependeria de atividade da Administração Pública), o fato seria classificado de forma subsidiária naquelas modalidades típicas.

Trata-se de um concurso aparente de leis, em que crimes realizados como meio ou fase de execução para a implementação de outros serão objeto de intervenção penal devido ao fato de o crime fim não ter se consumado, mediante a tipificação do fato formalizada conforme o

21 DECOMAIN, Pedro. **Crimes contra a ordem tributária**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994, p. 48.

critério da subsidiariedade, o qual é explicado, por exemplo, por Jiménez de Asúa,²² no que é seguido por Régis Prado²³ e Damásio.²⁴

Trata-se de uma hipótese em que as condutas realizadas como meio ou fase de execução de um fato típico são típicas de forma autônoma e, devido à não concretização do crime fim, são tipificadas de forma independente.

Nessa hipótese, caso haja falsificação de documento público, a pena cominada é, inclusive, superior à correspondente ao crime contra a ordem tributária (ou seja, de 2 a 6 anos de reclusão em vez de entre 2 e 5 anos).

Além disso, enquanto a falsificação de mais de um documento ou prática de mais de uma conduta configuradora de falsidade ideológica não alteraria o número de crimes contra a ordem tributária realizados no caso de todas as condutas terem sido realizadas para a implementação de uma única evasão (devido à absorção dos fatos realizados como crimes meio, pela utilização do critério da consunção para a definição da tipicidade do fato em tal concurso aparente de leis), a classificação autônoma desses fatos acarretaria o reconhecimento de um concurso de crimes cujas conseqüências penais poderiam ser muito mais amplas que as correspondentes ao crime contra a ordem tributária respectivo.

Uma outra conseqüência desfavorável ao sujeito (além da possibilidade de imposição de uma pena maior, seja em decorrência da classificação da conduta em modalidade típica cuja sanção cominada em sua quantidade máxima é superior, seja devido à possibilidade de ocorrência de um concurso de crimes), ocorreria no âmbito da punibilidade.

Como não há nenhuma regra específica que estabeleça a extinção da punibilidade dos crimes de falsificação de documentos, falsidade ideológica, uso de documento falso ou outro similar (como seria, no caso exclusivo dos crimes contra a ordem tributária, a regra das conseqüências do pagamento do tributo eventualmente evadido mediante a

22 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 146/147.

23 RÉGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 232.

24 JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte geral. vol. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113.

fraude realizada com a utilização de tal documento),²⁵ caso não haja a posterior “consumação” do crime contra a ordem tributária, pela implementação da suposta condição objetiva de punibilidade, o sujeito teria uma consequência jurídica de âmbito penal mais grave quando não fosse confirmada a evasão do que quando esta o fosse (devido à quantidade de pena cominada e à inexistência da possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo).

Estas situações causam perplexidade cultural, pois, devido ao significado ético de cada fato (eis que o crime fim é mais grave que o meio), deveria haver uma proporcionalidade de suas consequências no âmbito político (em decorrência do que as sanções dos crimes mais graves deveriam ser mais restritivas e não o contrário).

Além dessas consequências penais, a implementação superveniente do lançamento tributário acarretaria uma situação desfavorável ao sujeito no âmbito operacional do processo penal, pois a ocorrência do evento que consumaria o crime contra a ordem tributária durante o processo ou mesmo após a condenação do sujeito pelo crime meio (a falsidade) viabilizaria o reinício da acusação, por se tratar de fato novo.

Neste caso, se o processo estivesse em andamento, a acusação deveria ser aditada, e se o sujeito já tivesse sido julgado, poderia ser formulada nova acusação, por se tratar de fato superveniente, cujas consequências seriam unificadas durante a execução da pena.

Portanto, o sujeito poderia ser acusado em dois processos, pois os fatos teriam configuração diversa, eis que a evasão não seria objeto de análise no primeiro.

Assim, o sujeito poderia ser condenado a uma pena maior e/ou ser acusado em dois processos penais, além de não poder obter a extinção da punibilidade pela reparação do dano.

25 Os dispositivos dos arts. 34 da Lei nº 9.249/95; 15, § 3º, da Lei nº 9.964/00; 168-A, § 2º e 337-A, § 1º, ambos do Código Penal (alterado pela Lei nº 9.983/00); e 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, veiculam regras que extinguem a punibilidade relativa a crimes contra a ordem tributária quando houver a reparação do dano nos termos estabelecidos nos referidos preceitos legais.

3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL

As conseqüências da decisão em análise no âmbito da prescrição não são menos problemáticas.

Como o crime contra a ordem tributária somente se consumaria com a conclusão do procedimento administrativo, na prática poderia ocorrer a seguinte situação: se um sujeito praticasse uma evasão tributária mediante fraude (tipificada no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90) em 10/01/1991, como o Fisco tem o prazo de 5 anos para iniciar o procedimento de lançamento do crédito correspondente, este poderia ser iniciado, por exemplo, em 09/01/1996 e, caso as discussões administrativas ocorridas durante o procedimento respectivo durassem mais aproximadamente 5 anos, o lançamento poderia ser concluído, hipoteticamente, em 08/01/2001. Neste contexto, a partir dessa data iniciar-se-ia o prazo prescricional no âmbito penal, em decorrência do que a denúncia poderia ser recebida até 07/01/2005 (isto se o prazo prescricional fosse calculado somente com base na pena mínima cominada, nos termos do disposto no art. 109, V, do Código Penal).

Ou seja, quase 14 anos após, em uma época na qual a punibilidade estaria extinta pela prescrição penal se o crime fosse considerado como consumado no momento da evasão (considerando-se, neste caso, não somente a pena mínima cominada, que apenas será o referencial de cálculo após a fixação concreta da sanção no limite quantitativo correspondente, mas a pena máxima abstratamente prevista em lei, nos termos do art. 109, III, do Código Penal).

Portanto, a possibilidade temporal de ser proposta uma ação penal seria ampliada, e a indefinição dessa situação, em relação ao sujeito, levaria mais tempo.

Além disso, seria juridicamente possível a imposição de uma condenação até quase 22 anos após a evasão, pois mesmo considerando-se o prazo prescricional penal calculado pela quantidade mínima de pena abstratamente cominada, como o recebimento da denúncia e a sentença condenatória interrompem a fluência de tal prazo (nos termos da regra veiculada pelo art. 117, I e IV, do Código Penal), no exemplo acima indicado o processo poderia ser julgado em primeiro grau de jurisdição

até 06/01/2009 e, se houvesse condenação e recurso, a confirmação da decisão poderia ser implementada pelo Tribunal até 05/01/2013 (isto considerando-se o cálculo do prazo prescricional nos termos da quantidade mínima de pena abstratamente cominada para tal crime).

Assim, a indefinição da situação no âmbito jurídico seria prolongada, e o poder punitivo estatal ampliado em sua extensão temporal.

3.3 A SELETIVIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

Um outro problema operacional decorrente da classificação do lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais contra a ordem tributária é a forma de implementação da seletividade da incidência do sistema penal nas relações sociais.

Os limites estruturais da capacidade do Estado de exercer seu poder de polícia administrativa são conhecidos por qualquer pessoa que tenha uma mínima noção da realidade social.

Tais limites implicam, como conseqüência, uma atuação estatal classificada como simbólica,²⁶ devido à defasagem quantitativa existente entre o número de fatos realmente ocorridos (em relação aos quais deveria ou poderia atuar o sistema penal), e a quantidade de fatos efetivamente apurados pela Administração e formalizados pelo Judiciário, com a aplicação e execução das conseqüências jurídicas devidas (o que é conhecido no âmbito do senso comum teórico como “cifra negra da criminalidade”).²⁷

Devido a essa defasagem, os órgãos que têm a função de apurar

26 Termo utilizado para identificar a falta de possibilidade de eficácia das normas, cuja elaboração é realizada somente para justificar, em um âmbito meramente formal, a atuação dos legisladores perante a opinião pública, conforme ilustra SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 304/307.

27 Neste sentido, apenas de modo exemplificativo as considerações de: HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat; **Penas perdidas**. (trad. KARAM, Maria Lúcia) Niterói: Luam, 1993, p. 64/66; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. (trad. PEDROSA, Vânia Romano; DA CONCEIÇÃO, Amir Lopes) Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26/28. De forma mais específica em relação à criminalidade econômica, indica: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 2. ed. (trad. CIRINO DOS SANTOS, Juarez) Rio ed Janiero: Freitas Bastos, 1999, p. 101/104.

e implementar a institucionalização penal de tais fatos atuam de forma seletiva.

Conseqüentemente, as pessoas atingidas pela intervenção estatal acabam sendo, geralmente, as que têm menor capacidade de resistência (conforme explicam Zaffaroni, Alagia e Slokar, embora em outro contexto social).²⁸

Para viabilizar um âmbito de controle à seleção administrativa elaborada pelos agentes que exercem a função de polícia, no sistema jurídico brasileiro a atuação dos órgãos do Ministério Público não é vinculada aos resultados das investigações elaboradas pelos órgãos administrativos cuja função primordial é a apuração de tais fatos, o que afasta a exclusividade do poder seletivo da Administração na apuração de delitos.

Porém, com a classificação do lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, tal poder fica restrito, de forma exclusiva, à Administração Pública, de modo absoluto, pois a função administrativa, no caso, não somente apuraria a anterior ocorrência de um crime mas, mais do que isso, o implementaria concretamente, estabelecendo sua consumação.

Como o que passaria a consumir o crime seria o lançamento tributário, eis que implementaria a condição objetiva de punibilidade respectiva, o poder de seletividade administrativa não apenas identificaria os delitos realizados pelas pessoas, mas definiria o que iria ser transformado em crime, mediante a atuação de seus órgãos (ou seja, “criaria” o crime com sua intervenção).

Dessa forma, a discricionariedade para a seleção mediante a qual seriam definidas as pessoas que seriam objeto de fiscalização tributária (cujos critérios de seleção nem sempre são eminentemente técnicos, pois a atividade de fiscalização é uma atividade de governo, cujos dirigentes são eleitos ou nomeados conforme uma dinâmica político-partidária sujeita a diversas relações de interesses e poder que, muitas vezes, não têm nenhuma identidade com o interesse social), determinaria quem iria “praticar” crimes, e não apenas “ser investigado” por uma prática anterior.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 08/13.

Em síntese, os órgãos da fiscalização iriam definir quais fatos tornar-se-iam crimes, pois não seria a lesão ao bem jurídico (patrimônio público) decorrente da evasão tributária o que acarretaria a consumação do crime, mas a atividade administrativa estatal.

Essa completa subordinação da atuação do sistema penal à discricionariedade administrativa configuraria um instrumento de opressão à disposição dos agentes do governo em relação às pessoas no âmbito penal (por falta de referenciais limitantes à seleção governamental), que é completamente incompatível com um sistema político democrático.

Em decorrência desse poder governamental discricionário de definir, individualmente, quais fatos iriam ser transformados em crimes, poderia ocorrer uma ampla subordinação clientelista da atividade econômica (que é o principal objeto da incidência tributária) aos interesses dos órgãos governamentais mediante a ameaça de intervenção penal, com a ampliação das possibilidades de hipóteses de corrupção dos agentes integrantes do governo, e a transformação do Judiciário e do Ministério Público em instrumentos cuja atuação seria politicamente subordinada a tais interesses.

CONCLUSÕES

Essas conseqüências da decisão criticada demonstram que seu conteúdo não é somente tecnicamente incorreto (devido à incompreensão da natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade e à incoerência lógica de sua justificação), juridicamente impossível (devido à sua inconstitucionalidade), e politicamente impróprio (por subordinar a atuação do Ministério Público e do Judiciário à Administração Pública), mas, também, política e operacionalmente inadequado, devido aos efeitos prejudiciais que acarretam ao sujeito que realiza um crime contra a ordem tributária.

Embora seja compreensível o fato de o Judiciário desempenhar uma função política, por se tratar de um dos três Poderes políticos do Estado, e o fato de que o conteúdo das decisões judiciais é afetado pela ideologia do intérprete (pois o ato de conhecimento decorre de um processo dialético que transcende a objetividade analítica, devido à forma de compreensão dos significados pelo sujeito), não é culturalmente válida a desconsideração (pelos órgãos julgadores) das formulações

da ciência jurídica e os rigores mínimos da teoria correspondente, pois tais aspectos são requisitos à racionalidade do sistema e à viabilidade comunicativa, sem os quais o sistema jurídico perde qualquer possibilidade de previsibilidade de seu conteúdo e funcionamento, diminuindo o âmbito de segurança jurídica devido à ampliação irracional da discricionariedade judicial, o que é incompatível com o sistema político do Estado de Direito.

Portanto, os conceitos jurídicos (como é o caso do referente à “condição objetiva de punibilidade”) não podem ser desconsiderados na sistematização de relações jurídicas, sob pena de serem implementadas conseqüências completamente inadequadas e impróprias, que podem desestabilizar todo o sistema, pois dificilmente se preserva a racionalidade da estrutura de um sistema quando se lhe insere um elemento indevido.

INSTITUCIONAL

PARÂMETROS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

José Galvani Alberton
Procurador de Justiça - SC

SUMÁRIO

Introdução - 1 A moldura jurídica do Ministério Público na Carta de 1988 - 2 Natureza da atuação institucional - 3 Compatibilidade das funções com os parâmetros axiológicos da Constituição - 4 Valores tutelados pelo Ministério Público - 4.1 A ordem jurídica - 4.2 O regime democrático - 4.3 Os interesses sociais - 4.4 Os direitos individuais indisponíveis - 4.4.1 Direitos individuais homogêneos - 4.4.2 Limitações à forma de agir na defesa dos direitos individuais indisponíveis - 5 Considerações críticas à proposta de racionalização da atuação do Ministério Público - 5.1 A essencialidade à função jurisdicional - 5.2 Redução da pauta de trabalho e privilégios corporativos - 5.3 O débito político do Ministério Público - 6 Relações com o Judiciário em face da ruptura com o sistema tradicional de atuação - Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Ressalvada a mestiçagem liberal-socialista que tingiu levemente a Constituição de 1934, a ideologia liberal foi a nau condutora das Cartas políticas brasileiras, dentro e fora da democracia, até o advento da Constituição de 1988. Daí, compreensivelmente, a idéia de um Estado-

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 5, n. 11, jan./abr. 2007 – Florianópolis – pp 55 a 88

mínimo, não intervencionista, defendida pelo discurso liberal, nunca estimulou os detentores do poder a celebrar compromissos com a promoção direta do bem comum. Com isso, o trabalho das instituições públicas esteve restrito, basicamente, à busca de proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão na área da educação, saúde e segurança.

Os pálidos avanços no campo dos direitos sociais registrados em 1934, conquanto reeditados na Constituição de 1946, não foram suficientes para mudar esse perfil: as ações positivas do Estado em favor da sociedade, quando não inexistentes, mantiveram-se tímidas e limitadas. Fatores históricos e, principalmente, políticos concorreram para isso: a Carta de 1934 teve vida curtíssima, sucumbindo à ditadura de 1937 – que se estendeu até 1946 –, e o ensaio democrático iniciado com a Carta de 1946 acabou capitulando diante do Golpe de 1964, que, à margem das garantias democráticas, inaugurou um modelo de governo centralizador e autoritário só encerrado em 1988.

Em verdade, foi com a Constituição de 1988 que o Brasil fez as pazes com a democracia e incorporou ao seu ordenamento jurídico postulados inerentes ao Estado Social – o que implicava o compromisso político de implementá-los mediante ações positivas, na perspectiva da realização do bem comum.

Paulo de Tarso Brandão, amparado em texto da Constituição de 1988, especificamente o dos artigos 1º e 3º, afirma que “fica evidente o compromisso que o Estado brasileiro assume com a função social”. Mas adverte:

Todavia, de nada adiantariam os enunciados de ordem constitucional se não tivesse a Sociedade Civil (e os próprios cidadãos individualmente, embora estes não sejam objeto de preocupação no presente trabalho) instrumentos capazes de garantir a efetivação de tais direitos. Eles são a porta de acesso à “via por onde a sociedade entra no Estado”, utilizando uma figura de linguagem de Norberto Bobbio.¹

1 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Tese de doutoramento em Direito, UFSC. Florianópolis: Habitus Editora, 2001, p. 68-

No campo jurídico, os reflexos dessa transformação política foram profundos, impondo a adequação dos ângulos de observação e a revisão dos padrões exegéticos até então utilizados no trabalho de integração das normas jurídicas. Em matéria processual, por exemplo, o caráter predominantemente individualista que timbrava o direito de ação ce-deu espaço para a tutela judicial coletiva, instrumento que se afirmaria como veículo próprio tanto para o agenciamento dos interesses de massa albergados pela nova Carta Política quanto para o implemento de ações de Estado aptas a assegurar-lhes a necessária efetividade².

Compreensivelmente, o panorama jurídico que então se delineou trouxe conseqüências importantes para o Ministério Público, inclusive no que tange à forma como tradicionalmente vinha atuando no processo civil.

1 A MOLDURA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CARTA DE 1988

A moldura jurídico-institucional do Ministério Público está definida no art. 127 da Constituição Federal: é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da **defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para realizar essa tarefa, além das funções expressamente previstas no art. 129 do texto constitucional, ficou aberta a possibilidade de lhe serem conferidas outras, desde que sejam compatíveis com sua finalidade constitucional e não envolvam representação judicial ou consultoria de entidades públicas (CF, 129, IX).

Razoável concluir que, dentro deste balizamento, deve ser construída toda a hermenêutica relativa à atividade do Ministério Público, inclusive a relacionada com a sua **intervenção no processo civil** – o que reclama reflexão em torno de determinados aspectos, que adiante serão destacados.

69.

2 STJ – 2T – REsp 493.811-SP – Rel. Min. Eliana Calmon – J. 11.11.2003 – Disponível em www.stj.gov.br – Acesso 19.1.2007.

2 NATUREZA DA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL

Cabe refletir, por exemplo, a respeito da roupagem com a qual, no contexto do processo ou do plano operativo da jurisdição, deve o Ministério Público se apresentar para o desempenho de sua tarefa constitucional — cuja execução não pode deixar de traduzir (ou de vislumbrar) resultado que não signifique, pelo menos, uma contribuição à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, 3º).

Identificá-la é tarefa que não parece demandar maiores esforços exegéticos. Primeiro, necessariamente, ela há de afeiçoar-se aos parâmetros da **social-democracia** que orientou a estruturação do Estado brasileiro, conforme se extrai do Preâmbulo e dos Princípios Fundamentais da Carta de 1988. Segundo, deve ajustar-se ao perfil de **órgão agente**, atendendo o estabelecido no art. 127 da Constituição, que expressamente incumbiu o Ministério Público da “**defesa** da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Inequivocamente, está-se diante de uma proposta positiva, que reclama ação, iniciativa. Seja como parte, seja como simples fiscal da lei, a ação do Ministério Público deve importar atos de **defesa** — defesa das quatro ordens de valores contempladas no art. 127 da Carta.

E, ao falar-se em **defesa**, a regra é afastar, até por questão de incompatibilidade semântica, as hipóteses de mera coadjuvância com as partes, assim como os posicionamentos redundantes e, às vezes, absolutamente desnecessários ao encaminhamento da solução judicial da causa.

Fábio Konder Comparato é incisivo:

Ora, no Estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante,³ pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes,

3 Segundo o autor, o “poder impediante” consistia na capacidade de vetar decisões tomadas pelos órgãos legislativos e administrativos. Era a função da *Tribunitia Potestas*, da antiga Roma, ulteriormente distinguida por Montesquieu como *la faculté d’empêcher*.

contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas essas atribuições, a impediendo e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos.⁴

Também o Ministro Sepúlveda Pertence está entre os que vêem o Ministério Público na condição de **órgão agente**, especialmente a partir da vigência da Carta de 1988:

[...] desvinculado de seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contrafortes de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma **magistratura ativa de defesa** impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania.⁵
(Grifou-se)

E não custa acrescentar que a concepção de **órgão ativo de defesa**, aludida por aquele magistrado, firma-se ainda mais, como paradigma exegético, no contexto semântico das funções previstas nos nove incisos do art. 129 da Constituição Federal, regidas pelo verbo “promover”, de conotação marcadamente positiva e presente em pelo menos quatro daqueles incisos. Se lhe fosse possível, hoje, analisar o perfil do Ministério Público brasileiro, certamente Chiovenda repetiria, ainda

4 COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 40, jul/dez 2001, p. 63.

5 STF – Pleno. MS 21.239-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. RTJ 147/129-30.

mais convicto, que “o mais importante instrumento que a lei confia ao Ministério Público”, para o desempenho de suas funções, “é a ação judicial”⁶, confirmando-lhe os atributos de **órgão agente**, os quais, de há muito, reconhecera.

3 COMPATIBILIDADE DAS FUNÇÕES COM OS PARÂMETROS AXIOLÓGICOS DA CONSTITUIÇÃO

Outro aspecto relevante envolve a compatibilidade da função institucional com a proposta de defesa dos valores previstos no caput do art. 127 e com a vedação prevista no inciso IX do art. 129 da Carta. Ou seja, a função que tenha sido ou venha a ser atribuída ao Ministério Público necessariamente há de evidenciar-se eficaz à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, 127). E, ao mesmo tempo, não pode potencializar ações capazes de serem traduzidas em “representação judicial” ou “consultoria jurídica” de entidade pública. Não se compatibilizaria com a ordem constitucional a atribuição ou o exercício de função que lhe permitisse o patrocínio de interesse individual disponível ou de interesse típico de pessoa jurídica de direito público. Por exemplo, o do servidor perceber determinada vantagem pecuniária ou, a Fazenda Pública, determinado crédito tributário.

Obviamente, não se pode chegar ao exagero de supor que, das ações do Ministério Público, não possam resultar benefícios diretos — até mesmo de natureza pecuniária — a pessoas jurídicas de direito público, tal como acontece, entre outras, nas ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa e nas ações penais em face de crimes contra a ordem tributária em que o autor do delito opte pelo pagamento do tributo. É que, em tais hipóteses, concorrem interesses de duas ordens: o interesse primário da sociedade de ver preservado o patrimônio moral e material da Nação, inerente a *res publica*, e o interesse secundário de que é detentora a pessoa jurídica de direito público de, enquanto tal, preservar e fomentar nos limites da lei o seu acervo financeiro e material.

Feitas essas ressalvas, significa, em resumo, que o Ministério

6 CHIVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. Trad. J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 87.

Público somente deve agir para **defender** (ou na perspectiva de defender) aqueles valores cuja salvaguarda o constituinte lhe confiou, nos termos do art. 127, *caput*, da Carta. Fora daí sua atividade corre o risco de colidir com outras normas e princípios constitucionais, entre eles o da eficiência e o da responsabilidade dos agentes públicos, que estão na essência do modelo republicano no qual se assenta a estrutura do Estado brasileiro.

4 VALORES TUTELADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Outro aspecto importante envolve os valores a serem tutelados. Não são todos os valores, ainda que juridicamente relevantes, que podem ser objeto de defesa pelo Ministério Público, mas somente aqueles compreendidos dentro dos parâmetros demarcados pelos conceitos de ordem jurídica, regime democrático, interesses sociais e interesses individuais indisponíveis, tal como delimitado pelo *caput* do art. 127 da Constituição Federal. Defender valores estranhos a esse universo axiológico pode significar atuação desarmoniosa com a ordem constitucional, já que ela própria, além de preconizar racionalidade e eficiência no desempenho dos serviços estatais (CF, art. 37) — o que pressupõe censura a qualquer atividade pública supérflua —, instituiu órgãos com atribuições específicas (são exemplos a Advocacia e da Defensoria Pública), para a tutela de interesses não contemplados entre aquelas categorias.

Tem-se, daí, que somente podem (e devem) por ele ser defendidos os interesses e valores previstos no *caput* do art. 127, que são, reprisando, a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis.

4.1 A ORDEM JURÍDICA

Sem desconsiderar as multifárias contribuições da doutrina, supõe-se permitido compreender a **ordem jurídica** (ou ordenamento jurídico) como o elenco das normas e princípios explícitos e implícitos que, harmonizados com uma Constituição, escrita ou não, orientam o convívio, o desenvolvimento humano e o funcionamento do Estado em todos os âmbitos, internos e externos, territoriais ou não, onde se

assentam ou gravitam os interesses da sociedade por ele tutelada.

A propósito, Alessandro Groppali escreve:

O conjunto destas normas que se destinam a manter a ordem pública e a assegurar a cooperação social, e que são fixadas e aplicadas directamente pelo Estado e indirectamente por outros Entes públicos, como as Províncias e as Comunas dentro dos limites em que o Estado lhes reconhece poderes, constitui, considerado em sua unidade orgânica, aquilo a que se chama direito objectivo ou leis em sentido geral (Disp. prel., arts. 17º-27º) ou ainda **ordenamento jurídico** (Cód. Civil, Disp. prel., art. 12º e arts. 832º e 1322º)⁷. (Grifou-se)

Miguel Reale, discorrendo sobre o ordenamento jurídico à luz da teoria kelseniana (da qual não parece discípulo), anota que

[...] essa distribuição lógica das normas significa, segundo a teoria que estamos expondo, que elas se ordenam, subordinando-se umas às outras, *gradativamente*, obedecendo à estrutura de uma pirâmide: na base estão inúmeras regras ou normas particulares, seguindo-se, em ordem de subordinação crescente, as jurisprudências, as legais de Direito Privado e as de Direito Público, até se atingir, no âmbito deste, o plano normativo supremo que é o *Constitucional*, plano originário das competências, do qual se originam todas as expressões normativas que dele recebem a sua validade.⁸

Sem distanciar-se dessa linha de entendimento, José Joaquim Gomes Canotilho escreve que, considerada em “seu conjunto, a ordem jurídica é uma derivação normativa a partir da norma hierarquicamente superior, mesmo que se admita algum espaço criador às instâncias hie-

7 GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª Ed. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p. 95-96.

8 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 192-93.

rarquicamente inferiores quando concretizam as normas superiores”⁹. E, em outra passagem, acrescenta:

[...] nenhuma norma de hierarquia pode estar em contradição com outra de dignidade superior — *princípio da hierarquia* — e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia — *princípio da constitucionalidade*.¹⁰

Estabelecido nestes termos o conceito de “ordem jurídica”, razoável concluir que o papel do Ministério Público, para defendê-la, traduz-se, fundamentalmente, no exercício sistemático e eficaz do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos¹¹, nos termos do art. 103 da Constituição Federal e dos preceitos simetricamente inscritos nas Constituições dos Estados federados. Tanto assim que, no propósito de legitimá-lo expressamente ao exercício desse múnus, o constituinte inseriu entre as funções específicas do Ministério Público a de promover a “ação direta de inconstitucionalidade ou a representação para fins de intervenção da União e dos Estados” (CF, 129, IV).

Conforme adverte Konrad Hesse, “entre a norma fundamental estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”¹². Diante da validade desse raciocínio, evidenciada cotidianamente, e do alargado leque de fontes legislativas nos três níveis da República, válido concluir que o controle de constitucionalidade representa uma das mais relevantes funções do Ministério Público. E seu exercício deve merecer contínuo estímulo e aperfeiçoamento, uma vez que a estabilidade da ordem jurídica, assentada na supremacia da Constituição, erige-se em um dos

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 1116.

10 CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., p. 1113.

11 No Estado de Santa Catarina, consoante prescreve o art. 85, inciso VII, da Constituição Estadual, os representantes do Ministério Público nas comarcas estão legitimados a aforar diretamente, perante o Tribunal de Justiça, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contestado em face da Carta Estadual.

12 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 10.

valores mais caros da sociedade, tanto do ponto de vista jurídico quanto social e político. Por isso o Supremo Tribunal Federal a reconheceu como a “garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos”¹³.

Não se pode olvidar, na linha do pensamento kelseniano, a circunstância de as decisões judiciais poderem integrar também o acervo normativo albergado no conceito de ordem jurídica. Partindo daí, poderia ser encorajado o raciocínio de que a “defesa da ordem jurídica”, referida no art. 127 da Constituição, importaria, para o Ministério Público, o dever de sindicar, sob o ponto de vista da constitucionalidade, não apenas as leis e atos normativos formalmente considerados, mas, também, as decisões judiciais reguladoras de situações concretas.

Conquanto válido como exercício teórico, o raciocínio, todavia, não parece sustentar-se. É que as decisões judiciais, ainda que possam compor o acervo da ordem jurídica, não conseguem alçar-se ao plano da abstração e da generalidade, condições imprescindíveis para o ingresso no universo axiológico dos interesses coletivos. Mesmo porque, abstraídas as sentenças com efeitos *erga omnes* e as denominadas “súmulas vinculantes”, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, as decisões judiciais tendem a arrastar consigo, inexoravelmente, o manto protetor de um interesse pessoal, individualizado, para cuja tutela pode não estar legitimado o Ministério Público.

4.2 O REGIME DEMOCRÁTICO

O conceito de “regime democrático”, por seu turno, pela sua singular importância, não pode ser tomado nos limites estreitos da acepção clássica conhecida como “governo do povo, pelo povo e para o povo”, apanágio da vontade popular na eleição dos chefes do Poder Executivo e dos integrantes dos Parlamentos. Mesmo porque, conforme adverte Schumpeter¹⁴, não há garantia de que o voto seja invariavelmente exercido de forma racional e independente e resulte da leitura isenta e objetiva dos fatos.

13 STF, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso de Mello. RT 700/221, 1994.

14 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

É um questionamento antigo. Há cerca de um século, Gustave Le Bon lembrou que “póde ser interessante para alguns philosophos conhecer a verdade, mas para os povos as chimeras parecerão sempre preferíveis”. E concluiu: “O sonho, o ideal, a lenda, em uma palavra, o irreal, eis o que conduz a Historia.”¹⁵

Na doutrina atual, Flávia Piovesan, destaca que “a democracia invoca conceito aberto, dinâmico e plural, em constante processo de transformação”, acrescentando que, no aspecto material, “não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos Direitos Humanos”. Segundo ela, “não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais” ou sem que reste assegurada “a igualdade no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais”. E conclui:

Para a consolidação da democracia, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global. A prevalência dos Direitos Humanos e do valor democrático há de constituir a tônica desse novo paradigma, sob as perspectivas de gênero, raça e etnia. Ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.¹⁶

As palavras de Bobbio parecem dar-lhe respaldo:

O discurso sobre o significado da democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições

15 LE BOM, Gustave. *A Revolução Francesa e a Psychologia das Revoluções*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1922, p. 15-16.

16 PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização*. Disponível em www.dhnet.org.br. Consulta em 9.1.2007.

caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte).¹⁷

Mais próximo, o magistério de Ruy Samuel Espíndola busca estabelecer o conteúdo e os contornos da democracia, na dimensão cuja defesa está confiada ao Ministério Público:

É a democracia fundada na idéia do consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e autovinculação do consenso em torno do razoável; do razoável como o racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação, em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.

E essa idéia do razoável fundando o consenso instituinte da democracia, contempla a idéia da democracia justa, da democracia edificada e vivida sob a égide dos direitos humanos, cujo fundamento seria a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas humanas (segundo o pensamento de Fábio Konder

17 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 11ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 157.

Comparato).¹⁸

Presume-se que neste âmbito de abrangência deve ser tomado o conceito de “regime democrático” (CF, 127), dimensionando-se a partir daí as iniciativas mediante as quais o Ministério Público concorreria para a sua defesa, as quais, certamente, não se esgotam nas rotinas tradicionalmente cumpridas perante a Justiça Eleitoral. É também nesta linha de grandeza que devem ser interpretadas, mensuradas, implementadas e avaliadas quanto ao seu alcance e resultados as funções previstas no art. 129 da Carta, especialmente as dos incisos I, II, III e IV¹⁹, que sinalizam as iniciativas tendentes à promoção e defesa dos valores submetidos à guarda do Ministério Público. Flui daí, e migra para seus ombros, mais do que um compromisso moral, o dever jurídico de fomentar e patrocinar o implemento efetivo das políticas de inclusão social, mediante as quais possa operar-se, no plano concreto das ações de Estado, a partilha da *res publica*, na perspectiva do bem comum. Objetivamente, seria fazer com que a receita pública efetivamente se transmudasse, pela gestão proba e eficaz do Estado, em benefícios para a toda a população, dentro de balizamentos ditados pelos princípios que informam a dignidade humana. Poderiam alinhar-se neste contexto, por exemplo, o acesso à saúde, à educação de qualidade, ao trabalho, à moradia, à segurança, ao lazer, à previdência e a garantia de um meio ambiente saudável.

4.3 OS INTERESSES SOCIAIS

Especial atenção há de dar-se ao alcance da expressão “interesses sociais”. Tangenciando e, por vezes, invadindo o território axiológico demarcado pelo conceito de democracia, também eles se credenciam à defesa pelo Ministério Público. São interesses que, certamente, trans-

18 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Democracia, Constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro*. Disponível em: www.tre-sc.gov.br. Consulta em 9.1.2007.

19 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

cendem o campo temático ocupado pelas questões típicas relacionadas ao trabalho e à seguridade social — muito embora estas se mantenham incluídas, alvo de atenção especial por parte de um segmento específico do Ministério Público: o Ministério Público do Trabalho.

Mazzilli os identifica com o “interesse público primário (bem geral)” ou, ainda, com “o interesse da sociedade ou da coletividade”²⁰. Mas é Eduardo Appio, em obra mais recente, que, qualificando-os de “bens sociais”, parece definir-lhes o conteúdo e o alcance:

Os bens sociais são, efetivamente, os bens sobre os quais convergem os interesses difusos. Constituem-se em gênero, do qual os bens públicos são uma das espécies.

Os bens sociais asseguram a manutenção dos valores previstos na Constituição, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Muito embora tradicionalmente vinculados ao Direito Previdenciário e ao Direito do Trabalho, bens sociais assumem uma nova conformação no Estado Democrático de Direito, tendo sido expressamente arrolados no art. 6º da CF/88. A saúde pública, por exemplo, apresenta-se como um bem social de enorme importância no contexto social brasileiro, constituindo-se em verdadeiro direito fundamental do cidadão, motivo pelo qual a Constituição Federal prevê em seu art. 196 os princípios aplicáveis ao setor, dos quais se originam deveres para a Administração Pública.²¹

Tem-se, a partir desse magistério, que os “interesses sociais” podem até mesmo ultrapassar os limites jurídico-axiológicos estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal, trazendo para seu bojo, para efeito de implementação e tutela, outros valores além daqueles ali expressamente aludidos: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a

20 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 72.

21 APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 46.

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados...”

Pela sua natureza, urdida na ideologia que inspirou a Carta de 1988, sabe-se que refletem valores jurídicos de difícil implementação. Em 1984, Mauro Cappelletti já advertia:

É a criação de novos direitos, os direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc. São direitos muito diferentes dos direitos tradicionais, pois exigem uma intervenção **ativa**, não somente uma negação, um impedimento de violação, mas exigem uma atividade para se realizarem. Esta é a dificuldade dos direitos sociais: necessitam de uma **atividade**.²² (Grifou-se)

Não obstante as aventadas dificuldades, vale lembrar, como o fez a Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, que “a Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo do Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito”. Segundo ela,

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do admi-

22 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. Conferência pronunciada em Porto Alegre, em 26.11.1984. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – separata, vol. 1, n. 18, p. 15, 1985.

nistrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.²³

Portanto, parece permitido concluir que a defesa dos “interesses sociais”, na dimensão admitida pelo próprio Judiciário, reclamará do Ministério Público adequações em seu modelo operativo, priorizando o exercício de suas legitimações ativas para a busca de prestações positivas do Poder Público em favor das coletividades sobre as quais recaia a titularidade daqueles direitos.

4.4 OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Aos direitos e interesses sociais somam-se os denominados “direitos individuais indisponíveis” (CF, 127).

Sabidamente, tratando-se de direitos individuais, a regra é a livre disposição. A indisponibilidade apresenta-se como exceção — que só se justifica em face da presença de superiores razões de ordem pública que, tanto sob o prisma jurídico quanto sob o ponto de vista ético ou político, transcendem o interesse do titular do direito ou da pessoa que o represente —, e cuja manutenção se insere no contexto dos valores que informam a proposta política da própria sociedade (de destacar-se a justiça e a paz social), já que a titularidade, no caso, não decorre de um ato de vontade de quem a detém, mas de circunstância externa, que lhe refoge ao controle.

É o que sucede, por exemplo, com os chamados “direitos da personalidade”²⁴.

Conforme anota Maria Helena Diniz,

Para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a

23 STJ, 2ª Turma. REsp. 493.811-SP, rel. Min. Eliana Calmon. J. 11.11.2003. Disponível em: www.stj.gov.br. Consulta em 9.1.2007.

24 O Código Civil estabelece: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc. São *direitos subjetivos 'excludendi alios'*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo bens inatos, valendo-se de ação judicial.²⁵

Diante da indisponibilidade do direito, tem-se que o Ministério Público deve atuar no sentido de que a disposição não se opere. É a forma de defendê-lo, conforme preconizado pela Constituição. No caso, a motivação não é o patrocínio de interesse privado individual (muito embora, a partir da Carta de 1988, este esteja circunstancialmente autorizado²⁶), mas a salvaguarda do interesse público consistente na manutenção do interesse no domínio de seu titular.

Cândido Rangel Dinamarco esclarece que

O Ministério Público é por definição a instituição

25 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

26 Decisões recentes do STJ têm admitido legitimidade ativa do Ministério Público para ações em defesa de direito individual considerado indisponível nos termos da Constituição, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação (REsp 865.901, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 14.12.2006, e REsp 851.174, rel. Min. Luiz Fux, DJU 20.11.2006). Da ementa do último julgado, colhido em: www.stj.gov.br, consulta em 17.1.2007, consta:

[...] **6.** *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. **7.** Sob esse enfoque, se destaca a Constituição Federal no art. 230: '*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*'. Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). **8.** O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. **9.** Outrossim, o art. 74, inc. III, da Lei 10.741/2003 revela a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'. **10.** Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.04.2006; REsp 819010/SP, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 02.05.2006).

estatal *predestinada ao zelo do interesse público no processo*. O interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal — que também é uma função pública — porque dessa atenção estão encarregados os juízes, também agentes estatais eles próprios. O Ministério Público tem o encargo de cuidar para que, mediante o processo e o exercício da jurisdição, recebam o tratamento adequado *certos conflitos e certos valores a eles inerentes*. Aceitando a premissa de que a Constituição e a lei são autênticos depositários desses valores, proclama aquela que ao Ministério Público *incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.²⁷

Infere-se do enunciado que, mesmo quando atua no processo em defesa de um direito individual — obviamente, de caráter indisponível —, há um interesse subjacente de diferente natureza e de maior dimensão, paralelo e concomitante, que transcende o âmbito subjetivo do titular daquele direito e se irradia para toda a sociedade. Já destacava José Frederico Marques, invocando Enrico Redenti, que, “quando o Ministério Público, como órgão estatal de tutela de interesses indisponíveis, propõe uma ação, ele opera como ‘*promotore di una più piena attuazione dell’ordinamento giuridico*’, visto que então se faz intérprete de um interesse geral de todos”.²⁸

4.4.1 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Merece particular cuidado a questão pertinente aos chamados “direitos individuais homogêneos”. É que, embora credenciados à tutela através de ação coletiva, nem sempre se apresentam com atributos aptos e suficientes a garantir-lhes proteção por aquela via. Merecem-na — e este parece ser o posicionamento

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 683.

