
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v.5, n. 12, maio/ago. 2007

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - Diretor

Raulino Jacó Brüning

Abel Antunes Mello

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: Solange Margarida José (CRB 14/122)

Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de
Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério
Público.- v. 1, n. 1, set./dez. 2003- .-Florianópolis: PGJ:
ACMP, 2003-

Quadrimestral
v. 5, n. 12, maio/ago. 2007.
ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público.
II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

CDD 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: Jul. 2008

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

Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Gladys Afonso - *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Procurador de Justiça Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Raul Schaefer Filho

Promotores de Justiça Assessores do Procurador-Geral de Justiça

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

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

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 Jeronimo 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 Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão - *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto Antenor Chinato Ribeiro
Paulo Ricardo da Silva Narcísio Geraldino Rodrigues
Paulo Roberto Speck Basílio Elias De Caro
Raul Schaefer Filho André Carvalho
Odil José Cota *Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

Corregedor-Geral do Ministério Público

Paulo Ricardo da Silva

Subcorregedora-Geral do Ministério Público

Lenir Roslindo Piffer

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessores do Corregedor-Geral do Ministério Público

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol
Ivens José Thives de Carvalho
César Augusto Grubba

Coordenadoria de Recursos - CR

Tycho Brahe Fernandes - *Coordenador*

Assessores da Coordenadoria de Recursos

Laudares Capella Filho
Alexandre Carrinho Muniz

Ouvidoria do Ministério Público

Anselmo Jeronimo de Oliveira - *Ouvidor*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações - CCF

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*
Leonardo Henrique Marques Lehmann - *Coordenador*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral - CCE

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON

Raulino Jacó Brüning - *Coordenador-Geral*

Affonso Ghizzo Neto - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor - CCO

Alvaro Pereira Oliveira Melo - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional Criminal - CCR

Robison Westphal - *Coordenador-Geral*

Andrey Cunha Amorim - *Coordenador*

Fabiano Henrique Garcia - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude - CIJ

Marcelo Gomes Silva - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente - CME

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

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa - CMA

Fabício José Cavalcanti - *Coordenador-Geral*

Benhur Poti Betiolo - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária - COT

Ernani Guetten de Almeida - *Coordenador-Geral*

Rafael de Moraes Lima - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional às Investigações Especiais - CIE

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - *Coordenador*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Rogério Ferreira

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

AMBIENTAL

A Impossibilidade de Mudança da Lei de Zoneamento Urbano Municipal de São Francisco do Sul em Desacordo com as Leis Ambientais 9
Eduarda Alcione da Silva Kirchhoff da Rocha

Uma Análise sobre a Possibilidade de Recategorização do Parque Estadual do Acaraí em São Francisco do Sul 15
Eduarda Alcione da Silva Kirchhoff da Rocha

CIDADANIA

Combate à Evasão Escolar: Uma Experiência de Desjudicialização .. 45
Isaac Sabbá Guimarães

CRIMINAL

A Nova Lei de Tóxicos e a Proibição Deficiente do Art. 33, Parágrafo 4º: Um Caso de Inconstitucionalidade Qualitativa à Luz da Constituição Federal de 1988..... 57
Wilson Paulo Mendonça Neto

Considerações sobre o Artigo 236 do Código Eleitoral..... 71
Cláudio Da Silva Leiria

Crime Hediondo e Progressão de Regime Prisional: A Nova Lei n. 11.464/2007 à Luz da Política Criminal..... 97
João José Leal e Rodrigo José Leal

Livros Digitais (E-books): A Função Social e a Pirataria Virtual - Direitos Autorais Frente aos Direitos Constitucionais 131
Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Termo de Ajustamento de Conduta e sua Função Social 143
Max Zuffo

Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça
- Complemento Necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos
Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais 167
Max Zuffo

Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta..... 189
Fabício José Cavalcanti

Penas e Medidas Alternativas à Prisão - Soluções para Minimizar o
Abismo que há entre o Respeito à Dignidade Humana e a Repressão aos
Infratores Penais pelo Atual Sistema e o Sustentáculo para o Surgimento
de uma Nova Política Criminal..... 197
Américo Bigaton

A Obrigatoriedade de o Fornecedor Cumprir as Normas Técnicas
Relacionadas à Segurança e Qualidade dos Produtos e Serviços 217
Fábio de Souza Trajano

A IMPOSSIBILIDADE DE MUDANÇA DA LEI DE ZONEAMENTO URBANO MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO SUL EM DESACORCO COM AS LEIS AMBIENTAIS

Eduarda Alcione da Silva Kirchchoff da Rocha
*Assistente da 1ª Promotoria de Justiça de São Francisco do Sul do
Ministério Público de Santa Catarina*

É preciso ser entendido que se de um lado os interesses econômicos dos empresários ligados ao Porto de São Francisco do Sul demandam sobre os órgãos políticos reivindicações no sentido de legislarem normas benéficas aos seus próprios interesses; de outro lado, os interesses difusos, tais como o meio ambiente artificial equilibrado não pode ser desrespeitado.

Portanto, deve ser estabelecido um juízo de proporcionalidade ou razoabilidade a fim de auferir em que medida é válida a restrição da liberdade da iniciativa econômica em face do dano ao meio ambiente. Pretendendo harmonizar tais interesses como os direitos difusos e intervenção econômica, o direito à democracia demanda uma proteção jurídica não só quanto a limitações, mas também quanto à forma como os direitos e garantias devem ser exercidos.

O respeito às limitações ambientais não impedem o desenvolvimento da atividade econômica desde que sejam observados os parâmetros estabelecidos por outras leis de maior hierarquia. De qualquer forma, o inverso não é verdadeiro, ou seja, a submissão absoluta da política ambiental aos interesses do mercado acarretariam riscos e danos irreversíveis ao meio ambiente.

O espaço conceituado como ZC – Zona Costeira ficou sujeito a um regime especial de autorizações e de estudo de impacto como também de conservação ambiental, segundo as prioridades estabelecidas na Lei n. 7.661/88 e no próprio PNGC. Os planos estaduais de gerenciamento costeiro não poderão desconsiderar e nem descumprir as normas gerais contidas no PNGC¹.

Não é demais apontar, também, a infração do referido projeto de lei à Constituição do Estado:

*Art. 140 – A política municipal de desenvolvimento urbano atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e ao **bem-estar de seus habitantes**, na forma da lei.*

*Art. 181 – Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

A espécie humana é um ser privilegiado na terra, sendo que é de sua atribuição usar, gozar e dispor de forma sustentável e PRESERVAR seu habitat. Cada ser vivo deste planeta e os filhos destes têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desta forma, entendemos que os Poderes do Estado devem preservar os recursos naturais que ainda restam, restringindo o *progresso a qualquer custo* e garantindo a humanidade uma vida saudável, segura e confortável.

... a sobrevivência da espécie humana e do próprio planeta Terra está intimamente vinculada à mudança de hábitos, costumes, práticas, comportamento e atitude da sociedade. Ela aponta para a urgência de um novo modelo civilizacional que possa equacionar necessidades da vida com a real disponibilidade de recursos².

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 503.

2 COIMBRA, José Ávila Aguiar. In Congresso Brasileiro de Qualidade na Educação.

É preciso ser entendido que o desenvolvimento científico embriagou o ser humano com o pecado da ambição. O homem passou a achar-se Deus e passou a rechaçar valores já estabelecidos sem pôr quaisquer limites a sua atuação, perdendo seu próprio eixo.

É incompreensível que com todos os meios de comunicação disponíveis prevendo a catástrofe que está por acontecer em face deste “progresso insustentável” que estamos vivendo, pessoas “esclarecidas” continuem com pensamentos irresponsáveis, de degradação do nosso meio.

Está aberto o caminho para indagações, reflexões, elaborações teóricas e vivências práticas. Os formadores de outros seres-humanos-cidadãos devem ser, preliminarmente, os agentes de *sua* própria formação. Levanta-se, nesse ínterim, a pergunta crucial: o mundo que está em gestação será à nossa imagem ou, ao contrário, seremos nós a imagem desse mundo mal-esboçado e incerto de seus rumos? Qual a respostas que daremos à humanidade e ao planeta Terra nessa empreitada?³

O que se pretende é dar consciência de que há, aqui e agora, um compromisso com o futuro da humanidade que se exige um pensar e atuar com base em novos critérios.

A alfabetização ambiental crítica nos previne contra o ativismo febril no qual nos vemos frequentemente imersos, essa espécie de terapia ocupacional que nos leva a participar de cruzadas em defesa do meio ambiente, ao mesmo tempo que deixamos intactos nosso cômodos estilos de vida, que exigem uma crescente satisfação material. É uma forma de expiarmos nossas culpas, “esverdeando” algumas de nossas condutas e atividades públicas. Mas, acima de tudo, e o que é ainda mais grave, deixando intactos

Educação Ambiental: pressupostos de uma ética ambiental. Brasília: 2001, p. 50.

3 COIMBRA, José Ávila Aguiar. In Congresso Brasileiro de Qualidade na Educação. Educação Ambiental: pressupostos de uma ética ambiental. Brasília: 2001, p. 53.

os sistemas econômicos nos quais se sustentam as irreparáveis formas de desapropriação dos recursos ambientais e de exploração da força de trabalho de enormes contingentes de homens e mulheres, a quem não proporcionamos possibilidade de compreender as iniquidades que caracterizam o momento atual, para que possam traçar estratégias de luta e resistência coletivamente.⁴

DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA

A liberdade política do legislador, no que se refere ao seu poder discricionário, não é absoluta. Porque a atuação do representante dos cidadãos⁵ deve guardar congruência com o querer dos representados, com as normas e princípios constitucionais e, tratando-se de legislador municipal, deve observar, também, a Constituição Estadual, a legislação federal e estadual, pois prevalece no modelo normativo nacional a estrutura hierarquizada das leis sob o ápice e supremacia das Constituições Federal e Estadual.

Desta forma, a liberdade de legislar, quanto ao seu conteúdo, deve pautar-se por balizas proporcionais e razoáveis ao poder discricionário do legislador.

O conceito de discricionariade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas. (...) Não se trata de perquirir sobre a conveniência e oportunidade

4 GAUDINO, Edgar Gonzalez. In Congresso Brasileiro de Qualidade na Educação. Educação Ambiental: como tirar a Educação Ambiental do coma? Brasília: 2001, p. 109.

5 Porque pelo cidadão foi escolhido seu representante.

*da lei, mas de precisar a congruência entre os fins constitucionalmente estabelecidos e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade.*⁶

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO

Genericamente uma lei não gera dever de indenizar. Todavia, genericamente, uma lei deve obedecer aos princípios da impessoalidade e da abstração.

De modo que há hipóteses em que caberá a responsabilização civil do Estado na edição de lei inconstitucional ou ilegal (em desobediência à lei de maior hierarquia), como também por atos administrativos diretos a pessoas determinadas.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 153.464, julgado em setembro de 1992: “O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar”.

De acordo com o art. 37 e seu §6º da Constituição Federal de 1988, todos os Poderes do Estado devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E não pode ser esquecido que as leis gozam de presunção de constitucionalidade, mas se ocorrer o desvio de finalidade e/ou se presentes aspectos objetivos que possam evidenciar a má-fé, poderá ser presumida a improbidade administrativa de seus feitores.