28 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 169/170.

pacificado no Superior Tribunal de Justiça — apenas quando, do fato comum do qual se originam, resulta, concreta ou potencialmente, uma lesão ou risco de lesão a bem jurídico coletivo. Conforme proclamou aquele órgão, “o MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público.”²⁹ Ou: “O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição,[...]”³⁰

No mesmo sentido se pronunciou o ex-Ministro daquela Corte, Athos Gusmão Carneiro:

Os direitos individuais homogêneos somente podem ser objeto de tutela por parte do MP, através de ação coletiva, quando esta apresente como objetivo maior o da tutela de ‘interesses coletivos’, acima e com prevalência aos interesses de ordem meramente individual.³¹

E, ainda, harmonicamente, Cândido Rangel Dinamarco:

São indisponíveis, antes de todos, os *direitos e interesses transindividuais* qualificados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, cuja transgressão é capaz de trazer abalos mais ou menos sensíveis ao convívio social, ou *impactos de massa* (Barbosa Moreira).³²

Portanto, em situações que envolvam direitos e interesses da espécie, o Ministério Público, seja na condição de agente, seja na de fiscal da lei, deve perquirir sua legitimação para agir. Só estará legitimado se a lesividade do fato ultrapassar a

29 STJ, Corte Especial, EDivREsp 114.908-SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 7.11.2001, DJU 20.5.2002, p. 95.

30 STJ, REsp 182.556-RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 20.5.2002. Disponível em www.stj.gov.br. Consulta em 16.1.2007.

31 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação Civil Pública. Direitos Individuais Homogêneos. Limitações a sua tutela pelo Ministério Público*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 12. Jul/Ago 2001, p. 5.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 683.

esfera demarcada pela soma dos direitos e interesses individuais disponíveis atingidos e projetar reflexos no campo dos interesses público e social ou dos direitos individuais indisponíveis, já que estes, por força do art. 127 da Constituição Federal, podem ser defendidos pelo Ministério Público “mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada”³³. Mas é fundamental que “tenham repercussão no interesse público”³⁴. Significa, nessa linha, que haveria de presumir-se duvidosa a legitimidade ministerial para agir em defesa, por exemplo, dos condôminos de um edifício de luxo construído em desacordo com o memorial descritivo.

4.4.2 LIMITAÇÕES À FORMA DE AGIR NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Nos processos em que se discutem direitos ou interesses individuais indisponíveis, não sendo o Ministério Público parte ativa, releva atentar, com especial cuidado, para o conteúdo e a natureza da intervenção a ser lançada. Competindo ao órgão ministerial **defendê-los** (CF, 127), não parece razoável que venha a postar-se como assistente da parte que a eles se contraponha. Exemplificando: intimado a manifestar-se em ação indenizatória intentada por incapaz, não lhe seria lícito migrar para o território do demandado, para coadjuvá-lo no patrocínio de teses que se proponham a infirmar o direito do autor.

Se por justificável razão não lhe for possível, como fiscal da lei, patrocinar a defesa do direito ou interesse indisponível objeto da lide, pode até reduzir sua intervenção a singelo pronunciamento de cunho meramente formal. Mas seria de questionável plausibilidade a iniciativa de pugnar pelo não reconhecimento daquele direito ou interesse, erigindo-se em assistente do titular de direito cuja defesa não lhe foi

33 STJ, 1ª Turma, REsp 865901-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 5.12.2006, DJU 14.12.2006, p. 316

34 STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 2004.0032616-1, rel. Min. Nilson Naves, j. 30.5.2006, DJU 14.8.2006, p. 340.

legalmente confiada. Cumpre observar que cada instituição tem seus domínios e compromissos delimitados. E, para defender direitos e interesses **disponíveis**, foram credenciadas expressamente a Advocacia e a Defensoria Pública (CF, 133 e 134).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que, nas causas em que há interesses de incapazes (CPC, art. 82, I),

[...] o Ministério Público intervém par ajudá-los e é portanto seu *assistente* – tendo portanto o dever de atuar sempre no interesse desses assistidos, sendo ilegítima e constituindo desvio funcional a emissão de parecer contra eles, interposição de recurso contra decisões ou sentenças que os favoreçam etc.

Por isso, não há nulidade a cominar quando o Ministério Público deixa de officiar em tais causas e o sujeito a quem prestaria assistência obtém vitória, uma vez que o objetivo da ajuda omitida foi atingido: *pas de nullité sans grief*.³⁵

Da mesma maneira, tendo a celeridade da justiça sido erigida a direito fundamental (CF, 5º, LXXVIII), de natureza indisponível, e estando a outorga da jurisdição sujeita também ao princípio da racionalidade e da eficiência (CF, 37), não se harmonizaria com essas diretrizes e preceitos constitucionais o procedimento do Ministério Público que, em demanda travada em torno de direito indisponível, viesse a retardar o deslinde da questão mercê de simples reprise argumentativa aderente às teses sustentadas pelo titular do direito indisponível – a rigor não essencial à outorga da jurisdição nem à defesa dos interesses colocados sob sua guarda pela Constituição.

No início da década de 70, bem antes da vigência da Carta de 88, Celso Agrícola Barbi escrevia que “a função do Ministério Público nessas causas é de vigilância, para suprir eventual falha da **defesa** dos interesses dos incapazes”³⁶.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 431.

36 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo II, arts. 56 – 153. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 378.

Portanto, parece permitido concluir que, atuando como fiscal da lei em feitos relativos a direitos individuais indisponíveis, a manifestação do Ministério Público somente pode dar-se em favor da parte titular do interesse timbrado pela indisponibilidade. E, para não ferir os princípios da eficiência e da celeridade da jurisdição, resumir-se ao preenchimento do vácuo eventualmente deixado pelo patrono responsável pela defesa daquele interesse, abstendo-se de manifestações redundantes e não imprescindíveis à dicção justa e regular da jurisdição.

Anote-se que, antes da vigência da Constituição de 1988, José Frederico Marques já advertia que a função do Ministério Público, como *custos legis*, não estava limitada “a oferecer pareceres como se fôsse um órgão simplesmente consultivo”, posto que lhe competia tornar efetiva, “**de maneira militante e ativa**”, a tutela conferida pela lei a determinados bens e interesses, “não só suprimindo alegações das partes, para ampliar o campo de incidência da atividade jurisdicional, como ainda produzindo provas, requerendo diligências e promovendo todos os atos processuais que se tornem necessários à melhor elucidação do litígio”.³⁷

5 EXERCÍCIO CRÍTICO À PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO FUNCIONAL

Aos argumentos expendidos, poder-se-ia aduzir a censura de que a proposta de **racionalização** das atividades do Ministério Público como fiscal da lei importaria afronta ao preceito que lhe outorga o título de instituição “essencial à função jurisdicional do Estado” (CF, 127). Ou que, veladamente, preconizasse o esvaziamento da pauta tradicional de trabalho confiada ao órgão ministerial, na perspectiva da comodidade futura de seus membros.

Ambos os contrapontos não se sustentam.

5.1 A ESSENCIALIDADE À FUNÇÃO JURISDICIONAL

A primeira hipótese de censura não é mera abstração. A Procuradora de Justiça Maria Helena Barboza, do Estado do Rio de Janeiro, noticia que “alguns magistrados, atentos exclusivamente à letra da lei,

37 MARQUES, José Frederico. Ob. cit. p. 172/173.

passaram a entender que, sendo o Ministério Público essencial à função jurisdicional do Estado, necessária seria sua intervenção em *todas as causas*". Transcreve despacho exarado nos Autos n. 1.857, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro, no qual, refutando manifestação ministerial pela dispensabilidade da intervenção, entendeu a autoridade judiciária que, por imperativo constitucional, "não pode mais o Poder Judiciário prescindir, em qualquer ação, mesmo nas demandas entre particulares, da presença do Ministério Público"³⁸.

De fato, o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado" (CF, 127). Mas esta essencialidade não lhe impõe um papel de sentinela cartorial. Nem o obriga a uma ampla e sistemática auditoria dos feitos judiciais, por cuja regularidade devem zelar, mercê do múnus funcional, os próprios juízes. O Ministério Público é essencial porque lhe incumbe, perante o Judiciário, defender determinados valores tidos como fundamentais para o equilíbrio e a paz social — alguns, como a justiça penal, por exemplo, colocados, em regra, sob sua tutela exclusiva. Valores, ainda, como a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais, cujo efetivo patrocínio e salvaguarda são fatores que concorrem para o fortalecimento e o prestígio da própria função jurisdicional, evidenciando a importância do seu papel na consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira (CF, 3º).

Há de ressaltar-se, contudo, que a essencialidade da presença ministerial não se estende a todos feitos submetidos à jurisdição do Estado. Alcança apenas aqueles que encerrem discussão em torno dos valores contemplados no art. 127 da Carta. Celso Agrícola Barbi adverte, por exemplo, que "o Ministério Público, quando oficial nos mandados de segurança, o fará em parecer, com a finalidade de defesa dos valores e interesses mencionados no art. 127, e não em defesa da pessoa de direito público ré na ação"³⁹. Na mesma esteira o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

O Ministério Público tem o encargo de patrocinar

38 BARBOZA, Heloisa Helena. *O poder discricionário do Ministério Público na avaliação dos interesses indisponíveis*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, vol. 1, n. 2, p. 48, jul.-dez. 1995.

39 BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 167.

os *interesses públicos primários*, que remontam à sociedade como tal e a seus valores — e não os *secundários*, cujo titular é o Estado *pro domo sua*, ou seja, como pessoa jurídica. Ao Ministério Público é categoricamente vedado o patrocínio de entidades estatais (art. 129, inc. IX). Constitui aberração a intervenção do Ministério Público em causas nas quais é parte uma entidade estatal, só pela presença destas no processo.⁴⁰

Significa dizer, em última análise, que a essencialidade do Ministério Público, no contexto da função jurisdicional do Estado, restringe-se aos feitos cujo objeto compreenda a tutela dos valores jurídicos contemplados no art. 127, *caput*, da Constituição Federal. São eles que demarcam o campo de atuação do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Não havendo a lide se instaurado em torno deles, é de concluir-se que a jurisdição pode validamente ser outorgada sem a presença do Ministério Público no processo.

5.2 REDUÇÃO DA PAUTA DE TRABALHO E PRIVILÉGIOS CORPORATIVOS

Equivocada, por outro lado, a hipótese de que, submerso na proposta de racionalização das atividades do Ministério Público como fiscal da lei, poderia estar presente o propósito eticamente censurável de esvaziar-lhe a pauta de trabalho, na perspectiva de viabilizar privilégios corporativos, a destacar-se a comodidade decorrente da mitigação dos encargos funcionais.

A construção teórica da racionalização é antiga. E sempre teve razões de superior interesse público a inspirá-la. Já em 1961, Miguel Seabra Fagundes proclamava:

É tempo de sair dos lindes estreitos do privatismo, que tem comandado até hoje a iniciativa do Ministério Público no cível, para somente autorizá-la na defesa do interesse social, quando afetado este através de um interesse privado merecedor

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p 684.

de particular proteção, e inovar, ampliando-a no sentido da defesa de interesses totalmente impessoais, porém com reflexos profundos no bem estar de toda a coletividade.⁴¹

Hoje, como se a história houvesse feito cumprir aquela proclamação profética, o Ministério Público não apenas está legitimado a racionalizar sua presença nos “lindes estreitos do privatismo”, como tem sobre os ombros o encargo de defender a ordem jurídica, a democracia e os interesses sociais. Logo, é imperioso que busque caminhos — e caminhos eficazes — para resgatar com a devida presteza e eficiência o compromisso que a sociedade lhe outorgou.

O resgate desse compromisso é múnus público que decorre não apenas da dimensão ética e política da função, mas da positividade jurídica emanada do **princípio da responsabilidade**, inserido na base do ideário republicano que orienta a Carta Política da Nação.

Geraldo Ataliba, em estudo produzido antes da vigência da atual Constituição, já asseverava que o “regime republicano é regime de responsabilidade”. E arrematava, reproduzindo as palavras de João Barbalho:

É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do Poder Público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções públicas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional.⁴²

Neste sentido, a responsabilidade do agente público reclama não apenas o regular exercício da função, mas a geração de resultados que concorram efetivamente para a realização dos objetivos fundamentais da República. Não se compatibilizam com o princípio republicano atividades públicas geradoras de resultados meramente escriturais, decorativas, sem nenhuma ou com minguada contribuição ao enrique-

41 FAGUNDES, M. Seabra. *O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo*. São Paulo: Revista *Justitia*, vol. 35, 4º trimestre 1961, p. 9.

42 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 38.

cimento do bem comum.

Logo, ao pretender racionalizar suas atividades como fiscal da lei, outro objetivo não parece ter o Ministério Público senão o de encontrar caminhos capazes de permitir-lhe o resgate de seu compromisso institucional, concorrendo, nos limites de suas atribuições e das conseqüentes responsabilidades, para atender as demandas atuais da sociedade brasileira, precipuamente aquelas postas em face do sistema de justiça.

Além disso, abstraído o aspecto da operacionalidade funcional, impõe-se aprofundar a análise da questão para, à luz da nova ordem constitucional, perquirir não apenas se, sob a ótica discricionária, o Ministério Público deve ou não deve intervir em determinados feitos, mas se, sob o prisma jurídico-constitucional, pode ou não pode (e de que forma pode) neles atuar.

5.3 O DÉBITO POLÍTICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Faz-se óbvia a afirmação de que as atribuições legais do Ministério Público cresceram vertiginosamente nas duas últimas décadas. O fenômeno é visível. Mas é imperioso admitir que, ao lado desse crescimento, alargou-se o abismo entre ou “legal” e o “real”, ou seja, entre aquilo que o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, preconiza como atribuição do Ministério Público e aquilo que a instituição efetivamente produz em termos de resultados concretos, prestáveis ao resgate de seu múnus constitucional. Pode impressionar, estatisticamente, o número de pareceres e de processos cíveis e criminais deflagrados. Mas, senão insuficiente, tem se mostrado ineficaz para, no plano real, impedir, por exemplo, o aumento da violência e da corrupção, garantir a dignidade e a presteza dos serviços públicos e proteger o meio ambiente. O abismo persiste. Logo, **o Ministério Público está em débito com a sociedade brasileira** – política e juridicamente.

A advertência de Paulo Bonavides parece pertinente:

O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.

Se há regra ou princípio de política jurídica que o

rege, esta regra ou princípio é a norma que deve fazê-lo obediente aos fins institucionais insculpidos no art. 127 da Carta Magna. Descumpridos esses fins, o órgão se descaracteriza e se desfigura pelo falecimento de seus valores e objetivos.

Em verdade, os elementos de reflexão, hauridos no exame da realidade tocante aos papéis já referidos que ele executa, levam à melancólica conclusão de que ponderável parcela da instituição nem sempre corresponde, na práxis, ao rigor do mandamento constitucional, a saber, nem sempre se tem havido com fidelidade político-jurídica aos preceitos constitucionais da Lei Maior.⁴³

Sem desprezo a outras, sabe-se que as principais fontes alimentadoras da pauta de trabalho do Ministério Público são o Poder Judiciário (em matéria cível) e a Polícia (em matéria criminal). O Judiciário age mediante provocação do interessado. E em grande medida assim também procede a Polícia, mercê de ocorrências levadas aos balcões das delegacias.

Esse modelo operacional, certamente, permite que notícias tanto de lesões a interesses privados quanto a bens jurídicos penalmente protegidos cheguem em expressivo número ao Poder Judiciário, para a dicção oficial do direito, com aplicação das medidas sancionadoras e reparatórias devidas. Mas, mesmo sem opor os problemas relacionados com a efetividade e eficácia da jurisdição, seria ingenuidade imaginar que a prestação jurisdicional daí resultante pudesse atender em sua plenitude (ou em nível satisfatório) as necessidades e expectativas da sociedade. Lesões difusas das mais variadas ordens e naturezas, muitas vezes envoltas pela névoa da obscuridade, acontecem e se renovam diariamente, molestando o patrimônio moral da sociedade e fazendo-a carente de justiça.

Tal sucede, por exemplo, com o crime não investigado (ou inves-

43 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência e uma Nova Hermenêutica por uma repositização da legitimidade*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 384

tigado e não punido); com a desproporção entre o delito e a pena (ou entre a pena de um e outro condenado); com a corrupção não descoberta ou não apurada (ou com a apurada e não punida); com os gastos abusivos e irregulares em publicidade oficial; com a omissão e o despreparo dos órgãos das polícias administrativas; com a não-prestação (ou com a prestação insuficiente ou de má qualidade) de serviços públicos essenciais, com destaque para a saúde, educação e saneamento; com as gestões desvirtuadas dos orçamentos públicos legalmente aprovados; com a violação sistemática dos direitos humanos e a negligência na concepção e implemento de políticas públicas aptas a dar concretude aos direitos sociais; com a produção e aplicação de normas visivelmente inconstitucionais; com as fraudes e abusos nas relações de consumo; com as agressões persistentes e consentidas ao meio ambiente; com a inobservância dos direitos assegurados aos idosos, crianças e pessoas portadoras de distúrbios mentais ou de deficiências; ...

Reportagens veiculadas recentemente em conceituada revista de circulação nacional fornecem uma idéia pálida desse fenômeno, que coloca o sistema de justiça — sem excluir o Ministério Público — em débito com a sociedade. Por exemplo: a) nada menos que 570 mil mandados de prisão expedidos pela Justiça ainda não foram cumpridos; b) no Estado de Minas Gerais, consta que 9,2% da população foi vítima de roubo — mas 73% das vítimas não acionaram a Polícia;⁴⁴ c) em capitais como Rio de Janeiro e São Paulo, menos de 2% dos homicídios apurados resultaram em condenação de seus autores; d) nas delegacias paulistas, presumidamente as mais eficientes e equipadas do país, apenas 6% dos boletins de ocorrência foram transformados em inquérito policial.⁴⁵

Em todas as situações aventadas, afora outras que, em número mais expressivo, afetam os valores e interesses legítimos da coletividade, o Ministério Público não apenas está autorizado como tem o dever constitucional de agir, no sentido de preservá-los e, assim, contribuir para a justiça e a paz social. Este, pelo menos, é o mandamento inscrito no art. 127, *caput*, da Constituição da República — **pelo que se vê, não inteiramente cumprido.**

A circunstancial inexistência de uma práxis forense que, diante desse fenômeno, alimente de forma ordenada e sistemática as ativida-

44 Revista Veja, edição de 10.1.2007, p. 46/47.

45 Revista Veja, edição de 15.8.2007, p. 72.

des judiciais e extrajudiciais do Ministério Público não significa a inexistência, também, de responsabilidade de agir. Ao contrário, é nessas situações que ela se agiganta. Porque, presentes os fins (a solução dos problemas) e indefinidos os meios (rotinas procedimentais), a tarefa compreende tanto a identificação e estabelecimento destes quanto a realização daqueles.

Conforme lembra Konrad Hesse,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁴⁶

De fato, seria demasiadamente cômodo justificar a omissão, alegando ausência de praxes processuais ajustadas à nova ordem constitucional — como se destas fosse refém o direito, no que ele apresenta de mais importante para a sociedade: a sua essência material. Estar-se-ia em face de uma absurda inversão de valores. Existindo o **direito material**, repugna à democracia e ao ideário da República (CF, 3º) deixar de protagonizá-lo — já que é sobre os agentes constitucionalmente credenciados que recai, em primeiro plano, o encargo político e jurídico de encontrar os meios adequados para garantir o êxito da função integradora daquele direito, concebendo e implementando matrizes operativas capazes de fazê-lo eficaz e duradouro. Vale lembrar Piero Calamandrei, quando alertou que o processo só não se reduz “a uma pálida forma sem sangue” se conseguir, como um “cordão umbilical”, fazer circular o “direito substancial” — e com ele alimentar o processo⁴⁷.

Não se pode negar que, a partir de 1985, com o advento do inquérito civil e da ação civil pública, houve notável incremento das iniciativas voltadas à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos.

46 HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 19.

47 CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual*. Trad. Karina Fumberg. Campinas (SP): LZN Editora, 2003, p. 112.

Porém, parece não ter sido suficiente. Ou, então, produziu resultados insatisfatórios. Em pesquisa recente sobre o índice de confiabilidade de algumas instituições brasileiras, realizada pelo IBOPE e catalogada sob o n. 165/2006⁴⁸, o Ministério Público ficou com 44%, o Poder Judiciário, com 40%, sobrando modestos 33% para a Polícia.

Sem conferir infalibilidade àquela pesquisa, sobram poucas dúvidas de que o sistema brasileiro de justiça – no qual se inclui o Ministério Público – está muito a dever à sociedade, justificando quaisquer iniciativas que, com honestidade de propósitos e despidas de vaidades e volúpias corporativas, se proponham a reduzir esse débito. E é justamente neste contexto que se situa a proposta de adequar aos preceitos constitucionais e racionalizar a atuação *custos legis* do Ministério Público.

6 RELAÇÃO COM O JUDICIÁRIO EM FACE DAS MUDANÇAS DO SISTEMA TRADICIONAL

A proposta de racionalização aqui preconizada não propõe o estancamento do fluxo regular de processos do Judiciário para o Ministério Público. Foi dito anteriormente que, do ponto de vista numérico, a mais importante fonte de alimentação da pauta de trabalho do Ministério Público, em matéria cível, reside, exatamente, no Poder Judiciário.

Desta forma, mesmo que a atuação como fiscal da lei se restrinja à defesa dos valores contemplados no *caput* do art. 127 da Constituição e, circunstancialmente, ao suprimento de falhas ou lacunas deixadas pelos patronos dos titulares dos direitos ou interesses indisponíveis em torno dos quais tenha se instaurado a lide, ainda assim o fluxo mantém sua importância, já que não podem ser desconsideradas virtuais deficiências do trabalho profissional desenvolvido na defesa daqueles interesses, especialmente quando esta fica a cargo da assistência judiciária gratuita – circunstância que tenderia a demandar, em complemento, o socorro do Ministério Público.

A par disso, pode acontecer, especialmente nos mandados de segurança e nos processos em que figure como parte pessoa jurídica

48 A pesquisa, realizada em julho de 2006, teria sido encomendada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Todavia, não está publicada no sítio oficial da entidade. Nem no do IBOPE.

de direito público ou, de algum modo, envolva discussão sobre bens públicos, que ao órgão ministerial convenha perquirir os fatos nelas deduzidos, seja para, mediante ação própria, obstar a repetição continuada de atos administrativos ilegais ou abusivos, seja para sindicat eventuais improbidades neles evidenciadas. Era o que preconizava Othon Sidou, há mais de quatro décadas, quando propunha “deixar ao exclusivo critério do dito órgão (o Ministério Público) compor, ou não, a relação processual, embora obrigatoriamente cientificado”.⁴⁹

Além disso, não pode ser afastada a hipótese da norma regente do ato administrativo apresentar inconstitucionalidades, circunstância que recomendaria fossem incidentalmente argüidas, nos termos do art. 480 do Código de Processo Civil, na perspectiva de contribuir para a defesa da ordem jurídica.

Muito embora seja prerrogativa do juiz intimar ou dar vista dos autos ao Ministério Público, já que é ele quem conhece e avalia preliminarmente o interesse presente na causa, sua discricionariedade sofre balizamentos. Não lhe é facultado, por exemplo, suceder-se no juízo reservado ao Ministério Público acerca da oportunidade, natureza ou conteúdo da intervenção. São questões que apenas ao representante ministerial cabe resolver, à luz dos valores jurídicos, éticos e políticos compreendidos nos limites de sua independência funcional. Será ele o único responsável por seus atos — e por eventuais omissões. Já alertava Egas Muniz de Aragão que “o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e desenvolve”.⁵⁰

Sem aprofundar a pesquisa, este é também o entendimento de outros respeitáveis processualistas. Celso Agrícola Barbi, em exegese do inciso III do art. 82 do CPC, propõe que se considere a “disposição como simples faculdade do Ministério Público de participar de causas em que, **a seu juízo**, haja interesse público”.⁵¹ Arruda Alvim, igualmente, reconhece que a decisão quanto a intervir ou não se insere no

49 SIDOU, J. M. Othon. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969, p. 378.

50 ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 301.

51 BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit. p. 380.

poder discricionário do Ministério Público, não do Poder Judiciário⁵². E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento orientase no sentido da “impossibilidade de coagir o órgão a manifestar-se”, considerando-se “efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância da mesma, não deve atuar como *custos legis*.”⁵³ Mesmo porque, conforme adverte Adroaldo Furtado Fabrício,

A posição do Ministério Público é de inteira autonomia em face do Poder Judiciário, ao qual não se liga por qualquer espécie de vínculo hierárquico, administrativo ou organizacional. Portanto, ao Poder Judiciário falecem atribuições para supervisionar a atuação do Ministério Público no que se refere à forma, à intensidade, eficácia ou extensão de sua intervenção⁵⁴.

De fato, como observou pontualmente Calmon de Passos, “não se deve, pois, confundir participação obrigatória, que existe, com atuação obrigatória, que inexistente”, posto que, conquanto “obrigado a ser sujeito da relação processual, não é ele (o representante ministerial) obrigado a praticar atos no processo”.⁵⁵

Em verdade, mesmo sob o ponto de vista semântico, conforme se lê no Dicionário Aurélio, há substancial diferença entre os verbos **intervir** (“tomar parte voluntariamente; meter-se de permeio, vir ou colocar-se entre, por iniciativa própria; ingerir-se”) e **atuar** (“exercer atividade, ou estar em atividade; agir”). Trazendo o enfoque para o campo processual, a ação traduzida pelo primeiro se aperfeiçoaria com o simples ingresso voluntário no processo, enquanto a do segundo demandaria ingressar e agir, no sentido de praticar algum ato processualmente relevante.

52 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 10ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006, p. 501.

53 STJ, 1ª Turma. REsp 696.339-CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 6.9.2005. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 12.1.2007.

54 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 542.

55 PASSOS, J. J. Calmon de. *Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil*. Revista Forense: Rio de Janeiro, vol. 268, p. 51, jul./dez. 1979.

Com base neste raciocínio, parece perfeitamente possível dobrar a intervenção do Ministério Público no processo civil, quando provocado a fazê-lo na condição de fiscal da lei, em pelo menos duas modalidades: **substancial** e **formal**. Seria **substancial** quando importasse um “atuar”, ou seja, um ato de defesa em face de quaisquer dos valores a que alude o art. 127, *caput*, da Constituição Federal. E seria **formal** quando, cumprindo exigência legal, significasse apenas a integração do Ministério Público ao processo, hipótese em que resultaria atendida mediante simples conhecimento oficial da matéria deduzida nos autos. Supõe-se, porém, que, mesmo sendo meramente formal a intervenção, far-se-ia necessário, em cumprimento do dever funcional estabelecido no art. 43, inciso III, da Lei n. 8.625/1993, e em respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais (CF, 5º, LX), que o Ministério Público declinasse, ainda que de maneira sucinta, as razões de seu posicionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei é uma questão que precisa ser olhada, sobretudo, sob a ótica do compromisso e da responsabilidade das instituições públicas com a realização dos fins do Estado (CF, 3º), afastando-se por inteiro as paixões pessoais ou corporativas. Não podem os integrantes do Ministério Público, egoisticamente, contrapor o argumento de que a proposta levaria à perda de espaços institucionais politicamente relevantes, da mesma maneira como é incogitável que a ela venham a aderir, estimulados pela perspectiva de uma virtual diminuição da carga de trabalho.

E, no plano externo, não seria lícito a nenhuma outra instituição interpretá-la como uma tentativa velada do Ministério Público banquetear-se na omissão e na comodidade. Ou, quiçá, de fazer-se menos solidário com a instituição da Magistratura, no árduo e dignificante trabalho de outorga da jurisdição.

Não existem segredos a autorizar especulações dessa índole. O que existe é uma ordem jurídica rígida e formal, que contempla uma estrutura orgânica e um elenco de funções e objetivos fundamentais de Estado, cujo implemento se impõe como dever inarredável de todos os

entes que compõem aquela estrutura — que estão ligados entre si pelo vínculo da responsabilidade, corolário e apanágio da República sob cuja égide se estruturou juridicamente a Nação.

Não custa reprisar reflexão feita em anterior abordagem do tema, quando foi dito que era tempo do Ministério Público, superando eventuais espasmos corporativos ou estigmas resultantes de eventuais afeições às amenidades cinzentas e estéreis das simples coadjuvâncias processuais, avaliar com coragem e absoluto senso de responsabilidade o conteúdo e o alcance de seus compromissos institucionais, tomando como parâmetro os preceitos da Carta Política de 1988.⁵⁶

De fato, parece tratar-se de tarefa urgente — porque minguados se mostram o tempo e as alternativas. Ou o Ministério Público se harmoniza com o pulsar da história e implementa com eficiência o resgate dos compromissos emanados de suas legitimações ativas, satisfazendo anseios legítimos da sociedade, ou, míope e renitente, tende ao desvanecimento político-institucional, iludido pela presunção de eficácia de superados modelos operacionais.

56 ALBERTON, José Galvani. *A intervenção do Ministério Público frente à hipótese contemplada no art. 82, III, in fine, do Código de Processo Civil*. **Atuação** – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense: Florianópolis, n. 2, jan/abr 2004, p. 75.

CIDADANIA

A REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES NAS FUNDAÇÕES E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS

Jair Alcides dos Santos
Coordenador da Auditoria Interna do MPSC
Mestre em Administração pela UFSC

Douglas da Silveira
Chefe do Setor de Auditoria e Apoio Técnico às Fundações, do MPSC
Mestrando em Contabilidade pela UFSC

SUMÁRIO

Introdução - 1 Terceiro Setor e as Fundações - 1.1 Breve Histórico do surgimento das fundações - 1.2 O Ministério Público - 1.3 Legislação - 2 Metodologia - 3 Análise dos Resultados - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

Uma das explicações para o surgimento das fundações, entidades inseridas no Terceiro Setor (recursos privados, finalidade pública), é o sentimento de solidariedade, de amor das pessoas que destinam uma parte de seu patrimônio para criação de uma entidade que oferece ajuda ao próximo, ao estudo da arte, ao desenvolvimento da ciência, etc. Muitos donatários, além de destinar parte de seu patrimônio, acabam se envolvendo no gerenciamento da instituição sem perceber qualquer vantagem econômica ou financeira. Por essa ótica, a remuneração dos dirigentes de fundações é uma prática conflitante com a sua natureza e

origem, pois se configura numa realidade de uma entidade econômica, e não de uma entidade social como é o caso de uma fundação. O presente artigo, por meio de pesquisa exploratória, aborda justamente como se processa a remuneração de “dirigentes” em fundações privadas e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, na área de educação e pesquisa, no Estado de Santa Catarina. Os dados foram fornecidos pelo Ministério Público de Santa Catarina, e a análise enfoca aspectos legais e o reflexo da despesa com a eventual remuneração de dirigentes sobre o patrimônio das fundações, já que estas apresentam normalmente em seus quadros pessoas remuneradas para exercerem o comando da entidade.

INTRODUÇÃO

A principal finalidade do Estado configura-se na oferta de serviços aos cidadãos, necessários à concretização de direitos básicos consagrados na Constituição Federal. Contudo, dificuldades burocráticas, gerenciais, bem como o uso de políticas inadequadas, caracterizam-se como fortes obstáculos à evolução da atuação do Estado. Com a escassez de recursos, toda a assistência ficou debilitada e áreas como educação, saúde e segurança sofrem hoje com o sucateamento e o abandono.

Diante disso, a sociedade passou a buscar outros meios para satisfazer suas necessidades e melhorar as condições de qualidade de vida, através da organização de entidades sem fins lucrativos que executam atividades específicas e imprimem agilidade às ações sociais, visando complementar a atuação dos governos. Assim surgiu o chamado Terceiro Setor, com o intuito de preencher esta lacuna deixada pelas deficiências da atuação estatal.

As entidades inseridas no Terceiro Setor foram criadas para exercerem finalidade de interesse público, e por isso contam com o Estado e a sociedade civil para custearem suas atividades. Dentre estas entidades, destacam-se as fundações, entidades criadas para exercerem atividades em determinadas áreas de desenvolvimento social. A fundação é dirigida por pessoas que podem ser remuneradas ou não para exercerem o comando da entidade. A exemplo de outros tipos de entidade, existe a possibilidade de conflitos de interesses pessoais que podem prejudicar

o desenvolvimento destas instituições. Estes interesses pessoais podem resultar em desvio de finalidade da instituição e conseqüente má gestão dos recursos em pró de benefícios particulares.

Neste contexto, foi analisado o amparo legal referente à remuneração de dirigentes em fundações. Além disso, foi verificado, através da análise das prestações de contas das fundações, encaminhadas anualmente ao Ministério Público de Santa Catarina, o nível de remuneração de dirigentes praticado nas fundações do Estado, e os seus reflexos sobre o patrimônio destas instituições.

Assim, este estudo analisa de forma prática os aspectos legais a respeito da remuneração de dirigentes nas fundações do estado de Santa Catarina, e os eventuais efeitos sobre o desenvolvimento da entidade.

1 TERCEIRO SETOR E AS FUNDAÇÕES

A expressão Terceiro Setor representa um grupo de entidades movido pela finalidade pública, de interesse coletivo, mas com recursos privados, diferenciando-se assim do Primeiro Setor, o Estado (finalidade pública, recursos públicos), e do Segundo Setor, o Mercado (finalidade privada, recursos privados). Hudson define as características das organizações que formam o Terceiro Setor:

Têm basicamente um objetivo social em vez de procurarem gerar lucro; são independentes do Estado porque são administradas por um grupo independente de pessoas e não fazem parte de um departamento de governo ou de autoridades locais ou de saúde; reinvestem todo o seu saldo financeiro nos serviços que oferecem ou na própria organização (HUDSON, 2002, p. 8).

Conforme lembra o autor, o Terceiro Setor engloba, oficialmente, as entidades jurídicas comprometidas com a ação social. A relevância destas entidades na economia brasileira tem se tornado cada vez mais evidente, em função do seu crescimento e dos serviços prestados. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2002, já existiam cerca de 276 mil entidades sem fins lucrativos no Brasil oficialmente cadastradas, empregando 1,5 milhão de pessoas.

Das entidades cadastradas, 62% foram criadas a partir do ano de 1990, confirmando a tendência de crescimento do setor.

Dentre as entidades do Terceiro Setor, destacam-se as fundações. As fundações privadas são constituídas por escritura pública ou testamento, nos termos do Código Civil e observada a lei de registros públicos (Lei n. 6.015/73), já as fundações públicas, são constituídas por lei e podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado. Existem outras figuras jurídicas relacionadas às fundações, mas que não serão objeto desta pesquisa¹.

Diniz explica que:

A fundação é um complexo de bens livres (universitas bonorum), colocado, por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, sem intuito de lucro, a serviço de um fim lícito e especial com alcance social, em atenção ao disposto em seu estatuto. É, portanto, um patrimônio destinado a uma finalidade socialmente útil, ou seja, filantrópica, que lhe dá unidade (DINIZ, 1998, p. 11).

Como bem observa a autora, as Fundações são entidades sem fins lucrativos, criadas a partir de um patrimônio destacado do patrimônio de seu fundador ou fundadores. São instituídas para finalidades sociais, e seu patrimônio é constituído de bens que passam a ser de interesse coletivo, portanto, passível de controle do Estado. Deste modo, a administração das fundações bem como a manutenção de suas finalidades é de interesse público.

São várias as áreas de atuação das fundações que se estendem desde o apoio a idosos e crianças, passando pela saúde, cultura e educação, até à proteção do meio ambiente. Com a vigência do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), as fundações passaram a ser enquadradas em apenas quatro classificações, conforme explica Guimarães:

O novo Código Civil, no seu parágrafo único do

1 Para aprofundamento do tema, ler o artigo “Fiscalização das contas das fundações: Tribunal de Contas ou Ministério Público”, de Cleber Demetrio Oliveira da Silva, na edição n. 27, ano 05, setembro/outubro de 2004, da revista “Interesse Público”, Editora Notadez, Porto Alegre.

Artigo 62, trás, explicitamente, os fins em razão dos quais uma fundação poderá vir a ser instituída, quais sejam: os fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Não obstante pareça óbvio o ataque a referidas disposições do novo Código Civil e mesmo inevitável o aparecimento de propostas de reforma dessa normativa, a explicitação dos fins das fundações, nesse caso, merece maiores reflexões (GUIMARÃES, 2004, p. 07).

Apesar da necessidade de uma discussão aprofundada sobre o tema, para que novas fundações sejam instituídas deverão ser observados os dispositivos do Código Civil de 2002. E para as que já existem resta apenas a adequação aos novos preceitos legais.

1.1 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS FUNDAÇÕES

O surgimento das fundações pode ser explicado pelo sentimento de amor das pessoas que destinavam uma parte de seu patrimônio para o estudo das artes, ciências, ajuda ao próximo, etc.

Segundo Paes (2003, p.141), “os antecedentes da figura fundacional podem estar localizados no antigo Egito, onde atos filantrópicos, próprios daquela civilização, foram institucionalizados, sendo depois cristalizados com maior consistência na Grécia.” O autor cita ainda como exemplo da figura fundacional a escola criada por Platão, que desenvolvia o ensino do tipo científico-religioso dirigido às musas de Atenas. Platão após dirigir a escola por duas décadas a transmitiu a todos os seus discípulos, para que seus ideais e seu trabalho se perpetuassem.

Ainda segundo o autor, no Brasil o surgimento das fundações pode ser observado a partir do século XVIII, quando:

Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, achou por bem separar parte de seu patrimônio para formar um ‘fundo’ para auxiliar, exclusivamente, os expostos na ‘roda’, que, a partir de seu gesto, passariam a ter tratamento digno ao serem

atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro (PAES, 2003, p. 150).

A preocupação de Romão de Matos Duarte era que os recém nascidos que eram entregues pelas pessoas que não tinham condições de criá-los tivessem direito a uma vida digna, e assim nasceu a “Fundação Romão Matos Duarte”, que funcionando paralelamente à Santa Casa do Rio de Janeiro cuidava dos órfãos cariocas.

Como se pode inferir, já naquela época quando surgiram as fundações, estas tinham como finalidade apenas prestar um serviço de natureza desinteressada para a sociedade, sem que as pessoas envolvidas em sua constituição tivessem qualquer contrapartida financeira ou privilégio específico.

1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O acompanhamento das fundações é feito pelo Ministério Público de cada Estado. A atividade de velamento das fundações prevista pelo Código Civil, em seu art. 66, é baseada no assessoramento e análise de finalidade destas entidades, realizados através da análise de suas prestações de contas.

O Ministério Público age juridicamente, procurando fiscalizar o funcionamento das fundações, para controle e adequação das atividades de cada instituição a seus fins, e para garantir a legalidade e a moralidade dos atos de seus administradores. No Brasil, o Ministério Público de cada Estado da federação tem autonomia para definir sua própria estrutura quanto ao velamento das fundações. Segundo Rafael:

Em qualquer parte do mundo, qualquer fundação é velada desde o seu nascimento até sua eventual extinção, por uma Autoridade Pública. Esta velação pública encontra respaldo nas mais variadas leis de cada país, evitando-se, com isto, conquanto possível, qualquer eventual mudança estatutária na administração da entidade, mesmo depois da morte de seu instituidor. [...] No Brasil, a Autoridade Pública para velar as fundações é sempre um representante do Ministério Público

(RAFAEL, 1997, p. 239).

O Ministério Público estadual atua desde a aprovação do estatuto de constituição das fundações até o seu ato de extinção, quando o patrimônio remanescente é transferido a outra fundação com finalidade congênere. Todo e qualquer ato que venha a gerar algum risco em relação à integridade e liquidez do seu patrimônio deve ter sua aprovação requerida ao Ministério Público.

1.3 LEGISLAÇÃO

O número de normas no Brasil acerca de fundações é pequeno e recente, mesmo considerando a importância do tema. Segundo Paes:

[...] só se ouviu falar de fundações no início deste século. A Lei n. 173, de 10 de setembro de 1903, conferia personalidade jurídica a entidades com fins lucrativos, científicos e religiosos, não obstante a doutrina, com Martinho Garcez, já reconhecer a figura jurídica fundacional mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil (PAES, 2003, p. 153).

Foi, então, com a edição da Lei n. 3.071, de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916), que as fundações privadas tiveram seu nascimento legal. Os artigos 24 e 25, da referida norma, passaram a disciplinar como poderia ser instituída uma fundação, e o artigo 26 e seus parágrafos 1º e 2º definiram que ficaria a cargo do Ministério Público seu velamento, conforme segue:

Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.

§ 1º Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.

§ 2º Aplica-se ao Distrito Federal e aos Territórios não constituídos em Estados o aqui disposto quanto a estes.

Após oitenta e seis anos, aproximadamente, o ordenamento jurí-

dico brasileiro recebeu o novo Código Civil, editado por meio da Lei n. 10.406, de janeiro de 2002. A nova legislação trouxe algumas novidades em relação à essência das fundações privadas, mas manteve o Ministério Público como responsável por seu velamento, *in verbis*:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

[...]

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

No Ministério Público do estado de Santa Catarina foi editado o Ato n. 125, no ano de 2005, que regulamentou as atividades administrativas na área de fundações. Neste ato estão dispostas entre outras informações, a criação e extinção de fundações, e orientações quanto a elaboração e alteração estatutária, como transcrevemos a seguir:

ATO N° 125/2005/PGJ

[...]

Art. 1º Regular as atividades administrativas a serem realizadas pelas Promotorias de Justiça que detêm a atribuição de velamento das

fundações de direito privado, consoante as normas dos arts. 62 a 69 do Código Civil e dos arts. 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil.

Com objetivo de definir quais os requisitos que devem ser cumpridos pelas fundações para obterem os benefícios fiscais previstos na Constituição Federal de 1988, outras normas surgiram. O Art. 150, VI, “c”, da Carta Política brasileira assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

As fundações estariam inseridas no grupo das instituições de educação ou assistência social, sem fins lucrativos. Mas para receberem o benefício disposto no texto constitucional devem atender “os requisitos da lei”.

Na União, nos Estados e nos Municípios foram editadas leis complementares definindo os requisitos para que as fundações pudessem obter os benefícios fiscais. Uma das imposições percebidas foi a vedação à remuneração de seus dirigentes para o recebimento de títulos de utilidade pública. Quanto a esta matéria existem alguns dispositivos em nível federal, estadual e municipal. Neste estudo serão apontados apenas os dispositivos federais e do estado de Santa Catarina.

O Decreto n. 50.517, de maio de 1961; que regulamenta a Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, que dispõe sobre a declaração de utilidade pública, em seu artigo 2º, item “d”; define como requisito para a obtenção do título a perspectiva de que na entidade “não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e de que não distribui lucros,

bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto”.

Já a Lei n. 9.532, editada no ano de 1997, em seu artigo 12, § 2º, alínea “a”, define que a fundação não poderá remunerar seus dirigentes se desejar dispor dos benefícios da imunidade dos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, in verbis:

Art. 12. Para efeito do disposto no artigo 150, inciso IV, alínea “c”, da Constituição, de 5 de outubro de 1988, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

[...]

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados.

Para receber o título de utilidade pública, seja na esfera federal ou estadual deverá também não remunerar seus dirigentes. O Decreto n. 2.536, de abril de 1998, em seu artigo 2º, inciso VII, é a norma, na esfera federal que veda a remuneração de dirigentes para o recebimento do título de utilidade pública, conforme pode ser observado a seguir:

Art. 2º - Considera-se entidade beneficente de assistência social, para os fins deste Decreto, a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue no sentido de:

[...]

VIII - não perceberem seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, benfeitores ou equivalente remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em

razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

A concessão da utilidade pública municipal costuma seguir a mesma série de pré-requisitos exigidos pela lei federal, principalmente no que se refere à remuneração de dirigentes.

No âmbito do estado de Santa Catarina a norma que veda a remuneração de dirigentes, para a obtenção do título de utilidade pública, é a Lei n. 10.436, de julho de 1997, que em seu artigo 2º, inciso VI, assim dispõe:

Art. 2º - O pedido de declaração de Utilidade Pública será encaminhado pela entidade interessada à Assembléia Legislativa, que apresentará o projeto de lei, obedecidos os seguintes requisitos:

[...]

VI - que não sejam remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribua lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto.

Como podemos observar, apesar de as fundações já existirem a aproximadamente noventa anos, a preocupação com estas organizações parece ter começado há pouco tempo, principalmente quando abordamos os requisitos que devem ser cumpridos para o recebimento dos benefícios apontados na Constituição Federal. Os principais motivos para a ocorrência deste fato podem ser o crescimento do número de instituições a partir dos anos 90 e a necessidade de sua regulamentação e organização.

Contudo a discussão da aplicação da remuneração de dirigentes não pode se limitar apenas à questão da legalidade: existem outros aspectos que devem ser considerados. Quando uma fundação é criada imagina-se que seus instituidores estejam se engajando em uma causa social sem qualquer interesse particular, já que as fundações deveriam ser criadas com essa finalidade, pois normalmente alguém destaca parte de seu patrimônio para essa organização não governamental com o

objetivo de atender uma demanda que o Estado não está conseguindo satisfazer.

Na tendência imposta ao Estado moderno, na busca de novas estruturas de atendimento às questões sociais, as organizações privadas de interesse público, o chamado terceiro setor, são um caminho propício para a consecução dos mandamentos constitucionais que asseguram a dignidade humana e a cidadania, vez que essas entidades constituem-se sem quaisquer fins lucrativos ou econômicos, para prestar serviços de relevância pública, desenvolvendo ações que são públicas, mas não estatais.

De acordo com Rafael:

As Fundações aceitas como pessoas jurídicas na maioria dos países de legislação moderna, são a forma utilizada por pessoas ricas que, pensando em seus semelhantes de forma não egoísta, procuram fazer o bem para toda a comunidade ou, pelo menos, parte dela (RAFAEL, 1997, p. 62).

Na mesma linha de pensamento Resende explica que o principal motivo pelo qual deve ser criada uma fundação é:

[...] deixarmos de lado o atávico conceito de que ser cidadão consiste apenas no direito de votar e ser votado e assumirmos nossas responsabilidades nas questões de interesses coletivos revogando as *leis de gerson* e sepultando os conceitos de *messias* e *pais da pátria*, que solucionarão todos os nossos problemas, situações infelizmente tão arraigadas em nossa cultura colonial, vez que somos todos responsáveis, de uma forma ou de outra, tanto pelas mazelas quanto pelas coisas boas de nossa sociedade (RESENDE, 1997, p. 30).

A noção de fundação apresentada pelos autores nos dá a exata noção da importância e magnitude da criação de uma fundação. Ela não está adstrita a qualquer fim lucrativo ou econômico e seu papel é, a partir de um patrimônio particular, satisfazer demandas sociais.

Quando se aborda a palavra “dirigente” neste trabalho, está se

referindo justamente àquelas pessoas que são as principais interessadas em gerir a fundação para que ela alcance o seu fim, tomando decisões de cunho estratégico para a sobrevivência da entidade, sem qualquer interesse financeiro pessoal. Os dirigentes ocupam os cargos do Conselho Curador, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal, estrutura mínima para criação de uma fundação. Esses cargos devem ser ocupados por pessoas da sociedade que estejam dispostas a realizar um trabalho voluntário, desprovidas de interesses financeiros particulares, para a concretização dos objetivos da instituição.

É salutar esclarecer que não somos contra a remuneração de pessoas que trabalham nas fundações na qualidade de empregados, inclusive seus administradores, pois são profissionais, e devem ter seus direitos trabalhistas garantidos. Mas estes profissionais não podem integrar nenhum dos órgãos que são ocupados por dirigentes, pois caso contrário a instituição seria privada dos benefícios fiscais e sua continuidade ficaria comprometida. Além disso, a entidade incorreria num problema de segregação de funções, pois o dirigente, na qualidade de gestor, teria condições de deliberar sobre assuntos de seu próprio interesse, como são o salário e eventuais benefícios trabalhistas, de forma desprovida de imparcialidade. Mas se uma das marcas mais importantes dessas instituições é a disposição voluntária dos seus instituidores que entregam seu patrimônio para que uma determinada necessidade social seja satisfeita, como entender que seus dirigentes possam pensar em compensação financeira?

Por essa ótica, a remuneração dos dirigentes de fundações é uma prática conflitante com a sua natureza e origem, pois se configura numa realidade de uma entidade econômica, e não de uma entidade social como é o caso de uma fundação.

O que se tem observado na vida das fundações é que a realidade é bem diferente. E como já explicamos anteriormente, não há impedimento legal para a remuneração de dirigentes de fundações, estas podem remunerá-los. Entretanto, para aquelas que insistem em remunerá-los, devem avaliar com muito cuidado sua adequação e os reflexos que podem advir ao patrimônio por conta deste dispêndio. E é sobre este assunto que irá se tratar no capítulo seguinte.

2 METODOLOGIA

O objetivo desta pesquisa é analisar de forma prática o entendimento legal a respeito da remuneração de dirigentes nas fundações do estado de Santa Catarina, e os eventuais efeitos dessa remuneração sobre o patrimônio destas entidades. No âmbito desta análise, “dirigente” é entendido como o integrante de qualquer dos órgãos de gestão previstos pelo estatuto da fundação, órgãos estes destinados a deliberar sobre os procedimentos estratégicos relacionados à manutenção da entidade.

No sentido de compreender os aspectos legais associados à remuneração de dirigentes em fundações e seus reflexos no patrimônio fundacional, esta pesquisa tem caráter exploratório, uma vez que não foi constatado nenhum estudo mais aprofundado. Gil (1995, p. 45) explica que “Pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato”, o que confere com a proposta deste estudo, no sentido de viabilizar uma visualização geral do reflexo da remuneração de dirigentes sobre o patrimônio das fundações. O levantamento e análise da legislação relacionada à remuneração de dirigentes é realizada a partir de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa é realizada a partir de uma abordagem qualitativa e quantitativa. A abordagem qualitativa pode ser apreciada quando da análise dos dados, presente na comparação entre as previsões legais e a prática desenvolvida nas fundações no que se refere à remuneração de dirigentes. No entanto, a análise utilizada na visualização dos reflexos da remuneração de dirigentes sobre o patrimônio das fundações é predominantemente quantitativa.

Segundo Richardson:

O método quantitativo, como o próprio nome indica, caracteriza-se pelo emprego da quantificação tanto nas modalidades de coleta de informações, quanto no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas, desde a mais simples como percentual, média, desvio padrão, às mais complexas, como coeficientes de correlação, análise de regressão, etc. (RICHARDSON, 1996, p. 70)

Os métodos utilizados restringem-se à estatística descritiva, com apontamentos de níveis de receitas, despesas gerais e despesas de pessoal das fundações analisadas.

Para evidenciar os reflexos da remuneração de dirigentes sobre o patrimônio das fundações, foi elaborada uma abordagem específica, analisando-se as remunerações praticadas nas 15 (quinze) fundações com as maiores receitas da área de Educação e Pesquisa, que estão cadastradas no banco de dados do Ministério Público de Santa Catarina, apresentadas no Quadro 1.

Os dados analisados foram extraídos da prestação de contas do ano de 2004 de cada fundação, no Sistema de Cadastro de Prestações de Contas (SICAP), que é o software utilizado pelas fundações para remessa da prestação de contas anual ao Ministério Público de Santa Catarina.

Abordaremos nesta pesquisa as fundações privadas, que são aquelas constituídas por escritura pública ou testamento, nos termos do Código Civil e observada a lei de registros públicos (Lei n. 6.015/73), e também as fundações públicas, constituídas por lei, com personalidade jurídica de direito privado.

Convém explicar que serão objetos da pesquisa, no caso das fundações públicas, apenas as com personalidade jurídica de direito privado que recebem menos de 50% (cinquenta por cento) de sua receita do Orçamento Público, já que estas também são veladas pelo Ministério Público. Logo quando mencionarmos a palavra “fundação” no texto será sobre estas instituições que estaremos nos referindo.

QUADRO 1 - FUNDAÇÕES DA ÁREA DE EDUCAÇÃO E PESQUISA ANALISADAS

Ordem	Fundação	Município	Registro	Número de Vínculos em 31/12/2004
1	Fundação Universidade do Vale do Itajaí	Itajai	11/11/1970	2981

2	Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina	Tubarão	08/02/1968	2596
3	Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina	Joaçaba	30/08/1970	1271
4	Fundação Educacional de Criciúma	Criciúma	22/6/1968	1224
5	Fundação Educacional da Região de Joinville	Joinville	17/06/1967	1079
6	Fundação Universitária do Desenvolvimento do Oeste	Chapecó	17/06/1971	700
7	Fundação Universidade do Contestado Campus Universitário de Canoinhas	Canoinhas	11/03/1972	527
8	Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense	Lages	23/12/1987	432
9	Fundação Universidade do Contestado - Campus Universitário de Caçador	Caçador	16/09/1980	382
10	Fundação Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí	Rio do Sul	29/08/1966	362
11	Fundação Educacional Regional Jaraguense	Jaraguá do Sul	11/11/1977	422
12	Fundação Universidade do Contestado	Mafra	03/05/1995	306
13	Fundação Centros de Referência em Tecnologias Inovadoras	Florianópolis	31/10/1984	76
14	Fundação de Ensino e Engenharia de Santa Catarina	Florianópolis	18/05/1966	250
15	Fundação Universidade do Contestado - Campus de Curitibaanos	Curitibanos	13/07/1977	180

Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

Os dados foram solicitados por meio de ofício remetido ao Coordenador do Centro de Apoio à Cidadania e às Fundações (CCF). A escolha da área de Educação e Pesquisa ocorreu em função da experiência dos pesquisadores na análise de prestações de contas de fundações. As fundações desta área são as que movimentam o maior volume de recursos², e são as que geralmente vinculam diretores de unidades administrativas, chefes de departamentos de cursos, responsáveis por projetos, reitores e pró-reitores como integrantes dos conselhos de gestão da fundação, configurando remuneração indireta de dirigentes, uma vez que estes integrantes de conselhos de gestão não são remunerados, necessariamente, por desempenharem função nos conselhos de gestão.

O número de fundações escolhido é explicado pela informação trazida pela Tabela 1.

TABELA 1 - SELEÇÃO FUNDAÇÕES DA ÁREA DE EDUCAÇÃO E PESQUISA DE 2004

Critério	Número de Fundações	%	Receitas	%
Todas as Fundações da área	52	100,00%	R\$ 740.052.753,49	100,00%
Fundações com receitas acima de 4 milhões de reais	15	28,85%	R\$ 701.813.656,59	94,83%

Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

As fundações com receitas em 2004 que ultrapassaram os 4 (quatro) milhões de reais auferiram quase 95% das receitas de todas as fundações da área de Educação e Pesquisa juntas, um dado que revela o potencial das fundações desta área para o estudo.

O levantamento da proporção de remunerações pagas a dirigentes nas fundações analisadas foi elaborada através do cruzamento de

2 Ver SILVEIRA, D. ; BORBA, J. A. ; BORGERT, A. *Resultados de Fundações Privadas: Uma Análise do Desempenho Operacional por Área de Atuação das Fundações de Santa Catarina*. In: Estratégias para o Desenvolvimento Sustentável das Organizações, 2006, Balneário Camboriú-SC.

dados cadastrais dos integrantes dos órgãos de gestão das fundações com a respectiva Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), onde são informadas as remunerações anuais de todos os funcionários da entidade. A limitação desta abordagem é que não foram verificados quaisquer outros tipos de remunerações que não circulam pela folha de pagamentos.

Apesar da identificação das fundações analisadas no Quadro 1, não foi objeto da análise identificar os dados da remuneração de dirigentes em cada fundação. O objetivo era evidenciar de forma geral se as fundações remuneram e em quanto remuneram os integrantes dos órgãos administrativos das fundações.

3 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A não remuneração de dirigentes é geralmente imprescindível para a obtenção dos títulos de utilidade pública e conseqüentes benefícios fiscais. Outros benefícios decorrentes da não remuneração também podem ser obtidos, conforme se observa na Tabela 2. Entretanto observou-se que há um número de fundações que mesmo remunerando seus dirigentes possuem tais benefícios.

TABELA 2 - PECULIARIDADES ATRIBUÍDAS ÀS FUNDAÇÕES ANALISADAS

Peculiaridade	Número de Fundações	%
Declaração de Utilidade Pública Municipal	15	100,00%
Declaração de Utilidade Pública Estadual	14	93,33%
Declaração de Utilidade Pública Federal	9	60,00%
Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social	6	40,00%
Isenção da Cota Patronal do INSS	10	66,67%
Contabilidade Interna	15	100,00%
Universidades	13	86,67%

Previdência Complementar	4	26,67%
--------------------------	---	--------

Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

A simples manutenção da Declaração de Utilidade Pública Municipal já obriga todas as fundações analisadas a não remunerarem direta ou indiretamente seus dirigentes, conforme visto do decorrer deste trabalho. No entanto, 14 fundações (93%) detêm também a Declaração de Utilidade Pública Estadual, e 9 fundações (60%) a Federal.

A obtenção do CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social) também depende da não remuneração de dirigentes. O CEBAS é o título que se configura como um dos pré-requisitos para a obtenção de isenção da cota patronal do INSS. Percebemos uma diferença de quatro fundações que apresentam a isenção e não o CEBAS. Isto acontece em função da tramitação de julgamento pelo Conselho Nacional de Assistência Social ou pelo próprio Poder Judiciário da concessão da isenção à entidade solicitante. Apesar da tramitação, as fundações detectadas têm respaldo da justiça para manterem a isenção. As dez fundações que detêm a isenção, deixaram de arrecadar R\$ 65.364.523,22 aos cofres públicos.

Das 15 fundações analisadas, 13 (86%) são universidades, configurando cenário típico da experiência obtida pelos pesquisadores. Quatro delas mantêm programa de aposentadoria complementar, benefício pago pelas fundações em pró da complementação de renda de seus funcionários inativos.

Na Tabela 3 é apresentada a proporção de dirigentes remunerados no total das fundações.

TABELA 3 - DADOS SOBRE OS INTEGRANTES DOS CONSELHOS DE GESTÃO

Item	Total
Número de Integrantes dos Conselhos de Gestão	648
Número de Integrantes dos Conselhos de Gestão com vínculo Empregatício com a Fundação	345

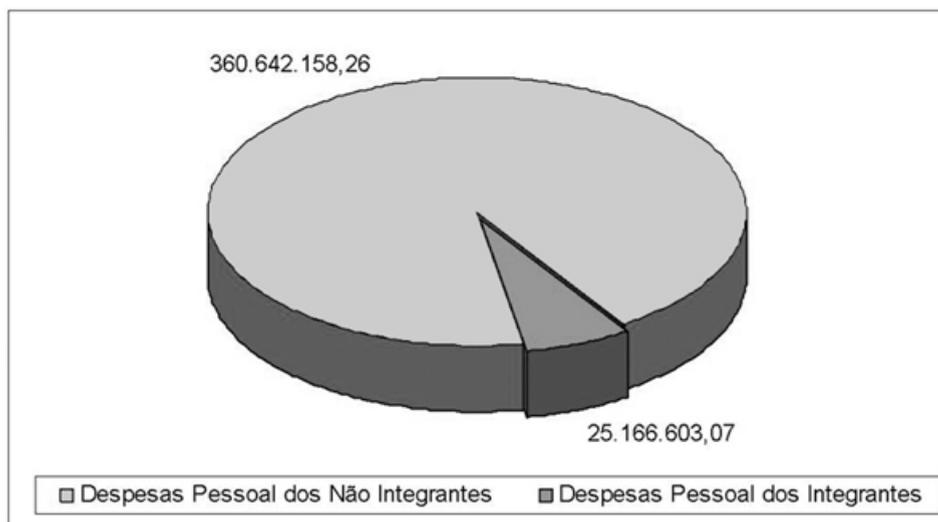
% de Integrantes com Vínculo s/ Integrantes dos Conselhos de Gestão	53,24%
---	--------

Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

Mais da metade dos integrantes dos órgãos de gestão das fundações analisadas é remunerada, configurando tipicamente a situação apontada anteriormente de remunerar o integrante por ele ser funcionário da fundação, e não, necessariamente, por sua função no órgão de gestão. Das 15 fundações analisadas, 14 (93%) apresentam dirigentes remunerados indiretamente em seu quadro de funcionários, configurando expressamente uma descaracterização do pré-requisito básico para a manutenção dos títulos de utilidade pública: a não remuneração de seus dirigentes.

O total das despesas de pessoal (R\$ 385.808.761,33) de todas as fundações juntas representa 54,78% da despesa geral (R\$ 704.330.521,22) destas entidades no ano de 2004. A proporção da remuneração total dos dirigentes (R\$ 25.166.603,07) nas despesas de pessoal das fundações analisadas é evidenciada na Figura 1.

FIGURA 1 - PROPORÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES NA DESPESA DE PESSOAL (EM R\$)



Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

Da despesa total de pessoal das fundações analisadas, 6,52% refere-se à remuneração dos dirigentes que, atuando nos órgãos de gestão, tem condições de deliberarem diretamente sobre suas próprias condições de trabalho e respectivas remunerações.

No Tabela 4 é apresentado o reflexo direto da remuneração dos dirigentes sobre o resultado das fundações.

TABELA 4 - REFLEXOS DA REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES SOBRE O RESULTADO DAS FUNDAÇÕES

Item	Total	Média por Fundação
(+) Receitas	R\$ 701.813.656,59	R\$ 46.787.577,11
(-) Despesas	R\$ 704.330.521,22	R\$ 46.955.368,08
Resultado	R\$ (2.516.864,63)	R\$ (167.790,98)
(+) Ajuste - Despesa de Pessoal com os Integrantes dos Conselhos de Gestão	R\$ 25.166.603,07	R\$ 1.677.773,54
Resultado Ajustado	R\$ 22.649.738,44	R\$ 1.509.982,56

Fonte: Ministério Público de Santa Catarina.

Segundo os dados da análise, as fundações apresentam um déficit médio de R\$ 167.790,98. Caso não ocorresse a remuneração de dirigentes nas fundações analisadas, seu resultado deixaria de ser o déficit médio citado, e passaria a ser um superávit médio de R\$ 1.509.982,56, em já que a despesa média com remuneração de dirigentes na ordem de R\$ 1.677.773,54 não seria incorrida.

Evidentemente parte desta remuneração não poderia simplesmente deixar de ser paga, pois se refere a salários de funcionários importantes na administração operacional da fundação. Mas as despesas desta natureza poderiam ser otimizadas com a substituição dos dirigentes por pessoas externas à fundação nos conselhos de gestão. Assim, a partir de decisões estratégicas e neutras, os salários destes funcionários poderiam

ser ajustados ao valor de mercado.

Vale lembrar que não estão sendo analisados aqui os reflexos decorrentes da remuneração indevida de dirigentes. Se fossem inviabilizados os benefícios fiscais em função da remuneração indevida de dirigentes, as despesas poderiam ser ainda maiores, em função do pagamento de tributos e multas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Terceiro Setor envolve inúmeras organizações não governamentais que foram criadas para exercerem finalidade de interesse público, e por isso contam com o apoio do próprio Estado e da sociedade civil para custearem suas atividades.

Na presente pesquisa, elaboramos um estudo sobre a remuneração de “dirigentes” em fundações privadas e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado que recebem menos de 50% (cinquenta por cento) do Orçamento do Público, enfocando aspectos legais, morais e o reflexo desta despesa no patrimônio das entidades, já que apresentam normalmente em seus quadros pessoas que são remuneradas ou não, para exercerem o comando da entidade.

Estudando estas fundações percebemos que as da área de educação, especificamente, têm se configurado mais como um tipo de empreendimento onde existe um hiato significativo entre a teoria e a prática. O seu surgimento foi caracterizado pela satisfação de uma necessidade coletiva, e sua regulação foi elaborada no sentido de dar respaldo e credibilidade à sua manutenção. No entanto, a má interpretação de alguns de seus dispositivos normativos, principalmente em função de interesses particulares, acabou por desvirtuar determinados procedimentos.

A insuficiência do Estado em sanar as necessidades da coletividade se estendeu também à fiscalização destas instituições que, por serem consideradas instituições de grande utilidade e credibilidade, em função de sua finalidade pública, deixam de ser fiscalizadas com maior rigor, possibilitando abusos e disponibilização de recursos a quem não está realmente interessado em complementar as atividades estatais.

Como resultado da pesquisa, foi apresentado o reflexo da remun-

neração de dirigentes no patrimônio das fundações. O que se pode perceber, em primeiro lugar, foi a existência de pessoas remuneradas pertencentes aos órgãos de gestão, mesmo havendo vedação legal. A segunda constatação, não menos importante, é que os recursos despendidos na remuneração de dirigentes influencia diretamente no resultado patrimonial das entidades, principalmente se for considerado que os benefícios fiscais podem ser cancelados.

É necessária uma revisão nos instrumentos normativos que regulam as fundações, bem como dos requisitos para obtenção de benefícios fiscais. Procedimentos de fiscalização e acompanhamento devem ser otimizados com o objetivo de dar maior credibilidade à atuação destas instituições que, a cada dia, ganham mais importância em função de sua atuação, e da complexidade trazida pela desigualdade social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. **Decreto n. 2.536**, de 06 de abril de 1998. Dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

_____. **Decreto n. 50.517**, de 02 de maio de 1961. Regulamenta a Lei 91, de 28 de agosto de 1935, que dispõe sobre a declaração de utilidade pública.

_____. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

_____. **Lei n. 9.532**, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil

DINIZ, Maria Helena. **Direito Fundacional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

HUDSON, Mike. **Administrando Organizações do Terceiro Setor: o desafio de administrar sem receita**. Tradução James F. Sunderland Cook. São Paulo: Person Education do Brasil, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil 2002**. Estudos e pesquisas.

Informação Econômica 4. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.** 4. ed. rev., atual. e amp. de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002 (Novo Código Civil). Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

RESENDE, Tomáz de Aquino. **Novo manual de fundações.** Belo Horizonte: Inédita, 1997.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas.** Colaboradores José Augusto de Souza Peres...(et. al.) São Paulo: Atlas, 1999. 3 ed. Rev. e Amp.

SANTA CATARINA. **Ato n. 125/2005/MP**, 17 de agosto de 2005. Regulamentar as atividades administrativas a serem realizadas pelas Promotorias de Justiça que detêm a atribuição de velamento das fundações de direito privado.

_____. **Lei n. 9.540**, de 18 de abril de 1994. Dispõe sobre o reconhecimento de Utilidade Pública Estadual.

_____. **Lei n. 10.436**, de 1º de julho de 1997. Dispõe sobre o reconhecimento de Utilidade Pública Estadual.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **Fiscalização das contas das fundações: Tribunal de Contas ou Ministério Público.** Revista "Interesse Público", ed. n. 27, ano 05. Porto Alegre: Notadez, setembro/outubro 2004.

SILVEIRA, Douglas da; BORBA, José Alonso; BORGERT, Altair. **Resultados de Fundações Privadas: Uma Análise do Desempenho Operacional por Área de Atuação das Fundações de Santa Catarina.** In: Estratégias para o Desenvolvimento Sustentável das Organizações, 2006, Balneário Camboriú-SC.

ESTATUTO DO IDOSO - A IMPLEMENTAÇÃO DE AGÊNCIAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO INTEGRAL À PESSOA IDOSA - BREVE ANÁLISE DO ATUAL PANORAMA NACIONAL

Maristela Nascimento Indalencio
Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI
Promotora de Justiça - Blumenau/SC

SUMÁRIO

Introdução - 1 O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana - 2 O papel das agências oficiais de execução: Polícia, Ministério Público, Judiciário - 3 Panorama atual do sistema de proteção: a implementação da rede de apoio à pessoa idosa - Conclusão - Referências

PALAVRAS-CHAVE: *Estatuto do Idoso; Proteção Integral; Agências públicas específicas de proteção do idoso; Efetividade.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo apresentar um panorama atual da implementação de políticas de proteção ao idoso no Brasil, em especial no que se refere à instalação de agências públicas incumbidas de ações tutelares, órgãos estes cuja criação vem determinada no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e cuja abrangência, aqui, refere-

se aos Conselhos de Idosos (Federal, Estadual e Municipal), às Delegacias, Promotorias e Varas especializadas na proteção dos idosos de todo o país. Trata-se, portanto, de uma visão *parcial* do fenômeno, no sentido de que visa apurar a implementação de uma *parte específica* do sistema de proteção integral previsto em tal normativa, vez que não abrangidas no presente estudo as Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs), nem tampouco as Organizações não Governamentais. Mas nem por isso deixa de se revestir de certa *suficiência* aos propósitos visados, na medida em que atua como indicativo extremamente importante da atuação oficial respectiva e, com ela, da própria efetividade do Estatuto na tutela da dignidade da pessoa idosa pretendida.

É que, como se pretende demonstrar, além da importância fundamental do texto normativo infraconstitucional, a criação de agências específicas para o atendimento do idoso é parte de fundamental importância para a efetividade do projeto tutelar corporificado em aludido sistema. Tal assertiva decorre da natural posição do Estado como importante agente da atuação tutelar da pessoa humana, cabendo-lhe, por seus órgãos, fornecer os meios para a formação de uma cultura de solidariedade e tolerância, servindo como fomentador e garantidor da efetividade de tal ideologia no seio social.

Assim, a presente investigação buscará num primeiro momento tecer considerações acerca do caráter necessário da lei federal nº 10.741/03, apontando ela própria como instrumento primeiro da realização da ideologia tutelar na medida em que delineia expressamente os instrumentos a serem utilizados no referido desiderato, concedendo maior *efetividade* ao comando constitucional respectivo. Na seqüência, irá se traçar algumas observações acerca da necessidade da formação de agências estatais especializadas, seu papel fundamental na incorporação dos valores de tolerância e respeito ao idoso, qualquer que seja sua condição pessoal, econômica ou social. Finalmente, mediante o relato de dados obtidos junto a Tribunais e Procuradorias de Justiça, Secretarias de Segurança Pública e Conselhos Estaduais de Idosos do país, irá se apresentar um quadro das implementações feitas, indicando a existência ou não de Varas, Promotorias e Delegacias *específicas* de tutela do idoso, bem como de Conselhos Municipais, Estaduais e Federal do idoso. De consignar-se, por oportuno, que o método utilizado no tratamento dos

dados da presente pesquisa foi o Indutivo.¹

Vale observar, desde já, a idéia evidente de que a ausência de atribuições e competências exclusivas, por si só, não torna inoperante o Estatuto na realidade jurídica nacional, mas o fazem sensivelmente menos efetivo, dada a dispersão da tutela e a inegável ausência de uma maior concentração de esforços.

Concluir-se-á, ao final, que embora ainda incipiente, a implementação de varas, promotorias, delegacias e conselhos voltados especificamente para a tutela da pessoa idosa pode ser considerada uma tendência irrefreável e que sua adoção pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelo Poder Executivo não é mais que a tradução clara da absorção dos preceitos constitucionais pelo Poder Público em um de seus aspectos mais sensíveis, formando primeiro e importante passo para a definitiva incorporação da ideologia tutelar e com ela uma forte política de inclusão social e respeito ao idoso.

1 O ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003) COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao contrário de determinadas culturas, onde a velhice é relacionada à maturidade e à sabedoria, na moderna sociedade capitalista de consumo o idoso é tratado de forma extremamente preconceituosa, visto e tratado como hipossuficiente, ou seja, um indivíduo cuja precária condição físico-biológica não lhe confere condições de ingressar na esfera competitiva própria ao mercado. Ademais, como se encontra afastado da cadeia produtiva (não por acaso o núcleo formador das associações em defesa do idoso formou-se junto a grupos de aposentados), o idoso também não é considerado como consumidor em potencial e, logo, salvo poucas exceções, permanece em constante situação de desigualdade social, inserindo-se em um mundo que não parece admiti-lo com a mesma facilidade de outros grupos.

Daí porque a existência de uma peculiar situação de desigual-

1 “Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral: este é o denominado **Método Indutivo**.” PASSOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p.104.

dade jurídica, fazendo surgir a necessidade de instrumentos jurídicos para o restabelecimento da necessária isonomia e reafirmação da dignidade dos indivíduos pertencentes a tal segmento social. Nesse passo, é na regulamentação inerente a legislação infra-constitucional que se encontra o *locus* decisivo para a implementação de tal diretriz política fundamental, especificando e assim delimitando de forma clara e efetiva os meios para a formação de um sistema jurídico próprio, suficiente para o reforço da implementação de uma cultura de plena inserção social do idoso.

É que a Constituição, embora fundamente e imponha a tutela do hipossuficiente (de onde a especial referência ao idoso² e a outros segmentos sociais - criança e adolescente, índios etc.), por si só, acaba não fornecendo o potencial necessário a efetivação concreta de tais direitos. Em um país de recente tradição democrática, a legislação infraconstitucional, ao cumprir a função de regulamentar o texto maior, acaba ganhando uma dimensão muito mais significativa, quase que imprescindível mesmo para a superação da desconfiança e má vontade inerente ao conservadorismo jurídico peculiar às instituições jurídicas brasileiras: não raro, basta conste do texto constitucional a referência a que tal ou qual direito é garantido “na forma da lei”, para que se condicione a efetividade de garantias com previsão na Constituição à exigência de posterior regulamentação infraconstitucional, daí derivando gravíssimas conseqüências jurídicas. A positivação, portanto, é ainda uma necessidade, possibilitando fazer frente à tradição jurídica brasileira e sua atávica tendência ao legalismo, permitindo que um instrumento de tutela jurídica não reste esvaziado por falta de norma regulamentar.

O Estatuto do Idoso, instituído pela lei federal nº 10.741/03, portanto, teve como mérito primeiro dar maior concretude à tutela da pessoa idosa, evitando que a falta de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional e se agudizasse o processo de exclusão social dos indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos de idade.

No que toca a suas disposições normativas e sua finalidade instrumental, deve-se destacar, inicialmente, ter sido edificado, o texto em exame, sob o manto de uma ideologia - a ideologia da proteção

2 “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”(Constituição Federal, artigo 230, caput).

integral (antes já utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente) incorporando-a e reafirmando-a em todos os seus institutos, buscando resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social. Daí porque estabelece *posições de vantagem* tendentes a suprimir as diferenças concretas (vagas em estacionamentos, não pagamento de tarifas ligadas ao transporte coletivo, prioridade de atendimento junto a prestadores de serviços, principalmente junto aos órgãos incumbidos da saúde pública, preferência processual etc.), cria órgãos tendentes à efetivação de tais vantagens (conselhos municipais etc.) e, principalmente, fornece instrumentos para responsabilização da sociedade, da família e do Estado em caso de omissão relativa a qualquer forma de proteção do idoso contra toda forma de violência, dando efetividade à diretriz constitucional em seus múltiplos aspectos, atuando de modo decisivo no resgate da dignidade da pessoa humana.

Como pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos:

Sabe-se que a velhice é visualizada pela sociedade brasileira de forma negativa. Em regra, as pessoas fazem de tudo para evitar a velhice, apesar de a natureza empurrar os homens, salvo motivo de força maior, para essa etapa da vida. A visão consoante a qual a velhice é um ciclo faz com que homens e mulheres abdicuem, quando chegam a essa fase da existência, de seus direitos, como se a velhice acarretasse a perda da condição humana. A incorporação dessa idéia torna os idosos seres que ruminam o passado e digam, dia após dia, que seu tempo já passou, esquecendo-se que é o tempo que está no homem e não o contrário. Disso tudo decorre uma séria conseqüência: a apatia política dos idosos. Se o tempo de quem é idoso já passou, já não há como interferir no presente. Assim, os idosos são sutilmente excluídos da sociedade em que vivem.

Logo,

A afirmação de que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da

pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desse fundamento, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda sua vida.³

E aí o contexto em que o texto normativo em questão se insere, atuando como instrumento de efetividade das garantias constitucionais, explicitando-as, instituindo agências dentro do aparelho estatal para sua implementação e incumbindo a sociedade de uma atividade participativa e fiscalizadora, sempre voltada à integração do idoso à vida comum democrática.