BIBLIOGRAFIA

COIMBRA, José Ávila Aguiar. *In Congresso Brasileiro de Qualidade na Educação. Educação Ambiental: pressupostos de uma ética ambiental*. Brasília: 2001.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

GAUDINO, Edgar Gonzalez. *In Congresso Brasileiro de Qualidade na Educação*.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e político*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 41-42.

Educação Ambiental: como tirar a Educação Ambiental do coma? Brasília: 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e político*. São Paulo: Saraiva, 1990.

UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECATEGORIZAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DO ACARAÍ EM SÃO FRANCISCO DO SUL

Eduarda Alcione da Silva Kirchchoff da Rocha
*Assistente da 1ª Promotoria de Justiça de São Francisco do Sul do
Ministério Público de Santa Catarina*

SUMÁRIO

1 Resumo dos Fatos - 2 Unidades de Proteção Integral x Unidades de
Uso Sustentável - 3 Recategorização - 4 Ato Administrativo e o Princípio
da Juridicidade - 5 Bibliografia

RESUMO DOS FATOS

A proposta de criação de uma unidade de conservação ambiental no município de São Francisco do Sul tem seus antecedentes históricos registrados no ano de 2002, com a instituição de uma Comissão Municipal para discussão do projeto de implantação de uma Unidade de Conservação de proteção integral com o apoio da Associação Movimento Ecológico Carijós - AMECA, vinculada à Federação de Entidades Ecológicas Catarinenses - FEEC e à Rede de ONG da Mata Atlântica.

O Decreto Municipal n. 109 de março de 2002 inicia o processo de criação e implantação da Unidade de Conservação com os seguintes membros: Associação Movimento Ecológico Carijós - AMECA, Instituto de Defesa da Cidadania e Direitos Humanos - IDCDH, Colônia de

Pescadores de São Francisco do Sul – Z2, Associação dos Agricultores – UFEA, União Francisquense de Engenheiros e Arquitetos, Associação de Moradores do Morro Grande, Assessoria da Secretaria Municipal da Agricultura e Meio Ambiente e FATMA.

A Associação Movimento Ecológico Carijós, em 2003, encaminhou à FATMA, sob protocolo FATMA n. 886/033 as atas de reuniões realizadas para elaboração de uma proposta para criação da unidade de conservação, que se realizaram nas comunidades de Tapera, Ervino e Enseada, bem como reunião realizada a pedido da Associação Comercial e Industrial de São Francisco do Sul. Os eventos ocorreram nos meses de outubro e novembro de 2002 (cópia desta documentação anexa).

Estas reuniões e os esforços da comunidade para a criação da Unidade de Conservação culminaram na apresentação para a FATMA, de um abaixo-assinado a favor da criação do Parque subscrito pelos seguintes instituições: Associação de Moradores de Sandra-Regina – João de Barro, Associação de Moradores e freqüentadores da Praia do Capri, Conselho Comunitário Estrada do Forte, Associação de Moradores e Amigos da Praia do Itaguaçu, Associação dos Moradores da Praia de Itamirim de Ubatuba, Associação dos Amigos da Prainha, Associação de Moradores da Praia Grande, Associação dos Moradores do Ervino, Itaguasurf e AMECA, ainda, subscrito por 480 assinaturas (cópia do abaixo-assinado anexa).

Em 2004, a FATMA retoma os estudos técnicos para a criação da Unidade de Conservação, sob a coordenação da Diretoria de Estudos Ambientais – DEAM (atualmente Diretoria de Proteção dos Ecossistemas – DPEC) com o propósito de estabelecer a área e verificar seus limites, prospectar os recursos naturais, bem como avaliar as relações sócio-ambientais com as comunidades avizinhas à área de planície de restinga que margeia o rio Acaraí.

A ré Fundação de Meio Ambiente – FATMA efetuou estudos técnicos na ilha de São Francisco, mais precisamente na região que abrange a restinga da Praia Grande e o complexo hidrológico do rio Acaraí, rio Perequê e lagoa do Capivaru, com o objetivo de criar uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, com recursos provenientes de compensação Ambiental decorrente do licenciamento ambiental para a instalação da Empresa Vega do Sul neste Município, nos termos da Lei Federal n. 9.985/00 e do decreto n. 4.430/02 que a regulamenta e

Lei Estadual n. 11.986/01, que institui os Sistemas Nacional e Estadual de Unidades de Conservação, respectivamente.

Fundamentou sua iniciativa nas conclusões seguintes:

As características naturais da região, de inúmeras manifestações da comunidade científica e da sociedade francisquense que, por mais de uma década busca através de grupos da sociedade civil organizada uma ação governamental no sentido de garantir a preservação de áreas de valor cênico, de relevância em biodiversidade e importante para o conhecimento de nossa história pré-colonial e colonial.

Com base na dinâmica dos elementos naturais e dos atuais usos dados, das limitações legais para ocupação de Áreas de Preservação Permanente (APP) e da cobertura vegetal lá existente, definiu-se um polígono buscando um arranjo espacial para manter as funções ambientais desempenhadas pela restinga da Praia Grande e complexo hidrológico formado pelo rio Acaraí, rio Perequê e lagoa do Capivaru. As ilhas do arquipélago Tamboretas compõem a proposta da unidade de conservação devido à proteção a diversas espécies de aves marinhas que utilizam as ilhas para reproduzir ou em busca de local de repouso durante os deslocamentos para alimentação.

Diversas reuniões foram realizadas entre técnicos da FATMA e a Comissão Mista para a criação da unidade de conservação, criada através de Decreto n. 109/02 do Município de São Francisco do Sul (cópia do Decreto em anexo). Integram a comissão, representantes da Secretaria da Agricultura e Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de São Francisco do Sul, FATMA, Associação Movimento Ecológico Carijós - AMECA, Instituto de Defesa da Cidadania e Direitos Humanos - IDCDH, Colônia de Pescadores Z-2 de São Francisco do Sul, Associação dos Agricultores de São Francisco do Sul, União Franciscuense de Engenheiros e Arquitetos - UFEA, e Associação de Moradores da Localidade de Morro Grande. O Decreto criou a referida comissão com o objetivo de discutir o projeto de implantação da unidade de conservação de proteção integral, em cumprimento do acordo resultante de processo judicial relativo ao licenciamento da Vega do Sul (cópia em anexo do Acordo - Ação Civil Pública n. 2001.72.01.001559-0).

Consultas públicas foram realizadas nos dias 6, 7 e 16 de dezembro de 2004, no auditório da Câmara de Vereadores de São Francisco do

Sul, no Centro comunitário da Praia da Enseada e na Escola Municipal Izidoro Curvello, na comunidade da Tapera (listas de presença anexas). Nestas reuniões foram apresentadas as justificativas para a proposta de criação do Parque com base na vocação ambiental e turística, os limites de sua área proposta, a categoria da unidade de conservação, as restrições e oportunidades geradas pela implantação.

O processo de indenização e a suspensão da pesca foram as principais preocupações relatadas nestas reuniões.

A conclusão dos estudos técnicos é pela criação do Parque Estadual Acaraí, abrangendo um mosaico de ecossistemas com representação de Floresta das Terras Baixas, vegetação de restinga, mangues, rios, banha-dos e lagoa. A área proposta forma um polígono de aproximadamente 7.500 ha, quase totalmente desabitada. Exceção faz-se pela presença de alguns caseiros em grandes propriedades, ocupações na APP do rio Acaraí e região das nascentes.

O fato de quase 100% da área estar protegida pela legislação ambiental, aliado às características históricas, físicas, biológicas e cênicas indicam a vocação para a preservação e uso público e favorecem a criação do parque.

A área sugerida para o Parque estende-se basicamente desde a linha da água da praia ao lado do ponto conhecido por “forte apache”, na Praia Grande, até a Praia do Ervino. Inclui as nascentes dos rios Perequê e Acaraí, a lagoa do Capivaru, a Praia Grande, a Restinga da Praia Grande e o fragmento de Floresta das Terras Baixas que acompanha as nascentes dos referidos rios e continua sua distribuição por longo trecho das margens do rio Acaraí.

O Parque tornará possível a preservação de um importantíssimo fragmento da Floresta Ombrófila Densa das Terras Baixas, ecossistema que é limitado a altitudes de 0 a 30 m. Nesta região, a composição florística caracteriza-se pela presença do guanandi ou olandí, da cupiúva, dos ipês e da figueira. A Floresta das Terras Baixas com esta característica fitossociológica só ocorre hoje em Santa Catarina, do extremo norte do litoral até São Francisco, e ainda no município de Paulo Lopes, no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, sendo ali o limite austral da distribuição de muitas espécies. A preservação desta Floresta dentro do Parque Estadual Acaraí garante a manutenção da conectividade

entre os remanescentes florestais ainda preservados nos municípios de Garuva e Joinville.

O Parque contribuirá para a preservação de riquíssimo Patrimônio Histórico e Arqueológico. Numerosos Sambaquis e outros Sítios Arqueológicos estão identificados na área.

Merece destaque ainda o alto grau de acessibilidade desta área natural, devido a sua proximidade ao centro urbano e à existência da rodovia que liga a Prainha à Praia do Ervino (geograficamente Praia Grande), que deverá transformar-se na “Costa do Encanto”, facilitando o acesso ao Parque e aos seus equipamentos de educação ambiental, lazer e recreação. Esta facilidade de acesso é rara para a grande maioria das unidades de conservação e constitui-se mais um diferencial para o Parque Estadual Acarai e para o município de São Francisco do Sul.

A imediata criação do Parque é possível, uma vez que há recursos financeiros disponíveis para iniciar o processo de regularização fundiária, assim como estão atendidos os requisitos legais, pela realização dos Estudos Técnicos e das Consultas Públicas, de acordo com o preconizado na Lei n. 9.985/00, Lei n. 11.986/01 e Decreto n. 4.340/02, Leis do Sistema Nacional e Estadual de Unidades de Conservação e Decreto que regulamenta o primeiro, respectivamente.

Após o desenvolvimento de estudos técnicos para a determinação do melhor desenho para a unidade, considerou-se que deveriam estar incluídos todos os ecossistemas representativos da região, abrangendo com isto locais de expressiva beleza cênica como: dunas, restinga, floresta, mangue, rios e laguna. Também, para que a população residente nas adjacências e os turistas potenciais possam conhecer a região e desfrutar destes atributos cênicos, optou-se pela categoria de manejo da unidade, um Parque Estadual.

Os parques são as primeiras unidades de conservação criadas pelo Direito Brasileiro. Oriundas do antigo Código Florestal de 1934 vieram sendo aprimoradas na prática administrativa e muitas unidades criadas, que já vinham funcionando, serviram de base e fundamento para a elaboração legislativa posterior.

Os parques existem praticamente na legislação de todos os países e têm a finalidade de preservar o ambiente contra os efeitos da degradação e eliminar a possibilidade de intervenção artificial que importe

em lhe alterar o aspecto.

O Código Florestal, Lei n. 4.771/65 em seu artigo 5º determina a criação de parques que serão nacionais, estaduais ou municipais se criados pela União, Estados ou Municípios respectivamente. Diz o Código que a criação deve ter a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna, e das belezas naturais com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos.