Por isso que, fundamentalmente,

O **Estatuto do Idoso**, na trilha do Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais um instrumento para a realização da cidadania plena. Ambos têm o propósito de operacionalizar a garantia dos direitos consagrados, por meio de políticas públicas e mecanismos processuais.”⁴

Disso se pode concluir que o Estatuto do Idoso representa um inegável *avanço*, uma *conquista social*, a exemplo do que ocorreu com os chamados direitos sociais. Mas se a positivação garante a existência de direitos, de outro lado, por si só, não é garantia de sua efetividade. A implementação da ideologia da tutela integral passa, dentre outros aspectos, pela atuação estatal (ou, melhor dizendo, pela *intervenção* estatal) e nesse aspecto a instituição de órgãos específicos dentro das agências de controle social fazem-se aspecto fundamental à incorporação social

3 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa**. In LEITE, José Rubens. WOLKMER, Antônio Carlos (organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 133.

4 Nota de introdução assinada pelo Centro de Promoção, Proteção e Defesa de Direitos Humanos da SERTE, in ABREU FILHO, Hélio (organizador). **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004.

do texto.

A dimensão de tal intervenção e o papel de referidas agências, portanto, é outra face do problema que não tem como ser preterida e sua análise, em razão do modelo político adotado na esfera constitucional, é o que se pretende realizar a seguir.

2 O PAPEL DAS AGÊNCIAS OFICIAIS DE EXECUÇÃO: POLÍCIA, MINISTÉRIO PÚBLICO, JUDICIÁRIO E CONSELHOS DE IDOSOS.

Discutir o papel do Estado é algo sempre muito difícil, principalmente porque se trata de indagação cuja resposta passa pelo componente político-ideológico e tal elemento pode ser obtido, muito mais do que pelas palavras, pelo exame das políticas públicas implementadas por determinado governo, em determinado momento histórico.

Dada tal assertiva, não há se descurar ter o Estado Brasileiro optado, a partir de certo momento da última década do século passado, pela adoção ao modelo neo-liberal imposto pelos movimento de globalização, em curso a nível planetário: o mercado passou a se tornar a bússola pelo qual se orientam as práticas públicas, causando um esvaziamento do poder político local e reduzindo a dignidade da pessoa humana a um mero *obstáculo* às políticas de competitividade e de *atração* do capital internacional, sempre volátil, flutuando pelo mundo através dos canais produzidos pela revolução tecnológica, mola mestra da engrenagem globalista. E, pois, em um modelo que só conhece consumidores, a pessoa idosa, como todas as demais, só é valorizada enquanto tal, tendo sempre em seu desfavor, todavia, uma agravante: a hipossuficiência, derivada de sua peculiar situação pessoal, fazendo necessária, portanto, a implementação de instrumentos jurídicos para a redução das desigualdades e reafirmação da isonomia constitucional.

Por isso é possível afirmar não ser uma coincidência a edição do Estatuto somente após quinze anos da promulgação da Constituição Federal, valendo mencionar que as leis anteriores eram tão insuficientes e lacônicas que pouco serviam à efetivação do comando constitucional – obrigação do Estado e dever da sociedade, não merecendo maiores

considerações⁵. O reconhecimento da tutela jurídica como forma de garantia da isonomia, assim, pode-se afirmar, veio como uma reação à violenta ideologia em implementação, colocando-se como barreira à não-solidariedade e, mais que isso, resgatando o papel do Estado como garantidor da dignidade humana, mormente em uma realidade tão brutal quanto à brasileira, onde a estratificação social é pautada pela violência e desigualdade, derivada de um modelo excludente sustentado basicamente por uma perversa distribuição de renda.

Seguindo tal aspecto, na linha do que determina o legislador constituinte, o Estatuto do Idoso idealizou a formação de um sistema nacional de proteção da pessoa idosa e visualizou na especialização de agências já presentes no interior da estrutura estatal o instrumento de efetivação primeira de tais direitos.

De fato, dispõe:

A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁶

Assim, reafirmando prática que se iniciou com o Estatuto da Criança e do Adolescente e que agora é reiterada na legislação de proteção da mulher (a chamada “Lei Maria da Penha”), o legislador torna evidente a idéia de que a criação de entes específicos no interior da estrutura de controle social do Estado - embora não exclusiva, é algo de fundamental importância para a implementação da ideologia tutelar, conduzindo a um fenômeno bastante evidente e que pode ser resumido na concentração de esforços, traduzida, em última instância, na maior efetividade da tutela de direitos. A experiência empírica revela que onde existem delegacias especializadas, o atendimento costuma ser melhor dirigido, voltado para as especificidades da pessoa atingida, proporcionando melhores resultados no exame de cada caso e um encaminhamento mais expedito e eficaz à Justiça Criminal, o que ganha enorme dimensão quando se verifica que o primeiro contato do Poder Público com os conflitos individuais dá-se justamente pela via da atuação policial, especialmente no aspecto de registro de ocorrências. A experiência das

5 Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994.

6 Artigo 46 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003.

chamadas Delegacias da Mulher não pode ser desprezada em tal aspecto: foi somente com a instituição de tais órgãos específicos, conduzidos por mulheres e voltadas a amenizar o contato da vítima com o angustiante ambiente policial que as denúncias de maus-tratos e violência sexual começaram a aflorar, descortinando o que, pela afetação da dignidade, permanecia restrito ao ambiente familiar. Ora, muitas das violências cometidas contra o idoso são também levadas a efeito no ambiente familiar e por envolver relações entre parentes tendem a ser vistas como algo estritamente doméstico. A criação de delegacias especializadas, portanto, pode ajudar a romper tal barreira e fazer vir à luz fatos graves que não raro permanecem entre os muros da convivência familiar.

A especialização do Ministério Público, de outro lado, reflete de modo essencial o melhor encaminhamento das investigações civis e da utilização dos acordos (termos de compromisso de ajustamento de conduta) e das ações civis públicas para defesa de direitos difusos e individuais indisponíveis, tornando-o, de modo muito mais efetivo, em um ente de atuação político-social de extrema dimensão.

A criação de varas específicas tende a superar um tradicional problema do Poder Judiciário, consistente na lentidão derivada do volume e do acúmulo de processos. E o tempo, no caso do idoso, é o bem mais escasso.

Paulo Roberto Barbosa Ramos defende que:

A especialização embora muitas vezes possa ter caráter alienante, quando aplicada no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público possui a capacidade de chamar a atenção dessas instituições para os direitos de segmentos marginalizados socialmente, como o dos idosos. Revela-se oportuno, portanto, diante do contingente de idosos que o Brasil já possui, a criação de varas especializadas para tratar de questões que envolvam essas pessoas, especialmente, sendo estas vítimas de violências praticadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, sejam decorrentes de ações

ou omissões.⁷

Por fim, a implementação dos conselhos de idosos (municipais, estaduais e nacional) permite a participação ativa da sociedade civil na formulação de políticas públicas, no controle e acompanhamento de programas e ações de atendimento aos idosos, bem como no gerenciamento de recursos destinados aos fundos da pessoa idosa.

Enfim, diante de todas essas ponderações, parece viável afirmar que a idéia de formação de um sistema de proteção da pessoa idosa e que, em face dela, a especialização de setores do Poder Público voltados para o atendimento de pessoas portadoras de tal característica, representa uma opção válida e que, como tal, realmente sua implementação irá atuar de forma decisiva para a realização do projeto político-jurídico pretendido.

Ponderado isso, cabe agora averiguar como tal diretriz vem sendo implementada nas unidades federativas do país, traçando-se com isso um breve (e, portanto, até certo ponto incompleto) panorama das iniciativas tomadas para a efetivação do comando normativo citado, decorridos já três anos de vigência do Estatuto.

3 PANORAMA ATUAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO: A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA.

Para a avaliação da efetiva implementação do sistema de proteção da pessoa idosa no país a partir da especialização de promotorias e fixação de competências exclusivas a determinadas varas judiciais, existência de delegacias de polícia e conselhos de idosos, foram dirigidos questionamentos a todos os Tribunais do país, a todas as Procuradorias de Justiça respectivas, às Secretarias de Segurança Pública, bem como aos Conselhos Estaduais e Conselho Nacional do Idoso. Embora a criação de varas especializadas e respectivos Conselhos de Idosos dependa de lei (o que não ocorre com as atribuições das Promotorias e das Delegacias de Polícia), não se podendo desconhecer as dificuldades de tramitação de um projeto de lei, como já se vão mais de três anos desde a edição do

7 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice.** Florianópolis: Editora Letras Contemporâneas, 2002, p.98-99.

Estatuto, pareceu razoável a não utilização do tempo como obstáculo à pesquisa. Da mesma forma, desprezou-se aqui qualquer outra dificuldade de ordem política ou administrativa (falta de recursos, falta de juízes e promotores etc.), que assim, não serão tomadas em consideração para qualquer conclusão.

Foram inúmeras correspondências enviadas (via e-mail e por carta via correios), sendo que algumas não restaram respondidas.

Pois, o quadro obtido foi o seguinte:

DADOS - CONSELHO NACIONAL, ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE IDOSOS NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios - 2006

Estado	Ofícios	Conselho Estadual	Conselhos Municipais
ACRE	Carta	Correspondência voltou.	Correspondência voltou
ALAGOAS	E-mail	01 Conselho Estadual	03 Conselhos Municipais
AMAZONAS	Carta	01 Conselho Estadual	02 Conselhos Municipais
AMAPÁ	E-mail	Ainda não foi implementado	
BAHIA	E-mail	01 Conselho Estadual	17 Conselhos Municipais
CEARÁ	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
ESPÍRITO SANTO	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
GOIÁS	E-mail	01 Conselho Estadual	77 Conselhos Municipais
MARANHÃO	E-mail	01 Conselho Estadual	16 Conselhos Municipais
MATO GROSSO	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	01 Conselho Estadual	10 Conselhos Municipais
MINAS GERAIS	Carta	01 Conselho Estadual	71 Conselhos Municipais

PARÁ	E-mail	01 Conselho Estadual	07 Conselhos instalados 18 em fase inicial de mobilização
PARAÍBA	E-mail	Sem resposta	
PARANÁ	E-mail	01 Conselho Estadual	91 Conselhos Municipais
PERNAMBUCO	Carta/ E-mail	01 Conselho Estadual	36 Conselhos Municipais
PIAUI	E-mail	01 Conselho Estadual	17 Conselhos Municipais
RIO DE JANEIRO	E-mail	01 Conselho Estadual	27 Conselhos Municipais
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	01 Conselho Estadual	1 Conselho Municipal em Natal
RIO GRANDE DO SUL	Carta/ E-mail	01 Conselho Estadual	92 Conselhos Municipais
RONDÔNIA	Carta/ E-mail	Sem resposta	Sem resposta
RORAIMA	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
SANTA CATARINA	Carta/ E-mail	01 Conselho Estadual	
SÃO PAULO	Carta/ E-mail	01 Conselho Estadual	270 Conselhos Municipais
SERGIPE	E-mail	01 Conselho Estadual	49 Conselhos Municipais implantados (25 Conselhos funcionando)
TOCANTINS	E-mail	01 Conselho Estadual	13 Conselhos Municipais
DISTRITO FEDERAL	Carta/ E-mail	1 Conselho do Distrito Federal e 1 Conselho Nacional	

DADOS - SECRETARIAS DE SEGURANÇA PÚBLICA - N° DE DELEGACIAS DE IDOSO NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios - 2006

Estado	Ofício enviado	Quantidade de Delegacias Especializadas
--------	----------------	---

ACRE	Carta/E-mail	Sem resposta
ALAGOAS	***	Não foi possível encontrar endereço para entrar em contato
AMAZONAS	Carta	Sem resposta
AMAPÁ	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe projeto de lei tramitando
BAHIA	Carta	Sem resposta
CEARÁ	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada
ESPÍRITO SANTO	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe um Núcleo de Proteção e atendimento ao Idoso criado em 04/09/98
GOIÁS	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe projeto de lei tramitando
MARANHÃO	E-mail	1 Delegacia especializada
MATO GROSSO	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe um Núcleo de Atendimento ao Idoso
MATO GROSSO DO SUL	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada
MINAS GERAIS	Carta/E-mail	Existe a Divisão de Polícia Especializada sobre crimes contra Idoso e Pessoas Portadoras de Deficiência.
PARÁ	---	Não foi possível encontrar endereço para entrar em contato
PARAÍBA	Carta/E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	Não há delegacia especializada
PERNAMBUCO	Carta	Tem um Núcleo de Atendimento ao Idoso
PIAUI	Carta	1 Delegacia Especializada com Psicóloga e Assistente Social
RIO DE JANEIRO	E-mail	1 Delegacia do Idoso
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	Não há delegacia especializada
RIO GRANDE DO SUL	Carta/E-mail	2 Delegacias especializadas 1 Posto Policial de Proteção ao idoso, vinculado à Delegacia de Polícia
RONDÔNIA	E-mail	Não há delegacia especializada
RORAIMA	Carta	Sem resposta

SANTA CATARINA	E-mail	Não há delegacia especializada
SÃO PAULO	Carta/E-mail	Existem 5 Delegacias especializadas
SERGIPE	Carta/E-mail	Sem resposta
TOCANTINS	Carta/E-mail	1 Delegacia Estadual de Proteção à criança, ao adolescente e ao idoso
DISTRITO FEDERAL	Carta/E-mail	Em cada Delegacia Policial Circunscricional existe uma Seção de Atendimento a Idosos e Pessoas com necessidades especiais.

DADOS - PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS NO ATENDIMENTO AO IDOSO NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios - 2006

Estado	Ofício enviado	Quantidade de Promotorias Especializadas
ACRE	E-mail	1 Promotoria Especializada na Defesa da Cidadania e saúde, atuando com idoso
ALAGOAS	Carta/E-mail	Sem resposta
AMAZONAS	Carta	1 Promotoria esp. na proteção e defesa dos dtos. constitucionais do cidadão, (atribuição para atendimento e defesa do idoso)
AMAPÁ	Carta/E-mail	Não há promotoria especializada
BAHIA	Carta/E-mail	Não há Promotoria especializada
CEARÁ	Carta	6 Promotorias especializadas
ESPÍRITO SANTO	Carta/E-mail	Sem Resposta
GOIÁS	Carta/E-mail	Não há Promotoria especializada (124 atuam na área do idoso)
MARANHÃO	Carta	1 Promotoria especializada
MATO GROSSO	E-mail	Não há Promotoria especializada
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	Não há Promotoria especializada
MINAS GERAIS	Carta	1 Promotoria especializada
PARÁ	E-mail	1 Promotoria especializada
PARAÍBA	Carta/E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	1 Promotoria especializada

PERNAMBUCO	Carta/E-mail	1 Promotoria de Justiça (promoção e defesa dos Direitos Humanos e pessoa idosa na capital)
PIAUÍ	Carta/E-mail	1 Promotoria Especializada
RIO DE JANEIRO	Carta	4 Promotorias Especializadas
RIO GRANDE DO NORTE	Carta	1 Promotoria Especializada
RIO GRANDE DO SUL	E-mail	Não há Promotoria especializada, mas na Capital existe 1 Promotor que trata especificamente das questões de idosos
RONDÔNIA	Carta	Sem resposta
RORAIMA	Carta/E-mail	1 Promotoria especializada (Idoso, Consumidor e Cidadania)
SANTA CATARINA	E-mail	Não há Promotoria especializada (111 Promotorias com atribuição na área de Cidadania e Fundações)
SÃO PAULO	Carta	Não há Promotoria especializada (325 Promotorias que dão atendimento ao idoso e 1 grupo de atuação especial de proteção ao idoso - GAEPI)
SERGIPE	E-mail	1 Promotoria Especializada na capital
TOCANTINS	Carta/E-mail	4 Promotorias especializadas
DISTRITO FEDERAL	E-mail	2 Promotorias especializadas

DADOS - VARA JUDICIAIS ESPECIALIZADAS NO ATENDIMENTO AO IDOSO NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail para Presidências e Ouvidorias dos Tribunais

Estado	Ofício enviado	Quantidade de Varas Especializadas
ACRE	E-mail	Sem resposta
ALAGOAS	E-mail	Sem resposta
AMAZONAS	E-mail	Sem resposta
AMAPÁ	E-mail	Não há Vara especializada
BAHIA	E-mail	Sem resposta
CEARÁ	E-mail	Sem resposta

ESPÍRITO SANTO	E-mail	Sem resposta
GOIÁS	E-mail	Sem resposta
MARANHÃO	Carta	Não há Vara Especializada
MATO GROSSO	E-mail	Sem resposta
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	Não há Vara especializada
MINAS GERAIS	E-mail	Não há Vara especializada
PARÁ	E-mail	1 Vara Especializada
PARAÍBA	E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	Sem resposta
PERNAMBUCO	E-mail	1 Juizado Especializado
PIAUÍ	E-mail	Sem resposta
RIO DE JANEIRO	E-mail	Sem resposta
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	Não há Vara especializada
RIO GRANDE DO SUL	E-mail	Sem resposta
RONDÔNIA	E-mail	Não há Vara especializada
RORAIMA	E-mail	Sem resposta
SANTA CATARINA	E-mail	Não há Vara especializada (existem três Varas - Itajaí, Criciúma e São José - que cumulam c/ Infância e Juventude)
SÃO PAULO	Carta	Sem resposta
SERGIPE	E-mail	Sem resposta
TOCANTINS	E-mail	Sem resposta
DISTRITO FEDERAL	E-mail	Central Judicial do Idoso (parceria c/ o Ministério Público do DF)

Pela análise dos dados acima, podemos concluir que, atualmente, nos vinte e seis Estados e na Unidade da Federação (Distrito Federal) existem atualmente:

19 Conselhos Estaduais do Idoso;

799 Conselhos Municipais do Idoso;

11 Delegacias de Polícias especializadas, 03 Núcleos de proteção ao idoso, um Posto Policial de proteção ao idoso e 01 Divisão de Polícia especializada no atendimento aos crimes contra idosos;

27 Promotorias de Justiça especializadas⁸;

Apenas 04 Varas Judiciais⁹ e 01 Juizado Especializado, bem como 01 Central Judicial do Idoso.

À vista do obtido, portanto, pode-se afirmar que muito pouco da rede de proteção ao idoso, composta por Varas, Promotorias e Delegacias especializadas, Conselhos Municipais, Estaduais e Federal foi realmente implementada. De salientar-se, ainda, que, pelas respostas obtidas, alguns Conselhos de Idosos (Estaduais e Municipais), apesar de instalados, não estão em funcionamento e, mesmo assim, foram considerados como implementados na presente pesquisa.

CONCLUSÃO

Do exposto, extrai-se as seguintes conclusões:

1) A positivação de direitos ainda é a melhor maneira de garantir-lhes a existência e sua realização a nível infra-constitucional, mormente em países de forte tradição jurídica conservadora, como o Brasil, onde a simples ocorrência de formulações constitucionais não bastam, é de grande valia. Nesse passo, a edição de um texto como o Estatuto do Idoso é iniciativa imprescindível para o reconhecimento de tais direitos, com a manutenção da isonomia e reafirmação da dignidade enquanto princípios do Estado Democrático e Social de Direito, modelo político adotado pelo Estado Brasileiro.

2) A especialização das agências de controle social é passo importante para a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Quer porque a Constituição obriga o Estado a prestar tal tutela, quer porque somente o Estado possui condições de realizar plenamente a efetivação das garantias individuais e suprir as desigualdades tão próprias à sociedade brasileira, a implementação de Conselhos de idosos, Delegacias especializadas, Promotorias específicas e Varas exclusivas tendem, respectivamente, a potencializar o atendimento, a iniciativa e a solução dos conflitos que envolvam a pessoa idosa, de tal modo

8 Aqui foram consideradas as Promotorias que também acumulam outras atribuições além da especialização.

9 Das quatro Varas consideradas, três acumulam as funções do Idoso com Infância e Juventude.

concorrendo para a reafirmação cotidiana de mencionados direitos e assim influenciando para a incorporação cada vez mais forte de aludida diretriz no corpo social.

3) O exame das iniciativas tomadas por Tribunais, Procuradorias-Gerais de Justiça, Secretarias de Segurança Pública e Conselhos de Idosos do país revela que muito pouco se fez para a implementação das unidades especializadas, fato que inegavelmente se reflete em uma menor efetividade das ações de proteção previstas no Estatuto. Nota-se, todavia, uma clara percepção da necessidade de tomada de tais medidas a curto e médio prazo, o que pressupõe uma certa incorporação da importância da proteção integral prevista no Estatuto, fato que por si só já contribui para a formação de uma cultura de solidariedade, social e jurídica, voltada para o reconhecimento da dignidade da pessoa idosa e da imprescindibilidade de sua inclusão na vida social de forma ativa e suficiente.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Hélio (organizador). **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva,

BRASIL. **Lei nº 10.741/2003**

PASSOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p.104.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa**. In LEITE, José Rubens. WOLKMER, Antônio Carlos (organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RENOVAÇÃO DA CNH E INCONSTITUCIONALIDADE DO CURSO DE DIREÇÃO DEFENSIVA PARA CONDUTORES JÁ HABILITADOS

João José Leal

Doutor em Direito e Professor do Curso de PósGraduação em Ciência

Jurídica – CPCJ/UNIVALI

Procurador de Justiça aposentado

INTRODUÇÃO

Seguindo orientação estabelecida pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (art. 6º, § 1º, da Resolução 168/2004), os DETRANs de todo o país estão obrigando o motorista, que deve renovar sua Carteira Nacional de Habilitação – CNH, a frequentar o Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros. O Curso está sendo exigido de todos os motoristas habilitados até o dia 21 de janeiro de 1998. É que os condutores habilitados após esta data já vem cumprindo tal exigência e isto é perfeitamente válido e razoável.

Com duração de 15 horas/aula, seu conteúdo programático, entre outras questões obrigatórias, é o seguinte: *como evitar acidentes; cuidados com o veículo e demais usuários da via pública; infrações e penalidades; cuidados com a vítima etc.* (Anexo II, item 4, da referida Resolução). Como se vê, os objetivos gerais e específicos do Curso são válidos e úteis para os candidatos à obtenção da primeira Carteira de Habilitação. Para estes, o Curso já integra o conjunto de estudos e de provas teóricas e práticas do extenso e rigoroso Processo de Habilitação.

Portanto, quanto aos novos condutores, cremos que não se pode negar sua validade e utilidade para uma adequada formação de bons

motoristas. Neste caso, cabe reconhecer que a Resolução 168/04 apenas cumpriu determinação expressa estabelecida no Código de Trânsito Brasileiro – CTB.

No entanto, entendemos que o CONTRAN e seus braços administrativos estaduais – os DETRANs – estão cometendo um grave erro políticojurídico ao obrigar o motorista já habilitado a realizar esse Curso.

E isto pelas razões que serão expostas a seguir.

1 UMA NORMA JURIDICAMENTE VAZIA

O CONTRAN fundamenta sua posição no argumento de que o art. 150 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB determina a realização de tal curso, nos seguintes termos:

Ao renovar os exames previstos no *artigo anterior*, o condutor que não tenha curso de direção defensiva e primeiros socorros deverá a eles ser submetido, conforme normatização do CONTRAN.

Não há dúvida de que o texto deste artigo é taxativo ao prescrever que o condutor deve ser submetido ao curso de direção defensiva. Acontece que o CONTRAN, por razões que não se conhecem, ignorou o fato de que o “artigo anterior”, que deveria descrever “os exames” a que faz remissão o próprio art. 150, não existe juridicamente. Basta um olhar de segundos no texto publicado do CTB, para constatar que o art. 149 foi objeto de veto presidencial. Assim, é preciso reconhecer que o comando contido no art. 150 padece de eficácia jurídica, pois lançou suas raízes em terreno juridicamente inexistente.

Além disso, não devemos esquecer que estamos na seara do Direito Administrativo, onde o princípio da estrita legalidade e a regra da interpretação restritiva de suas normas devem ser observados com todo o rigor hermenêutico. Dessa forma, se o conteúdo normativo do art. 149, em que se encontra fundamentado – ou, ao menos, a ele se integra – o art. 150, do CTB, foi banido do mundo jurídico, pela revogação mediante veto de seu dispositivo formal, não é admissível que o órgão administrativo viesse a suprir esse vazio normativo, disciplinando matéria que não chegou ter existência legal.

Este simples argumento, a nosso ver, seria suficiente para que o CONTRAN – sempre cuidadoso e vigilante em sua função maior de disciplinar o trânsito brasileiro – se abstinhasse de editar norma exigindo, *dos motoristas já habilitados*, o curso previsto num dispositivo que faz remissão ao dispositivo legal antecedente, revogado em consequência do veto presidencial.

2 UMA EXIGÊNCIA TARDIAMENTE OBSERVADA

Se o CONTRAN entende que o Curso de Direção Defensiva é juridicamente válido e tecnicamente indispensável para que tenhamos um trânsito mais seguro, é incompreensível a demora em exigí-lo dos motoristas habilitados até janeiro de 1998. Por isso, cabe a indagação: por que, somente a partir de 2004 – seis após a vigência do CTB – o órgão máximo de disciplina do trânsito brasileiro baixou a Resolução 168, com a exigência do referido curso?

Frise-se que, em alguns Estados brasileiros, só recentemente o Curso de Direção Defensiva passou a ser exigido. É o caso do DETRAN de Santa Catarina, que fixou a data de 04.10.2006 para que a renovação da CNH somente possa ser concedida mediante comprovação de *frequência* ao Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros (Resolução 49/2006).

Na ausência de uma justificativa oficial e convincente da parte do CONTRAN, cremos que uma possível explicação é a dúvida que tomou conta dos integrantes do órgão nacional a respeito da legalidade do referido curso. Ficou claro que, durante esses oito anos de vigência do CTB, o CONTRAN hesitou em algumas ocasiões para tomar uma posição definitiva sobre a matéria. Tanto que, mesmo após a edição de sua Resolução 168/2004, prazos diferenciados ou prorrogados foram concedidos aos DETRANs estaduais.

3 OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO

No entanto, cremos que o argumento jurídico mais sólido e contrário à validade do art. 6º, § 1º, da Resolução 168/04, é de que a exi-

gência de *frequência* ao referido curso para a renovação da CNH ofende o princípio constitucional do direito adquirido, consagrado no art. 5º, inciso XXXVI.

Na verdade, o motorista já habilitado cumpriu todo um processo administrativo e foi submetido aos exames necessários para a obtenção da Carteira de Habilitação, de acordo com as normas jurídicas vigentes à época. Em conseqüência, parece certo ter adquirido o direito de conduzir veículo automotor sem estar obrigado a cumprir novas exigências, criadas após a realização de um ato jurídico perfeito e acabado. Principalmente, porque os conhecimentos básicos sobre direção defensiva e primeiros socorros foram implícita e legalmente reconhecidos, no momento em que o motorista obteve sua Carteira de Habilitação.

A partir daí, cremos que o motorista foi considerado legalmente habilitado e adquiriu um direito garantido pela Constituição Federal que não pode ser desconsiderado por uma simples Resolução.

O argumento de que se trata de novos conhecimentos, indispensáveis agora à condução de veículo automotor, não convence. Não será uma simples e descomprometida *frequência* ao curso que poderá garantir maior segurança no trânsito brasileiro. Na verdade, para os motoristas já habilitados, é mais razoável entender que as simples noções de direção defensiva e de primeiros socorros, foram apreendidas durante a experiência de muitos anos (no mínimo, mais de oito anos! se contarmos a partir da vigência no CTB) na prática do volante.

Tanto é verdade que, há muitos anos, milhões de motoristas brasileiros dirigem sem cometer qualquer infração mais grave. E isto é que importa.

O argumento do direito adquirido torna-se ainda mais forte, quando se sabe que não ocorreram mudanças significativas ou substanciais nas condições viárias e automotivas, em relação ao tempo em que os condutores, habilitados até 1998, realizaram os exames necessários à obtenção de suas carteiras de habilitação.

4 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Ao exigir, do motorista habilitado, a simples *frequência* ao Curso

de Direção Defensiva, o CONTRAN está afrontando, também, o princípio da razoabilidade, pois ignora que este condutor, não somente foi considerado apto, mas continua com a plena capacidade de conduzir um veículo automotor com a necessária segurança. O exemplo de milhões de motoristas que dirigem seus veículos sem cometer qualquer infração de trânsito de maior gravidade é uma prova evidente do que estamos afirmando.

Todos sabemos que a doutrina dos princípios jurídicos ganhou uma força extraordinária nas últimas décadas. No caso de nosso país, principalmente, a partir da Constituição de 1988. E não só no campo da Doutrina e da academia. Mas, também, no campo da práxis judiciária, onde trabalhos forenses – petições, pareceres e decisões – cada vez fundamentam-se nos princípios jurídicoconstitucionais.

É verdade que o princípio da razoabilidade não se encontra positivado, de forma expressa, em nenhuma norma de nosso ordenamento jurídico. Mas, inexiste qualquer dúvida: trata-se de princípio que integra e fundamenta nosso sistema jurídico. Em conseqüência, nenhuma norma de qualquer subsistema jurídico – e muito menos do Direito Administrativo – pode ser aplicada ou exigida de seus destinatários senão apresentar um mínimo de razoabilidade.

No caso da norma contida no art. 6º, § 1º, da Resolução 168/04, do CONTRAN, não parece ser razoável exigir, de motoristas já habilitados - todos há mais de oito anos - a freqüência a um curso para, hipoteticamente, obterem informações e conhecimentos que a prática de muitos anos de volante, seguramente, já lhes ensinou. Trata-se, portanto, de exigência que se revela inócua e desnecessária em relação ao fim a que, hipoteticamente, se propõe: mais segurança no trânsito. Por isso, afronta o bom senso e fere o princípio da razoabilidade.

Na verdade, se cumprida esta norma, muito mais que ofensa à regra do bom senso e muito mais que um ato de desrazão jurídica, estaremos admitindo que o Direito possa ser utilizado como instrumento de humilhação humana, porque a cena é, sem dúvida, humilhante: *velhos motoristas, humildemente sentados em bancos de cursinhos, para aprender o que a experiência de 10, 20 ou 30 anos ao volante, há muito já lhes ensinou.*

Humilhados, sim, mas também indignados com mais esta inútil, injusta e desarrazoada exigência que o CONTRAN entende por bem

impingir-nos para a renovação da CNH.

5 MERA FREQUÊNCIA AO CURSO E DESRAZÃO DA EXIGÊNCIA LEGAL

No caso em exame, a ofensa ao princípio da razoabilidade se torna mais evidente quando se verifica que a Resolução 168/04 prevê apenas a *frequência* ao Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros, dispensando a aplicação de provas ou testes para a aferição do conhecimento ou do aproveitamento do candidato. Isto significa que o condutor tem a obrigação de apenas marcar presença nas aulas do curso, sem qualquer compromisso com a aprendizagem do conteúdo ministrado.

Assim, pouco importa se o candidato tomou conhecimento das informações e ensinamentos apresentados nas quinze horas de aula, porque basta-lhe a obtenção de um certificado de mera presença. Este fato demonstra que o CONTRAN não parece preocupado com a efetiva formação dos candidatos à renovação da CNH, no que diz respeito especificamente ao conteúdo deste inútil e desnecessário curso. Ou, então, parece que o CONTRAN, implicitamente, admite que os condutores habilitados, por experiência própria, já adquiriram os conhecimentos mínimos sobre direção defensiva e primeiros socorros.

Diante do fato de que, com a simples e mera frequência, não se está a exigir conhecimentos efetivos sobre a matéria do curso, parece-nos que mais evidente se mostra a ofensa ao bom senso e a ofensa ao princípio da razoabilidade.

6 VINTE E CINCO MILHÕES DE CONDUTORES SUJEITOS À RENOVAÇÃO DA CNH

Finalmente, há o fator econômico-financeiro. Embora não seja uma questão especificamente jurídica, não pode ser ignorada, porque se torna um importante indicador dos interesses que movem os que se encontram do outro lado do balcão do Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros. Estamos nos referindo aos Centros de Formação

de Condutores, entidades ou empresas credenciadas pelos DETRANs e que detêm o monopólio para ministrar o curso sob exame.

Segundo informações divulgadas pelo DENATRAN, estima-se que mais de 25 milhões de motoristas estarão requerendo a renovação da CNH, até o ano de 2010. Pesquisa por nós realizada aponta um custo médio de R\$ 70,00, para a frequência ao curso. Fica difícil fazer um prognóstico em relação ao montante a ser arrecadado, porque há Estados, como o do Rio de Janeiro, em que o valor do curso integra o custo da renovação da CNH. Em São Paulo, os custos são diferenciados: os candidatos não sujeitos à prova e, portanto, a uma eventual reprovação, pagam mais caro.

De qualquer modo, mantida sua obrigatoriedade, o curso movimentará a significativa soma de, no mínimo, *um bilhão de reais*.

É provável que o CONTRAN não se tenha dado conta do montante dos recursos que está sendo carregado para os cofres dos Centros de Formação de Condutores e que serão os grandes beneficiários da aplicação de uma norma administrativa violadora dos princípios do direito adquirido e da razoabilidade.

A questão se torna mais grave na medida em que, prevalecendo a tese da ilegalidade do Curso de Direção Defensiva para motoristas já habilitados, conforme defendemos neste estudo, ficará demonstrado que o CONTRAN, embora involuntariamente, terá contribuído para o enriquecimento indevido de empresas privilegiadas com a chancela oficial do credenciamento pelos órgãos consultivos e executivos de trânsito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os cidadãos-motoristas precisam resistir a mais essa exigência descabida do CONTRAN. Individualmente, o mandado de segurança é o caminho indicado. No entanto, como o valor do Curso é menor do que as custas de um processo, creio que, a continuar a insistência dos órgãos de trânsito, a maioria dos motoristas acabará cumprindo a Resolução.

Resta a alternativa da ação coletiva, em nome dos motoristas como um todo e que precisam ver seus direitos respeitados. Neste caso, tem a palavra o Ministério Público – guardião da ordem jurídica e dos direitos

inerentes à cidadania.

Mas há, também, a alternativa política. Se somos todos bons motoristas, devemos demonstrar também a capacidade de dirigir nossos direitos e defendê-los de eventuais violações praticadas pelo poder público.

AGENTE PROVOCADOR, AGENTE INFILTRADO E O NOVO PARADIGMA DE PROCESSO PENAL

Isaac Sabbá Guimarães

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Promotor de Justiça - Balneário Camboriú/SC

1. A matéria referida à regulamentação dos meios de prova em processo penal é das mais complexas por colocar em confronto direto duas ordens de raciocínio: por um lado, evidencia-se o crescimento do fenômeno criminal em determinados domínios até bem pouco tempo insondáveis, manifestando-se de forma organizada, com a utilização de meios sofisticados e, algumas vezes, ocupando estratos sociais distantes da marginalidade comum (as modalidades dessa nova onda criminal estão especialmente relacionadas com as organizações criminosas, processos de lavagem de dinheiro, tráfico de mulheres, tráfico de drogas e terrorismo), para o que nem sempre a polícia judiciária está preparada, vendo-se na condição de também inovar, agindo com tanta astúcia quanto os criminosos; por outro lado, uma tal circunstância de combate ao crime, que é querida pelas instâncias oficiais do Estado (que deve fazer frente ao risco social representado pela atividade criminal, ela própria fonte criminógena, porque o crime alimenta o crime) e da comunidade, está, por vezes, na zona limítrofe entre o direito e o ilícito, tendo sua legitimidade contestada por afrontar as mais mezinhas noções dos direitos fundamentais e, até mesmo, dos princípios que norteiam o *corpus* jurídico constitucional-processual. Ante a incapacidade de refrear a criminalidade, o Estado – o Estado de direito que se quer material, ultrapassando, portanto, os postulados da Constituição formal –, vê-se na contingência de fazer concessões ao sistema de direitos fundamentais

estruturado durante a primeira *onda do constitucionalismo* (Hauriou), de cariz notadamente liberal e que, em boa verdade, ultrapassou o Estado chamado *burguês* (Schmitt) para se tornar aquele patrimônio irrenunciável da sociedade democrática, seja no tipo de *Welfare State*, seja nesta configuração pós-moderna de Estado (do Estado em crise constitucional, estrutural, ética e de identidade e que já não se conforma com uma rotulação pura e simples), mais ou menos como já havia pronunciado Bobbio num de seus estudos¹. Surge aí, portanto, uma tensão que se manifesta entre a legítima finalidade-dever de minimizar os efeitos da criminalidade sobre a sociedade e a necessidade de preservação do sistema de direitos fundamentais que, para além de conquista da sociedade democrática ocidental é a própria justificativa do Estado que surge, primeiro, nos Estados Unidos da América, depois na França da Revolução de 1789, quando se depõe o *Ancien Régime*.

Mesmo que o momento mais emblemático disso possa ser localizado após o *11 de setembro*, quando a polícia norte-americana passou a lograr facilidades para empreender investigações cujos métodos põem em causa o direito à privacidade, o problema já vem sendo discutido há muito por doutrinadores europeus, ao que parece sempre mais predispostos à defesa de um processo penal *ético* (em consonância com o Estado de direito material, como refere Figueiredo Dias) e que é, portanto, absolutamente contrário ao recurso de práticas ilícitas (ou de caráter oficioso) para o desbaratamento do crime. Entre nós, o tema é novo, e encontra resistência por parte da doutrina abertamente *funcionalista* e mesmo do posicionamento jurisprudencial das mais altas cortes. Mas não temos dúvida de que é hoje uma ingente necessidade sua análise, mormente quando o País assiste a um verdadeiro espetáculo de ações da Polícia Federal (muitas delas mais estrepitosas do que eficientes) no sentido de identificar criminosos de colarinho branco, organizações criminosas, narcotráfico transnacional, sem que haja paradigmas legais

1 O filósofo italiano, mesmo tendo sido fiel ao pensamento progressista, não deixava de ser crítico e, de forma lúcida (e absolutamente atual) referiu: “Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação de poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 278.

a serem seguidos, a não ser um arcabouço fragmentário de normas procedimentais (presentes em leis penais especiais, como a Lei Antidrogas) e a noção dos direitos-garantias individuais². A única diretriz acerca das proibições sobre meios de prova em nosso sistema constitucional-processual é encontrada num enunciado vago, de caráter amplo, amplíssimo, que é aquele contido no art. 5º, LVI, CR: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. E nada mais. Assim, propomo-nos, no presente artigo, analisar o problema dos meios de prova radicando-o em duas figuras hoje bastante solicitadas pelas investigações policiais, que são o agente *provocador* e o agente *infiltrado*, tentando uma abordagem crítica sobre sua validade no processo penal, aqui entendido a partir do referencial com o moderno Estado de direito material.

2. Não há dúvida de que o processo mantém estreita correspondência teleológica com a idéia de garantia da liberdade, como bem se depreende de sua mais remota noção abrigada na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, onde se prescreveu, no seu capítulo 29, que *nullus liber homo capiatur vel imprisonatur... nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, de forma, portanto, que a liberdade humana restava já delimitada pela *lei da terra* (do que deriva o princípio da *rule of law* dos ingleses) e a salvo dos atos arbitrários, na medida em que só caberia sua restrição com base na lei³. Os contornos mais bem acabados da garantia derivada do processo aparecem, também por inspiração inglesa – ao fim e ao cabo a matriz do sistema constitucional-processual norte-

2 Temos entendido que certos direitos individuais ultrapassam a dimensão do *status negativus*, tradicional do modelo constitucional garantístico (ou liberal), em que se exige a abstenção de atuação estatal para a preservação da liberdade: requerem, também, uma dimensão (ou componente) positiva, que corresponde à atuação estatal para se dar efetividade (material) à liberdade. O *habeas corpus*, seguindo esta linha de raciocínio, seria, portanto, um direito-garantia: é garantia, porque contém regra de ação estatal no sentido de resguardar a liberdade; é direito, porque a norma de atuação se refere à esfera de individualidade, sendo possível, portanto, o recorte ou individuação do interesse da pessoa humana. Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: crítica e perspectiva (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 2ª ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001, p 211 e ss.

3 Cf. o *Caso Darnel*, de 1627, propulsor da *Petition of Right*, in SHARPE, R. J. **The law of habeas corpus**. Oxford: Clarendon Press, 1976, p. 9-12; COLLINGS JR., Rex. *Habeas corpus for convicts – Constitutional right or legislative grace?*. **California Law Review**, v. 40, 1952, p. 335-361, *maxime*, p. 336; SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus... cit.**, *maxime* p. 128 e s.

americano – na *Declaration of Rights*, da Virgínia, de 1776, onde seu art. 8, dispõe que todo processo em que se vise à aplicação de pena capital ou simples processo penal

[...] *a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty [...].*

E na parte final, o mesmo artigo refere que o homem só perde sua liberdade em razão do que dispuser a *law of land* e do julgamento de seus pares. Mais tarde, a Constituição dos Estados Unidos (1787) emprega, expressamente, o termo *due process flaw* na décima quarta emenda, sem cuja obediência por parte do Estado ninguém poderá ser privado de sua vida, da liberdade ou da propriedade. Observe-se que isto, aliado ao direito que os cidadãos norte-americanos conquistaram à *inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra prisão, busca e apreensão arbitrária*; as formalidades que devem estar presentes nos mandados judiciais arrimados num juízo prévio de culpabilidade (exigências prescritas na quarta emenda constitucional); assim como o direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial (sexta emenda), constituem, segundo entendemos, um verdadeiro *sistema de garantias* da liberdade pessoal – sistema presidido pelo direito-garantia do *due process of law*⁴. As coisas vistas desta forma, permitem-nos desde já identificar no advento do Estado liberal (de forma incipiente na Inglaterra do século XVIII, de forma acabada com a independência dos Estados Unidos da América e na Europa continental de após Revolução Francesa) o surgimento de um processo penal conforme à planificação de democracia do mundo ocidental, que estabelece a dúplici idéia de, por um lado, existência de uma *esfera de liberdade do indivíduo* [que] *se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo ilimitada em princípio, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é limitada em princípio* e, por outro lado, de organização do Estado, com funções bem definidas, mecanismo impeditivo de abusos e arbitrariedades⁵; sendo assim, o processo penal

4 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**, cit., p. 173 e ss.

5 SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Trad. castelhana de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1982, p. 138.

é erigido à condição de garante da liberdade dos cidadãos, na medida em que impede a supressão de um bem jurídico de relevância, como a liberdade, por ato arbitrário e abusivo, de todo em todo deslocado das regras do jogo; e, por fim, como decorrência disso, o processo penal antes de encarar o homem como objeto, um ser funcionalizado *do* processo, concede-lhe o estatuto de *interveniente* processual, ou seja, um ser *no* processo, que dele dispõe inclusive para controlar a atuação estatal. É por isso que vemos no *due process of law* norte-americano mais que um princípio fundamental: trata-se de um verdadeiro direito-garantia individual, que coordena as demais garantias constitucionais de índole processual, tudo se enfeixando na idéia de proteção da liberdade individual. Ou, por outras palavras, o processo penal é a própria expressão ativa garantidora da liberdade.

Mas se o processo penal mantém essa ligação ideológica com a salvaguarda da liberdade individual, de maneira a que os atos do Estado em vez de atropelarem os interesses do cidadão – e, por mais elementar que seja a idéia, é sempre bom lembrar do alerta feito por Ortega y Gasset, quem dizia que o Estado existe em função do homem e não o contrário (e que, completariamos nós, não deve ser *funcionalizado*, sob pena de perder sua individualidade, sua dignidade) – devem, para além de se conformar a eles, garanti-los, minimizando os danos a que estão sujeitos pelo prosseguimento das funções estatais, ao menos preservando o núcleo duro da idéia dos direitos de liberdade, há, por outro lado, uma outra ordem de interesses identificada com aquilo que Pontes de Miranda denominou de *técnica* de garantia dos direitos de liberdade, segundo a qual *As liberdades individuais têm de ser asseguradas até onde não ofendam a ordem pública*⁶. O problema que aqui surge (quando se tenta dirimir as tensões entre interesses individuais e a *ordem pública*, ou, de maneira mais conforme ao atual quadro político, interesses sociais), no entanto, se relaciona com eventual (e indevida) ideologização do Estado, que por vezes, agindo em nome dos interesses sociais (ou a pretexto deles), capitaliza para determinada situação ideológico-política o modo de atuar estadual. Nestas circunstâncias, tanto uma democracia populista (que tem, na realidade, uma face oculta), o socialismo (como esse propugnado pelo ideal bolivariano que anda a circundar o Brasil), como um regime autocrático de direita, aquilo, em suma, que Radbruch

6 PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade, igualdade** (os três caminhos). São Paulo: Saraiva, 1979, p. 287.

denominava de Estado supra-individualista (por não respeitar a dignidade da pessoa humana e, portanto, o seu direito à individuação)⁷, acabam por funcionalizar o homem: em vez de autonomia, inclusive no modo de participar no processo (como interveniente), tem-se nele um objeto atrelado ao instrumental processual; e o processo, portanto, em vez de garante da liberdade individual, torna-se instrumento técnico de realização dos fins estatais, sem tangenciar a esfera ontológica do homem, nem a órbita dos valores axiológicos da comunidade. Daí que o direito acaba se tornando um *direito simbólico*, porque antes de referir-se a um conteúdo axiológico, estará a serviço de uma dada ideologia (ou convicções políticas), situação contra a qual se insurge, entre nós, de forma veemente, Silva Franco⁸.

3. A atual fase de desenvolvimento do processo penal está relacionada com a viragem de consciência operada após a segunda Grande Guerra, quando a nova *onda do constitucionalismo* estabelece como marco inarredável para a estruturação do sistema de direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana. O homem é, a partir de então, encarado como um ser complexo, nele compreendendo-se as dimensões moral, psíquica e espiritual; é espécie ontológica, mas que tem sua existência radicada em sua experiência como *ser-em-sociedade*, para além do que toda ontologia acaba por se tornar sem sentido; no entanto, tem especial vocação para o aperfeiçoamento e para a autodeterminação, signos da hominidade nos quais se funda uma dimensão puramente individual. Perspectivando as coisas por essa ótica, as Constituições modernas, como a da Alemanha Federal (1949), a da República Portuguesa (1976), a da Espanha (1978) e a nossa, passaram a ser presididas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que

7 REDABRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. de Cabral de Moncada, 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 325 e ss.

8 O penalista refere-se ao direito penal simbólico, que é dado pelo legislador como forma de aplacar uma opinião pública adversa, mais ou menos como se dissesse, através da lei, que é operoso e diligente, quando, em realidade, deixa de tratar o problema genético da criminalidade ou da falta de segurança. Rótulo que serve, também, para certas leis de cunho processual. Cf. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, a. 6, fasc. 2, abr/jun 1996, p. 175-187; SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo**. Novos rumos e redefinições (em busca de um direito penal eficaz). 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2001, *maxime* p. 38 e ss.

determina dois níveis de relacionamento, como percebemos na primeira das Constituições mencionadas:

1 A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. 2. O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo (art. 1º).

A dignidade, então, é exigida não apenas nas relações do plano horizontal, do homem para com o homem, mas, também, num plano vertical verificado nas relações entre o cidadão e o poder político. De maneira a que, em suma, todos estejam obrigados à dignidade da pessoa humana, inclusive o Estado em seus programas idealizados para dar consecução a seus fins. Em seguida, no art. 2º, a mesma Constituição dispõe: *Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade sempre que não ofendam os direitos de outrem nem atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.* Esse Estado de direito democrático já não se compadece com uma expressão meramente formal de sua Constituição, pois que o aperfeiçoamento do homem exigirá a participação do Estado, que intervirá com meios, promovendo a *liberdade positiva* (Berlin); o *livre desenvolvimento*, apela, por outro lado, para a feitura de um Estado não-doutrinador e não-ideologizado. O que, sem dúvida, contrasta com o modelo de Estado supra-individualista, que considera o homem apenas como ser *da* coletividade. Em consonância com isto, o processo penal propugnado segue, podemos dizer, as linhas gerais traçadas por Figueiredo Dias⁹: a) estará dirigido pelo princípio axiológico da dignidade da pessoa humana e, no que se refere à matéria da prova, há de se respeitar o contido no art. 32º, 6 da Constituição da República Portuguesa e no art. 261º do Código de Processo Penal¹⁰, proibindo-se no processo, por exemplo, a confissão obtida por meio de tortura; b) a possibilidade de limitação de certos interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, explicando que [...] *se a proibição de (avaliação da) prova se não*

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português. **Para uma nova justiça penal.** Coimbra: Almedina, 1996, p. 206 e ss.

10 A matéria processual está localizada, atualmente, no art. 126º, do CPP português, que disciplina a norma fundamental.

prende com a garantia da dignidade da pessoa (como, v.g., no caso de proibição do testemunho de ouvir-dizer), já poderá eventualmente vir a reconhecer-se a admissibilidade de provas consequenciais à violação daquela proibição¹¹. Tal possibilidade de limitação, no entanto, estará sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

4. Da necessidade de se estabelecerem limites para a atividade processual do Estado decorrem regras de proibição de prova¹², como verificamos no 1) *corpus* jurídico norte-americano, que adota o conceito de *exclusionary rules*, depreendidas da Constituição, onde se erige um rígido sistema de garantias de liberdade pessoal, presidido pelo *due process of law*. Ali não se admite, v.g., qualquer meio de prova que colida com a *5th Amendment* (que estabelece o *privilege against self-incrimination*). As proibições carecem de flexibilidade, estabelecendo regras muito claras para o sistema de acusatório puro, no qual o State Prosecutor, orientando as investigações da polícia judiciária, deve rejeitar os meios de prova insuscetíveis de apreciação pelo tribunal¹³. Há nesse sistema um crivo que não apenas declina irregularidades, mas nulidades absolutas com efeitos-à-distância, que contaminam as provas decorrentes da que foi nulificada; 2) no direito processual alemão observam-se as *Beweisverbote*, que pressupõem a proteção de bens jurídicos derivados da normação axiológica presente em sua Lei Fundamental: *daí destaca-se a proibição dos meios de prova que contendam com a dignidade humana [...], com o livre desenvolvimento [...] com a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações [...] ou com a inviolabilidade do domicílio*¹⁴. Tal regime encontra-se cimentado em seu processo penal que proíbe o acolhimento de confissão extraída através de maus-tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, hipnose etc. Há aí um terreno fragmentário de normas constitucionais, incapazes de proteger os muitos interesses do homem relacionados com o seu *livre desenvolvimento*, mas adequado para movimentações mais amplas da exegese jurisprudencial (especialmente da Corte Constitucional) e doutrinal. São ocorrentes na jurisprudência da

11 Ob. cit., p. 208-209.

12 A respeito do problema, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992; e o nosso **Dogmática penal...**, cit. p. 127 e ss.

13 SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal...**, cit., p. 130.

14 *Ibidem, ibidem*.

Corte Constitucional as ponderações dos bens jurídicos em jogo (entre os que digam respeito ao réu e à sociedade), de modo a que a realização do direito penal se confirme como garantidor do mínimo ético necessário à paz social; 3) já no processo penal português existe um regime autónomo de proibições de prova, dirigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CR), pelo direito à integridade física e moral (art. 25º, CR), pelo direito à imagem e à reserva de intimidade da vida privada (art. 26º, CR), tudo enfeixando-se num sistema de garantias que tornam *nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações* (art. 32º, CR). Não se pode negar que também no sistema constitucional-processual português ocorre um mal genético de fragmentariedade, mesmo estando a matéria disciplinada no Código de Processo Penal, de maneira que o operador do direito deverá recorrer a outras constelações legais para se guiar¹⁵.

Se, por um lado, os sistemas aqui vistos, mesmo que de forma perfunctória, permitem o estabelecimento de limites para os meios de prova em processo penal, dando certa margem de segurança para o operador do direito, o nosso, por outro lado, não apresenta um regime de proibição de provas legalmente definido, implicando, necessariamente, já que tratamos do modelo de *Estado de direito material*, na necessidade de ampararmo-nos no sistema de direitos e garantias constitucionais para a solução dos problemas nessa área ocorrentes. É a partir daí e dos princípios a ele inerentes que poderemos adensar a análise do problema proposto, antes, porém, fazendo a análise das duas figuras de investigação.

5. É freqüente na prática investigatória da polícia judiciária o uso do agente provocador, expediente, aliás, que não só encurta o longo caminho que normalmente teria de percorrer a investigação, como, também, se revela eficaz para a detecção (e prisão) do agente de crimes como o tráfico, operacionalizados pela organização criminosa e encobertos pela lei do silêncio imposta às pessoas, como moradores de certas regiões, que acabam se resignando com o cotidiano de crimes; e, mais

15 O carácter fragmentário desse sistema transparece quando o código dispõe sobre a nulidade das provas obtidas com “A utilização de força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei” (art. 126º, 2, CPP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro).

recentemente, a partir da previsão legal constante no inc. V, do art. 2º da Lei nº. 9.034/95 (modificada pela Lei nº. 10.217/2001), passando pela Lei nº. 10.409/2002 (art. 33, I) e, agora, pela Lei nº. 11.343/2006 (art. 53, I), vem-se adotando a infiltração de agente, geralmente no meio ou organização criminal. As figuras não se distinguem apenas pelo fato de uma se originar da *práxis* oficiosa, enquanto que a outra apresenta previsão legal: o *método* de atuação é o principal elemento diferenciador, reclamando sua contextualização no quadro normativo axiológico, dos princípios constitucionais e da idéia fundamental de proibição de meios de prova. Avancemos, então, na análise desses métodos de investigação.

Na doutrina alemã, as pessoas inseridas com identidade encoberta no meio criminal, com o intuito de investigarem a atuação de criminosos, ganham a denominação genérica de homens de confiança (*Vertrauens-Männer*), que podem ser categorizados como *agentes provocadores* e *agentes infiltrados*¹⁶. Esses agentes são, para Costa Andrade:

[...] *todas as pessoas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (Untergrundfahnder, undercover agent, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (Polizeispitzel, detection), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment)*¹⁷.

A. O agente provocador é aquele que, ao ganhar a confiança do criminoso, mediante uso de algum ardil, o instiga ou o convence a praticar determinada conduta típica, quando, então, desencadeia a atuação policial para a positivação do fato e mesmo para sua prisão. É o que verificamos geralmente nas prisões em flagrante delito de traficantes

16 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Nova lei antidrogas comentada** (crimes e regime processual penal). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 195 e ss..

17 ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições**, cit., p. 220.

de drogas, que são levados a comercializá-las com um agente de identidade encoberta a serviço da polícia. Em realidade, trata-se de método que tem como eixo central um expediente enganoso, condenável por muitos em razão da falta de ética, o que colocaria Estado e criminoso num mesmo nível. Numa decisão datada de 1912, o *Reichsgericht* assim se referiu sobre o provocador:

[...] à luz dos princípios gerais da ética, a que terão de submeter-se, sem consideração pelos resultados, as autoridades da justiça penal, não pode de forma alguma coonestar-se esta prática [...]. A utilização no processo penal de tais solicitações é, em qualquer circunstância, proibida. É desonesto e, de todo modo, incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a incitar tão perigosamente ao crime ou, mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, meios enganosos (*Täuschung*) ou outros meios desleais¹⁸.

A doutrina portuguesa segue este referencial, havendo quem considere a atuação do agente provocador não apenas antiética, mas, também, criminosa, uma vez que inescapavelmente haverá, de sua parte (do agente), a intenção consciente de realizar a conduta típica, fazendo *nascer* o delito que não ocorreria não fosse sua intervenção¹⁹, tudo, obviamente, sem a cobertura de qualquer excludente de ilicitude. É por este paradigma doutrinal e com base no art. 126º, 2, do CPP²⁰, que o Tribunal Constitucional português já fixou o entendimento no sentido de que

é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por

18 *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições**, p. 224.

19 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime**: o agente infiltrado *versus* o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256.

20 Que trata dos métodos proibidos de prova: 2. *São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com o consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios enganosos.*

*agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética [...]*²¹.

B. O agente infiltrado, também incluído no conceito de *homem de confiança* das autoridades policiais, atua com a identidade encoberta, mas, diferentemente do *provocador*, não está inserido no meio criminal para estimular a prática de um crime: trata-se de pessoa que colhe informações, investiga o *modus operandi* dos criminosos, incluindo os planos ou preparação do crime, visando oferecer elementos para a atuação policial. Gonçalves, Alves e Guedes Valente, ao comentarem o Dec.-Lei n.º 15/93, que regulamentou em Portugal essa modalidade de investigação, referem:

*A figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito(s), tornando-se, aparentemente, num deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, 'desta forma ter acesso a informações, planos, processos, confidências...que, de acordo com seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação'*²².

Em suma, o *agente infiltrado* mantém sua verdadeira identidade encoberta, adotando uma falsa, para ganhar a confiança dos criminosos; passa a viver no submundo do crime, inclusive fazendo parte dos planos e ações ilícitos, sem, no entanto, dar causa, diretamente, à

21 Acórdão 578/98, do TC, processo 835/98, publicado no DR, II Série, n. 48, de 26.02.1999, p. 2.950, *apud* GONÇALVES, *et al.*, *ob. cit.*, p. 261.

22 GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A lei e crime**, *cit.*, p. 264.

prática de um crime (a atividade do agente é limitada). Pode mesmo chegar a prestar apoio moral e material, e praticar atos de execução de crime, como permite o regime legal português de ações encobertas²³, mas não pode – está proibido de – impulsionar o crime. Para além do mais, a infiltração, pelo que percebemos quanto ao seu emprego tanto no processo penal português²⁴ como no nosso, é regrada por um juízo

23 O art. 59º, do Decreto-Lei n. 15/93, de 22 de janeiro, dispunha: *1. Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas* (redação esta que reproduz quase fielmente o contido no art. 52º, do Decreto-Lei n.º 430/83). O atual Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, aprovado pela Lei n.º 101/2001, dispõe, no seu art. 6º, sobre a isenção de responsabilidade: *Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*. Ou seja, o agente infiltrado pode participar de crimes (e, em boa verdade, esta é uma situação da qual não escapa, pois que a recusa de tomar parte dos atos criminosos pode não só colocar em risco as investigações, como, também, a própria segurança do agente), indo muito mais além daquelas situações previstas no antigo regime legal do agente infiltrado (envolvendo o narcotráfico), mas não pode ele próprio dar origem à ação criminal ou figurar como o cabeça da organização criminal.

24 O art. 3º da Lei n.º 101/2001 (novo Regime Jurídico das Ações Encobertas) dispõe, no n.º 1, que *As ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação*. Enquanto que o art. 2º da mesma Lei dispõe um longo (e taxativo) rol de crimes em que se permite a modalidade de investigação: *a) Homicídio voluntário [...]; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão [...], ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, seqüestro e rapto ou tomada de reféns; e) Organizações terroristas e terrorismo; f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; i) Associações criminosas; j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; l) Branqueamento de capitais, outros bens e produtos; m) Corrupção, peculato e participação económica em negócios e tráfico de influências; n) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; q)*

de necessidade e pelo princípio da proporcionalidade, pois que fica a investigação restrita a crimes de maior potencialidade ofensiva e sob a pendência de autorização do Ministério Público (em Portugal) ou do juiz (no caso brasileiro).

6. Mesmo que o processo penal brasileiro não disponha de um regime jurídico específico para as ações encobertas (o que, em parte, se justifica em razão da falta de desenvolvimento na polícia judiciária de práticas investigatórias desse gênero), o agente infiltrado tem já os contornos delineados pela Lei n.º 9.034/95 e pela Lei n.º 11.343/2006. A primeira dispõe que a polícia judiciária deve criar nos seus quadros equipes especializadas, ao passo que o inc. V do art. 2º refere expressamente que a infiltração será realizada por agentes de polícia ou de inteligência, enquanto que o artigo 53, I, da Lei Antidrogas trata, apenas, da infiltração por agentes da polícia. Portanto, diferentemente do modelo que acabamos de analisar, nosso sistema não permite a infiltração de informantes ou colaboradores da polícia, o que já limita as possibilidades dessa prática investigatória. Mas o que realmente nos preocupa é o fato de não existir um disciplinamento da própria atuação do agente infiltrado, concedendo-lhe, por um lado, prerrogativas e, por outro, mecanismos de controle por parte da autoridade policial ou do judiciário ou do Ministério Público. Nada é dito, por exemplo, sobre a prática de eventuais atos de execução de crime (muitas vezes inevitáveis), ou sobre a necessidade de relato minucioso à autoridade policial da intervenção do agente no meio criminal. De forma que, embora circunscritas à idéia de licitude, as ações encobertas de nosso sistema investigatório correm riscos de resvalar não só para fora da esfera daquilo que é pretendido para as instâncias oficiais de prevenção e combate ao crime (que é a investigação gizada pela ética), como, também, de eventuais práticas criminosas ou que ingressem nos domínios da provocação do crime. Daí que a fronteira entre as atuações do agente infiltrado e do agente provocador seja tênue.

Quanto ao agente provocador, figura que se encontra à margem da esfera da licitude, constituindo-se, portanto, um expediente investigatório ditado por um arraigado costume de nossa polícia, especialmente em

*Contrafação de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e valores [...]; r)
Relativos ao mercado de valores mobiliários.*

relação aos crimes de tráfico de drogas, acaba ingressando num quadro jurisprudencial-doutrinal absolutamente estranho, ou, mesmo, paradoxal. É, como afirmamos, uma modalidade de atuação sem previsão legal e os elementos de prova daí decorrentes, por conseqüência, não se encontram sob o abrigo da licitude. Mas os tribunais, em geral, em vez de invalidarem a prova coletada pelo agente provocador, apenas entendem não configurado o crime instigado. Aliás, o STF consolidou esse entendimento na Súmula 145, que dispõe: *Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*. Por outras palavras, a conduta provocada não perfectibiliza crime porque o elemento subjetivo – *dolo* –, a vontade livre e consciente orientada para certo fim é *contaminada* pela indução do agente provocador. Mas, no entanto, há nessa linha de raciocínio uma implícita admissão não apenas da ação penal com relação aos fatos que antecedem à provocação e que, obviamente, configurem crime, mas, também, o próprio testemunho do agente provocador como meio de prova no processo penal. Daí que, no caso paradigmático do tráfico ilícito de drogas, o negócio de compra e venda levado a efeito pelo traficante e o agente provocador, não configura o crime na modalidade de *venda* (que é para doutrina apenas uma *venda ficta*²⁵), no entanto, considera-se aí configurado o tráfico na espécie de *ter em depósito* ou *manter sob sua guarda* droga. Conseqüentemente, a denúncia deverá ater-se aos fatos criminosos que antecedem à ação de provocação, enquanto que a conduta daí decorrente é considerada, pelos tribunais, situação de crime impossível²⁶.

Damásio de Jesus, que esposa essa linha de raciocínio, justifica sua posição afirmando que

25 Cf. JESUS, Damásio E. **Novas questões criminais**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77.

26 *À simples leitura da denúncia, constata-se que esta peça restringiu a conduta do agente na expressão vender, apartando-se das demais hipóteses previstas pelo art. 12 da Lei 6.368/76, que exprimem casos de crime permanente.*

Ao assim definir a ação realizada pelo acusado, deixando de apontar a anterior guarda do tóxico para fins de mercancia – que configuraria crime permanente, legitimando o flagrante – o representante do Ministério Público relatou caso de crime impossível. Na aparência, um delito exteriormente perfeito, mas sem violação da lei penal, já que a simulação da compra do estupefaciente desencadeou a ação criminosa do recorrente. Trata-se, no caso, de evidente flagrante preparado em que o agente policial provocou o sentenciado à prática do crime, cuidando para que este não se consumasse.

Ora, o crime impossível é impunível, não se podendo falar, em face de seu reconhecimento, em qualquer tipo de reprimenda (TJSP – 6ª C.Crim. – Ap. 283.488-3/2-00 – Pircicaba, Rel. Des. Lustosa Goulart – j. em 20.01.2000, v.u.).

Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito etc., não são induzidos pelo agente policial. Em conseqüência, há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condições não provocadas pelo simulador (REsp. 277, STJ, 5ª T. – Rel. Min. Costa Lima – RT, 652:358).

Em suma, temos na primeira hipótese, a de *atuação de agente infiltrado*, expediente de investigação policial legalmente autorizado para a elucidação dos crimes praticados por organizações criminosas (Lei n.º 9.034/95) e do tráfico ilícito de drogas (e afins, arts. 33 a 37, da Lei n.º 11.343/2006); e, de conformidade com a interpretação que se faz do direito-garantia da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, todos os elementos recolhidos durante as investigações, inclusive o testemunho do agente, poderão constituir meios aptos de prova em processo penal. Como conseqüência disso, uma rápida análise desse proto-regime de provas em processo penal que se instala entre nós conduzirá a entendermos que: a) as ações encobertas ocorridas para a elucidação de crimes não previstas em lei, desautorizam o uso em processo penal dos elementos de prova através delas juntados; no entanto, b) a atuação do agente provocador, de todo em todo fora do âmbito de licitude, portanto não apenas antiética mas, também, antijurídica, é admitida para levar ao conhecimento da justiça penal todos os fatos antecedentes à provocação e que constituam ilícito penal; de sorte que c) os meios de prova resultantes da provocação concernentes à parte *não contaminada* por ela, prestar-se-ão aos fins visados pelo processo.

Ao apresentarmos as coisas desta maneira e partindo da orientação contida no direito-garantia fundamental de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, seremos forçados a indagar se a experiência jurídico-jurisdicional verificada em nossos tribunais, no que concerne ao aproveitamento da prova produzida durante a provocação de um crime, gera uma antinomia jurídica. Ou, de forma mais planificada: estará o Estado a recorrer a meios antiéticos para dar consecução aos seus fins na área da justiça penal, nisso igualando-se aos criminosos? O processo penal brasileiro é, puramente, um processo que *funcionaliza* o homem, desrespeitando as noções mínimas de autonomia ou de

autodeterminação pessoal? Nesta hipótese, o réu figurará no processo como mero objeto dos fins pretendidos pelo Estado, mormente o de combate de certo tipo de criminalidade? Há possibilidades de equacionar as questões problemáticas aqui sugeridas, que se reconduzirão a uma única, referida ao modelo de processo penal que pretendemos para nós, através dos princípios fundamentais de nosso *corpus iuris*? Os problemas são verdadeiramente complexos e talvez não esgotemos as possibilidades de soluções no espaço deste ensaio, mas vamos já adiantar algumas delas.

7. Já de início, e para centrarmos a discussão do problema na área axiológica da filosofia do direito, poderemos dizer que nenhuma das modalidades de investigação aqui tratadas tem uma justificativa puramente ética, a menos que tratemos seu conceito dentro do relativismo, o de todos os sistemas filosóficos. De forma mais clara, se, por um lado, a provocação do crime é levada a efeito por um expediente arduoso do agente com identidade encoberta, que dissimula uma condição de pessoa pertencente ao submundo do crime, no fundo, bem no fundo, por outro lado, o agente infiltrado recorre ao mesmo tipo de expediente para ganhar a confiança de criminosos e, assim, inserido no seu meio, recolher as informações que permitirão a atuação da autoridade policial visando à prevenção ou à repressão de determinado crime; para além disso, tanto o agente provocador quanto o agente infiltrado invariavelmente cometerão atos de execução de crime, de forma consciente e predeterminada. Pode-se, então, dizer que há diferenças éticas nos dois casos? Expondo o problema de outra maneira, o expediente de quem, visando, apenas, à recolha de informações, simula sua identidade e até pratica atos preparatórios ou de execução de crime, é menos antiético de quem leva outrem à prática de crime? A nosso ver a resposta só pode ser negativa.

Mesmo quando se lança mão do *princípio da lealdade* para justificar a recusa das informações do agente provocador como meio de prova em processo penal, não nos parece haver uma linha de raciocínio coerente com aquilo que se entende por lealdade – conceito este indiscutivelmente localizável nos domínios da ética –, tendo em vista relacionar-se com noção que [...] *impele a administração da justiça a não recorrer a meios enganosos, a métodos arduos que traduzam a obtenção de provas de forma ilícita, que induzam o arguido à prática de factos que não praticaria se não fosse*

*ardilosamente interpelado, provocado ou incitado*²⁷. Mas, repare-se bem que os criminosos só relatam seus planos ou confiam determinado papel ao agente infiltrado dentro de uma organização para a prática de crimes porque foram, *tout court*, rotundamente enganados, sendo levados a entender tratar-se o agente como *um dos seus*. Estabelecem-se, então, linhas de comunicação entre as duas modalidades de agentes encobertos, cuja base ética, a nosso ver, é bem fraca, não resistindo a um olhar mais cuidadoso. A não ser por uma circunstância diferenciadora: o de que a atuação do agente infiltrado está alicerçada na previsão legal e no controle exercido pelo representante do Ministério Público e pelo juiz.

Ao começarmos a compor a equação desse problema jurídico, podemos afirmar que o fato de existirem leis que regulamentam a infiltração de agentes e mecanismos de controle de sua atuação, torna esse método de investigação menos repreensível do ponto de vista ético. Ora, a regulamentação por lei confere ao criminoso a possibilidade de prever a ocorrência de infiltração de informantes, de forma que o próprio envolvimento em certas modalidades de crime passa a constituir uma situação de risco para o criminoso. Podemos até ir um pouco mais adiante: *quanto melhor estiver regulamentada essa modalidade de investigação, menos oportunidades haverá para seu rechaço por parte dos criminosos diante da justiça penal, porque mais evidente o risco que quiseram ou assumiram correr*. Por outras palavras, quando uma organização criminosa admite o ingresso de alguém no seu meio, já o faz com uma calculada margem de risco, não podendo, por isso, alegar insciência do método de investigação. Para além disso, a infiltração é precedida de impulso do representante do Ministério Público (que ou concorda com o pedido efetuado pela autoridade policial, ou requer, ele próprio, no uso de suas atribuições, a providência) e de autorização judicial, que acabam por se transformar em esferas de controle legal.

Se a procura de justificativa para a atuação infiltrada é mais facilmente resolvida devido à existência de um regime legal que, embora deficiente (por não descrever, com maior precisão, as áreas de atuação e seus limites), evita a alegação de falta de possibilidade de previsão de sua ocorrência por parte do criminoso, já o problema referido ao agente provocador não será tão simples. Uma parte dele é, de pronto, equacionada pelo entendimento doutrinal e jurisprudencial quanto à

27 GONÇALVES, Fernando, *et all*, ob. cit., p. 147-148.

inadmissibilidade dos elementos recolhidos pela autoridade policial acerca da própria provocação. De fato, se a ação do criminoso sequer esteve integrada pelo elemento subjetivo, não há que se falar em crime. E, portanto, os elementos de informação concernentes ao fato provocado não interessam à justiça penal. No entanto, inexistente uma abordagem específica quanto ao tratamento a ser dado às informações prestadas pelo agente provocador sobre os fatos antecedentes que constituam autonomamente crime: há, apenas, o entendimento de que, se constituem crime, podem ser levados à prossecução pela justiça penal. A situação se agrava quando confrontamos este problema com o direito-garantia de não se ver o processo instruído com provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CR). Haverá, então, a imprestabilidade de todos os elementos de prova recolhidos pelo agente provocador? Ou será possível o aproveitamento das informações que obteve antes da provocação? A nosso ver a primeira aproximação para a solução do problema está em determinar a extensão do conceito de ilicitude da atuação do agente provocador. E isto passa pelo equacionamento do problema pelos princípios do direito constitucional.

8. Ora bem, tem crescido entre nós o interesse doutrinal pelo trato da questão da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos²⁸ através de um viés do direito constitucional. Que, por isso mesmo, nos remete para uma análise que co-envolve não apenas os princípios fundamentais explícitos na Constituição, mas, também, alguns não positivados que gravitam em torno da matéria, além de certos marcos fundamentais identificados pela teoria. Dessa forma, as principais noções de direito constitucional que devemos ter em mira numa aproximação inicial de seu estudo, são referidas à sua *fragmentariedade* e à *relatividade* dos direitos fundamentais. A primeira, sugere-nos que o ordenamento jurídico-constitucional é fragmentário – aliás, extremamente fragmentário –, não esgotando as possibilidades jurídicas que dele tentamos arrancar quando pretendemos a aplicação de suas normas no mundo prático. Como a Constituição deve representar a estabilidade de um Estado, não é aconselhável sejam suas normas historicamente *datadas*

28 Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Temas escolhidos. São Paulo: Edipro, 1999, p. 29 e s.; FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85 e ss.

e, pois, vulneráveis ao *envelhecimento*, a não ser em sua parte programática, quando, naturalmente, se faz necessária a revisão constitucional. Por isso, mesmo numa Constituição como a nossa, o corpo de normas fundamentais não particulariza de forma definitiva a vida social. Além do mais, a esfera dos direitos e garantias fundamentais, devido a seu entrecorte com a constelação de valores axiológicos da comunidade, acaba por estabelecer-se como vetor para a dinâmica sócio-política, mas cujos conceitos não se apresentam de forma irreduzível (é o caso do direito à greve, direito à liberdade de expressão, direito à intimidade, e, também, o direito-garantia de provas obtidas por meios lícitos). Há, portanto, lacunas no direito constitucional, que devem ser preenchidas pela política jurídica levada a efeito pelos legisladores e tribunais, tudo visando a atender a circunstância histórico-político-cultural da sociedade. Com isso queremos dizer que o alcance da norma fundamental expressa no art. 5º, LVI, CR, iniludivelmente não se exaure no valor semântico dos vocábulos aí empregues. Por outro lado, há de se referir a inviabilidade do entendimento dos direitos fundamentais como expressões *absolutas* do direito: eles colidem entre si e geram tensões jurídicas que devem ser equacionadas por uma ordenada política jurídica, cujo precípua fim será o de estabelecer a harmonia e a paz sociais. Esta condição torna-se evidente se trouxermos ao exame o direito de liberdade de expressão em confronto com o direito individual à privacidade quando, de maneira muito fácil, constataremos essas tensões. Pois bem, em razão disso, será acertada a afirmação de que os direitos fundamentais são *relativizados* por operações político-jurídicas, contanto que elas não comprometam o núcleo duro, a idéia essencial dos direitos.

A nosso ver, o problema referido à aceitação dos elementos de prova produzidos pelo agente provocador deve ser contextualizado a partir das noções sobre a teoria constitucional acima expostas para, num primeiro instante, indagarmos se a regra contida no art. 5º, LVI, CR alcança as informações dos fatos ocorridos antes da provocação, assim inviabilizando-as no processo penal; e, num segundo instante, confrontar mencionada regra constitucional (art. 5º, LVI) com o fim (também constitucional) de tratar da justiça penal e, por conseqüência, da segurança pública. Para tal operação, entendemos possível recorrer-se ao princípio da proporcionalidade²⁹ que, embora não expressamente

29 Sobre o princípio, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo**, cit., p. 52 e ss.; **Habeas corpus: crítica e perspectivas**, cit., p. 102 e ss.

referido no texto constitucional, é aceito (e muitas vezes necessário) no âmbito jurídico-constitucional-penal.

Ora bem, o princípio da proporcionalidade tende para a conformação harmoniosa dos direitos fundamentais, de maneira a impedir situações antinômicas. E acaba por relacionar-se com os demais princípios fundamentais (da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da universalidade) com eles formando um verdadeiro sistema de princípios da Constituição. Os direitos fundamentais, por outras palavras, são compreendidos e concretizados na vida do direito (que é a própria vida da sociedade organizada) à luz deste sistema. No entanto, o princípio da proporcionalidade impõe-se, através de juízos de ponderação, como instrumento de concretização prático-jurídica dos direitos fundamentais de igual dignidade que se encontrem em aparente situação colidente. Trata-se de um verdadeiro equacionamento pelo qual fatalmente os direitos são redefinidos, desde que não importe em sua descaracterização, nem muito menos na diminuição do quadro de direitos fundamentais: o núcleo essencial deles deve ser preservado.

Para que se entenda a aplicação do princípio da proporcionalidade, recorrem-se às considerações de *necessidade* (que parte da verificação de uma circunstância que exija intervenção para a delimitação do direito); de *adequação* (que demonstre ser a providência adequada à solução do problema); e da *proporcionalidade stricto sensu* (que é a medida de ponderação da providência a ser tomada, para que não ocorram prejuízos aos direitos em causa³⁰). Assim, no caso problemático de que estamos a tratar, a proporcionalidade poderá ser empregue da seguinte forma:

A) ante o brutal aumento da criminalidade organizada, do tráfico ilícito de drogas, do tráfico de pessoas e de ações de terrorismo (como as que são levadas a efeito pelo PCC), que colocam em risco não apenas bens jurídicos individuais, mas aqueles de alcance social, inclusive o da segurança pública, haverá a *necessidade* de expedientes investigatórios ou de repressão pelas instâncias formais de controle diversificados. Assim, as ações de agentes encobertos, inclusive as do agente provocador, serão consideradas necessárias para refrear a crimi-

30 Para um melhor entendimento desses critérios, cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-112; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 218-219.

nalidade categorizada como grave, mas já não se justificarão para outro tipo de criminalidade de menor potencial;

B) ante a constatação de que tais operações criminosas contam com elementos que dificultam a investigação com uso de meios tradicionais pela polícia, seja porque são organizadas, seja porque dispõem de grande estrutura humana e logística a seu serviço, para além de imporem medo às pessoas que potencialmente poderiam ajudar no seu desbaratamento, temos a nítida impressão de que o Estado arranca com grande desvantagem no caminho da prevenção e combate ao crime. Não faz frente, *tout court*, a todo esse aparato. De modo que a atuação do agente provocador é, no mínimo, adequada para se contrapor aos criminosos.