Esta categoria constitui pela legislação recente, tanto federal quanto estadual, (Lei n. 9.985/00 e Lei n. 11.986/01) como uma unidade de proteção integral, a qual deve ser de posse e domínio público, são bens públicos, inalienáveis e indisponíveis. Diz a lei que os parques são bens destinados ao uso comum do povo e devem ser criados por ato administrativo motivado. Se a área que o Poder Público elege para criar um parque é pública, o decreto de criação configura a destinação do bem público, tornando-o indisponível; se privado o domínio, o Poder Público deve promover a desapropriação.

Os recursos financeiros para iniciar a regularização fundiária da área do Parque Estadual Acaraí estão garantidos através da medida compensatória pela instalação da Vega do Sul.

Cada parque deve ter o seu plano de manejo composto pelo zoneamento da área e seus programas de gestão. O zoneamento estabelecerá os diversos usos permitidos para cada uma das zonas, que podem estar constituindo zonas de uso primitivo, zonas de uso intensivo e extensivo, zonas de recuperação, intangível e histórico-cultural, regulamentando assim as atividades humanas de: onde, como, quem. O planejamento da unidade, também como ação de implantação, será realizado através do plano de manejo, de forma participativa, envolvendo representantes dos diversos segmentos da sociedade que tenham interesse na área. Neste plano deverão ser previstos algumas estruturas físicas, recursos humanos e materiais para iniciar a implementação da gestão da unidade. No planejamento do Parque também devem ser consideradas ações de mobilização comunitária e de incentivo ao desenvolvimento sustentável na área de entorno do mesmo.

Para tanto deverá ser definida a melhor estratégia para iniciar o processo de implantação deste Parque Estadual, considerando a neces-

cidade de demarcação física da unidade, que consiste na colocação de marcos e placas indicativas nos limites da mesma, para que estes sejam visíveis publicamente, auxiliando a fiscalização.

Não são permitidas as coletas de frutos, mudas ou sementes, assim como a caça ou apanha de animais e aves. Da mesma forma é proibida a introdução de espécies animais ou exemplares de flora estranhos ao ecossistema do parque.

A visitação pública estará sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da Unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável pela sua administração e àquelas previstas em regulamento.

A pesquisa científica estará sujeita à autorização prévia da FATMA e às condições e restrições por ela estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

E dessa forma, LEVOU-SE EM CONSIDERAÇÃO APENAS A PARTE FÍSICO-AMBIENTAL E NÃO SÓCIO-AMBIENTAL.

É preciso ser entendido que as Unidades de Conservação não são criadas ao acaso. Para que o Poder Público escolha os espaços territoriais a serem especialmente protegidos, faz-se necessário o levantamento de uma série de informações, bem como a manifestação da sociedade civil e de órgãos públicos interessados.

As etapas do processo que orienta o Poder Público a decidir pela criação de uma unidade de conservação são basicamente as seguintes:

1. identificação da demanda pela criação da unidade: sociedade civil, comunidade científica, poder público etc;

2. elaboração dos Estudos Técnicos: poder público por meio de seus órgãos executores ou por meio de consultorias contratadas;

2.1. vistoria da área:

2.1.1. levantamento de dados planimétricos e geográficos; e

2.1.2. laudo acerca dos fatores bióticos e abióticos da área;

2.2. levantamento Sócio-econômico:

2.2.1. presença de comunidades indígenas e tradicionais (estudo sócio-ambientais); e

2.2.2. diagnóstico das ações antrópicas, como formas de uso do solo;

2.3. elaboração do Diagnóstico Fundiário dos imóveis:

2.3.1. levantamento da cadeia sucessória dos imóveis;

2.3.2. identificação das áreas de domínio público e privado; e

2.3.3. avaliação do valor de mercado de 1 ha de terra na região;

2.4. elaboração da Base Cartográfica abrangendo:

2.4.1. limites políticos;

2.4.2. fitofisionomia;

2.4.3. hidrografia;

2.4.4. uso do solo;

2.4.5. altimetria;

2.4.6. malha viária; e

2.4.7. áreas sob alguma forma de proteção (Terras Indígenas; Unidades de Conservação; Áreas de Mineração e Áreas das Forças Armadas);

3. encaminhamento ao Órgão de Meio Ambiente (Ministério do Meio Ambiente; Secretarias Estaduais e Municipais de Meio Ambiente) para a elaboração de pareceres técnico e jurídico;

4. encaminhamento a outros órgãos da estrutura do Poder Executivo, que tenham algum tipo de interesse alcançado pela criação da Unidade;

5. realização de Audiência Pública;

6. encaminhamento, ao Chefe do Poder Executivo, dos seguintes documentos:

6.1. solicitação dos moradores, em se tratando de Reservas Extrativistas ou de Desenvolvimento Sustentável;

6.2. estudo técnico que justifique e embase a criação da Unidade de Conservação, os limites propostos e a categoria de manejo definida, incluindo diagnóstico expedito sobre a situação fundiária da área, em se tratando de Unidades de Conservação de domínio público, bem como

mapa de situação e de perímetro da Unidade proposta;

6.3. pareceres técnico e jurídico elaborados pelo Órgão de Meio Ambiente;

6.4. manifestação dos outros órgãos públicos interessados;

6.5. ata da Audiência Pública realizada;

6.6. minuta do Decreto de declaração da área como sendo de utilidade pública para fins de desapropriação, com a respectiva Exposição de Motivos; e

6.7. minuta do Decreto de criação da Unidade, ou do Projeto de Lei a ser enviado ao Poder Legislativo, com a respectiva Exposição de Motivos;

7. assinatura e publicação dos Decretos, ou envio do Projeto de Lei ao Poder Legislativo. [Fonte: Ministério do Meio Ambiente (www.mma.gov.br)].

Todavia, apesar dos pressupostos para a criação do parque, a equipe tem intenção de deixar os estudos sócio-ambientais para a fase do plano de manejo, o que é inviável porque vai girar em torno da categoria já pré-estabelecida.

Também não houve efetivo estudo sócio-econômico, como não houve efetiva participação das comunidades afetadas.

Assim, verifica-se a impossibilidade da categoria Proteção Integral para a Unidade de Conservação criada em torno da Lagoa do Acaraí, frente às comunidades tradicionais existentes no entorno da área, que utiliza os recursos naturais para seu meio de vida.

UNIDADES DE PROTEÇÃO INTEGRAL X UNIDADES DE USO SUSTENTÁVEL

Pela lei do SNUC, foram delimitados dois tipos de unidades de conservação: as **Unidades de Proteção Integral** e as **Unidades de Uso Sustentável**. No primeiro grupo estão as Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques Nacionais, Monumentos Naturais e Refúgios da Vida Silvestre. No segundo estão as Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de

Relevante Interesse Ecológico, Florestas Nacionais, Reservas Extrativistas, Reservas de Fauna, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPNs).

A diferença entre os dois grupos é que as Unidades de Proteção Integral têm como objetivo básico preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto de seus recursos naturais. Já as Unidades de Uso Sustentável têm como objetivo básico compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parte de seus recursos naturais.

Além dos levantamentos e pesquisas científicas relativos ao meio ambiente a ser preservado, no processo de criação de uma unidade de conservação é de extrema necessidade um aprofundado estudo antropológico sobre o modo de vida dos moradores tradicionais da área, caso existam. Devem ser realizadas pesquisas sobre até que ponto o impacto ambiental desses moradores afeta a região, para que se verifique se existe ou não um equilíbrio ecológico entre essas comunidades e a utilização sustentável dos recursos naturais. A simples remoção dessas pessoas, mesmo através dos trâmites legais, pode não ser a solução adequada, principalmente no que se refere a áreas abertas à visitação como os Parques Nacionais.

No caso em que se perceba um equilíbrio ecológico entre os moradores tradicionais e a sua relação com a natureza, não há, inicialmente, razões para que eles sejam retirados de seus locais de origem. Essas populações poderiam, inclusive, fazer parte das atrações de um Parque Nacional, uma vez que seus estilos de vida, suas visões de mundo, suas formas de interagir com a fauna e a flora, seus hábitos alimentares, suas músicas, seus relatos orais, sua cultura e sua história são também patrimônios que devem ser preservados, conhecidos e divulgados.

O modelo de unidades de conservação adotado no Brasil, e no Terceiro Mundo em geral, é um dos principais elementos de estratégia para a conservação da natureza. Ele deriva da concepção de áreas protegidas, construída no século passado nos Estados Unidos, com o objetivo de proteger a vida selvagem (wilderness) ameaçada pelo avanço da civilização urbano-industrial. Esse modelo expandiu-se logo em seguida para o Canadá e países europeus, consolidando-se como um padrão mundial, principalmente a partir da década de 60, quando o número e a extensão das áreas protegidas ampliaram-se enormemente em todo o mundo.

A idéia que fundamenta este modelo é a de que a alteração e domesticação de toda a biosfera pelo ser humano é inevitável, sendo necessário e possível conservar pedaços do mundo natural em seu estado originário, antes da intervenção humana. Lugares onde o ser humano possa reverenciar a natureza intocada, refazer suas energias materiais e espirituais e pesquisar a própria natureza.

Estas áreas são sujeitas a um regime de proteção externo, com território definido pelo Estado, cujas autoridades decidem as áreas a serem colocadas sob proteção e sob que modalidade e, independentemente, formulam e executam os respectivos planos de manejo. As pessoas que vivem no interior ou no entorno das áreas não participam em nada destas decisões. Mais que isso, as decisões costumam ser mantidas em sigilo até sua transformação em lei, justamente para evitar movimentações sociais que possam criar embaraços para os planejadores oficiais.

Assim, esse modelo supõe uma dicotomia conflitante entre ser humano e natureza, supõe que as comunidades locais são incapazes de desenvolver um manejo mais sábio dos recursos naturais (o que pode ser verdade nos casos de extrativismo comercial em grande escala, mas não em todos os casos), e finalmente, que estas áreas podem ser perpetuadas num estado de natural equilíbrio.

Ainda que este modelo possa ser relativamente adequado aos EUA, dada a existência de grandes áreas desabitadas, sua transposição para o Terceiro Mundo mostra-se problemática, pois mesmo as áreas consideradas isoladas ou selvagens abrigam populações humanas, as quais, como decorrência do modelo adotado, devem ser retiradas de suas terras, transformadas de agora em diante em unidade de conservação para benefício das populações urbanas (turismo ecológico), das futuras gerações, do equilíbrio ecossistêmico necessário à humanidade em geral, da pesquisa científica, mas não das populações locais.

Quando as populações resistem e permanecem, suas necessidades de exploração dos recursos naturais inerentes a seu modo de vida e sobrevivência raramente são reconhecidas. Ao invés disso, passa a ocorrer uma “criminalização” dos atos mais corriqueiros e fundamentais para a reprodução sociocultural destas comunidades. A caça, a pesca, a utilização de recursos da floresta para a manufatura de utensílios e equipamentos diversos, a feitura das roças, a criação de galinhas ou porcos, o papagaio na varanda, a lenha para cozinhar e aquecer, a construção

de uma nova casa para o filho que se casou, etc., tudo isso é, de uma penada jurídica, transformado em crime e seus praticantes perseguidos e penalizados. Ao mesmo tempo, são instados a proteger e respeitar o meio ambiente, sendo encarados como os principais responsáveis (e não o modelo urbano-industrial em expansão) pelo futuro da humanidade, coorporificado na preservação da área em questão.