C) Por fim, devemos considerar que, havendo já um posicionamento consolidado acerca da imprestabilidade dos atos derivados da provocação (e, entendemos nós, sobre todas as informações colhidas pelo agente concernentes à conduta provocada), não será desarrazoado o acolhimento de provas relativas aos fatos criminosos antecedentes (não provocados). Se a dissimulação que dá causa a um delito talvez não pretendido pelo criminoso pode ser considerada “desleal”, ou lesiva à noção de *ética*, já, por outro lado, entendemos não ser razoável o proveito desse entendimento em relação aos crimes anteriormente praticados, que só poderiam chegar ao conhecimento da autoridade policial graças à atuação do agente provocador. Além do mais, o mesmo raciocínio evidencia a incoerência de negação do direito-garantia disposto no art. 5º, LVI, CR, uma vez que a descoberta do crime praticado anteriormente à provocação decorre de uma operação incidental do agente provocador.

9. EM CONCLUSÃO, o atual quadro de criminalidade que verificamos no Brasil, leva-nos a pretender um novo programa de política criminal que, por um lado, aperfeiçoe os instrumentos jurídico-processuais relativos à prova em processo penal, inclusive no sentido de criar-se um regime para a atuação de agentes encobertos, em que estejam previstas as áreas de atuação (mormente entre os crimes de maior potencial ofensivo) e as hipóteses de abrigo da situação de antijuridicidade em decorrência da prática (inevitável) de atos que caibam em tipo penal, além de mecanismos de controle das atividades dos agentes; por outro

lado, tendo, também, em consideração a vantagem que a criminalidade mais ofensiva iniludivelmente leva em relação aos meios investigatórios da polícia judiciária, entendemos possível, partindo do princípio da proporcionalidade, aproveitar como prova penal as informações colhidas pelo agente provocador quanto aos fatos (ilícitos) observados antes da provocação.

O ART.33, §4º DA LEI N. 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS) E A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

Monike Silva Póvoas
Analista e Assessora Jurídica do MPSC

SUMÁRIO

Introdução - 1 Combinação de Leis - 2 Os princípios constitucionais da Isonomia e da Retroatividade da Lei Penal Benéfica - 3 A causa de especial diminuição de pena e seu limitador - Considerações Finais - Referências.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei n.11.343/06, denominada “Nova Lei de Drogas”, em 08.10.2006 (sua publicação deu-se em 24.08.2006), surgiram também algumas dúvidas quanto à sua aplicação, especialmente no que diz respeito a questões relativas ao conflito intertemporal de leis.

Este artigo, sem grandes pretensões, se dispõe a analisar o alcance da causa de especial diminuição de pena prevista no art.33, §4º da referida lei, em conformidade com o princípio constitucional da Retroatividade da Lei Penal Benéfica.

Em primeiro lugar, não há dúvida de que com a novel legislação,

o legislador pátrio atendendo, de um lado, as diretrizes da Política Nacional Antidrogas (Resolução n.3 do Conselho Nacional Antidrogas), abrandou a posição do usuário/dependente de drogas, prevendo “medidas alternativas”¹ para a posse de drogas para uso próprio e, de outro, abrigando a linha punitivista do direito penal, bem como, os reclamos da sociedade “vítima”, recrudescer a situação do traficante de drogas, especialmente com a elevação da pena mínima cominada ao tipo legal, de três (Lei n.6.368/76) para cinco anos de reclusão.

Além disso, a nova lei procurou comportar e apenar de modo menos severo algumas outras condutas semelhantes ao tráfico de drogas e, nesse compasso, em seu art.33, §4º, previu uma causa especial de diminuição de pena, na ordem de 1/6 a 2/3, para a hipótese de o agente ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa – a qual, aliás, não era prevista na lei revogada.

Neste particular, e sem adentrar profundamente no mérito de seus requisitos, oportuno destacar que a causa de diminuição de pena deve ser aplicada quando a prática do crime for eventual, um episódio casual e singular na vida do agente e não quando o tráfico for praticado de forma reiterada, tornando-se o seu (por vezes, único) meio de subsistência.

1 COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS

A problemática tratada neste estudo gira em torno da adequada incidência desse benefício em relação ao crime praticado na vigência da lei anterior (Lei n.6.368/76) quando o autor preenche os seus requisitos ou, colocado de outro modo, como se deve proceder no caso de conflito intertemporal de leis? É possível haver a combinação de leis penais?

De acordo com o princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica, consagrado no art.5º, inciso XL, da Constituição Federal, “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ocorre que a doutrina pátria trava acirrada discussão quanto à possibilidade, ou não, de se realizar

1 GOMES, Luiz Flávio, et al. Nova Lei de Drogas Comentada: lei n.11.343, de 23.08.2006. São Paulo: RT, 2006. p.130.

a combinação de leis, isto é, se a lei somente poderia retroagir para beneficiar o réu como um todo ou se seria possível combinar aspectos da lei nova com a lei anterior, a fim de beneficiar o agente.

Os adeptos da doutrina tradicional entendem que, para se descobrir a lei mais benigna, as duas leis devem ser analisadas distinta e integralmente, não se podendo combinar os aspectos mais favoráveis de uma e de outra lei e aplicá-las parcialmente.

Já para a doutrina moderna², a possibilidade de combinação de leis encontra fundamento no próprio dispositivo constitucional, que permite ao juiz conjugar os elementos fornecidos pelo legislador infraconstitucional, como também na fórmula da equidade, que pode importar: 1) no predomínio da finalidade da lei sobre sua letra; ou 2) na preferência, dentre as várias interpretações possíveis de uma norma, pela mais benigna e humana.³

O certo é que a maioria inclina-se pela impossibilidade da combinação pelo simples argumento de que o seu intérprete (juiz) estaria, nesta hipótese, criando uma terceira lei (que, em momento algum, teve vigência) e, portanto, transmutando-se em legislador, sem possuir competência para tanto.

Posicionam-se contra a combinação de leis, entre outros, Nelson Hungria⁴, Aníbal Bruno⁵, Bento de Faria⁶, Heleno Cláudio Fragoso⁷, Fernando Capez⁸ e Eugênio Raul Zaffaroni, cujas considerações sobre o tema transcreve-se nesta oportunidade:

Ante a complexidade dos elementos que podem

2 Vide: GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1982. p.150; MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. v.1. São Paulo: Saraiva, 1956.p.20. GOMES, Luis Flávio. Direito Penal: parte geral. v.1 .São Paulo: RT, 2003. p.176-177.

3 DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.134.

4 Comentários ao Código Penal: decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940. 5.ed. v.1. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 120.

5 Direito Penal. 2.ed. v.1. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.255-256.

6 Código Penal Brasileiro: decreto lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940. v.2. t.1 Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. p.103.

7 Lições de Direito Penal: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.106-107.

8 Curso de Direito Penal: parte geral. 4.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p.59.

ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira resolve-se o caso hipoteticamente, conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. **Nessa tarefa deve-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade.** Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei, esta inexistente, criada unicamente pelo intérprete.⁹ [sem grifo no original]

O Supremo Tribunal Federal abriga essa posição:

A busca da norma mais favorável ao acusado, para fins de reconhecimento da prescrição, não se dá pela conjugação de dispositivos mais benéficos em diplomas legais que se seguiram no tempo. **É inadmissível a criação de um terceiro estatuto normativo para reger o caso concreto.** Precedentes tanto deste Supremo Tribunal Federal [...]

Ora, ninguém discute a possibilidade da ultratividade e da retroatividade da lei penal mais favorável ao acusado; [...] Todavia, coisa diversa de pinçar o conjunto mais favorável de normas de Direito Positivo e arbitrariamente combiná-las para compor um novo modelo legal. Uma lei imaginária. É a partir desse improvisado mosaico fazer as vezes de legislador. Fazer as vezes de legislador, acrescenta-se, como o deliberado intuito de obstaculizar a persecução penal".¹⁰ [sem grifo no original]

Aliás, uma outra razão para não se aplicar a causa de especial di-

9 Manual de direito penal: parte geral. v.1. São Paulo: RT, 2005. p.198.

10 Ext. nº 925. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Carlos Britto. DJU em 9/12/2005.

minuição de pena sobre a pena fixada conforme a lei antiga é a própria redação do art.33, §4º, veja-se: “**Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo**, as penas poderão ser reduzidas [...]”. Ora, se o dispositivo fosse: “Nos delitos **de tráfico de drogas** [...]” acredito que seria mesmo possível a aplicação da causa de diminuição de pena sobre a pena da lei antiga – ainda que importasse uma diminuição maior do que a querida pelo legislador -, contudo, a redação do dispositivo deixa claro que a causa de diminuição só deve incidir sobre as penas aplicadas aos crimes do art.33, *caput* e do parágrafo 1º da Lei n.11.343/06.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

A questão pode ser analisada, ainda, sob uma ótica diversa, identificando-se, na hipótese, um conflito entre os princípios constitucionais da Isonomia (art.5º, *caput*) e da Retroatividade da Lei Penal Benéfica (art.5º, inciso XL).

Segundo orientação da doutrina pátria, a colisão de princípios constitucionais deve ser dirimida pelo exercício do juízo de ponderação, cujo fundamento é o princípio da proporcionalidade, por meio do qual, em determinada situação, respeita-se mais um princípio em detrimento do outro, sem, jamais, ferir sua essência.

Em síntese, conforme orienta Willis Santiago Guerra Filho¹¹, no emprego do princípio da proporcionalidade sempre se deve ter em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas; o meio a ser escolhido deverá ser, em primeiro lugar, adequado para atingi-lo, o necessário, ou seja, o menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos e, por fim, o mais vantajoso - no sentido de ser o que menos viola os demais.

No caso proposto, há que se ponderar que, diferentemente do contexto da Lei n.6.368/76, a edição da Lei n.11.343/06 deu-se num momento histórico em que o tráfico de drogas já tomou dimensões

11 Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 61-62.

extraordinárias, tornando-se meio de vida para os pequenos delinquentes e fonte certa de lucro para os grandes financiadores, de modo que o legislador, ao exacerbar a pena do crime de tráfico, procurou, num primeiro momento, conferir tratamento mais rigoroso ao autor do delito e, posteriormente, desestimular a expansão da atividade criminosa.

E é nessa mesma conjuntura que deve ser entendida a previsão de um abrandamento da pena para o traficante ocasional. Ora, se pretendeu o legislador minimizar a gravidade do novo apenamento, a causa especial de diminuição pena do art.33, §4º da Lei n.11.343/06 deve ser aplicada de modo a não provocar distinções entre seus eventuais beneficiários, isto é, deve incidir no caso concreto (e retroagir, quando for o caso), garantida, porém, a isonomia.

Em verdade, na hipótese aqui analisada, ambos os princípios constitucionais estariam sendo aplicados, limitando-se, contudo, por meio do juízo de ponderação, o princípio da retroatividade benéfica pelo princípio da isonomia.

3 A CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DE PENA E SEU LIMITADOR

A conclusão a que se chega é que, em não se podendo combinar as duas leis (Lei n.6.368/76 e Lei n.11.343/06), a diminuição de pena prevista na lei nova não poderá ser mais benéfica ao agente que praticou o crime na vigência da lei anterior do que ao agente que o praticou já na vigência da lei nova.

Em outras palavras, caso o agente que cometeu o delito de tráfico de drogas ainda sob a égide da lei antiga tenha direito à pena mínima (3 anos) e preencha os requisitos para a obtenção da diminuição de pena da lei nova, aplicada qualquer fração entre 1/6 e 2/3 (um sexto e dois terços) sobre a pena fixada segundo a lei antiga, a pena final (que será ficta) nunca poderá ser inferior a **1 ano e 8 meses**, que é o máximo da redução (2/3) aplicado sobre a pena mínima da lei nova (5 anos).

A propósito, há um voto vencido do Desembargador Ivan Bruxel, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual manifesta exatamente a idéia proposta acima, veja-se:

É que a nova Lei de Drogas ao mesmo tempo em que aumentou a pena mínima do crime de tráfico para cinco anos, logo em seguida criou uma redutora de pena, considerando a condição pessoal dos agentes. Esta redução será no mínimo de um sexto e no máximo de dois terços. Assim, a partir da vigência da nova lei, é possível admitir que alguém seja condenado por tráfico, com pena de um ano e oito meses de reclusão. Portanto, esta nova realidade legal, que favorece o agente do crime de tráfico, deve retroagir, para alcançar também os já condenados. Afinal de contas, é norma constitucional que a nova lei não retroage, salvo quando trazer algum benefício. Porém, como os limites são amplos, considero que, para as situações pretéritas, a redução jamais poderá ser máxima. Isto porque para as situações novas – depois da Lei n.11.343/06 – o número base será de *sessenta meses* – cinco anos – enquanto para as situações passadas, a pena mínima era de três anos. Portanto, considero que, para as situações passadas, incidência do redutor não poderá fazer com que a pena fique abaixo do mínimo da nova lei, *um ano e oito meses* [...]”¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe, não há, na situação apresentada, propriamente uma combinação de leis, já que a incidência da fração sobre a pena da lei antiga implicará numa pena hipotética, isto é, uma pena equivalente a que se teria se a mesma fração fosse aplicada sobre a pena da lei nova. Em termos práticos, é como se o agente que praticasse o delito sob a égide da lei antiga tivesse direito à pena mínima de 3 anos de reclusão, em razão de seus predicados e, por preencher os requisitos do art.33,

12 TJRS. Apelação Criminal n.700.1691.7882, de Santa Vitória do Palmar, rel. Des. Ranolfo Vieira, j. em 01/11/06.

§4º da Lei de Drogas também fosse beneficiado com 2/3 (dois terços) de redução da pena, logo, sua pena final seria, em tese, de 1 ano de reclusão. Contudo, aquele que possuísse os mesmos predicados, porém cometesse o delito já sob a vigência da lei nova, com a incidência da mesma fração de 2/3 (dois terços) sobre a pena mínima de 5 anos de reclusão, teria como definitiva uma pena de **1 ano e 8 meses** de reclusão.

A injustiça de tal situação se dá, especialmente, porque a nova lei, ao mesmo tempo em que aumentou a pena mínima do crime de tráfico, previu a causa de diminuição de pena procurando “compensar” situações peculiares, como já dito acima, em que o agente, embora praticando delito grave, não se dedique às atividades criminosas.

Portanto, acredita-se que a incidência da causa especial de diminuição de pena do art.33, §4º da Lei n.11.343/06, conjugada com a limitação proposta, estará em harmonia com os princípios constitucionais da Isonomia e da Retroatividade da Lei Penal Benéfica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext. n. 925. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Carlos Britto. DJU em 9 dez. 2005.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 2.ed. v.1. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 4.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro: decreto lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940. v.2. t.1 Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GOMES, Luis Flávio. Direito Penal: parte geral. v.1. São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Luiz Flávio, et al. Nova Lei de Drogas Comentada: lei n.11.343, de 23.08.2006. São Paulo: RT, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal: decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940. 5.ed. v.1. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. v.1. São Paulo: Saraiva, 1956.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.700.1691.7882, de Santa Vitória do Palmar, rel. Des. Ranolfo Vieira, j. em 01 nov. 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de direito penal: parte geral. v.1. São Paulo: RT, 2005.

GLOBALIZAÇÃO, POSITIVISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO

André Fernandes Indalencio
Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC
Promotor de Justiça - Blumenau/SC

SUMÁRIO

Introdução - 1 Globalização, Exclusão e Sistema Penal - 2 O discurso positivista e a nova ordem - 3 Deslegitimação discursiva e Direito Penal Mínimo como pautas para a contenção da violência - Considerações Finais - Referências

RESUMO

A presente investigação tenta delinear um possível panorama da intervenção punitiva do Estado em face das implicações sociais, decorrentes da nova Ordem Global em curso. Trata-se de buscar elaborar um prognóstico de incidência do controle social diante do cenário de crescente exclusão produzido pelo fenômeno econômico global, tendo-se em conta, para tanto, os movimentos atuais de política criminal e as tendências dogmáticas correspondentes. Evidenciada a hipertrofia crescente do sistema, aponta-se para a possível prevalência do uso do direito penal no controle das classes excluídas, com a correspondente reafirmação do discurso positivista de base preconceituosa para sua legitimação, fato que reclama o urgente resgate de um direito penal

mínimo como pauta básica para a contenção da violência.

ABSTRACT

The following study intents to delineate a possible increase of the State punishment action as a result of new social implications emerging from the incoming global order. It intents to elaborate a prognostic of the incidence of social control in a scenery of growing exclusion due to economic global phenomenon, taking into account, however, the current criminal political movements and the following dogmatic tendencies. Emphasizing the growing hypertrophy of the criminal system, it indicates the preference for the use of criminal law to control the excluded social classes and the correspondent reaffirmation of prejudicial positivistic speech for its legitimacy, something that requires the urgent restoration of a minimal criminal program as a minimal stage to avoid the related violence.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Positivismo – Globalização – Direito Penal Mínimo.

INTRODUÇÃO

O surgimento de uma nova ordem social, política e econômica, fundada em processos de transnacionalização impulsionados pela crescente Revolução Tecnológica, fenômeno ao qual se convencionou designar de “Globalização”, evidencia o surgimento de um novo paradigma nas relações planetárias, pondo em crise os padrões derivados da modernidade, dentre eles a própria concepção do Direito enquanto reflexo da soberania estatal.

De fato, os processos econômicos em curso (a dimensão econômica do processo global é hoje sua característica prevalente), caracterizados pela extrema volatilidade do capital, apontam para o incremento do já agudo quadro de exclusão social, ao lado do qual se solidifica um forte esvaziamento dos espaços de poder antes bem delimitados ao âmbito da soberania dos Estados, com graves conseqüências na esfera do controle

social desenvolvido pela via institucional.

Assim, os mecanismos de comunicação global, na medida em que permitem ao capital abandonar de modo instantâneo o âmbito onde se encontra, deslocando-se, guiado pelo lucro, em busca de mercados fornecedores de mão-de-obra mais baratos ou em busca de mercados financeiros com maior rentabilidade ao redor do globo, fazem com que este (o capital) acabe extremamente potencializado em sua capacidade de produzir miséria, capacidade essa que, por sua vez, em concreto, transmuda-se em instrumento de manipulação e barganha por parte dos detentores do capital, acabando por lhes transferir boa parte do poder político antes reservado ao âmbito local, relativizando a noção de soberania.

Na medida em que o grave problema da gestão da massa excluída permanece de responsabilidade do Estado, a correspondente capacidade de produzir marginalização social - enquanto ameaça permanente de perturbação da ordem social - faz com que a autonomia local ceda aos interesses do Capital. As decisões passam a ter em vista os interesses do mercado afetando em grande medida a autonomia da condução da vida política no âmbito local. Os conglomerados transnacionais, de tal modo, tornam-se capazes de impor sua vontade ao Estado-Nação, instrumentalizando-o para a constituição de mercados internos cada vez mais atrativos, com enormes custos sociais.

A esse gerenciamento das massas excluídas - vale destacar, sentida de forma muito mais forte nos países em desenvolvimento, caracterizados, via de regra, por enraizadas relações de desigualdade social - são hamados a atuar os instrumentos institucionais de controle social, dentre os quais se destaca o sistema penal¹, com suas agências e seu instrumento

1 Como pondera ZAFFARONI, “por *sistema penal* entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem em sua produção.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Vol 1 - teoria geral do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 .p. 60, grifo) Compreende, pois, as seguintes agências: “a) as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais) c) as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as *penitenciárias* (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); e) as de *comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de *reprodução ideológica* (universidades,

de força extrema – a coerção direta derivada do monopólio da força e legitimada pelo uso da prisão.

Pois, alguns dos motivos pelos quais se confere esse papel de destaque ao sistema penal, sua prevalência no controle da exclusão social produzida pela globalização e os processos pelos quais se busca legitimá-lo discursivamente (especialmente mediante a reutilização dos discursos de cunho positivista fundados em bases reconhecidamente preconceituosas), constituem o objeto desta investigação.

O método utilizado será o indutivo.

Inicia-se o estudo com uma breve análise da Globalização em curso, destacando sua dimensão econômica e as conseqüências de ordem política que lhe são inerentes.

Na seqüência, busca-se efetuar um paralelo entre os efeitos do processo global, presente na exclusão social, e o citado uso do direito penal como forma de gerenciamento da massa de “indesejáveis”, tendo como ponto de convergência a eficaz (embora não exclusiva) funcionalidade do controle penal para a anulação do dissenso. Evidencia-se, então, as tendências e situações que apontam para o incremento da repressão, agora visto como forma de consolidação de uma ordem cada vez mais violenta e desigual.

A base preconceituosa do funcionamento do sistema penal e os discursos que lhe sustentam a atuação seletiva, especialmente o positivismo criminológico (em sua especial relação com a idéia de periculosidade) serão analisados na seqüência, sendo utilizada a criminologia crítica para sua percepção enquanto instrumentos funcionais para a expansão do sistema.

Encerra-se este artigo com a assertiva da necessidade de deslegitimação dos discursos positivistas, pondo às claras sua base preconceituosa, e com a idéia de reafirmação do direito penal mínimo como

academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) *as internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios.” (ob. cit. P. 61, grifos no original) O direito penal, de seu turno, “*é um discurso destinado a orientar as decisões jurídicas que fazem parte do processo de criminalização secundária*, dentro do qual constitui um poder muito limitado em comparação com o das demais agências do sistema pena.” (p. 64, grifo no original). E “o direito penal é também uma programação: projeta um exercício de poder (o dos juristas).” (p. 64)

pauta básica urgente para a redução da violência prometida. Tal marco teórico é encarado não como elemento legitimador da incidência e manutenção do sistema nos moldes em que se encontra, mas como estratégia mínima atualmente disponível para a contenção do arbítrio que se avizinha no porvir.

1 GLOBALIZAÇÃO, EXCLUSÃO E SISTEMA PENAL

Visando delimitar e compreender a expressão “Globalização”, fundamental ao desenvolvimento da análise ora pretendida, mister transcrever a lição de SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA, para quem

(...) a sociedade atual passa por um processo criativo extremamente acelerado que muitos chamaram de sociedade pós-moderna. Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão social do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.”²

Citando ULRICH BECK, pondera que

Diante desse quadro, globalização significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e

2 SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Globalização e direito penal**. In: **Constituição, Justiça e Sociedade** - VOLUME 1. Organizadores: Eduardo Cambi, Reinaldo Pereira e Silva, Sandra A. Lopes B. Lewis, Sidney Francisco Reis dos Santos, Siomara Marques. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.263/264.

suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”³

Trata-se, portanto, a globalização, de um processo de transnacionalização das relações sociais, políticas e econômicas, fundado em sofisticados processos tecnológicos de comunicação global, capazes de propiciar a superação de barreiras geográficas e culturais até então pouco permeáveis a determinadas influências externas.

Para ANTHONY GIDDENS,

(...) A globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada com o surgimento de um “sistema mundial”. A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como *ação a distância*, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa.”⁴

Desde já se deve destacar, todavia, embora o processo global não se limite à questão econômica, nesta tem seu principal foco de expansão, por um motivo evidente: é nele que se concentra e se delimitam, primordialmente, as relações de poder na atual ordem mundial. A combinação de informação, tecnologia e capital⁵ delimitam o espaço

3 SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Globalização e direito penal**. In, **Constituição, Justiça e Sociedade** p./264

4 GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattnher. São Paulo: UNESP, 1996. p. 12-13.

5 Segundo FARIA, a Globalização atual, de hipertrofia da dimensão financeira, resulta de dois fatos históricos ocorridos ao longo das décadas de 70, 80 e 90 do século passado: primeiro, a explosão da dívida federal norte-americana e a crise do padrão monetário mundial (dólar-ouro); segundo as crises do petróleo, tendo como consequência a necessidade da internacionalização do capital, fazendo surgir o esgotamento do potencial de expansão do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial até então vigente. Tal internacionalização somente veio a ocorrer com o surgimento, nos anos 80, da denominada “sociedade informacional”, ou seja, a ocorrência de novos recursos tecnológicos capaz de deslocar a informação e o capital a nível planetário, de modo instantâneo. Com isso, surgem novas formas de organização das empresas, que agora deixam de ser multinacionais para constituírem-se em transnacionais. Segue o surgimento de uma nova aristocracia do setor de serviços e novas estratégias destinadas à maximização do capital, agindo de forma interligada e relativamente independente a nível global, tudo de forma a dar conta da competitividade entre sistemas produtivos e não mais entre mercadorias.

de tomada das decisões políticas, de onde o grande esvaziamento da autonomia dos países e com ela a crise da idéia de soberania própria ao Estado-Nação.

De fato, como pondera JOSÉ EDUARDO FARIA, com a Globalização, a Soberania, entendida como a autodeterminação política de um povo, dentro de determinado território, de modo a fazer valer suas decisões para toda a coletividade local, garantindo a ordem interna e a defesa no plano externo, acaba relativizada. A complexidade do fenômeno da transnacionalização de mercados faz com que o exercício do poder local, dentro do território, passe a ser muito mais de natureza formal do que de substantiva, tornando-o incapaz de impor sua vontade diante dos instrumentos de pressão dos conglomerados transnacionais, agora em posições-chave no mercado produtivo. O Estado, portanto, passa a ser chamado a garantir condições de competitividade, devendo flexibilizar direitos e criar condições atrativas para o capital mundial. Conceitos derivados da soberania como “monismo jurídico”, “norma fundamental”, “poder constituinte originário”, “hierarquia das leis”, “direito subjetivo” e “segurança do direito”, tornam-se insuficientes para dar conta dos novos fenômenos sociais. Nesse contexto, a própria idéia de uma Constituição Dirigente entra em xeque, podendo ter seu papel limitado à elaboração de diretrizes relacionadas aos direitos fundamentais, no plano substantivo, e procedimentais no campo político, ou até mesmo vir a ser reduzida a um nível meramente simbólico⁶.

Assim, embora a globalização, de fato, traga consigo a formação de novos padrões de comportamento, influenciando padrões culturais e diversos aspectos da vida social, fica cada vez mais evidente que tais modificações são ditadas essencialmente por razões de ordem econômica. Os benefícios trazidos (maior comunicação, possibilidades de integração, acesso a determinados serviços etc.) revelam-se hoje de conteúdo meramente reflexivo à questão econômica, posto que incrementados não em face da dignidade da pessoa humana, como seria desejável, mas tendo em conta, sempre, a possibilidade da formação de novos e maiores mercados de consumidores.

Surge, enfim, um novo paradigma, podendo ser chamado de “especialização flexível” ou “pós-fordista”, voltado à superação da forma de produção orgânica e sistemática até então praticada (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada** 1 ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004).

6 FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. p.23-51.

As implicações de uma ordem assim concebida revelam-se palpáveis.

Além da relativização da Soberania e a conseqüente quebra da autonomia política citadas, agudiza-se a concentração de riquezas, com a expansão dos exércitos de excluídos, que agora atingem até mesmo o chamado primeiro mundo.

Como expõe JÜRGEN HABERMAS,

Abdicar da política e aceitar com isso uma taxa de desemprego alta e duradoura, bem como o desmonte do Estado social em prol do objetivo da capacidade de concorrer no mercado internacional, traz consigo conseqüências sociais que já se delineiam, por exemplo, nos países da OECD (Organization for Economic Cooperation and Development). As fontes da solidariedade social secam, de tal modo que as condições de vida existentes no Terceiro Mundo expandem-se nos grande centros do Primeiro⁷.

Assim, formam-se grupos inteiros de excluídos (impropriamente denominada como uma nova "subclasse"⁸), que acabam segmentados dentro da sociedade, ao custo de graves conseqüências políticas. HABERMAS sintetiza três dessas conseqüências, que reputa inevitáveis a longo prazo, a saber:

(...) Uma subclasse gera tensões sociais cuja descarga se dá em revoltas despropositadas e auto-destrutivas, que só podem ser controladas com recursos repressivos. A construção de penitenciárias, a organização da segurança interna em geral revelam-se uma indústria em crescimento⁹.

Depois,

(...) a desolação social e a miserabilização física

7 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.146.

8 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. p.146.

9 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. p.147.

não se deixam delimitar localmente. O veneno do gueto também age sobre a infra-estrutura dos centros urbanos, atinge regiões inteiras e se fixa nos poros de toda a sociedade¹⁰.

Por fim,

(...) isso tem como conseqüência uma erosão moral da sociedade, que necessariamente danifica toda e qualquer coletividade republicana em seu âmago universalista. Pois decisões de maiorias estabelecidas de maneira formalmente correta e que apenas refletem os temores pela manutenção do *status* e reflexos de auto-afirmação por parte de uma classe média ameaçada pela descensão social corroem a legitimidade dos procedimentos e instituições. Por essa via, desvirtua-se a verdadeira conquista do Estado nacional, que tratou de integrar sua população por meio da participação democrática¹¹.

A primeira conseqüência citada, objeto desta pesquisa, é vista aqui em uma perspectiva mais abrangente daquela exposta pelo filósofo alemão, ou seja, não apenas as descargas das tensões sociais, mas as próprias relações sociais, em boa medida, passam a ser gerenciadas segundo os padrões verticais das relações de poder inerentes ao sistema penal.

Em tal contexto, a administração da massa de excluídos acaba se constituindo na inconveniente tarefa para a qual o sistema penal, em posição de destaque, é chamado a desempenhar e várias são as explicações para tal fenômeno.

Um delas pode ser extraída a partir da análise histórica desenvolvida por GEORG RUSCHE, para quem “os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico”¹² e, pois, no caso da economia globalizada tal não será

10 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. p.147.

11 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. p.147.

12 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed., tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23.

diferente: excesso ou escassez de mão-de-obra, aumento ou diminuição da população urbana, aproveitamento econômico do trabalho prisional ou manutenção da ociosidade, tudo, da casa de correção aos presídios modernos, encontram-se em íntima correlação.

Também nessa direção, vale a sempre obrigatória referência a MICHEL FOUCAULT, que há mais de trinta anos já demonstrava ao mundo como a prisão serviu à nova ordem capitalista, representando muito mais do que um simples instituto para responder ao desvio criminoso, na verdade parte essencial de um determinado modelo de sociedade (a sociedade disciplinar), onde a vigilância, como a punição, exerce papel fundamental na consolidação das relações de poder nela estratificadas¹³.

Há, portanto, um vínculo inegável entre a estrutura social e o sistema punitivo, que certamente não passará despercebido à nova ordem estabelecida.

Outro argumento que permite sustentar a assertiva da prevalência do controle institucional no gerenciamento da miséria produzida pela globalização reside na ponderação dos custos das diferentes vias que se pretenda adotar para a administração do problema: entre direcionar o Estado para a implementação de medidas tendentes à incorporação dos excluídos no processo consumerista (o que leva a conseqüências políticas e ambientais imprevisíveis¹⁴) e lançar mão do incremento do

13 A disciplina ocupa o espaço antes reservado ao suplício. Busca-se, agora, “adestrar” os indivíduos, visando produzir corpos “dóceis” (politicamente submissos) e “úteis” (economicamente produtivo). Com a vigilância, do qual o panóptico de Jeremy Bentham é a expressão maior, inaugura-se uma nova economia de punir: menos custosa no plano econômico, mais eficiente no plano político. Transmite-se da prisão para os hospitais, para os quartéis, para as escolas e vice-versa, alcançando, após, a sociedade como um todo. Constitui-se num novo poder que enseja um novo saber, formando uma nova tecnologia de dominação, destinada a classificar, organizar comparar e examinar os indivíduos. Estabelece-se, assim, um “continuum” entre as instâncias (escola, fábrica, prisão), capaz de deflagrar “carreiras disciplinares”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 26ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002, p. 117 e segs.)

14 Os custos da inserção de tal contingente no sistema de amparo e previdência social já são suficientes a demonstrar as dificuldades de tal projeto. Quanto à questão ambiental, vale a advertência do norte-americano LESTER BROWN, feita em entrevista à Folha de São Paulo, voltada para o fenômeno do crescimento da China, mas que deve ser utilizado para o crescimento do mercado global como um todo: para o ambientalista, dadas as taxas de

sistema de repressão, direcionando a violência institucional para a contenção pura e simples dos inconformados, fica clara a prevalência deste último, o que aliás fica bem evidenciado nos movimentos de política criminal dos últimos tempos.

Pois, os *custos sociais* do processo de criminalização são distribuídos desigualmente, recaindo, por força da seletividade, com peso quase exclusivo, nas classes subalternas; o sistema penal não afeta a desigualdade social existente nem ameaça posições privilegiadas consolidadas na estrutura social (ao contrário). O *custo econômico*, sob certo ponto de vista, revela-se menor, já que a implementação da estrutura punitiva constitui encargo muito menos oneroso economicamente do que a implementação de medidas de efetiva inclusão social. Além disso, não se pode olvidar a existência de toda uma gama de serviços e bens de natureza privada voltados para o mercado específico da segurança, fazendo com que o sistema penal, de tal forma, se constitua em atividade de certo ponto de vista lucrativa, agregando-se, com isso, à lógica do sistema globalizado (prevalência do lucro¹⁵).

Também o *custo político* é inferior, dado que os movimentos de criminalização – principalmente a legislativa, pela força simbólica que contém, passam à população uma falsa impressão de segurança, gerando dividendos eleitoreiros contingenciais, porém essenciais ao processo de manutenção do poder político.

Por fim, a todos esses fatores agregam-se à *eficiência* do sistema penal para o controle social e a *utilidade* de sua manipulação para a formação do consenso essencial à manutenção da ordem estabelecida.

crescimento da China, em 2031, haveria a possibilidade do país asiático atingir o padrão de renda *per capita* igual ao dos norte-americanos, adquirindo padrões de consumo equivalentes. Ocorre que a Terra simplesmente não terá recursos suficientes para suprir a demanda de toda essa massa de novos consumidores (combustíveis, principalmente, e outras fontes energéticas), fazendo necessária, portanto, uma urgente reestruturação da economia mundial. (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0207200721.htm>, acesso em 17/07/2007).

- 15 Sobre a formação de um “Estado Penal”, fundado na repressão como meio de administração da pobreza: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003. Sobre a expansão do sistema penal em face de seu aspecto produtivo: CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Como pondera ALBERTO SILVA FRANCO:

Enquanto nos demais ramos do direito, navega-se com desenvoltura no mar da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, acolhe-se, em nível do ordenamento penal interno rumo inverso. Por que o Estado tão fragilizado no seu operar, um Estado de palha, deve ser o Estado que branda a arma da repressão penal? Por que o apelo sistemático ao controle penal? A explicação é uma só: busca-se, ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do fenômeno globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, evitar sua perturbação e buscar sua preservação, antepondo-se aos valores, direitos e garantias do indivíduo.¹⁶

Por seu potencial extremo de neutralização do dissenso, o uso da violência institucional revela-se mais atrativo do que a instituição de instrumentos de inclusão social, ficando evidente, nada obstante o paradoxo de se constituir, ele próprio (o sistema penal), em fator de agravamento da exclusão que gerencia, a prevalência de sua incidência na nova ordem globalizada.

O exercício do poder de punir, todavia, não pode ser exercido abertamente sem que se lhe agregue um elemento legitimador. Necessita ele de um discurso capaz de afastar a aparência arbitrária sem o qual nenhuma intervenção se sustenta. Aliás, nisso se resume o drama que sempre envolveu o direito penal através dos tempos: a busca de um fundamento racional para a legitimação do uso do controle institucional

16 FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In, **Temas de Direito Penal Econômico**. Organizador, Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000, p 258/260.

violento.

Embora várias teorias tenham sido elaboradas¹⁷, pode-se afirmar que foram as teorias positivistas da pena as que melhor serviram ao projeto de legitimação do uso da violência institucional. De fato, a base perigosista que lhe é inerente propiciou o fundamento “científico” reclamado para a justificação do funcionamento seletivo do sistema, fornecendo elementos ideológicos até hoje fortemente presentes na dogmática jurídica e (por força da reprodução midiática cotidiana) no próprio corpo social.

Essa influência é de especial interesse para a avaliação que ora se pretende realizar, já que é no revigoramento cotidiano – nem sempre explícito – dos postulados positivistas que se assenta a funcionalização do direito penal da nova ordem global, como adiante se buscará demonstrar.

2 O DISCURSO POSITIVISTA E A NOVA ORDEM

O positivismo, na filosofia, teve como expoente maior a pessoa de Augusto Comte e funda-se, grosso modo, na idéia de linearidade tem-

17 Para ZAFFARONI, todavia, o poder de punir é, em sua essência, um ato político, derivado da tensão entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, de onde a dificuldade da elaboração de uma teoria jurídica para sustentá-lo. Assim: “Um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. Na mesma linha se coloca a dificuldade de se construir uma teoria jurídica sobre um simples poder que não admite outra explicação racional. Trata-se de saber se é possível programar decisões jurídicas acerca de um poder que não está legitimado ou que, pelo menos, não conseguimos legitimar univocamente nem em toda sua extensão.” Essa postura agnóstica (que, aliás, parece bem refletida na Constituição Brasileira), impõe ao jurídico a contenção do político, reconhecendo no primeiro um verdadeiro contra-poder. Pois, “(...) Os operadores das agências jurídicas devem tomar decisões nesses casos, porque se não o fizerem o poder restante do sistema penal se estenderia sem limites e arrasaria todo o estado de direito. Esse dever decisório constitui sua função jurídica e, como tal, será racional se exercido à medida que seu próprio poder o permitir, bem como se orientado para limitação e contenção do poder punitivo. *Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias ao estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.* (ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 108, grifo no original.)

poral (avanços decorrentes do próprio curso da história – “progresso”) e na premissa de que somente aquilo que pode ser rotulado como científico é digno de ser considerado verdadeiro. Ou seja: a experimentação e o método (cartesiano), guiados pela razão, conduziriam o homem à verdade, devendo ser refutado todo saber que não fosse obtido de tal forma.