O que tem ocorrido em todos os países do Terceiro Mundo, guardadas as particularidades e ênfases locais, é um conjunto de conseqüências indesejáveis da aplicação deste modelo, que poderia assim ser sumariado :

1) tem promovido em muitas comunidades humanas um agravamento de suas condições de vida;

2) tem se somado aos processos de expulsão das populações tradicionais para as periferias das cidades, engrossando as multidões em situação de miséria e a proliferação de favelas;

3) muitas vezes promovem uma maior degradação ambiental. Em muitos países do Terceiro Mundo tem aumentado o nível de destruição florestal, à medida que a população expulsa passa a ocupar e derrubar novas áreas para moradia. Os que não conseguem ou não querem mudar para novas áreas são obrigados a superexplorar as áreas ainda acessíveis (florestas vizinhas às unidades de conservação). Muitas vezes, passam a encarar os recursos naturais da área como perdidos para sua comunidade;

4) o crescimento do conflito rural. As restrições decorrentes do estabelecimento de unidades de conservação de uso restrito têm produzido descontentamento crescente em muitos países. No Brasil, país com graves problemas de desemprego urbano, péssima distribuição de renda e estrutura fundiária superconcentrada, a contribuição desse modelo para o agravamento da situação rural tem sido grande;

5) em contrapartida, pressões de grupos econômicos e, de outro lado, das populações locais mais organizadas, somadas às dificuldades financeiras, operacionais e políticas de fiscalização e manejo dessas áreas, fazem com que a legislação, em parte ou totalmente, não seja cumprida.

Dessa forma, têm se multiplicado os casos em que os objetivos de conservação não são cumpridos ao mesmo tempo em que as populações

locais são criminalizadas e, simultaneamente, impedidas de explorar os recursos naturais de forma sustentável e garantir sua reprodução sociocultural. Nesse contexto, são beneficiados os grupos que comercializam irregularmente no mercado mais amplo os produtos de extração clandestina, em detrimento da preservação da bio e da sociodiversidade e, finalmente, da credibilidade e aceitação dos ideais de conservação ambiental.

É verdade que no Brasil há aberturas nesse modelo que, entretanto, ainda tem a hegemonia na política conservacionista nacional. Essa abertura corporificada na criação das reservas extrativistas, no reconhecimento de terras de quilombo e nas propostas de criação de modalidades de áreas de conservação de múltiplos usos (a serem definidos em “mosaico” nos planos de manejo) é fruto justamente da auto-organização das populações tradicionais e de propostas que delas emanam, recebendo apoio de outros atores e setores sociais. Porém, é ainda uma abertura tímida que encontra pouca sustentação ou apoio das autoridades responsáveis pela política ambiental.

Parece que essas populações são invisíveis (além de indesejáveis) para o poder público que, preso a concepções ambientais tecnicistas e inadequadas, não vê outra saída fora do padrão vigente.

Um caso exemplar citado por Diegues (1996a) é o plano de manejo da Ilha do Cardoso, produzido em 1976, em que sequer se menciona a presença de centenas de famílias de moradores tradicionais caiçaras e em que se proíbe as atividades de subsistência delas, obrigadas assim a migrar para a cidade de Cananéia, engrossando o número de moradores pobres dos bairros periféricos.

Outra situação ilustrativa da “invisibilidade” destas populações, mas de resultado oposto ao anterior, é o caso da Estação Ecológica do Iquê, no Mato Grosso, criada em 1981 totalmente dentro do território do povo indígena Enauenê-Nauê.

No caso do Brasil, a recorrência da criação de unidades de conservação superpostas a áreas de comunidades tradicionais é um exemplo da incorreção dessa suposição e da cegueira generalizada em relação à existência destas populações.

As florestas tropicais brasileiras abrigam comunidades humanas de grande diversidade sociocultural, que desenvolveram estilos de

vida relacionados a ambientes naturais específicos, com suas visões de mundo particulares, conhecimento extenso e minucioso dos processos naturais e que estabelecem relações com o mundo natural distintas das que prevalecem nas sociedades urbano-industriais.

As tentativas de solucionar este problema dentro do padrão de atuação dos órgãos públicos têm esbarrado na ineficácia da ação repressiva, nas dificuldades de fiscalização, nos problemas sociais decorrentes da expulsão das populações e conseqüente formação ou ampliação das favelas nos municípios próximos, nos conflitos crescentes e, conseqüentemente, na disseminação do significado das políticas ambientais como políticas repressivas e contra os interesses e necessidades das populações locais.

Será essa situação inerente a qualquer política de preservação dos recursos naturais? Será que podemos imputar a responsabilidade dos conflitos e da dilapidação dos recursos naturais, como costuma ocorrer, inteiramente a pretensas características destrutivas do ser humano? Não é paradoxal que as populações tradicionais sejam colocadas como antagônicas às necessidades de proteção dos recursos naturais em áreas de conservação? Normalmente, não são estas as populações humanas que têm há décadas, às vezes séculos e até milênios, promovido o manejo sustentável de áreas naturais? Não é sua presença permanente que tem preservado tais áreas do modelo de exploração econômica capitalista industrial responsável pela destruição crescente do meio ambiente? Enfim, não são elas as responsáveis até o presente pela conservação das áreas que agora tentamos colocar sob nossa proteção legal?

RECATEGORIZAÇÃO

É necessário que seja transformado o Parque Estadual do Acaraí, que é Unidade de Conservação Integral em área de Unidade de Conservação de Uso Sustentável. Seguem os motivos.

De acordo com o §1º, inciso III, do art. 225 da Constituição da República de 1988, a supressão e a alteração dos espaços territoriais especialmente protegidos devem ser feito mediante lei. Entretanto, deve-se interpretar a norma em seu sentido finalístico, ou seja, como um dispositivo que tem por objetivo estabelecer mecanismos flexíveis para

a proteção do meio ambiente e instrumentos rígidos para as hipóteses que possam vir a causar diminuição da área ambiental protegida.

Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso¹:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e a sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.

A importância das populações tradicionais é reconhecida internacionalmente, a **DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO**, da **Conferência Das Nações Unidas Para Meio Ambiente E Desenvolvimento, RIO-92**, ao reafirmar a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, aprovada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e tratando de basear-se nela com o objetivo de estabelecer uma aliança mundial nova e eqüitativa mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores chave das sociedades e as pessoas, procurando alcançar acordos internacionais em que se respeitem os interesses de todos e se proteja a integridade do sistema ambiental e de desenvolvimento mundial, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, proclamou no **PRINCÍPIO 22** que

Os povos indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na ordenação do **meio ambiente** e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável.

Destaca-se que após o art. 225 da Constituição da República, definir como um direito de todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade

1 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 138.

de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o § 1º III, para assegurar a efetividade desse direito, definiu como obrigação do poder público a criação, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por lei, *vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*. **Portanto, o constituinte não criou uma regra que vede diretamente a presença humana, mas refletiu a regra de ouro a que nos referimos, pois a vedação direta somente se dirige àquelas práticas que possam comprometer a integridade dos atributos protegidos.**

Esse dispositivo percebe-se na Lei n. 7.797/1989, que criou o Fundo Nacional de Meio Ambiente, o qual foi instituído com o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira(art.1º), sendo que o art. 5º, inc I e IV, considera prioritária a aplicação de recursos financeiros deste fundo em projetos de unidades de conservação e para aproveitamento econômico racional e sustentável da flora e fauna nativas.

Essa regra de ouro é identificada de forma bem clara na Lei n. 9.985/2000 – SNUC, como não poderia ser diferente, já que regulamenta o art. 225 da Constituição da República, como se verifica no CAPÍTULO II,- Do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, onde o Art. 4º, incisos IV, V, X, XI, XII, XIII estabelecem entre os seus objetivos: *promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais; promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento; proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico; proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.*

Nos dispositivos citados, além da clara referência às populações tradicionais, há um vivo encadeamento da promoção de práticas que

promovam o desenvolvimento sustentável e valorização social e econômica da diversidade biológica. Este processo deve começar, obviamente, pelas populações locais, detentoras do direito a uma vida com dignidade.

Na realidade não poderia existir um sistema de unidades de conservação que exclua a princípio populações que representam a riqueza da diversidade humana e cultural, que desenvolveram durante gerações práticas que se apresentam harmônicas com o ambiente, e muito têm a contribuir com o processo de desenvolvimento de conceito de sustentabilidade. Somente aquelas populações que sejam incompatíveis com estas é que o sistema exclui. Aliás, essa regra de ouro tem, na realidade, fundamentos constitucionais muito mais largos no que tange ao respeito a estas populações tradicionais, pois estas se identificam com parcelas significativas da população nacional, que de longa tradição eram consideradas como subculturas, sem referência explícita como formadoras da cultura nacional, como podemos agora inventariar no texto constitucional de 1988.

De fato, não bastaria o constituinte elencar os Princípios Fundamentais da República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, estabelecendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e estabelecer que todo o poder emana do povo (Art. 1º.), sem estabelecer de forma mais objetiva como realizar esses fundamentos. Assim, o seu art. 3º estabeleceu como objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O texto constitucional, seguindo os objetivos de nossa sociedade, além de estabelecer os Direitos e Garantias Fundamentais, a que todos os cidadãos devem ter garantido (art. 5º.), deixou registrado expressamente no art. 210, que a fixação dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, deve ser estabelecido de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e *regionais*, sendo que o § 2º assegura às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, além da língua portuguesa.

No que tange à cultura, temos dois dispositivos que sintetizam bem o reconhecimento dessa diversidade humana, que as populações tradicionais representam, como um patrimônio que deve ser observado em qualquer tipo de ação do poder público, onde se insere a criação de unidades de conservação.

O primeiro dispositivo é o art. 215, § 1º, que preceitua que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo *civilizatório nacional*, complementado pelo art. 216, que preceitua que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver. Ora o ser humano somente constrói a cultura na relação com o espaço onde vive, desenvolve a luta na construção diária da sua dignidade. Assim, apresenta grave violação destas normas constitucionais a pretensão de se criar unidade de conservação cujo conceito não admite a presença humana e que levaria a necessidade de realocação, indenização de comunidades tradicionais, olvidando que o texto constitucional acentua estas especiais regras de proteção das minorias, que justamente integram estas populações tradicionais, e, como destaca a lei do SNUC, abraça formas de unidades de conservação que são adequadas à presença destas comunidades.

Destaca-se que, embora o nosso legislador não tenha definido diretamente o que sejam populações tradicionais, apresenta no artigo art. 20 da Lei do SNUC quais os elementos que caracterizam esta, quando definiu o que seja uma Reserva de Desenvolvimento Sustentável, pois apesar de inserir o conceito destas populações integrando essa modalidade específica de Unidade de Conservação, o seu conceito pode ser muito bem tomado como norte seguro para constatarmos que a sua concepção está de acordo com o que vimos expondo. Preceitua o art. 20:

Art. 20 - A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga *populações tradicionais*, cuja existência baseia-se em *sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados*

às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica (grifos nossos)

Observa-se pela leitura do dispositivo legal que estas *populações tradicionais* possuem como características uma *existência baseada em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica*. Portanto, em pleno acordo com a nossa concepção de que estas comunidades, muito mais do que entraves à conformação de eventuais unidades de conservação, devem ser valorizadas como forma de reverência aos ditames constitucionais de dignidade da pessoa humana e respeito àquelas minorias e culturas que o constituinte colocou em especial guarda como integrantes do processo civilizatório nacional.