Segundo TROPER, no campo jurídico, o positivismo pode ser entendido sob três aspectos: como *uma abordagem do direito*, caracterizado pela preocupação com o direito que é e não o que deve ser; como *uma teoria do direito*, implica em uma negação do direito natural e restringe seu objeto ao direito presente nas normas; e *como ideologia*, implica no reconhecimento do direito como um sistema que realiza a ordem e a paz, devendo as normas serem obedecidas qualquer que seja seu conteúdo, negando a influência dos valores em seu campo de conhecimento¹⁸.

Para o positivista, somente o direito posto é o objeto da teoria do direito. À ciência do direito corresponderia o modelo das ciências naturais. Embora caracterizado por uma pluralidade de métodos (analítico, empírico etc.), o elemento comum do positivismo consiste na separação entre direito e moral, bem como o afastamento de qualquer avaliação sociológica, metafísica, política ou de matiz diversa que a não estritamente jurídica para questionamento da validade da norma. Com isso fica reduzido o problema de sua legitimação, sob a ótica do jurista, ao ato de sua correta elaboração legislativa. Daí a teoria da norma fundamental de Kelsen e a idéia de hierarquia das normas, paradigma maior de toda a idéia positivista adaptada para o campo do direito. Ao jurista, pois, não caberia discutir a legitimidade da norma jurídica a partir de pressupostos verificados na realidade empírica, pois ela (a norma), se vigente e eficaz, teria como marca preponderante a imperatividade: mesmo injusta, deveria ser aplicada. Sua tarefa (a do jurista) começa e acaba no ordenamento, que, elaborado a partir de instrumentos de representatividade popular supostamente legítimos, não tem como deixar de ser aplicado¹⁹.

18 TROPER, Michel. Verbete “Positivismo”. In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 607-610.

19 TROPER, Michel. Verbete “Positivismo”. In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. p 607-610

Essa prevalência do legislativo e a declarada a neutralidade ideológica da norma, vale destacar, entram em crise com a ascensão do Estado Democrático de Direito, ou, na expressão de GUSTAVO ZAGREBELSKY, com o Estado Constitucional²⁰.

Com a nova ideologia política, a lei deixa de ser o campo absoluto do Direito e passa a se exigir do legislador o atendimento aos direitos fundamentais consolidados na Carta Magna. O controle da constitucionalidade das leis e o surgimento de direitos positivos, ou direitos de prestação, aptos a serem reclamados do Estado, acarretam um novo papel do Judiciário e da própria Administração, voltados agora para a implementação dos direitos fundamentais próprios a tal modelo político. A esse movimento vem se dando o nome de pós-positivismo.

No direito penal, o positivismo é marcado pela utilização do método empírico, tendo seu marco inicial na publicação, em fins do século XIX, de "O homem delinqüente", obra do médico italiano CESARE LOMBROSO. Inicia-se, aí, a chamada Criminologia Positiva e a própria Criminologia, enquanto conhecimento produzido pela via da utilização de métodos diversos dos padrões estritamente técnico-jurídicos.

LOMBROSO tenta identificar a presença de características físicas e psicológicas capazes de revelar a tendência criminosa no indivíduo, tecendo suas conclusões a partir dos caracteres comuns obtidos pela avaliação da massa carcerária de seu tempo. Suas idéias vêm de encontro à perspectiva determinista em voga, são apreendidas por RAFAELE GAROFALO e principalmente por ENRICO FERRI (este encarregado de conferir uma configuração jurídica à teoria lombrosiana²¹) e tiveram ampla ressonância nos demais países, inclusive no Brasil, sobretudo por força da roupagem racista que aqui lhe foi conferida²².

Ao tempo em que trazia para o fenômeno jurídico a avaliação empírica do fenômeno criminoso, LOMBROSO acabou por negligenciar

20 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

21 ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 574.

22 Raimundo Nina Rodrigues, segundo informa SALO DE CARVALHO, chegou a ser considerado pelo próprio Lombroso como apóstolo da antropologia criminal na América do Sul (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. p.68)

um dado fundamental para a compreensão do estudo que desenvolvia, evidenciado praticamente um século após e que se constitui em parte indissociável dos processos de criminalização até hoje levados a efeito: ao avaliar o fenômeno criminal a partir dos indivíduos captados pelo sistema, o médico italiano deixou de lado os processos seletivos de atuação do sistema e acabou por fornecer as bases científicas para a consolidação do estereótipo criminal, traçando uma correlação entre os sinais físicos do pretendido atavismo do indivíduo perigoso e as camadas subalternas da população, exatamente aquela que de então até hoje povoam o universo das prisões.

Essa referência a LOMBROSO e aos demais positivistas é fundamental para compreensão da atual estrutura punitiva, pois foi com ela que o preconceito ganhou uma roupagem “científica”, incorporando-se ao direito penal pela via de uma categoria específica, a periculosidade: penas diferenciadas para os delitos de massa (furto etc.) e um sistema de aplicação da pena fundada em elementos próprios à posição social do acusado (conduta social, antecedentes etc.), tudo isso somado à seletividade inerente ao sistema, traduzem-se na formação de esferas de imunidade/vulnerabilidade, extremamente úteis à funcionalização do direito penal como discurso legitimador do controle social realizado de forma discriminatória.

Foi somente com o paradigma oriundo da criminologia crítica, formada a partir das teorias do *labelin approach* (etiquetamento) e da reação social, esboçadas a partir dos anos 60 do século passado por pensadores norte-americanos, em análises de cunho nitidamente sociológico, que se evidenciou, principalmente pela ocorrência de “cifras negras”, a atuação seletiva e violenta do sistema penal. Fica evidente, a partir de então, a incidência desigual do sistema, atuando a segurança jurídica apenas em relação à parcela da sociedade detentora do poder político e econômico (de onde as situações de imunidade e vulnerabilidade citadas²³), revelando-se a programação racional constitutiva do direito penal abertamente descumprida em seus postulados mais básicos, inclusive o desrespeito à legalidade.

Dissocia-se, a partir daí, crime e criminalização, negando-se ao

23 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p 266/284.

desvio punível uma qualidade ontológica. Ainda, evidencia-se a base preconceituosa do sistema, fundando sua operatividade em critérios discriminatórios (estereótipos criminais, de regra associados à camada pobre da população²⁴). Essa eficácia invertida permanece como a face latente do sistema²⁵ e nele se insere pela via dos juízos de periculosidade antes mencionados.

O discurso positivista, todavia, permanece vivo e influencia decisivamente os movimentos de política criminal atuais, dando preponderância aos chamados modelos de direito penal máximo, em contraste àqueles voltados para o direito penal mínimo e para o abolicionismo penal. Isto porque, com efeito, a idéia de reprimir baseado em dados como a periculosidade individual é algo que conflita com o reconhecimento de limites e garantias em tal atividade. Assim, o juízo de periculosidade é sempre um juízo sobre o caráter, a personalidade do indivíduo, e ele não se completa sem uma grande dose de subjetividade. A indeterminação, portanto, é parte essencial para o exercício do controle de algo que, em si, encontra-se condicionado por variáveis impossíveis de serem controladas pela via estritamente racional.

Os modelos atuais de direito penal máximo, portanto, moldados à base de discursos perigosistas, são os que melhor se ajustam ao controle social da massa de excluídos. O preconceito presente na base das estruturas sobre as quais são edificados tais modelos, serve à perfeição para a manutenção das relações de desigualdade social e, por isso, para legitimar o gerenciamento da massa de excluídos reclamado pela

24 VERA BATISTA, mediante uma análise do trato judicial das questões relativas ao envolvimento de adolescentes com tóxicos nas varas de menores do Rio de Janeiro, então orientadas pela doutrina da situação irregular, revela a discrepância do tratamento dispensado ao envolvido conforme sua origem social: ao adolescente pobre, o estereótipo do criminoso em formação, sendo-lhe destinada internação e vigilância; ao adolescente das camadas economicamente abastas, o estereótipo do doente, submetido a tratamento, de regra pela própria família. (BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Coleção Pensamento Criminológico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003). A criminalização do porte de entorpecentes, ademais, atende a um aspecto de fundamental importância para a funcionalidade do sistema em seu aspecto discriminatório, pois é ela – a criminalização – que legitima boa parte das abordagens diuturnamente efetuadas pela polícia, guiadas sempre por estereótipos próprios ao usuário pobre de rua.

25 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 29/304.

Globalização.

Dentre as várias ideologias que moldam os discursos atuais e conduzem a política criminal para a edificação de um modelo de intolerância, destaca-se a chamada “ideologia da defesa social”, de inegável influência não apenas na incidência do sistema e na formação dos instrumentos normativos respectivos, mas sobretudo por sua incorporação ao cotidiano do homem comum e sua constatare reprodução no imaginário social.

De modo a compreendê-la, vale a referência a ALESSANDRO BARATTA, para quem

A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.” O conteúdo dessa ideologia “(...)”, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem da rua (ou seja, das *every day theories*)(...) ²⁶.

Conforme referido autor, tal ideologia

(...) é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios: a) *Princípio de legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são

26 BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. Coleção Pensamento Criminológico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41, grifo no original.

responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais; b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; c) *Princípio da culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente; e) *Princípio de igualdade*. A criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.²⁷

Finalmente,

f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns

27 BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 41, grifo no original

a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes.²⁸

Pois, como já referido, embora tenha sido desmistificada pela criminologia crítica, evidenciada pelo desnudamento da característica seletiva da incidência do sistema, é essa ideologia que ainda fomenta boa parte do consenso usado para legitimar a utilização da violência institucional para controle das classes subalternas, em medida cada vez mais abrangente. Por sua funcionalidade, vem ganhando revigoramento cada vez mais intenso dos na prática social e jurídica, retomando a defesa social um papel cada vez mais ativo na expansão da violência institucional. Periculosidade, gueto, prisão e vigilância combinam-se para garantir a nova ordem, legitimando o gerenciamento violento das camadas sociais subalternas e essa opção é demonstrada por manifestações concretas de expansionismo dos movimentos de intolerância penal.

De fato, na linha do discurso defensista, proliferam os movimentos de criminalização simbólica fundados em postulados positivistas. Os chamados “movimentos de Lei e Ordem”, para os quais a redução da criminalidade resume-se a uma questão qualitativa e belicista, pregam a necessidade da expansão ilimitada dos mecanismos de repressão para a manutenção da paz social, e tais postulados são cada vez mais fortemente incorporados nas *every day theories*, inclusive pelo alinhamento dos meios de formação da chamada opinião pública²⁹.

A incorporação, no plano mundial, de doutrinas como o “direito penal do inimigo”, a implementação das chamadas políticas de “tolerância zero”³⁰, de ampla repercussão nos demais campos

28 BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 42, grifo no original

29 Os Movimentos de Lei e Ordem, embora também partam da premissa da divisão da sociedade em uma minoria desviada e a maioria respeitadora das leis, enfocam a questão criminal a partir da eficiência do sistema e não necessariamente do ponto de vista antropológico. Traduz, portanto, uma idéia de intolerância para com o delito e com o criminoso, confiando no efeito dissuasório que as penas graves e a eficiência da atuação das agências de repressão podem gerar no seio social. Para tanto, tem que confiar no discurso da neutralidade e igualdade na aplicação da lei, atribuindo a seletividade do sistema a questões meramente conjunturais.

30 Sobre referida doutrina, ponderam JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

do globo³¹, e o revigoramento do modelo bélico (substitui-se, na

e EDWARD ROCHA DE CARVALHO: “Ficou evidente que todas as preocupações dos corifeus e apóstolos da *Broken Windows Theory* se resumem à ordem e sua manutenção. Entretanto, é por demais ingênuo (embora a proposta possa ser uma representação narcísea) pensar que ao tirar a criança do semáforo e o mendigo da rua o problema estará resolvido. O que acontece com eles depois disso — afinal, o raciocínio é simples: se eles não estão lá, é porque não existem — não é problema dos “teóricos”. Do ponto de vista intelectual, beira-se à fraude. Enquanto a postura do Estado for neoliberal, assumindo o “ter” como prioridade ao “ser”, estará o mundo fadado à proliferação de teorias impossíveis de verificação e ineficazes desde o próprio nascimento. Basta pensar que se tem um Estado Mínimo e para fazer viva a Tolerância Zero é preciso um Estado Máximo. Há uma contradição — diria Aristóteles: algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo — e, com segurança, a verdade fica fora. De resto, a inconstitucionalidade do pregado pela *Broken Windows Theory* salta aos olhos. Ora, a CR diz que deve haver — e há — infrações de menor potencial ofensivo, demarcando, para não deixar dúvida, a legalidade. Afirmar o contrário, como quer a dita teoria, passando uma tábua rasa sobre todas as infrações, para considerar a mendicância igual ao homicídio — pior: a causa dele! —, afronta os mais comezinhos princípios estabelecidos por uma já sofrida Carta. A saída não é tão obscura quanto parece, ou quanto querem fazer parecer: um Direito Penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição (que segue e deve seguir dirigente); educação e saúde para todos: como exigir do mendigo que “*seja educado, não atrapalhe e não feda*”, se não se dá a ele sequer ensino e saneamento básico? É hipócrita dizer, afinal, que “*todo mundo tem o direito de dormir embaixo da ponte*”. Abalou-se, na estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia. Claro, tais propostas vão de encontro ao que existe de mais sagrado na política da *Terra Brasilis*: o voto, símbolo maior da perpetuação das capitânias hereditárias e motor de arranque de quase todas as idéias. Enquanto os apóstolos da Tolerância Zero não entenderem que ela deve alcançar — isso sim — a corrupção, com a má-fé e o mau uso do dinheiro público, continuar-se-á vivendo nesta terra encantada de valores e moral em que Alice nos conduz; de *imbrogli* retóricos. Isso eles não entendem, ou não querem entender. Não querem perceber que quando alguém de dentro quebra as janelas, pouco resta a fazer com os que estão lá fora (aliás, a pedra cai na cabeça deles!).”COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro ?**. in Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

- 31 Noticiou a **Folha de São Paulo** em sua versão on-line: “Capital vai punir camelôs, flanelinhas e grafiteiros; para opositores da medida, ela criminaliza a pobreza - Cidade do México adota “tolerância zero” – Fernando Canzian, Enviado especial à Cidade do México- A Cidade do México adotará em dois meses um dos mais duros regimes de “tolerância zero” em todo o mundo. A nova lei prevê prisões e multas para guardadores de carros, para menores que limpam vidros de automóveis em semáforos, para pessoas que vendem serviços irregulares e para grafiteiros. Prostitutas e seus clientes também estarão sujeitos às regras. A Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, onde fica a Cidade do México, afirmou que a medida significará a “criminalização da pobreza” na cidade. A lei foi aprovada na sexta-feira pela Assembléia Legislativa por 32 votos contra 25 e deu prazo de 60 dias para que as autoridades se preparassem para

América latina, o discurso da segurança nacional pelo discurso da segurança pública³²), dentre outras manifestações de intolerân-

aplicá-la em toda a cidade, de cerca de 18 milhões de habitantes. As novas regras foram discutidas e votadas por sugestão da consultoria Giuliani Group, do ex-prefeito de Nova York Rudolph Giuliani (1994-2002), contratada há mais de um ano pelo megaempresário mexicano Carlos Slim para dar assessoria à administração local. Giuliani foi o implementador de uma política bem-sucedida de redução de criminalidade em Nova York, conhecida como “tolerância zero” -o registro de violência caiu pela metade em seu primeiro mandato. Slim, 64, por sua vez, é o homem mais rico da América Latina e dono da Telmex, que acaba de adquirir a brasileira Embratel. O empresário é dono de dezenas de projetos imobiliários e de restaurantes na Cidade do México e está à frente de um enorme projeto de recuperação do centro velho da capital mexicana. A nova lei dobrou para 43 o número de “faltas administrativas” que poderão ser objeto de punições das autoridades locais. A Secretaria da Segurança Pública da capital será a responsável por reprimir comportamentos corriqueiros na cidade e que garantem a subsistência de milhares de pessoas. As penalidades vão variar de multas de dez salários mínimos diários (o salário mínimo na Cidade do México é equivalente a R\$ 11,6 por dia) à detenção por períodos entre seis e 36 horas, dependendo da infração. Com base na nova lei, todos os infratores serão fichados. Em caso de reincidência, a punição automática será a detenção, em regime de incomunicabilidade, por um período mínimo de 36 horas. As autoridades locais vêm sendo pressionadas nos últimos meses por setores empresariais para reprimir a criminalidade e o assédio constante de pedintes e vendedores na Cidade do México. Nos semáforos da cidade, dezenas de jovens e crianças simplesmente saltam sobre os capôs dos veículos para limpar os pára-brisas em troca de alguns pesos. Há flanelinhas por todos os cantos e dezenas de pessoas (os “coiotes”) oferecendo serviços irregulares, de transportes ao preenchimento de formulários. Outra ação também deverá “limpar” o centro histórico da cidade da ação de camelôs, que serão deslocados para algumas galerias subterrâneas, hoje abandonadas, a três metros abaixo do nível do solo. Fernando Coronado, diretor-geral da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal, disse à Folha que a nova lei “criminalizará condutas antes toleradas”. “A medida afetará pessoas que não produzem vítimas e não se encaixa em um regime democrático”, disse Coronado. Ele estima em cerca de 15 mil o número de jovens de até 18 anos que atuam nas ruas da cidade. Embora conte com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes equivalente a menos da metade da registrada em São Paulo, a Cidade do México é temida pela frequência de assaltos e, principalmente, de seqüestros. Aos turistas, por exemplo, há a recomendação de somente tomarem táxis em locais específicos, já que “motoristas piratas” em carros com as cores regulares recolhem passageiros pela cidade para roubos e seqüestros. Apesar do rigor da nova lei, o policiamento na Cidade do México não é ostensivamente percebido, e a polícia é considerada corrupta e temida por muitos. O desrespeito às leis de trânsito é generalizado e o acúmulo de lixo é desconcertante. (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0405200406.htm>, acesso em 04 de maio de 2004.)

- 32 ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 13.

cia, fomentam contextos locais de emergência, onde o arbítrio e a violência, conforme observado por HABERMAS, antes citado, são reclamados como resposta para as tensões sociais surgidas.

No Brasil, onde a desigualdade social tem historicamente favorecido o uso da violência extremada para o gerenciamento da ordem social, tal fenômeno se revela pelo incremento da tipificação legislativa de condutas, calcada no desprezo pelos princípios constitucionais, na busca da desformalização dos processos, com prejuízos às garantias individuais, na formação de uma jurisprudência abertamente incorporada aos discursos de segurança pública - acompanhada de inegável comprometimento ideológico das agências judiciais - e, principalmente, na plena incorporação do mencionado discurso belicista, assumindo as forças de segurança postura de enfrentamento (combate, guerra), com efeitos de grande letalidade³³.

O gerenciamento das classes excluídas através do incremento dos instrumentos de repressão institucionais, em movimentos de aproximação a verdadeiros Estados policiais, gera o aprofundamento da verticalização das relações sociais³⁴ e conduz ao paradoxo de produzir, ele mesmo, o agravamento do processo de exclusão³⁵. Como maior exclusão reclama maior repressão, instaura-se ciclo de absoluta irracionalidade, idêntico ao trabalho de Sísifo, com gravíssimo custo social.

Daí que, uma ideologia que pretenda a realização do Direito mediante bases verdadeiramente voltadas para os valores éticos deve contrapor-se a esse movimento. Enquanto as pautas abolicionistas permanecem irrealizáveis - ao menos à luz do atual momento histórico, o direito penal mínimo surge como pauta básica para o resgate da

33 Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p. 129.

34 ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59.

35 A estigmatização provocada pela pena, circunstância que lhe confere contraditório caráter criminógeno, hoje a ela não mais permanece restrita, estendendo-se, em seus efeitos, para alcançar o próprio processo e até mesmo a cotidiana atuação das agências de controle. A vigilância inibitória e a violência - potencial ou efetiva - de outro lado, atuam no sentido da citada verticalização das relações, combinando-se a outras manifestações discriminatórias para a delimitação de espaços sociais, tudo contribuindo para o agravamento do quadro de exclusão.

eticidade no trato das desiguais relações de poder existentes no interior da sociedade.

Como se pretende sustentar nas linhas que seguem, a deslegitimação dos discursos defensistas e a elaboração de uma pauta de contenção do sistema – acompanhada de uma política de implementação dos direitos de cidadania -, apresentam-se como o recurso mínimo, urgente e indeclinável para o resgate da dignidade humana, atuando como instrumento de contenção do avanço da violência genocida atualmente em curso a nível mundial.

3 A DESLEGITIMAÇÃO DISCURSIVA E O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PAUTAS PARA A CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA

Conforme até aqui exposto, os postulados positivistas, incorporados aos textos legislativos e reafirmados pela utilização acrítica do arcabouço dogmático formado a partir de tais diretrizes, fornecem a base preconceituosa do sistema, reforçando o uso do sistema penal para o incremento do controle das massas indesejáveis, de onde a citada expansão do sistema penal na ordem globalizada.

Pois bem, evidenciado seu enorme potencial para a violência e para o extermínio³⁶, a perspectiva citada impõe uma urgente atitude de resistência.

Nesse passo, enquanto não obtida uma alternativa melhor ao direito penal³⁷, a contenção de sua expansão mediante a utilização dos

36 ZAFFARONI destaca a alta letalidade como diferencial das intervenções repressivas na América Latina, o que, em última análise, não deixaria de ser a continuidade da política genocida praticada por nossos colonizadores (ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed., trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 123/125).

37 Para FERRAJOLI “o abolicionismo penal – independentemente de seus intentos libertários e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira

recursos criminológicos (deslegitimação dos discursos de matiz positivista) e dogmáticos (princípios de descriminalização) disponíveis, dando ensejo, de tal modo, à realização de um efetivo direito penal mínimo capaz de refrear os movimentos de severidade em curso.

De fato, impõe-se revelar ao senso comum e aos setores da vida jurídica a natureza preconceituosa dos discursos de matiz positivista, permitindo-se - pela via dos postulados da criminologia crítica, se for o caso - o conhecimento de suas influências e a gravidade de suas conseqüências na vida social. A superação da postura dogmática, portanto, com o necessário resgate da interdisciplinaridade, viabiliza a percepção do direito penal não apenas como um feixe de postulados voltados para a tutela racional de bens jurídicos, mas como um efetivo instrumento de controle social, de papel preponderante na configuração de um determinado modelo de sociedade, cujo elemento estrutural é não apenas a ameaça da prisão, mas o próprio uso da violência institucional.

A essa desconstrução discursiva, de outro lado, deve corresponder uma opção por determinado modelo de política criminal, voltada para a implementação de um efetivo direito penal mínimo, esclarecendo-se desde já que a expressão “direito penal mínimo” e sua antítese, “direito penal máximo”, devem ser entendidas como expressões que “designam (...) sistemas jurídicos onde seja mínima ou máxima a intervenção do Estado na restrição das liberdades negativas”³⁸. Trata-se, portanto, de modelos punitivos antitéticos, o primeiro de feição garantista, racional e identificado com o Estado de Direito, o segundo arbitrário, irracional e próprio ao Estado Totalitário³⁹.

Essa limitação máxima do poder punitivo - caracterizadora, portanto, do direito penal mínimo - acompanhada de uma cultura de efetivo reconhecimento do respeito às garantias individuais e da busca

Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 275) Essa postura relegitimadora do Direito Penal é aqui evitada, como também a referência a eventual natureza utópica do abolicionismo, dado que não se pode afastar a possibilidade, ainda que em um futuro remoto, do uso de alternativas ao tratamento do desvio punível diversas que não tenham a pena e a prisão como base da resposta institucional. O Direito Penal Mínimo é tratado aqui como pretensão básica a partir da qual se pode buscar o resgate do mínimo de racionalidade do sistema, reduzindo e contendo o avanço do arbítrio e da prepotência.

38 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 91, nota 23.

39 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 83/84

da efetividade dos princípios constitucionais democráticos, apresenta-se como pauta mínima a qualquer pretensão de manutenção de uma feição minimamente ética do sistema institucional de controle social. Sua implementação, portanto, levada a efeito mediante a elaboração de políticas de tolerância para com o desvio punível (traduzida, sobretudo, em processos de descriminalização formal e material nos planos legislativo e judicial, respectivamente, bem como na elaboração de políticas de redução da violência institucional cotidianamente empregada pelas agências oficiais de repressão), a par de constituir-se na via que mais de perto diz com a ocorrência de um efetivo Estado Democrático de Direito, é, de fato, a proposta que melhor se dispõe para a atenuação dos efeitos próprios a uma ordem em si já perversamente excludente, e que tende a ser manipulada de forma a agravar ainda mais os níveis de injustiça social.

Ao incremento de políticas de redução das desigualdades e de inclusão social, portanto, deve corresponder uma política criminal voltada para a mínima intervenção possível, evitando-se, pela deslegitimação discursiva e por uma práxis limitadora, a utilização crescente da violência inerente ao sistema penal como forma de contenção da massa excluída pela globalização.

Vale ressaltar, não se quer chegar ao ponto, aqui, de se esboçar uma relegitimação do sistema penal pela via do Garantismo⁴⁰. Busca-se

40 O Garantismo, de fortes contornos positivistas, busca reforçar o conteúdo emancipatório que inspirou a própria formação do Direito Penal, reconhecendo nele uma via de mão dupla, voltada para impedir a lei do mais forte: garante o indivíduo contra agressões dos demais membros da comunidade e em contrapartida garante o infrator contra a violência arbitrária do Estado. Cumpre lembrar, todavia, a característica subterrânea de grande parte do poder exercido pelas agências de repressão, circunstância que, somada à seletividade estrutural da incidência do sistema, torna realmente duvidosa a viabilidade de se buscar controlá-las pelos parâmetros de racionalidade derivados da legalidade. De novo ZAFFARONI: “Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o *sistema penal subterrâneo*, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, seqüestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração de jogo, da prostituição etc. (...) À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder

antes, como já mencionado, a adoção de uma estratégia mínima, quase como uma política de redução de danos, única no presente momento histórico capaz de minimizar a dor prometida por uma ordem mundial marcada pela diferença e pela exclusão, como já afirmado, com grande potencial para o genocídio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou demonstrar na análise aqui desenvolvida, a nova ordem mundial globalizada, fundada em processos de transnacionalização das relações sociais, políticas e econômicas, tem nesse último aspecto – o econômico – sua dimensão prevalente, daí derivando sua tendência a privilegiar o lucro e a potencializar a concentração de riquezas.

A volatilidade do capital e seu potencial para a formação de amplos cenários de exclusão social conduzem a um ciclo no qual ampla parcela do poder local acaba subtraída, relativizando ou mesmo tornando inócua a concepção de Estado-Nação e de Soberania. As decisões políticas agora voltam-se para a formação de mercados atrativos, ficando aos Estados o encargo de gerenciamento da crescente massa de excluídos, surgindo então o direito penal como instrumento preferencial no exercício desse controle. Isto se dá por diversos fatores, destacando-se, todavia, sua eficiência e utilidade tanto na formação do consenso (integração positiva) como no controle social propriamente dito (vigilância), além do que seu incremento revela-se menos oneroso do ponto de vista econômico e desigual no que se refere à distribuição dos custos sociais, surgindo como a alternativa preferencial à instituição de eventuais instrumentos de inclusão e fomento da cidadania.

Tal poder, todavia, não tem como ser exercido sem que o acompanhe elementos discursivos de legitimação e esta vem sendo fornecida, na atualidade, pelo revigoramento das idéias positivistas de base perigosista, dentre as quais destaca-se a ideologia da defesa social, visto o elemento preconceituoso que lhes é comum, extremamente útil, pela via da formação de estereótipos, no direcionamento da violência aos

punitivo pelos sistemas penais subterrâneos. (ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 70, grifo no original). Daí porque não se pretende afirmar, aqui, o Direito Penal Mínimo como solução para a crise vivenciada pelo Sistema.

membros das camadas subalternas da população.

São evidências dessa tendência a plena assimilação dos discursos de intolerância, refletidos em políticas públicas de segurança de cunho belicista e preconceituosa; no incremento das legislações punitivas, boa parte implementada com desprezo das garantias e princípios constitucionais; no abandono da função limitadora por parte das agências judiciais, acompanhadas, por vezes, de atitudes de comprometimento aberto com a idéia de segurança; e, principalmente, na violência aberta das demais agências de controle, com atuação de grande letalidade, fatos de especial notoriedade na desigual realidade latino-americana (principalmente a brasileira).

Dado o potencial que detém para a violência, agravando ainda mais a exclusão social, impõe-se o estabelecimento de instrumentos de contenção da expansão em movimento, quer com a deslegitimação dos discursos positivistas-defensistas, quer com a tomada de uma postura voltada para a redução dos processos de criminalização, adotando-se, portanto - sem a pretensão de estabelecer qualquer correspondente processo de legitimação - um efetivo direito penal de feição mínima, capaz de atuar como pauta básica para a atenuação dos processos de hipertrofia do controle seletivo em curso no momento histórico.

Trata-se da alternativa emergencial, viável e necessária para a retomada da busca de um Direito inspirado em preceitos minimamente éticos, capaz de atenuar a violência reclamada por uma ordem desigual e perversa, onde valores como a solidariedade e a tolerância são cada vez menos considerados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de..**Sistema penal máximo x cidadania mínima; códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. Coleção Pensamento Criminológico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Dífceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Coleção Pensamento Criminológico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro ?**. in Boletim IBC-CRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1 ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalhete. 26ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In, **Temas de Direito Penal Econômico**. Organizador, Roberto Podval. São Paulo:RT, 2000.

FOLHA ON LINE. Caderno Mundo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0405200406.htm> - acesso em 04/05/ 2004.

FOLHA ON LINE. Caderno “Brasil”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0207200721.htm> - acesso em 17/07/2007.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattnher. São Paulo: UNESP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.121-145 e 177-184.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed., tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Globalização e direito penal**. In, **Constituição, Justiça e Sociedade - VOLUME 1**. Organizadores: Eduardo Cambi, Reinaldo Pereira e Silva, Sandra A. Lopes B. Lewis, Sidney Francisco Reis dos Santos, Siomara Marques. Florianópolis:OAB/SC Editora, 2006

TROPER, Michel. Verbete “Positivismo”. In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário**

Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 607-610.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Tradução de Eliana Aguiar. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** Vol 1 - teoria geral do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas.** 5ª ed., trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Globalización y sistema penal em América Latina: de la seguridad nacional a la urbana.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 20. São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

A LEI MARIA DA PENHA E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES

Rômulo de Andrade Moreira
*Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Universidade
de Salamanca/Espanha
Promotor de Justiça - BA*

RESUMO

O trabalho tem por escopo comentar alguns dispositivos contidos na Lei nº. 11.340/06, a chamada “Lei Maria da Penha” que procurou criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”. Analisa-se, inicialmente o art. 16 da referida lei, segundo o qual, “*nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.*” Em seguida, discute-se a constitucionalidade do art. 17 que veda “*a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*” Também são referidas as chamadas medidas protetivas de urgência e o remédio jurídico para combatê-las em caso de abuso na sua aplicação. Também sob o prisma constitucional, faz-se uma crítica ao art. 41 da lei, pelo qual “*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.*” Por fim, cuida-se do novo inciso acrescentado ao art. 313 do CPP, concluindo-se também pela sua inaplicabilidade. Enfim, são consideradas inconstitucionais, portanto, inválidas, as normas contidas nos arts. 17 e 41 da Lei Maria da Penha,

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 5, n. 11, jan./abr. 2007 – Florianópolis – pp 203 a 226

além do art. 313, IV, do CPP, à luz dos princípios da proporcionalidade e igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher – Violência Doméstica e Familiar – Representação – Penas Alternativas – Juizados Especiais Criminais – Prisão Preventiva - Proporcionalidade – Igualdade – Norma - Validez – Vigência.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo comentar alguns dispositivos contidos na Lei nº. 11.340/06, a chamada “Lei Maria da Penha” que, em tese, procurou criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”¹.

Segundo a lei, “*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.*” A violência pode ser praticada “*no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*”, “*no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*” ou “*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor convivia ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*”

Compreende “*a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal*”, “*a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridiculariza-*

1 Sobre o assunto, além de vários artigos já publicados na internet, indicamos: “Violência Doméstica”, de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; “Violência Doméstica”, de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, Salvador: Editora JusPodivm, 2007 e “Estudos sobre as novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos”, obra coletiva coordenada por André Guilherme Tavares de Freitas, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ção, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”, “a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”, “a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” e “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

É importante ressaltar que a lei não contém nenhum novo tipo penal, apenas dá um tratamento penal e processual diferenciado para as infrações penais já elencadas em nossa (vasta e exagerada) legislação penal.

Segundo o seu art. 6º., a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos; logo, é possível que a apuração do crime daí decorrente seja da atribuição da Polícia Federal, na forma do art. 1º., III, parágrafo único da Lei nº. 10.446/02 (se atendidos os pressupostos do **caput**); ainda em tese, também é possível que a competência para o processo e julgamento seja da Justiça Comum Federal, **ex vi** do art. 109, V-A, c/c o § 5º., da Constituição Federal (desde que haja e seja julgado procedente o Incidente de Deslocamento de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça). Esta conclusão decorre das normas referidas, bem como em razão do Brasil ser subscritor da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher e da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

I A RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Inicialmente analisaremos o art. 16 da referida lei que tem a seguinte redação: *“Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação*

perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Desde logo, atentemos para a impropriedade técnica do termo “*renúncia*”, pois se o direito de representação já foi exercido (tanto que foi oferecida a denúncia), obviamente não há falar-se em renúncia; certamente o legislador quis referir-se à retratação da representação, o que é perfeitamente possível, mesmo após o oferecimento daquela condição específica de procedibilidade da ação penal.

Sabe-se, no entanto, que o art. 25 do Código de Processo Penal só permite a retratação da representação até o oferecimento da denúncia; no caso desta lei, porém, a solução do legislador foi outra, permitindo-se a retratação mesmo após o oferecimento da peça acusatória. O limite agora (e quando se tratar de crime relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher) é a decisão do Juiz recebendo a denúncia.

Portanto, diferentemente da regra estabelecida pelo art. 25 do Código de Processo Penal, a retratação da representação pode ser manifestada após o oferecimento da denúncia, desde que antes da decisão acerca de sua admissibilidade. Neste ponto, mais duas observações: em primeiro lugar a lei foi mais branda com os autores de crimes praticados naquelas circunstâncias, o que demonstra de certa forma uma incoerência do legislador. Ora, se se queria reprimir com mais ênfase este tipo de violência, por que “*elastecer*” o prazo para a retratação da representação? Evidentemente que é mais benéfica para o autor do crime a possibilidade de retratação em tempo maior que aquele previsto pelo art. 25, CPP.

Tratando-se de norma processual penal material, e sendo mais benéfica, deve retroagir para atingir processos relativos aos crimes praticados anteriormente à vigência da lei (data da ação ou omissão – arts. 2º. e 4º. do Código Penal).²

Uma segunda observação é a exigência legal que esta retratação somente possa ser feita “*perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, (...) ouvido o Ministério Público.*” Aqui, a intenção do legislador foi revestir a retratação de toda a formalidade própria de uma audiência realizada no Juízo Criminal, presentes o Juiz de Direito

2 Sobre a sucessão das leis processuais no tempo, conferir o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: JusPodivm, 2007, págs. 101 a 107.

e o Ministério Público. Neste aspecto, sendo mais gravosa a norma processual penal material, sua aplicação deve se restringir aos fatos ocorridos posteriormente, ou seja, para os crimes praticados após a vigência da lei.

De toda maneira, ressaltamos que se esta retratação deve ser necessariamente formal (e formalizada), o mesmo não ocorre com a representação que, como sabemos, dispensa maiores formalidades (sendo este um entendimento já bastante tranqüilo dos nossos tribunais e mesmo da Suprema Corte). O prazo para o oferecimento da representação (bem como o **dies a quo**) continua sendo o mesmo (art. 38, CPP). Ademais, é perfeitamente válida a representação feita perante a autoridade policial, pois assim permite o art. 39 do CPP.

Como se sabe, a representação é uma condição processual relativa a determinados delitos, sem a qual a respectiva ação penal, nada obstante ser pública, não pode ser iniciada pelo órgão ministerial; é uma manifestação de vontade externada pelo ofendido (ou por quem legalmente o represente) no sentido de que se proceda à **persecutio criminis**. De regra, esta representação “*consiste em declaração escrita ou oral, dirigida à autoridade policial, ou ao órgão do Ministério Público, ou ao Juiz*”, como afirmava Borges da Rosa.³ Porém, a doutrina e a jurisprudência pátrias trataram de amenizar este rigor outrora exigido, a fim de que pudessem ser dados ao instituto da representação traços mais informais e, conseqüentemente, mais justos e consentâneos com a realidade.

Assim é que hodiernamente “*a representação, quanto à formalidade, é figura processual que se reveste da maior simplicidade. Inocorre, em relação à mesma qualquer rigor formal*” e esta “*dispensa do requisito das formalidades advém da circunstância de que a representação é instituída no interesse da vítima e não do acusado, daí a forma mais livre possível na sua elaboração.*”⁴

Neste sentido a jurisprudência é pacífica:

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – HABEAS CORPUS Nº. 20.401 – RJ (2002/0004648-6) (DJU 05.08.02, SEÇÃO 1, P. 414, J. 17.06.02). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PERDA DO OBJETO. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

3 Processo Penal Brasileiro, Vol. I, p. 169.

4 Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes, de Geraldo Batista de Siqueira, p. 24.

REPRESENTAÇÃO. FORMA SACRAMENTAL. INEXIGIBILIDADE. 1 - *Resta prejudicado o habeas corpus, por falta de objeto, quando o motivo do constrangimento não mais existe.* 2 - *Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de forma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor. Decadência afastada.* 3 - *Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.*”

Este também é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (neste sentido conferir: RT 731/522; JSTF 233/390; RT 680/429).

Pergunta-se: deve o representante do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, pugnar ao Juiz pela realização daquela audiência? Entendemos que não, pois a audiência prevista neste artigo deve ser realizada apenas se a vítima (ou seu representante legal ou sucessores ou mesmo o curador especial - art. 33 do Código de Processo Penal) manifestar algum interesse em se retratar da representação. Não vemos necessidade de, **a priori**, o órgão do Ministério Público requerer a designação da audiência. Ora, se a vítima representou (seja formal ou informalmente), satisfeita está a condição de procedibilidade para a ação penal. O requerimento para a realização desta audiência (ou a sua designação **ex officio** pelo Juiz de Direito) fica “até parecendo” que se deseja a retratação a todo custo.