Na realidade, definindo o legislador a natureza do domínio e a possibilidade de presença humana ou não num dado tipo de unidade de conservação, ocorre apenas uma distinção de conceitos de cada uma, sem uma diferenciação do ponto de vista ontológico, pois tanto as de *proteção integral* como as de *uso sustentável* definem-se como espaços especialmente protegidos².

Concluindo, a presença de populações tradicionais é que condiciona o tipo de unidade de conservação a ser criada. Assim, no caso de esta ser criada sem a observância do direito dessas comunidades, é ilegal e inconstitucional, devendo o ato administrativo ser revisto, seja pela própria administração, seja pelo judiciário. A respeito a Súmula 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

2 Ibraim José das Mercês Rocha, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3972>, acesso em 16/08/2007.

ATO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O princípio da juridicidade consiste na conformidade do ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores (e.g. regulamentos, portarias), como também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, verificamos a introdução do princípio da juridicidade com a positivação dos princípios regedores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Desta forma, a própria Constituição Federal, Lei Maior do Estado, impõe à Administração Pública o dever de atuar com observância àqueles princípios. Outrossim, reconhece-se também a existência de outros princípios gerais de direito que vinculam o atuar do administrador, com especial destaque para o princípio da razoabilidade, mediante o qual é permitido avaliar se os atos do Poder Público refletem um valor de justiça.

Nessa esteira de pensamento, Germana de Oliveira Moraes³ propõe a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade:

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

A moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo,

3 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.

Da mesma forma, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴ trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir a justiça material:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulado de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

Verifica-se, pois, que os doutrinadores pátrios já reconhecem a necessidade de que a atividade administrativa não seja norteadas tão somente pela idéia de legalidade formal, mas por um valor mais amplo que é a justiça, consubstanciada em todo ordenamento jurídico.

A própria jurisprudência já se encaminha para reconhecer a força normativa dos princípios:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.** 3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer plei-

4 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79-81.

teada. 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 510259 / SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 19 set. 2005 p. 252)

A redefinição no conteúdo da legalidade com o aparecimento do princípio da juridicidade acarreta alguns reflexos no âmbito da discricionariedade administrativa. Observa-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo, elemento livre de apreciação através de controle jurisdicional. É que, com a positivação dos princípios administrativos, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se ao julgador examinar o ato à luz dos princípios não só da legalidade, mas também da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade. Amplia-se, portanto, a possibilidade de controle judicial da administração, à medida em que se permite ao julgador examinar aspectos antes impenetráveis do ato administrativo.

Parte-se da idéia de que a lei, ao conferir discricionariedade ao Administrador Público, assim o faz para que este adote a medida mais eficiente, mais adequada a cada situação, sempre tendo em vista a persecução do interesse público. O gestor público tem o dever de procurar adotar a conduta que melhor atende à finalidade legal:

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos atos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal⁵.

Diante disso, muitas vezes pode acontecer que, não obstante a lei contenha previsão no sentido de possibilidade de realização de diversas condutas, diante do caso concreto somente uma delas esteja adequada a atender às necessidades, ou seja, aos fins daquela lei, chegando ao ponto até de suprimir a discricionariedade. Conclui-se, desta forma, que

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 35.

a liberdade contida na norma através da previsão de discricionariedade é maior que a liberdade resultante de sua aplicação ao caso concreto.

A previsão de discricionariedade pela norma, apesar de ser condição necessária para sua existência, não é suficiente, sendo imprescindível que esta esteja também presente quando da análise do caso concreto, pois “sua previsão na ‘estática’ do direito, não lhe assegura presença na ‘dinâmica’ do direito”⁶. Ainda, não se poderá invocar a previsão da discricionariedade contida na lei para afastar o controle pelo Judiciário, pois o exame no caso concreto acerca da ocorrência da discricionariedade não constituirá invasão de mérito administrativo.

Assim, a definição de mérito administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello é feita com base nestes argumentos, senão vejamos:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada⁷.

Merece destaque também a observação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de que se deve tomar o devido cuidado para não se denominar mérito, impedindo o controle jurisdicional, o que na verdade se trata de questões que envolvem aspectos de legalidade e moralidade⁸.

Dessa forma, verifica-se uma tendência da doutrina administrativista brasileira em ampliar o domínio do controle da discricionariedade administrativa pelo Judiciário.

O cerne de toda a problemática acerca da realização do controle da Administração Pública pelo Judiciário parece girar em torno dos limites que deve esse controle se pautar.

6 *Idem, ibidem*. p. 37. Nota 105.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 91.

Retomando aquilo que foi dito quando do exame dos limites pertinentes ao exercício da discricionariedade administrativa, alguns doutrinadores tais como Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes defendem que a extensão do controle realizado pelo Judiciário deve se restringir ao exame tão somente sob a ótica da legalidade. Para estes administrativistas, é vedado ao Judiciário adentrar na análise do mérito administrativo, sob pena do magistrado substituir o administrador no exercício da sua atividade.

Tais argumentos encontram fundamento no princípio da separação das funções do Estado, segundo o qual cada órgão do Poder deve agir nos limites que lhe são impostos quando da conferência de suas respectivas competências. Visa-se com essa medida evitar, portanto, o chamado “governo de juízes”, no qual a atividade administrativa é totalmente controlada por um órgão externo: o Judiciário.

Nesse sentido, acrescenta-se ainda que o Judiciário deverá limitar-se, no exercício desse controle, a declarar a legalidade ou não do ato, isto é, se ilegal, decretará sua nulidade, negando-lhe os efeitos.

Esse entendimento, entretanto, vem sofrendo modificações na doutrina que, conforme demonstrado, tem revelado uma tendência à ampliação do exercício do controle da Administração Pública pelo Judiciário, a partir da introdução da necessidade de adequação de sua atividade com os princípios positivados no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade** (artigo 5º, inciso LXXIII e 37)⁹.

Dessa forma, a citada doutrinadora inclui um novo parâmetro a ser observado no exercício do controle jurisdicional da Administração

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 616.

Pública: a moralidade.

Embora hoje não mais se adéqüem ao novo paradigma de Estado e de Administração Pública, os ensinamentos de Seabra Fagundes são de valiosa importância para compreensão do tema.

Não obstante, não se pode mais considerá-los como totalmente aplicáveis diante das mudanças pelas quais passa o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Também não se pode mais conceber que a Administração Pública, sob a escusa de que se estaria ferindo o princípio da separação das funções do Estado, possa praticar atos discricionários cujo mérito seja totalmente impenetrável.

Num Estado Democrático de Direito, em que todos estão sob o manto da lei, não é concebível que haja total liberdade para que o Administrador Público pratique ato discricionário, sem quaisquer limites no que diz respeito ao seu mérito, ainda mais quando este encontra-se em total dissonância com a norma constitucional.

A nova concepção do direito por princípios, bem como a constitucionalização da Administração Pública acarretaram novos contornos ao exercício do controle jurisdicional. Conforme bem salienta J. J. Canotilho,

Os princípios do Estado de direito (proporcionalidade, não retroatividade, confiança, segurança), e os princípios constitucionais da administração (legalidade, imparcialidade, justiça) forçam a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional¹⁰.

Nesse sentido, concebe-se o princípio da juridicidade como limite ao exercício do controle jurisdicional da Administração Pública. Este último exige que não só os aspectos de legalidade formal, mas também os princípios sejam levados em conta quando da apreciação dos atos administrativos.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, com o conseqüente enaltecimento da Constituição como Lei Maior

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional Passa; O Direito Administrativo Passa Também. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Studia Iuridica. n. 61. Coimbra, 2001.

de um Estado, de onde as leis inferiores retiram toda sua sustentação, e a ela devem estar em conformidade, resultou numa total submissão da Administração Pública aos preceitos constitucionais. Nesse sentido é a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

A vinculação da Administração à realidade constitucional faz com que seus atos sejam vigiados, não como uma forma de intervenção em sua conveniência e nem na respectiva oportunidade, e sim para mantê-la atrelada aos seus instrumentos condicionantes. É o mesmo fenômeno que ocorre quando o Poder Legislativo edita uma lei inconstitucional. Ou seja, quando o Poder Judiciário interpreta a norma e aplica a eficácia da Constituição, na prática ele não extrapola a sua função para transformar-se em legislador¹¹.

Desta forma, conclui-se que não há que se falar em mérito administrativo quando há afronta direta à disposição constitucional ou a princípios nela contidos. Este último, embora consista numa determinada esfera de liberdade conferida pela lei ao gestor público, não implica em autorização para que este pratique atos que resultem em desrespeito a direitos individuais, favorecimento de interesses pessoais em detrimento do interesse público, enfim, que desvirtuem totalmente sua finalidade.

Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no campo de aplicação concreta, entende-se que, implementada medida, caso o destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser amplamente analisado pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode, como deve, apreciar - não se confunda com a substituição de decisões - na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do poder público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à administração. Para efetuar tal controle, deverá o órgão judiciário considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucio-

11 NUNES, Castro. *apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 104.

nal, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto possa ser razoável, proporcional, moral, de interesses do cidadão e demais exigências principiológicas. Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais dados medidas do poder público, discricionários ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.

Com efeito, o Poder Judiciário **deve** analisar e declarar que a presença de populações tradicionais é que condiciona o tipo de unidade de conservação a ser criada, e se necessário for, readequar o ato administrativo, preservando-se assim o ato quanto àquilo que não for contrário ao interesse de toda a sociedade, ou seja, protege-se o meio ambiente como também protege-se as Populações Tradicionais. Assim, no caso de esta ser criada sem a observância do direito dessas comunidades, é ilegal e inconstitucional, devendo o ato administrativo ser revisto e reformado para que respeite os princípios constitucionais, devendo, ainda, a conformidade ou a compatibilidade do seu conteúdo normativo estar de acordo com as normas jurídicas de hierarquia superior.

Não cabe ao Judiciário, portanto, substituir as definições de conceitos jurídicos indeterminados da Administração pelas suas próprias definições, **porém, cabe-lhe reconhecer, num caso concreto, que os efeitos de um ato administrativo extrapolam os limites aceitáveis, importando num desvio de finalidade, numa ofensa à moralidade, numa desproporcionalidade entre motivos, numa irrazoabilidade.**

O Poder Judiciário não está limitado ao controle estritamente de legalidade do ato administrativo dito discricionário, ao contrário, lhe é dado exercer um controle do mérito do ato administrativo, porém, nessa última hipótese, o controle deve ser feito, como dito, pela análise de extremos, de forma a apenas repelir os excessos, sem substituição de valores e conseqüente invasão de Poderes.