Observa-se, outrossim, que a retratação deve ser um ato espontâneo da vítima (ou de quem legitimado legalmente), não sendo necessário que ela seja levada a se retratar por força da realização de uma audiência judicial.

II A APLICAÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Em seguida, dispõe o art. 17 ser “*vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*”

A princípio, tendo em vista o disposto no art. 41 da mesma lei (que adiante iremos comentar), a proibição da aplicação da pena de prestação pecuniária (ou multa) é dirigida ao Juiz de Direito, no momento em que irá proferir a sentença condenatória. Sim, pois se se admitir a impossi-

bilidade da transação penal (art. 41), evidentemente que o dispositivo comentado refere-se, tão-somente, à sentença condenatória.

A pena alternativa de prestação pecuniária está prevista no art. 43, I do Código Penal e consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.⁵

Restou clara a intenção do legislador de evitar a barganha, a “troca” de uma cesta básica ou dinheiro ou multa pela agressão praticada contra a mulher naquelas circunstâncias já referidas no início. Interessante é a afirmação de Janaína Paschoal para quem, *“tão humilhante como buscar a punição de seu agressor e vê-lo sair vitorioso doando uma única cesta básica, muita vez comprada pela própria vítima, é ver o Estado desconsiderar a sua vontade.”*⁶

Apesar de ser coerente com a finalidade da lei, não cremos que tal disposição possa se sustentar frente à Constituição Federal, principalmente à luz dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Atente-se, com Luiz Flávio Gomes, que *“o princípio da proporcionalidade tem base constitucional (é extraído da conjugação de várias normas: arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput, II, XXXV, LIV, etc.) e complementa o princípio da legalidade.”*⁷

Igualmente, *“el principio de proporcionalidad que, como ya indicado, surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.”*⁸

5 Entendemos que a expressão genérica “prestação de outra natureza” fere o princípio da legalidade. Cezar Roberto Bitencourt afirma que *“essa falta de garantia e certeza sobre a natureza, espécie ou quantidade da ‘prestação de outra natureza’ caracteriza a mais flagrante inconstitucionalidade!”*, exatamente por serem inadmissíveis, *“em termos de sanções criminais”*, *“expressões vagas, equívocas e ambíguas”*, exatamente em razão do princípio da legalidade.

6 Obra citada, p. 3.

7 Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

8 Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en

Por que proibir a aplicação de uma pena alternativa à pena privativa de liberdade em razão do sujeito passivo de um crime? A exclusão deve ser prevista em razão da gravidade do delito, não em razão da vítima ser mulher em situação de violência doméstica e familiar. O que justifica, à luz da Constituição Federal, a adoção de regime mais gravoso para determinados crimes é a própria gravidade do delito (aferida pela pena abstratamente cominada ou pelo bem jurídico tutelado, o que não é o caso, mesmo porque a lei não tipifica nenhuma conduta penalmente relevante). A propósito, observamos, **mutatis mutandis**, que o art. 61 da Lei n.º. 9.099/95 foi modificado exatamente para retirar aquela ressalva quanto ao procedimento especial (que ensejava a exclusão do crime como sendo de menor potencial ofensivo). A doutrina nunca entendeu muito bem o porquê da ressalva, pois o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo deveria levar em conta apenas a pena máxima abstratamente cominada, sendo o tipo de procedimento absolutamente indiferente para aquele fim. Tal entendimento acabou prevalecendo com a promulgação da Lei n.º. 11.313/06 que alterou a redação do art. 61 da Lei n.º. 9.099/95.

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (cfr. arts. 5.º, XLII, XLII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

Como, então, tratar diferentemente autores de crimes cuja pena máxima aplicada não foi superior a quatro anos, se atendidos os demais requisitos autorizadores da substituição (art. 44 do Código Penal)? Assim, acusados por crimes como furto, receptação, estelionato, apropriação indébita, peculato, concussão, etc., podem ser beneficiados pela substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária ou multa. Já um condenado por uma injúria ou uma ameaça (pena máxima de seis meses), estará impedido de ser beneficiado pela substituição, caso tenha praticado aqueles delitos contra uma mulher, em situação de violência doméstica e familiar. Convenhamos tratar-se de um verdadeiro

el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 29.

despautério; a violação aos referidos princípios constitucionais salta aos olhos! Ao comentarmos adiante o art. 41, aprofundaremos esta questão à luz dos referidos princípios constitucionais.

III AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Quanto às medidas protetivas de urgência, assim chamadas pela lei, *“poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida (art. 19), não havendo necessidade, no último caso, de ser o pedido subscrito por advogado⁹, e “independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.”*

Algumas destas medidas são salutares, seja do ponto de vista de proteção da mulher, seja sob o aspecto “descarcerizador” que elas encerram. Em outras palavras: é muito melhor que se aplique uma medida provisória não privativa de liberdade do que se decrete uma prisão preventiva ou temporária (adiante trataremos do novo inciso acrescentado ao art. 313 do Código de Processo Penal).

Como afirma Rogério Schietti Machado Cruz, *“se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir o uso de medidas homólogas (não deveriam ser) à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a privação da liberdade como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos aflitiva e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo.”¹⁰*

A previsão de tais medidas protetivas (ao menos em relação a algumas delas) encontra respaldo na Resolução 45-110 da Assembleia Geral das Nações Unidas – Regras Mínimas da ONU para a Elaboração

9 O art. 27, porém, exige que *“em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”*, bem como ser *“garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.”* (art. 28).

10 Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132.

de Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio, editadas nos anos 90). Estas regras “*enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.*”¹¹

Por terem a natureza jurídica de medidas cautelares, devem observar, para a sua decretação, a presença do **fumus commissi delicti** e do **periculum in mora**. Sem tais pressupostos, ilegítima será a imposição de tais medidas. Devemos atentar, porém, para a lição de Calmon de Passos, segundo a qual “*o processo cautelar é processo de procedimento contencioso, vale dizer, no qual o princípio da bilateralidade deve ser atendido, sob pena de nulidade. A lei tolera a concessão **inaudita altera pars** de medida cautelar, nos casos estritos que menciona (art. 804), mas impõe, inclusive para que subsista a medida liminarmente concedida, efetive-se a citação do réu e se lhe enseje a oportunidade de se defender (arts. 802, II e 811, II).*”¹²

Como, em tese, é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado da medida protetiva (adiante comentaremos o art. 313, IV do CPP), entendemos ser perfeitamente cabível a utilização do **habeas corpus** para combater uma decisão que a aplicou. Como se sabe, o **habeas corpus** deve ser também conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se a medida protetiva foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do **habeas corpus** que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: **ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”¹³ (Grifo nosso).

Para Celso Ribeiro Bastos “*o **habeas corpus** é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e*

11 Leonardo Sica, “Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

12 Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 139.

13 História e Prática do **Habeas Corpus**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.”¹⁴

Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o **habeas corpus**, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

IV OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A lei prevê a criação e implementação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que “*poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária*”; enquanto não existirem tais Juizados, “*as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.*”

Convenhamos ser bastante estranho, inclusive do ponto de vista do princípio constitucional do Juiz Natural, esta competência cível “delegada” a um Juiz com competência criminal!

O princípio do Juiz Natural está consagrado no art. 5º., XXXVII e LIII da Constituição, bem como nos arts. 8º. e 10º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

V A APLICAÇÃO DA LEI Nº. 9.099/95

Agora vejamos o art. 41 da lei, certamente o que vem causando o mais acirrado debate na doutrina. Segundo este dispositivo, “*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.](#)*”

Entendemos tratar-se de artigo inconstitucional. Valem as mesmas observações expendidas quando da análise do art. 17. São igualmente feridos princípios constitucionais (igualdade e proporcionalidade¹⁵).

¹⁴ Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

¹⁵ É cediço que o princípio da proporcionalidade está implícito na Constituição Federal. Os princípios implícitos, como se sabe, “*podem ser apreendidos a partir de uma plu-*

Assim, para nós, se a infração penal praticada for um crime de menor potencial ofensivo (o art. 41 não se refere às contravenções penais) devem ser aplicadas todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo), além da medida “descarcerizadora” do art. 69 (Termo Circunstanciado e não lavratura do auto de prisão em flagrante, caso o autor do fato comprometa-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal).

Seguindo o mesmo raciocínio, em relação às lesões corporais leves e culposas, a ação penal continua a ser pública condicionada à representação, aplicando-se o art. 88 da Lei nº. 9.099/95.¹⁶

Creemos que devemos interpretar tal dispositivo à luz da Constituição Federal e não o contrário. Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, “a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.”¹⁷ Devemos interpretar as leis ordinárias em

ralidade, mais ou menos vasta, de normas explícitas, ou ainda ser extraídos não mais de uma pluralidade de disposições, mas de uma única disposição. Isso se dá toda vez que de uma única disposição se extrai, além da norma expressa que constitui seu significado, também uma norma ulterior implícita. Finalmente, restam aqueles princípios totalmente implícitos, que são deduzidos não de uma disposição, mas da ‘natureza das coisas’, da ‘Constituição material’, do sistema jurídico como um todo, de outros princípios implícitos à sua volta, e assim por diante.” Quanto à proporcionalidade, “sua natureza de princípio jurídico é evidenciada quando, à parte da generalidade e do aspecto vago do que impõe (...), é possível também verificar que se encontra entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei aos casos concretos.” (Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 58, com grifo nosso).

16 Em sentido contrário, na sessão realizada no dia 1º de junho de 2007, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal concluiu que o crime de lesão corporal leve, praticado contra a mulher independe de representação da vítima. A conclusão, por maioria de votos, foi uma resposta a recurso do Ministério Público. De acordo com a Turma, a nova lei propõe uma reflexão sobre o problema da violência doméstica e abre a oportunidade para que os operadores do direito assumam uma postura corajosa diante da questão. O voto condutor do acórdão destaca as agressões como “*atitudes covardes de homens que resolvem abandonar seu perfil natural de guardiões do lar para se transformarem em algozes e carrascos cruéis de sua própria companheira*”. Um dos três votos proferidos no julgamento seguiu outro posicionamento (Processo nº. 20060910173057). Fonte: TJDFT

17 **Apud** José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas:

conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Segundo Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.*”¹⁸

A prevalecer a tese contrária (pela constitucionalidade do artigo), uma injúria praticada contra a mulher naquelas circunstâncias não seria infração penal de menor potencial ofensivo (interpretando-se o art. 41 de forma literal); já uma lesão corporal leve, cuja pena é o dobro da injúria, praticada contra um idoso ou uma criança (que também mereceram tratamento diferenciado do nosso legislador – Lei nº. 10.741/03 e Lei nº. 8.069/90) é um crime de menor potencial ofensivo. No primeiro caso, o autor da injúria será preso e autuado em flagrante, responderá a inquérito policial, haverá queixa-crime, etc., etc. Já o covarde agressor não será autuado em flagrante, será lavrado um simples Termo Circunstanciado, terá a oportunidade da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, etc., etc. (arts. 69, 74, 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95). Outro exemplo: em uma lesão corporal leve praticada contra uma mulher a ação penal independe de representação (é pública incondicionada), mas uma lesão corporal leve cometida contra um infante ou um homem de 90 anos depende de representação. Onde nós estamos!

Evidentemente que o princípio da proporcionalidade não foi observado, o que torna inválida esta norma (como também a do art. 17), apesar de vigente. Como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio “*desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade indi-*

Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

18 Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

vidual dos cidadãos."¹⁹

Para Pedraz Penalva, *"a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.*"²⁰

Feriu-se, outrossim, o princípio da igualdade, previsto expressamente no art. 5º, **caput** da Constituição Federal. Este princípio constitucional *"significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado."* Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a igualdade *"ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias."*²¹

Para Ignacio Ara Pinilla, *"la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas."*²²

Mas, infelizmente, como afirma Francesco Palazzo, *"a influência dos valores constitucionais vem, pouco a pouco, crescendo sempre no arco dos tempos, sem que, no entanto, ainda assim as transformações constitucionais tenham logrado produzir a esperada reforma orgânica do sistema penal, inclusive."*²³

19 O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

20 **Apud** Mariângela Gama de Magalhães Gomes, "O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

21 Obra citada, p. 67.

22 "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", artigo que compõe a obra coletiva denominada "El Principio de Igualdad", coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

23 Valores Constitucionais e Direito Penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 117.

Este art. 41 também afronta o disposto no art. 98, I da Constituição Federal, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional; neste sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

*“A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta.”*²⁴

*“A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta.”*²⁵

Igualmente Cezar Roberto Bitencourt, para quem *“a competência ratione materiae, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos e contravenções penais.”*²⁶

Sidney Eloy Dalabrida também já escreveu:

*“A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (ratione materiae), e, sendo assim, absoluta.”*²⁷

Repita-se que a competência da qual ora falamos tem índole constitucional (art. 98, I da Carta Magna), sendo nulos todos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, *“pois o processo é como se não existisse.”*²⁸

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, é

24 Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

25 Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 69.

26 Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., p. 59.

27 Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

28 Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, São Paulo: Saraiva, Vol. II, 12ª. ed. p. 503.

induidoso não ser possível a exclusão desta competência em razão do sujeito passivo atingido (mulher) e pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

É bem verdade que a própria Lei n.º. 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a sua competência (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º.), mas este fato não representa obstáculo ao que dissemos, pois se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a Lei n.º. 9.099/95, permitida pelo art. 98 da Constituição. Em outras palavras: ao delimitar a competência dos Juizados, poderia a respectiva lei, autorizada pela Lei Maior, estabelecer exceções à regra, observando, evidentemente, os critérios orientadores estabelecidos pela própria lei. Efetivamente, na Lei n.º. 9.099/95 há duas causas modificadoras da competência: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único)²⁹. Porém, o certo é que tais disposições não ferem a Constituição Federal, pois as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62, Lei n.º. 9.099/95). Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados,

29 “*TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - SEÇÃO CRIMINAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 590-9/194 (200603891424) - Relator: Des. Elcy Santos de Melo - EMENTA: Processual Penal. Conflito negativo de competência. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Autor do fato não encontrado. Deslocamento da competência. Justiça Comum. Art.66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Encontrando-se o autor do fato em local incerto e não sabido e, portanto, inadmissível a sua citação pessoal, correta a postura do juiz do Juizado Especial Criminal em determinar a remessa dos autos para a Justiça Comum, a teor do que determina o art. 66, parágrafo único, da Lei n.9.099/95, ali firmando a sua competência, ainda que presente nos autos o endereço atualizado do acusado ou sendo este encontrado após o deslocamento processual. Conflito provido.*” Idem: “*TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - Ementa: Processual Penal. Conflito negativo de jurisdição. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Paciente não encontrado. Modificação da competência para o juízo comum: artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito procedente. Não localizado o autor do fato delituoso para a citação na forma pessoal perante o juizado especial criminal, dá-se o deslocamento da competência para o juízo criminal comum julgar e processar o feito, nos termos do artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito conhecido e provido. Competência do juiz suscitado.*” (Conflito de Competência n.º. 520-4/194 - 200400741029 – Rel. Des. Floriano Gomes).

ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Observa-se que se as leis respectivas “*podem definir quais são as infrações, podem, também, o menos, que é excluir aquelas que, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, não são recomendadas para serem submetidas ao Juizado, desde que não se subtraia de todo a competência estabelecida constitucionalmente*”, como bem anotou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.³⁰ (grifo nosso).

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional.

A propósito, **mutatis mutandis**, veja um trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2:

“(...) Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça³¹, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. (...) Vê-se, portanto, que são inconfundíveis - porque inassimiláveis tais situações - a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais³², por tratar-se de matéria posta sob reserva absoluta de

30 Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

31 E também dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência encontra sede igualmente na Carta Magna.

32 Repetimos: e também dos Juizados Especiais Criminais.

Constituição. (...) Em suma, Senhora Presidente, o Congresso Nacional não pode - simplesmente porque não dispõe, constitucionalmente, dessa prerrogativa - ampliar (tanto quanto reduzir ou modificar), mediante legislação comum, a esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados³³. (...) O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. (...) Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. (...) Daí a correta lição expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE ("Revista de Direito Renovar", vol. 24/78-79, set/dez 02), que também recusa, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, mediante verdadeira "sentença legislativa", explicitar, em texto de lei ordinária, o significado da Constituição. Diz esse ilustre autor: "Na direção inversa - da harmonização do texto constitucional com a lei - haveria a denominada 'interpretação da Constituição conforme as leis', mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de 'mão trocada' se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos. O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma 'legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis'. Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação 'correta' do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este."

Diante do exposto, este dispositivo da nova lei não deve ser aplicado pelo Juiz, pois, como se sabe, o controle de constitucionalidade

33 Idem.

judiciário no Brasil tem o caráter difuso³⁴, podendo “*perante qualquer juiz ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado*”, na lição do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho.³⁵

No Superior Tribunal de Justiça já se decidiu que “*o controle jurisdicional da constitucionalidade, no regime da constituição vigente, pode ser exercitado via de defesa (difuso), incidentur tantum, por todos os juízes, com efeitos inter partes.*” (STJ, 1ª. T., ROMS nº. 746/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 05/10/93, p. 22.451. RSTJ 63/137).

VI A PRISÃO PREVENTIVA

Por força do art. 42 da lei ora comentada, acrescentou-se o inciso III ao art. 313 do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte redação:

“*Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:*

“*I - punidos com reclusão;*

“*II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;*

“*III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;*

“*IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*” (grifo nosso).

Aqui mais um absurdo e uma inconstitucionalidade da Lei Maria

34 Segundo José Afonso da Silva, entre nós, este “*sistema foi originariamente instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente.*” (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995).

35 Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 17ª. ed., 1989, p. 34.

da Pena. Permite-se que qualquer que seja o crime (doloso), ainda que apenado com detenção (uma ameaça, por exemplo), seja decretada a prisão preventiva, bastando que estejam presentes o **fumus commissi delicti** (indícios da autoria e prova da existência do crime – art. 312, CPP) e que a prisão seja necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A lei criou, portanto, este novo requisito a ensejar a prisão preventiva. Não seria mais necessária a demonstração daqueles outros requisitos (garantia da ordem pública³⁶ ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, além da magnitude da lesão causada – art. 30 da Lei n.º. 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional³⁷).

A respeito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez:

“Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta

36 Expressão por demais genérica e, exatamente por isso, imprópria para autorizar uma custódia provisória que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar. Há mais de dois séculos Beccaria já preconizava que “*o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime*” (Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 55), o que coincide com dois outros requisitos da prisão preventiva em nosso País (*conveniência da instrução criminal e asseguaração da aplicação da lei penal*). Decreta-se a prisão preventiva no Brasil, muitas vezes, sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, por exemplo, quer-se evitar a prática de novos delitos pelo imputado ou aplacar o clamor público. Não raras vezes vê-se prisão preventiva decretada utilizando-se expressões como “*alarma social causado pelo crime*” ou para “*aplacar a indignação da população*”, e tantas outras frases (só) de efeito.

37 Evidentemente que este requisito não pode ser levado em conta para se decretar uma prisão preventiva, mesmo porque, “*nota-se que a magnitude da lesão é conseqüência do crime, fator que deve ser levado em consideração para a aplicação da pena (art. 59, CP)*.” Logo, “*este dispositivo é flagrantemente inconstitucional, sua aplicação virá a macular todos os atos que se lhe seguirem*”: eis a lição de Roberto Podval. (Leis Penais e Sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 7.ª ed., 2001, p. 896). Já Manoel Pedro Pimentel perguntava: “*Como se há de aferir esse elemento normativo – magnitude da lesão causada – se não for através de critério subjetivo, que pode variar amplamente, já que a lei não define quantitativa ou qualitativamente tal magnitude?*” (**Apud** João Gualberto Garcez Ramos, “A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 145).

*concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que **prima facie** aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.”³⁸*

Obviamente, mais uma vez não se observou o princípio da proporcionalidade, perfeitamente exigível quando se trata de estabelecer requisitos e pressupostos para a prisão provisória; aqui, prende-se preventivamente quando, muito provavelmente, não haverá aplicação de uma pena privativa de liberdade (quando da sentença condenatória). Como ensina Alberto Bovino, não é possível “*que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a própria pena. Em consequência, não se autoriza o encarceramento processual, quando, no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação do que o condenado.*”³⁹

Incabível, pois, a decretação da prisão preventiva nos termos do art. 313, IV do Código de Processo Penal, pois, “*não obstante o fato de ocorrer exclusivamente em sede parlamentar a atuação do princípio da proporcionalidade, isso não significa que as disposições normativas penais não possam ser submetidas a um eventual controle constitucional acerca da proporção nelas contidas. Não apenas isto é permitido, mas, acima de tudo, é recomendável*

³⁸ Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 3ª. ed., 1999, pp. 522/523.

³⁹ **Apud** Rogerio Schietti Machado Cruz, “Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100.

quando alguma dúvida houver neste sentido."⁴⁰

Com o mesmo entendimento, Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez, advertem que *"las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar."*⁴¹

Aliás, no art. 20 da lei já se prevê que *"em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial"*, podendo o Juiz *"revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."*

VII AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Os arts. 43, 44 e 45 alteraram, respectivamente, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, a saber:

"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

"f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;"

"Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...)

"§ 9º. - Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

40 Mariângela Gama de Magalhães Gomes, "O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

41 Derecho Procesal Penal, Madri: Editorial Colex, 3ª. ed., 1999, p. 475.

“Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”

(...)

“§11º. - Na hipótese do § 9º. deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.”

Já a Lei nº. 7.210/84, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. (...)

“Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.”

CONCLUSÃO

Diante destas considerações, entendemos que os arts. 17 e 41 da Lei nº. 11.340/2006, além do inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, não devem ser aplicados, pois, apesar de normas vigentes formalmente (porque aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo), são substancialmente inválidas, tendo em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal.

Uma coisa é lei vigente, outra é lei válida. Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito. Como afirma Enrique Bacigalupo, *“la validez de los textos y de las interpretaciones de los mismos dependerá de su compatibilidad con principios superiores. De esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución.”*⁴²

A propósito, Ferrajoli:

“Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.” Para o autor, *“las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el*

42 “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 232.

respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos.”⁴³ (Grifos no original).

Janaína Paschoal adverte: “O perigo que vislumbramos na nova lei é justamente o de, novamente, prevalecer o caminho mais fácil, qual seja o de simplesmente prender-se o agressor, tratando-se como uma ‘safada` que gosta de apanhar que, depois de denunciar, se opõe a essa prisão. (...) A idéia de que a Mulher precisa se libertar, psicologicamente, de seu agressor é totalitária, e tão preconceituosa como a que deve se submeter às vontades do marido.”⁴⁴

Não olvidemos, outrossim, que a exclusão do Juizado Especial Criminal para o processo e julgamento de tais crimes só facilitará o transcurso do prazo prescricional (e a extinção da punibilidade), pois, optando por outros procedimentos (especiais ou sumário) certamente a demora na aplicação da pena será bem maior do que, por exemplo, se houvesse a possibilidade (bem ou mal) da transação penal (com a proposta imediata de uma pena alternativa).

Encerremos com a advertência de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

*“Deve a atividade legislativa, desta forma, ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação demonstrem-se coerentes.”*⁴⁵

43 Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, Madri: Editorial Trotta S.A., 3ª. ed., 1998, p. 874.

44 Obra citada, p. 3.

45 Obra citada, p. 67.

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Paulo César Busato

*Doutor em Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide,
em Sevilha, Espanha*

Promotor de Justiça - PR

Matéria altamente controvertida, não só pela lacuna legislativa, mas também pela disparidade das soluções apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, tem sido a questão relativa à falta de cumprimento das condições impostas por ocasião da transação penal, quer seja realizada no Juizado Especial Criminal, quer na Justiça Comum.

Por um lado, a falta de previsão legal de consequências para a falta de obediência às condições homologadas pelo juízo gera uma falta de coercibilidade ao instituto. Por outra, as soluções mais comumente apresentadas, com vergonhosa frequência derivam em violações de princípios fundamentais do Direito penal.

O instituto da transação penal, trazido à baila pela Lei 9.099/95, tem sido, desde sua edição, alvo de intensa discussão. Lamentavelmente, não só em função de seu caráter inovador, mas também e principalmente em razão da indefinição de seus contornos, especialmente no que tange a coercibilidade.

Não tardaram em aparecer os problemas que hoje vivenciamos cotidianamente, vale dizer, o que fazer com os casos onde o autor do fato aceita a proposta formulada pelo agente ministerial, porém, deliberadamente deixa de cumprir os seus termos? A lei, nesse ponto, é omissa, obrigando o operador jurídico a tremendo esforço hermenêutico para encontrar uma saída para os casos.

As duas primeiras tendências surgidas na práxis forense foram, a primeira, a de conversão da pena restritiva de direitos em privação de liberdade - tal como fosse uma pena restritiva de direitos substitutiva - e a segunda, retomar o curso do feito através do oferecimento da denúncia.

Ambos os caminhos mostraram-se absolutamente inviáveis por distintos motivos, senão vejamos.

A pretensão de conversão da restrição de direitos imposta em pena privativa de liberdade, sustentada inclusive por certo setor doutrinário¹, parte de premissa falsa, induzida pelo vernáculo legislativo. É que, com nem tão rara infelicidade, mais uma vez o legislador utilizou-se de um termo não apropriado para a definição de um instituto jurídico: chamou o conteúdo da proposta lançada pelo Ministério Público de “pena”².

Obviamente aqui não se está cuidando de pena. Num pretenso Estado social e democrático de Direito é absurdo pretender a aplicação de pena sem a demonstração de culpa, sem processo e sem contraditório. Seria o equivalente a admitir a revelia em Direito penal, pior, admitir que a confissão do réu, sequer expressa, mas implícita, pudesse ancorar condenação. Mais ainda, seria a presunção de culpa, sem sequer a demonstração de responsabilidade, nem mesmo de responsabilidade objetiva, quanto mais subjetiva. Seria a total falência do princípio de culpabilidade e do devido processo legal.

Não à toa o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contra este ponto de vista deixando expresso o entendimento em várias decisões, como a que segue.

“TRANSAÇÃO PENAL - NÃO CUMPRIMENTO -
CONVERSÃO EM PRISÃO - CONSTRANGIMEN-
TO IELGAL - CONFIGURAÇÃO - OFENSA AO
PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Habeas Corpus. Paciente acusado dos crimes dos arts. 129 e 147 do Código Penal. Constrangimento

1 Nesse sentido, por exemplo, MIRABETE, Julio Fabbini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 134.

2 “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

ilegal que consistiria na conversão em prisão, da pena de doar certa quantidade de alimento à ‘Casa da Criança’, resultante de transação, que não foi cumprida. Alegada ofensa ao princípio do devido processo legal. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas Corpus deferido”. (1ª Turma – HC nº 80.164-1 MS – Rel. Min Ilmar Galvão – DJU I, 07.12.2000).

O posicionamento jurisprudencial da Corte Suprema, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e pelo delineamento político da aplicação dos princípios aplicáveis ao sistema penal de controle social deixa clara a impossibilidade de adoção deste caminho.

Por outro lado, tampouco são aceitáveis os posicionamentos que defendem uma idéia de retomada do curso do processo, através do oferecimento da denúncia, senão vejamos.

O instituto da transação é revestido claramente de uma bilateralidade, de um caráter de composição, de acordo, de “ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”³. Nesse sentido, a transação guarda certa similitude com outros institutos jurídico-penais vistos no direito comparado, como o *plea bargaining* norte-americano, o *Absprache* alemão, o *patteggiamento*, italiano ou a *conformidad* espanhola⁴, porém, revestido de suas peculiaridades que o identificam como instrumento único e inconfundível. Esta bilateralidade encontra-se expressa na lei, na discricionariedade regradada da proposta do Ministério Público⁵ e na

3 GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 81.

4 Vide, a respeito destes institutos, GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 98-109.

5 A lei 9.099/95 refere, no art. 76, *caput*, que “o Ministério Público **poderá** propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na pro-

faculdade de anuir com a proposta por parte do autor do fato⁶.

Esta bilateralidade, este caráter de “acordo prévio” para a extinção da *persecutio criminis* deve ter, evidentemente, de parte a parte, um compromisso. O compromisso manifestado pelo autor do fato pode ser de pagamento de uma multa ou de realização de uma obrigação de fazer, que é no que consistem as figuras constantes do rol de restrições de direitos oferecido pelo Código Penal (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, etc.). O compromisso com o qual se obriga o Ministério Público é justamente o de abrir mão da *persecutio criminis*.

Uma vez formulado este acordo, ele é submetido à apreciação do juiz que o homologa.

A sentença homologatória produz seus efeitos, fazendo coisa julgada formal e material já que, em espelhando a vontade das partes, não sofrerá ataque pela via recursal. Sendo assim, é impossível retomar, por parte do Ministério Público, a *persecutio criminis*, em caso de descumprimento do homologado. Não é outro o entendimento largamente manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte vem decidindo que a sentença que homologa a transação penal possui eficácia de coisa julgada material e formal. Assim, diante do descumprimento do acordo por ela homologado, não existe a possibilidade de oferecer-se denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal e considerando-se insubsistente a transação homologada”. (5ª Turma - HC nº 11.111/SP - Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJU 18.12.2000, p. 219).

“CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (REsp 172981/SP, RT 770/536, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma)”

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI

posta”.

6 A lei 9.099/95 deixa claro, no art. 76, § 3º, que “Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz”.

9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. (REsp 172951/SP, DJ 31/05/1999, pág. 169, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma)”

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. (REsp 194637/SP, DJ 24/05/1999, pág. 190, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma)”

Outrossim, vale notar que, ao contrário do que mencionam algumas das decisões citadas, a existência de coisa julgada material na hipótese, não implica no reconhecimento de uma natureza jurídica condenatória na decisão. Muito menos de uma condenação criminal. A sentença homologatória de transação não condena ninguém porque a condenação criminal depende de aspectos materiais e processuais não deduzidos no âmbito da transação.

Aliás, nesse sentido vale destacar o conteúdo do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, da 2ª Turma do STF no HC 79.572, no qual admite que a sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal e que ela tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil.

Obviamente, a coisa julgada material que se produz é a homologação de duas disposições: a de não perseguir o referido fato em juízo, por parte do Ministério Público e a de pagar uma multa ou realizar uma obrigação de fazer, por parte do autor do fato.

No mesmo sentido, a doutrina de Melo Gomes:

“A transação penal constitui, assim como a transação civil, meio de se evitar o processo: entenda-se processo penal investigativo, segundo o rito estabelecido pelo Código de Processo Penal e por algumas leis especiais. Mas constitui, também, mecanismo de extinção do processo consensual previsto pela própria Lei dos Juizados Especiais Criminais. Em ambos os casos, produzirá efeitos em relação ao processo – investigativo ou consensual – refletindo, por conseguinte, como de outra forma não poderia ser, no exercício do direito de punir do Estado e no *jus libertatis* do autor do fato. Trata-se, por fim, de meio de extinção da lide penal”⁷.

Ora, se há coisa julgada material quanto à desistência da *persecutio criminis* pelo fato, qualquer iniciativa de parte do Ministério Público em oferecer denúncia implicaria em inaceitável *bis in idem*. Seria o equivalente a pleitear um arquivamento, recebido e homologado pelo juízo e, em seguida, oferecer denúncia pelo mesmo fato.

Ao autor do fato é perfeitamente possível opor-se ao oferecimento de denúncia com base na coisa julgada material da desistência da *persecutio criminis*, inclusive pela via constitucional do *habeas-corpus*.

Do mesmo modo, ao Ministério Público é possível, tão somente, exigir aquilo que restou materialmente composto pela sentença homologatória, ou seja, o pagamento da multa ou a realização da obrigação equivalente à restrição de direitos.

Nesse diapasão, temos que a solução que se apresenta ao Ministério Público é unicamente a de executar os termos homologados pela sentença.

Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira⁸ entende ser esta a melhor alternativa a se adotar na situação em que o autor do fato descumpre o acordado. Assume o autor do fato, pela via homologatória da proposta

7 GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 83.

8 NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

de transação, uma obrigação de fazer, amparada pela teoria geral das obrigações, encontrando, por conseguinte, supedâneo no Código de Processo Civil, arts. 632 a 641.

Do Rio Grande do Sul, sabidamente um Estado inovador e avançado na hermenêutica penal, já há precedentes neste sentido, consoante exemplifica o julgado que segue:

“TRANSAÇÃO CRIMINAL HOMOLOGADA. DESCUMPRIMENTO. O trânsito em julgado da decisão que homologa a transação criminal produz a eficácia de coisa julgada. Com a superação da fase de conhecimento, a pretensão cabível é a de cunho executório, e não acusatória. Correição Parcial indeferida.” (Correição nº 71000170126, Turma Recursal Criminal. Ijuí, Rel. Dr. Nereu José Giacomolli, 08.02.01, à unanimidade)

Vale notar, neste momento, que a proposta de transação não conta com cláusula resolutiva, e qualquer inserção de dispositivo nesse sentido careceria de previsão legal, constituindo construção absolutamente odiosa, rompendo, novamente, com o princípio da legalidade.

Assim, caso o comprometimento do autor do fato seja com o pagamento de uma multa, temos que incumbe ao Ministério Público executar a sentença que homologou a multa. Do mesmo modo, caso tenha sido estabelecida a obrigação de o autor do fato fazer algo, como prestar serviços à comunidade, por exemplo, cumpre ao Ministério Público executar esta obrigação de fazer, com base na sentença homologada.

Impende vincar que não se trata de execução de pena, porque pena não é. Trata-se, isto sim, de execução do conteúdo da sentença homologada pelo juízo criminal. Assim, a execução deve ser deduzida pelo agente ministerial com atribuições perante o Juízo criminal e este deve ser o competente para levar a cabo o processo de execução.

Evidentemente, na execução da multa homologada, o procedimento revestir-se-á de menor dificuldade, uma vez que se trata de valor com representação pecuniária admitindo todos os meios processuais próprios à consecução dos haveres consoante prescreve a parte geral do Código Penal. O mesmo ocorrerá quanto às prestações pecuniárias.

Diversa situação será vivida nas hipóteses de prestação de serviços à comunidade, eis que se trata de uma obrigação de fazer de cunho personalíssimo. Aqui, o processo executório deverá demandar nova decisão judicial, posto que o descumprimento de obrigação personalíssima somente se poderá resolver pela forma indenizatória⁹, novamente levando ao estabelecimento de um *quantum* pecuniário, que permitirá a retomada do mesmo caminho executório tomado nas hipóteses anteriores.

Não caberia alegar, em rechaço à proposição, que se estaria mesclando, na hipótese, o regramento do processo penal e do processo civil, porque a aproximação das esferas civil (de cunho indenizatório) e penal é justamente o espírito que norteia a Lei 9.099/95, tal como deixa clara a leitura do art. 74, que estabelece os termos de uma composição civil com efeitos penais. Ademais, a aplicação analógica de legislação processual é expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seu art. 3º¹⁰. Inclusive não há lógica em se admitir o processo de execução civil para a multa inadimplida, tal como expressamente prevê o Código penal e vedá-lo para a hipótese de acordo descumprido de transação. Finalmente, vale voltar a ressaltar que não se trata de execução de pena, mas sim de um acordo¹¹.

Esta parece ser a única solução juridicamente possível diante do impasse imposto pela lacuna legislativa.

Aliás, embora ainda incipiente, a tese em comento já encontra amparo em respeitadíssima voz da doutrina nacional, a do Prof. Dr.

9 Nesse sentido, a previsão expressa do CPC: “Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo. Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização”.

10 “Art. 3º do Código de Processo Penal – A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

11 Nesse sentido, a observação de Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira: “Não é demais lembrar que, embora estejamos nos referindo a pena restritiva de direitos, na verdade, o que temos, quando da celebração da transação penal, é uma medida restritiva de direitos, o que, de imediato, afasta a possibilidade de aplicação da LEP”. NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

Cezar Roberto Bitencourt, que na mais recente (2ª) edição de sua obra *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*, foi vazada nos seguintes termos:

“Verdade insofismável é que não há previsão legal para a conversão em prisão de transações penais inadimplidas. Essa lacuna não pode em hipótese alguma ser suprida com recursos hermenêuticos de nenhuma natureza. Enquanto não for regulada por lei, a solução deve ser encontrada no próprio sistema jurídico.

A aplicação de pena alternativa transgida com o Ministério Público cria uma obrigação para o autor do fato. A questão preliminar é, afinal, definir a natureza dessa obrigação assumida e inadimplida. Mesmo com nossos parcos conhecimentos em matéria cível, quer-nos parecer que estamos diante de uma obrigação de fazer; e a execução das obrigações, em princípio, está disciplinada no Código de Processo Civil, inclusive a obrigação de fazer.

Concluindo, em nossa concepção, para nos mantermos no plano da legalidade, quando houver descumprimento de transação penal dever-se-á proceder à execução forçada, exatamente como se executam as obrigações de fazer. Esse é o fundamento legal e essa é a forma jurídica de realizá-la, de lege lata. Continuará sendo inconveniente para as hipóteses de agentes insolventes, pois não se pode esquecer que, afinal, as execuções de obrigação de fazer resolvem-se em pardas e danos. Mas a insolvência do executado, convém registrar, não autoriza práticas ilegais nem legítimas arbitrariedades”¹².

É necessário ter em mente que o espírito que orienta a Lei 9.099/95

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 24-25.

é o de promover a despenalização¹³, ou seja, de reduzir, no caso de delitos de menor potencial ofensivo, a estigmatização penal, através da aplicação de outras medidas. A solução proposta, portanto, coaduna-se com este espírito e promove, em estrita obediência aos princípios e garantias fundamentais do Direito penal, uma solução prática para os casos concretos de descumprimento de transação penal.

Como se nota, nem a via de retomada do processo nem a via de simples execução de pena constituem saídas plausíveis para a hipótese vertente, nem mesmo constituem elementos plausíveis de uma sustentação de *lege ferenda*.

A solução esposada aqui permite, por um lado, suprir a lacuna legislativa com um exercício hermenêutico que preserva a raiz do instituto ao tempo em que não desborda limites de intervenção e constitui uma proposta, a meu ver, merecedora de consideração inclusive no que tange a eventual proposta de alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e Transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 81.

MIRABETE, Julio Fabiani. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 134.

NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

13 “Não se pode perder de vista o fato de que o legislador, ao elaborar a Lei n. 9.099/95, teve em mente abolir a pena de prisão para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se a idéia é exatamente evitar a odiosa pena de prisão, qual o problema em se admitir que a obrigação de fazer, uma vez constatada sua impossibilidade de realização material, se converta em obrigação de indenizar?” NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. “Descumprimento da transação penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 04 ago. 2006.