O ato administrativo, portanto, seja vinculado, seja discricionário, admite um controle judicial, que será mais ou menos amplo, conforme a natureza do ato. Se vinculado, o exame se fará, via de regra, de maneira mais simples, eis que os requisitos do ato estarão dispostos na lei; não percamos de vista, contudo, que a imoralidade, como conceito de existência própria, só tem sentido se desvinculada do conceito de legalidade, sendo, portanto, admissível um controle de moralidade também do ato vinculado.

O ato discricionário, além do controle de legalidade objetiva, admite também um controle de mérito, por desvio de finalidade, vício de motivos ou desproporcionalidade. Esse último controle, embora restrinja a liberdade de opção do Administrador, apenas tende a coibir ou reparar abusos, os quais, aliás, já converteriam a discricionariedade em arbitrariedade. O controle judicial de mérito do ato administrativo discricionário, portanto, faz-se unicamente pela análise dos extremos, de modo a invalidar os excessos, que são mais facilmente perceptíveis e identificáveis.

Em cima de tudo quanto foi dito anteriormente, fica fácil extrair as conclusões desse estudo.

A Criação de Unidade de Conservação é um processo em que se pode distinguir três momentos de grande relevância: 1) o momento do início do processo; 2) o momento de consulta à população; e 3) o momento da decisão definitiva, com a escolha apropriada do modelo de Unidade de Conservação.

O primeiro momento - início do processo - é ato inteiramente reservado à avaliação de conveniência e oportunidade da Administração Pública, ou seja, é uma atividade discricionária.

Da mesma forma, a avaliação de interesse público, a qual se caracteriza como discricionariedade técnica.

Nesses dois momentos, portanto, o Poder Judiciário poderá efetuar um controle de legalidade objetiva - a fim de averiguar-se se presentes os requisitos formais e se competente e civilmente capaz a autoridade (o objeto, por se tratar de proteção ao meio ambiente, será sempre lícito) - controle esse sempre possível. Quanto ao mérito do ato, ficará restrito a coibir a imoralidade e os excessos porventura existentes, representados por desvio de finalidade, vício de motivos ou desproporcionalidade. No caso dos autos, a presença de populações tradicionais deve condicionar o tipo de unidade de conservação a ser criada.

Nessa tarefa, o Judiciário fatalmente deparar-se-á com a dúvida se existe ou não o interesse público a ensejar o processo protetivo ou, em outras palavras, se essas populações tradicionais têm valor cultural. Essa dúvida não poderá ser resolvida mediante uma análise, pelo Judiciário, dos contornos e características do valor cultural do bem, pois isto implicaria em fazer prevalecer a opinião (é essa a palavra correta) de um

Poder sobre o outro, o que não é justificável, pois o Juiz decidirá com base em suas próprias convicções e, de forma mais contundente (pois não se pode exigir do juiz conhecimentos técnicos capazes de embasar um entendimento sólido), com base nas convicções de um perito. De qualquer forma, será um entendimento unissingular, o qual não tem porque sobrepor-se ao entendimento do órgão colegiado da Administração. Isto seria simples substituição de valores, quiçá prejudicial, eis que a avaliação de interesse público pode envolver aspectos multidisciplinares (históricos, artísticos, etnográficos, culturais, arquitetônicos etc), os quais muitas vezes não possui o próprio perito, que avaliará a existência de populações tradicionais unicamente sob o ângulo de sua especialização. Já um órgão colegiado dispõe (ao menos presumidamente) de profissionais de diversos ramos, cuja análise, multifacetada, pode revelar com mais precisão o interesse público.

O controle judicial, assim, será feito mediante uma avaliação das populações tradicionais localizadas na área a ser transformada em Unidade de Conservação em questão, não com o intuito de precisar o seu valor cultural, mas com o intuito de avaliar se evidentemente aquela população não possui valor cultural. A distinção é sutil, porém importantíssima.

Por fim, resta o controle judicial sobre o último momento, o da decisão de escolha da categorização da Unidade de Conservação. Sendo ato administrativo vinculado, admitirá um controle mais estrito e também mais simplificado. O importante, aqui, será o resultado da avaliação acerca do valor dessas populações tradicionais. Caso positiva a avaliação, o administrador está obrigado a proceder ao reconhecimento do valor cultural da população tradicional existente, adequando a Criação da Unidade de Conservação à permanência da população tradicional merecedora da mesma proteção constitucional que o meio ambiente. Como também poderá o judiciário reconhecer a importância das Populações Tradicionais e adequar a Unidade de Conservação criada, vez que a presença de populações tradicionais deve condicionar o modelo de Unidade de Conservação. Portanto, após os estudos que comprovam a presença de Populações Tradicionais, acaba por ter-se nenhuma discricionariedade em face da categoria da Unidade de Conservação a ser escolhida.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional Passa; O Direito Administrativo Passa Também. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Studia Iuridica. n. 61. Coimbra, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

Ibraim José das Mercês Rocha, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3972>, acesso em 16/08/2007.

Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

NUNES, Castro. *apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

COMBATE À EVASÃO ESCOLAR: UMA EXPERIÊNCIA DE DESJUDICIARIZAÇÃO

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em direito pela Universidade de Coimbra*

*O mundo subsiste somente graças ao alento dos que estudam
Talmud (Shabat, 119)*

1. A partir de quando passou a seguir o modelo constitucional do pós-liberalismo, incluindo-se, portanto, na configuração de *Welfare State*, o Brasil formalmente assumiu, em sua carta constitucional, o compromisso para com a educação como um verdadeiro direito-garantia fundamental: trata a Constituição, naquelas normas categorizadas como auto-aplicáveis e em algumas programáticas, não apenas do direito ao ensino, mas, também, da garantia-cidadã de receber educação (no seu âmbito semântico mais amplo) do Estado e da sociedade civil. Com isso, encerra-se no sistema de normas fundamentais um duplice caráter da liberdade (política): o negativo, consistente na não intervenção no domínio de atuação pessoal quanto ao direito *de* se educar; e o positivo, na forma de prestações (das esferas oficiais ou não), *para* a educação, situação amoldada com perfeição à fórmula criada por Isaiah Berlin, que conjuga *liberty from* à *liberty to* (para a representação das liberdades negativa e positiva, respectivamente). Somente através dessa compreensão de liberdade é que se pode –e falamos, ainda aqui, da possibilidade do *vir a ser* – caminhar rumo a uma mais alargada idéia de democracia que, como se compreende no presente quadrante histórico-político,

exige como componente fulcral a realização da justiça material. Ora bem, o viés meramente formal do direito constitucional não é, como sabemos, suficiente para propiciar a democracia substantiva: havia a necessidade de melhores mecanismos político-jurídicos que, no âmbito a que estamos a nos referir, o do direito-garantia fundamental à educação, vieram mais ou menos bem arrançados no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive no sentido de combater a evasão escolar. O Ministério Público, agora na sua veste de agente político, por seu turno, tornou-se um dos intervenientes que manuseia os tais mecanismos, podendo não apenas compelir o poder político à implementação de vagas escolares e demais condições para o ensino, como, também, atuar nas esferas dos direitos penal e da infância e juventude para fazer com que os jovens em idade escolar permaneçam, efetivamente, na escola. No estado de Santa Catarina, sua atuação ficou muito melhor factível (potencializada, podemos assim referir) a partir da criação do Programa de Combate à Evasão Escolar APÓIA no ano de 2001, que já de arrancada, no ano seguinte, obteve o resgate de 12.436 alunos de um total de 20 mil notificações por infrequência escolar¹, pouco mais de 60%. Um programa, por certo, merecedor dos melhores encômios e do reconhecimento geral da sociedade. No entanto, sua metódica, presa às linhas gerais de nossa *Rechtskultur*, eminentemente positivista-legalista, entra, a nosso ver, em franca colisão não somente com a ideologia orientadora do *corpus* jurídico-constitucional, mas, principalmente, com o novo modelo de Ministério Público, iniludivelmente uma das instituições mais bem estruturadas para dar vigor – e respeitabilidade – à pretensão de um *vir-a-ser* Estado de direito constitucional-material que a sociedade brasileira anela. Melhor explicando: a judicialização, mesmo que seja para alguns a substantivação da segurança jurídica, em certos meandros do conjunto de problemas sociais não passará de signo, uma representação *de*, quando não uma mera falácia jurídica, especialmente quando, em vez de realização da Justiça material – a eficaz solução dos problemas pautada pela circunstância ético-social –, se vê a burocratização do direito que, inegavelmente, afasta o Promotor de Justiça de sua autêntica vocação. É, não obstante o valor com que se deve distinguir o programa referido, o que se percebe nas ações ministeriais de (re)introdução do jovem evadido à escola. Que alternativa podemos, então, diante deste amplo cenário em que divisamos dum lado o

1 Cf. ESTADO DE SANTA CATARINA. **Justiça na educação**: 1ª ação, 2003, s/p.

direito-garantia à educação e de outro o Promotor de Justiça como um dos principais atores legitimados para atuar em favor da criança e do adolescente, apresentar como política jurídica otimizadora (de todo em todo, já de antemão podemos adiantar, despegada do direito simbólico consubstanciado no positivismo-legalista)? Como, além de tudo, poderá uma alternativa à metódica do programa APÓIA alinhar-se aos seus objetivos e, ao mesmo tempo, confirmar a legitimação de intervenção ministerial? Tentaremos dilucidar os problemas apresentando uma experiência levada a cabo por nós quando estivemos à testa da Curadoria da Infância e Juventude na Comarca de Araranguá, analisando antes, no entanto, os marcos do Programa APÓIA.

2. A diretriz constitucional que orienta a arquitetura de políticas jurídicas concernentes ao direito à educação, é descrita, principalmente, nas normas contidas nos arts. 205 e 208 da CR. O primeiro deles, notadamente um direito-garantia fundamental, utiliza o vocábulo *educação*, cujo valor semântico, como antes referimos, ultrapassa à significação de *ensino* formal, tem grande extensão, e por isso mesmo deve ser assumido pelos intervenientes designados pela Constituição para sua promoção, o Estado, a família e a sociedade, para além de independer de qualquer forma de regulamentação legal – norma fundamental, portanto, auto-aplicável, imprescritível, estando a salvo de alteração constitucional. Inscreve-se aí o dever do Estado e da família de promover e incentivar a educação, mais ou menos, fazendo as devidas ressalvas de caráter histórico-cultural, com o mesmo *télos* reconhecido ao vocábulo grego *paidéia*, para o aperfeiçoamento do indivíduo, como cidadão, como pessoa, tornando-o apto para a vida em comunidade. Já o artigo 208, melhor explícita o programa constitucional, completando o *lóghos* do art. 205, de modo que ambos se interpenetram e confirmam (aliás, de maneira expressa) neles existir um autêntico direito público subjetivo². Pois bem, dentre as diversas garantias arroladas, o art. 208 inclui a de ensino fundamental obrigatório (e gratuito) e o atendimento ao educando através de programas que supram as condições materiais de que seja ele carente, como de material escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (incisos I e VI) – tudo, em nosso entendimento, perfeitamente

2 Que, entretanto, a nosso ver, não se limita ao acesso ao ensino, como dispõe o art. 208, § 1º, CR, mas, também, refere-se àquela prerrogativa subjacente ao acesso, que é a de permanência na escola.

convergente com as políticas de inclusão. Mas a idéia de inclusão, *tout court* o emblema da democracia moderna, esta que não mais se com-padece apenas com direitos de liberdade (aqueles de primeira geração, celebrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e que se alastraram na primeira onda de constitucionalização, ao longo do séc. XIX), compreende, quando referida à educação, como já demos a entender, não apenas o acesso à escola, mas, também, a otimização das condições para a permanência do aluno nos bancos escolares, ao menos durante o ensino fundamental. Estamos diante da cabeça de Jano, uma cabeça bifronte. Ora, o acesso à escola (pública) está muita vez inserido no amplo espectro de problemas estruturais do Estado (que para muitos cientistas políticos já configura uma crise - a crise estrutural), exigindo, *v.g.*, intervenção do poder político no sentido de disponibilizar escolas, salas de aula e material didático e educadores. Já a idéia de permanência na escola, que subjaz à de inclusão, extrapola o âmbito dos problemas estruturais para permear a vasta gama de fenômenos sociais, econômicos e culturais. Daí que a preocupação do Estado brasileiro não deva estar unicamente focada para a questão do acesso à escola: deve o poder político, com a colaboração da sociedade (voluntarismo social?), preocupar-se, também, com a permanência na escola de alunos que se encontrem na fase de ensino fundamental. Neste particular, entendemos que o *lóghos* jurídico-constitucional ganha melhores contornos com o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 54, especialmente no seu § 3º, que incumbe ao poder público zelar pela freqüência do aluno na escola, e o art. 56, II, que determina aos dirigentes de ensino fundamental a comunicação ao Conselho Tutelar dos casos de faltas injustificadas e de evasão escolar.

O programa jurídico-legal de proteção à criança e ao adolescente prescrito no estatuto (que, como programa, é, ainda, fragmentário, devendo ganhar corpo através de medidas concretas nos campos político e jurídico), estrutura já um sistema composto por intervenientes tanto do poder público, como dos mais diversos segmentos sociais, dando substrato ao marco ideológico estabelecido no art. 205, CR. É assim que os dirigentes de escolas, os educadores e os conselheiros tutelares encontram-se atrelados ao programa político-jurídico que bem poderíamos categorizar como sendo de inclusão (naquele duplo sentido que anteriormente referimos) na educação. Mas, também, o Ministério Público ganha legitimidade para intervir na questão, seja em razão do

preenchimento exegético de certas normas estatutárias (de todo em todo fragmentárias, permitindo, pois, a operação político-jurídica conforme ao campo conceitual das funções ministeriais na área da infância e da juventude, bem como no da curadoria da cidadania), seja em razão da circunstância legitimadora ético-social, cada vez mais evidenciada pela credibilidade que lhe atribui a sociedade. Pois bem, se, num primeiro momento, está o Conselho Tutelar munido das atribuições legais de matricular e verificar a frequência do aluno na escola (art. 101, III, ECA), a situação dos pais recalcitrantes permite-lhe já encaminhar ao Ministério Público uma representação, para que o Promotor de Justiça tome as providências pertinentes ao caso (art. 136, IV e XI, ECA). Este, por sua vez, tem ao seu alcance a aplicação de medidas contra os pais, como a obrigação de matricular o filho e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar (art. 129, V, ECA), representação contra os pais visando à aplicação de multa por descumprimento dos deveres que lhes são inerentes (art. 249, ECA), dar início à persecução criminal contra quem seja responsável pelo abandono intelectual (art. 246, CP) e, como instância última (a mais drástica, sem dúvida), a ação de destituição ou de suspensão do poder familiar. Todos estes mecanismos jurídico-legais, no entanto, apresentam dois aspectos comuns: por um lado, são, fundamentalmente, a atuação formal do Ministério Público dirigida contra aquilo que é *representação* (ou aparência) do fenômeno da evasão escolar, sem que se constituam a solução substancial das questões genésicas (*v.g.*, a obrigação de matricular não leva em consideração as dificuldades materiais que impediram os pais de manterem seu filho na escola; a sanção penal, por sua vez, é de duvidosa efetividade (re)educacional; a imposição de multa administrativa, que pode tornar-se inexecutável, tampouco conscientizará os pais recalcitrantes; a ação de suspensão ou destituição do poder familiar muita vez não tem o condão de perscrutar os verdadeiros dramas familiares e é uma providência violenta que pode causar profundas marcas na criança ou adolescente); por outro lado, tais providências (à exceção daquela haurida através da persuasão exercida diretamente pelo Promotor de Justiça sobre os pais – o que nem sempre é factível, forçando o ajuizamento de um pedido de providência) são alcançadas por meio de injunções jurídico-jurisdicionais, o que implica no reconhecimento da existência de uma marcha processual nem sempre expedita.

3. O Ministério Público catarinense, legitimado pela carta de direitos políticos (e será lícito também afirmar, legitimado por sua circunstância ético-social), sistematizou um conjunto de ações destinadas a combater a evasão escolar, através do Programa intitulado APÓIA. As metas pretendidas são, sem dúvida, ambiciosas, uma vez que “A idéia central [...] é mesmo *apoiar*, especialmente o infante e sua família, para que possam ter sucesso no empreendimento escolar”³. O que, por outras palavras, nos permite entender que o Ministério Público assume, através dos mecanismos jurídico-legais que estão no seu raio de atuação, a incumbência de promover, juntamente com outros setores, a inclusão na educação. Tarefa hercúlea, mas digna desse novo Ministério Público surgido a partir de 1988.

A elaboração do programa levou em consideração a verdade de que a evasão escolar é fenômeno enraizado em causas muito mais fundas do que as referidas às deficiências da escola e, por isso, preconizou a necessidade de o Conselho Tutelar estar capacitado para “[...] perceber (*diagnosticar*) as verdadeiras causas pessoais, familiares ou sociais que estão provocando alguma impossibilidade real ou o desinteresse dos pais, ou do infante, ou de ambos, pela escola”⁴, para o sucesso de suas metas. É imbuído dessa premissa que o programa co-envolve o poder político, dirigentes de escola, conselheiros tutelares e forças comunitárias. No entanto, o programa reserva ao Promotor de Justiça o papel de interveniente central (e centralizador) no controle dos casos de evasão escolar, uma vez que todas ocorrências por não frequência escolar lhe deverão ser encaminhadas. A partir daí, agindo quase como um ente autocrático, o Promotor de Justiça deverá “

[...] notificar de imediato os pais ou responsável para comparecerem em seu gabinete, tentando mais uma vez persuadi-los da importância e obrigação de seu filho(a) retornar à escola, alertando-os, inclusive, de que a negligência poderá ensejar a instauração de procedimento por infração administrativa do art. 249, ECA, com pena de multa; ou ainda de instauração de processo criminal por infração por infração ao art. 246 do Código Penal,

3 ESTADO DE SANTA CATARINA. **Justiça na educação**: 1ª ação, 2003, p. 5.

4 *Ibidem, ibidem.*

pelo crime de abandono intelectual, ou finalmente ainda, a instauração de processo para a suspensão ou perda do pátrio poder, por descumprimento do art. 22, ECA e art. 394/395 do Código Civil [de 1916]⁵.

O programa, como se percebe, apresenta aspectos de destaque, que poderíamos relacionar, sinteticamente, da seguinte forma: a. em primeiro lugar, coloca a instituição do Ministério Público na dianteira dos demais intervenientes das políticas de proteção da infância e juventude nos projetos (de índole constitucional) de inclusão (no sentido amplo do termo, relacionando-se tanto com o acesso, como com a permanência do aluno) na escola, o que condiz com seu atual *status* constitucional e com sua circunstância ético-social; b. integra, mais uma vez seguindo o espírito da Constituição, os atores diretamente relacionados com as políticas de proteção, de maneira a permitir uma fiscalização difusa das anomalias envolvendo a evasão escolar; c. propicia ao Promotor de Justiça mais atento a coleta de dados que servirão para o estabelecimento de novas estratégias (ou políticas) para sua curadoria e, quem sabe, em âmbito mais largo, para o Ministério Público. No entanto, a metódica estabelecida pelo Programa APÓIA conduz a um certo engessamento da atividade ministerial e permite apenas um olhar formal para as soluções do problema referido à evasão escolar. Tentemos melhor explicar.

O fato de o Promotor de Justiça centralizar as providências no sentido de (re)introduzir a criança ou adolescente na escola, já no primeiro contato com os pais (ou guardiões, ou tutores, ou responsáveis), através da tentativa de persuasão destes quanto à importância dos estudos, impede, por um lado, a análise mais aprofundada das verdadeiras causas da evasão. Tenha-se bem claro que nem o Promotor de Justiça é treinado para identificar tais problemas, nem o cidadão, geralmente de condição humilde, tem suficiente abertura para falar com o Promotor de Justiça sobre o que se passa em sua casa (uma série de circunstâncias impede-o de proceder de maneira mais honesta, desde a ritualização da audiência com o Promotor de Justiça até o ambiente em que se encontra). Por consequência, o Promotor de Justiça frustrar-se-á em caso de inapetência para o trato da questão, podendo-se verificar as seguintes situações: a. a permanência do problema de fundo que deu causa à evasão (*v.g.* relacionado com a saúde da criança); b. os pais (ou pessoa de qualquer

5 ESTADO DE SANTA CATARINA. **Justiça na educação**: 1ª ação, 2003, p. 16.

forma responsável) (re)introduzem o jovem na escola por puro temor às ameaças legais (sem, no entanto, se conscientizar da importância da providência); c. os pais (ou qualquer pessoa responsável) simplesmente ludibriam o Promotor de Justiça com uma (falsa) promessa de reinserir a criança ou adolescente na escola. Em qualquer das hipóteses, contudo, o quadro relativo à criança ou adolescente permanece inalterado: certamente o jovem não compreenderá nas palavras do promotor a importância dos estudos para sua formação; não terá bom rendimento na escola e, com uma boa margem de segurança, podemos ainda afirmar que se evadirá mais uma vez.

As medidas judicializadas, por outro lado, estão muito longe de realizarem a Justiça material. Já de início, um procedimento judicial que pretenda obrigar o responsável pela manutenção do jovem na escola terá pouquíssimo sucesso em sua conscientização sobre a necessidade de reinserção do aluno, para além de que seu trâmite será, via de regra, demorado, não surtindo imediatos resultados. Nem é preciso discorrer longamente acerca da incompreensão de uma decisão judicial por parte do cidadão comum. As demais medidas judiciais que possam ser manuseadas pelo Promotor de Justiça, como a representação por infração administrativa, visando à imposição de multa de até 20 salários mínimos (art. 249, ECA), tocam as fronteiras do surrealismo, uma vez que boa parte dos casos de evasão ocorre entre famílias paupérrimas, que se escoram no assistencialismo do bolsa-família; a justiça penal é simbólica, nem impõe medo, nem exerce o papel de reeducação (não somos nós que o dizemos, mas a criminologia moderna⁶); a suspensão ou a destituição do pátrio poder, de efeito *tout court* brutal para os envolvidos, também não chega a investigar a fundo o problema, apenas corta-o pela raiz separando pais dos filhos.

Desse debuxo rabiscado muito rapidamente, poderemos dizer que a centralização dos mecanismos jurídico-legais na pessoa do Promotor de Justiça e a judicialização do tratamento da evasão escolar tenderão a distorcer o *télos* imaginado para o Programa APÓIA, para além de que os riscos da falta de efetividade poderão comprometer não só o programa, mas a própria credibilidade do Ministério Público, que passará a ser visto como agente político de caráter simbólico. Como, então, proceder?

6 Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, *passim*.

4. Antes de mais, é importante sublinhar que o redesenho do Ministério Público pela Constituição de 1988, tornou-o não um *ombudsman*, como de maneira errônea alguns já afirmaram, mas um agente político que, embora integrante do poder político (aquela manifestação exercida pelo Estado para lograr seus fins constitucionais), não está atrelado a ideologias ou situações político-partidárias. De maneira que antes de servir a um governo, o Ministério Público serve ao Estado, à sociedade, aos cidadãos. Sua envergadura ideológica é imensa, porque tanto é responsável pelo respeito à Constituição (por consequência, responsável pelos valores nela expressos, como os referidos à democracia substantiva), como deve zelar pelo bem-estar da sociedade, independentemente de qualquer provocação. É muito mais, portanto, que o *ombudsman*, aquela figura criada pela experiência constitucional nórdica e que serve de elo entre as pretensões da comunidade e o parlamento. Em razão disso, o Promotor de Justiça está bem mais próximo da sociedade do que muitos outros membros do poder político; como órgão não ideologizado, está livre das amarras políticas, sem deixar de ser agente político (aquele intrinsecamente ligado às causas da *pólis*, nelas atuando); por pretender a realização da democracia substantiva, poderá operar por meios diretos (sem interpostas pessoas), independentemente dos instrumentos processuais (judicializados), e guiado, se não por lei expressa, pelos princípios e direitos fundamentais. É justamente devido a estas peculiaridades do Ministério Público da nova onda constitucional, que em Santa Catarina pôde-se instituir um programa ambicioso e condizente com o estofado da instituição, como é o APÓIA. Note-se que a metódica já aí criada tem um importante significado político-jurídico: o de assunção dos papéis gizados pela Constituição para o Ministério Público, que fiscalizará as ações de inclusão na educação, dando corpo ao quadro de diretrizes constitucionais para esta área. No entanto, ao priorizar a judicialização do problema da evasão escolar, o programa resvalou na crença que há entre nós, na nossa cultura jurídica, de creditarmos à Lei e ao Estado (como monopolizador da Justiça) a expressão de eficácia na solução das tensões sociais. Quando, em regra, o Estado está mal aparelhado para a complexidade dos inúmeros problemas da sociedade pós-moderna e nem chega, pelo uso da lei, às particularidades que encontramos nessa tessitura⁷. A nosso ver, o Ministério Público tem arcabouço constitucio-

7 Joaquín Costa já observava, no seu pequeno-grande livro **El problema de la ignorancia del derecho** (Barcelona: Manuel Soler Editores, 1901), que a inflação de leis e

nal legitimador e circunstância ético-social que lhe permitem agir como autêntico agente político, com autonomia em relação ao judiciário (não necessitando judicializar os problemas sociais), inclusive para fundar, apelando para as vertentes sociais e para o poder político, uma política jurídica mais eficiente, rápida e próxima dos anseios da comunidade no que toca à inclusão na educação, sem que esta atuação *translegal* e *desjudiciariada* (no entanto, *parajurídica* e mesmo carregada de *juridicidade*) comprometa o relevo de seu papel, nem muito menos o programa já existente para o efeito.

Essas premissas em torno da natureza e das funções do Ministério Público, firmemente arraigadas em nossa convicção, levaram-nos a alterar a metódica de atuação ministerial planejada no programa original do APÓIA. Em vez, portanto, de centralizarmos as ações (conhecimento imediato dos fatos, chamamento dos pais ou responsáveis para audiência, esforços de persuasão ou, na instância judicializada, demanda através de representação ou ação na esfera penal e civil), preferimos tratar das causas da evasão, já anteriormente detectadas num estudo levado a efeito por assistentes sociais⁸.

uma demasiada expectativa em sua efetividade simplesmente empanam as experiências resolutivas localizadas no seio da sociedade, e promovem apenas uma falsa segurança jurídica. Sua posição é de todo em todo atual e é confirmada pela antropologia jurídica de um Norbert Rouland (*Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003), quem, ao estabelecer uma ponte entre as experiências jurídicas das sociedades tradicionais e algumas manifestações de pluralismo jurídico da sociedade ocidental moderna, deixa-nos entrever uma maior sensação de eficácia, rapidez e satisfação para os cidadãos, quando certas tensões sociais são levadas para âmbitos distintos daquele do meio judiciário, da Justiça estatal. Frise-se que a cultura jurídica desenvolvida no Estado de Israel requer muito de participação cidadã na solução de pequenas lides, que são levadas, em geral, para os conselhos de bairro, onde ocorrem tentativas de conciliação e de composição amigável, reservando a atuação do tribunal para a última instância. Em muitos estados norte-americanos e no Canadá, problemas de família são antes tratados por conciliadores, o que implica um menor desgaste (menos traumas e estigmas) para as partes envolvidas.

- 8 Na região em que havíamos atuado, o fenômeno da evasão escolar estava relacionado, principalmente, a três grandes ordens de fatores, em verdade, interligados: 1. problemas sócio-econômicos (falta de oportunidades no mercado de trabalho; baixos salários; economia arrimada no setor primário – especialmente na agricultura); 2. a existência de uma população flutuante, em geral formada por migrantes do estado vizinho; 3. aspectos sócio-culturais (casamentos e gravidez precoces – com índices alarmantes, *patrimonialismo* associado ao sistema patriarcal – fixando os jovens no meio rural para

É claro que isso que se constituiu na principal estratégia de atuação na política de inclusão, que adotamos na curadoria da Infância e Juventude da Promotoria de Araranguá, requer a intervenção de outros profissionais não previstos pelo modelo do programa original, nomeadamente assistente social, pedagogo e psicólogo. E que, via de regra, nem estão à disposição do Ministério Público nas comarcas do interior, nem muito menos dos Conselhos Tutelares. Em razão disso, realizamos alguns contatos com prefeitos municipais, secretários de educação e diretor da Gerência regional de ensino, para, elaborando um termo de cooperação, para o qual, em outro momento, aderiram a CDL da cidade de Araranguá e uma associação de empresários da região do Vale do Araranguá, estruturarmos uma equipe multidisciplinar, integrada por uma assistente social, uma pedagoga e um psicólogo, dotada de espaço próprio e material de informática (fornecidos pelas entidades não-estatais). Em linhas gerais, os objetivos traçados para a equipe compreendem o atendimento psico-social-pedagógico a crianças e adolescentes que passem por problemas com aprendizado ou de evasão; controle de assiduidade e de aproveitamento escolar; facilitação de meios de transporte; solicitação de auxílio econômico/material para famílias carentes, quando o estudo social entender cabível (como o de doação de cestas básicas). Ademais, a atuação da equipe, como já sugerem os objetivos por ela traçados em projeto próprio, não é pontual, mas prolongada através de acompanhamento da evolução de cada caso. Por outras palavras, a estratégia de inclusão na educação que implantamos na Comarca de Araranguá não se satisfaz com o retorno do aluno evadido à escola: pretende sua manutenção na sala de aula e seu aproveitamento. Por isso, o êxito obtido, que pode ser melhor percebido no seguinte quadro:

o trabalho e preservação das propriedades da família). Fora isso, foram observados problemas na estrutura familiar das crianças e adolescentes evadidos da escola, subjacentes às três grandes ordens problemáticas. É claro que quanto mais pesquisadores estiverem empenhados na detecção das causas de evasão, mais nítido restará o panorama do fenômeno. Daí a importância de atrair a participação acadêmica (universitária), através de pesquisadores da sociologia, da pedagogia e da antropologia.

Ano	Casos de evasão	Resgatados - %	Aprovados - %
2001	152	105 (69%)	84 (55%)
2002	105	88 (83%)	35 (32%)
2003	115	81 (70%)	24 (20%)
2004	126	84 (66%)	39 (30%)
2005	137	88 (64%)	48 (35%)
2006	148	135 (91%)	59 (39%)

5. A missão a que o Ministério Público catarinense se determinou levar a efeito, é missão de fé, exigindo não apenas a execução formal de um programa político-jurídico de inclusão ou a fiscalização do cumprimento das normas fundamentais e estatutárias. Ela requer uma profunda convicção de cada promotor de justiça sobre a importância da instituição, sobre sua natureza e, inegavelmente, a consciência da atual condição do Ministério Público no plano ético-social, cada vez mais favorável à atuação político-jurídica.

A nova consciência que pouco a pouco o Ministério Público adquire de sua importância não somente como fiscal da lei, mas, principalmente, como força motriz de realização da democracia substantiva (portanto, um interveniente do processo democrático, em vez de espectador), contrapõe-se, inapelavelmente, à figura de *iurisperitus*, aquele que segue os trilhos do direito positivo e que, quando muito, se atreve a realizar a interpretação puramente gramatical das normas legais. Isto é pouco e certamente não condiz com a dignidade das funções institucionais reconhecidas ao Ministério Público pela Constituição.

No âmbito da inclusão na educação, o Promotor de Justiça poderá criar mecanismos de política jurídica mais efetivos, que convirjam para os desideratos normativo-axiológicos inscritos em diversas passagens da Constituição, sem que, contudo, esses novos experimentos (como o que mencionamos, que serve mais como exemplo do que propriamente um modelo a seguir. Muito, sem dúvida, pode ser melhorado, inovado, inclusive com a participação do mundo acadêmico) ponham em risco os marcos jurídico-legais. Vale tentar.

A NOVA LEI DE TÓXICOS E A PROIBIÇÃO DEFICIENTE DO ART. 33, PARÁGRAFO 4º: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUALITATIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Wilson Paulo Mendonça Neto

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestrando em Direito Público pela UNESA – Rio de Janeiro*

Situação que não tem merecido a devida atenção dos operadores do direito diz respeito ao benefício instituído pelo art. 33, parágrafo 4º, da nova Lei de Tóxicos – Lei n. 11.343/06 – tráfico privilegiado¹ (causa de diminuição de pena nos crimes de tráfico de entorpecente - *Os crimes previstos no caput e § 1º poderão ter as penas reduzidas de um sexto a dois terços, no caso do agente primário, de bons antecedentes e que não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa*²).

Ora, em que pese o texto utilizar a expressão “poderão”, indicando certa faculdade judicial no proceder a redução da reprimenda, é fato concreto que se trata de dever judicial, entendido de forma pacífica como direito público subjetivo do acusado, o qual não pode ser recusado pela autoridade judiciária, desde que, é claro, sejam favoráveis as circunstâncias judiciais mencionadas na nova norma³.

Assim sendo, diante da nova lei, não obstante a pena mínima

1 Expressão utilizada na obra *Nova lei de tóxicos comentada. 11343, de 23/8/06, ed. RT, 2006, p.172*. Gomes, Flávio *et al.*

2 Sabe-se que é bastante discutida a questão do conceito de *organização criminosa* no Brasil devido à falta de definição sobre seu conceito.

3 Segundo leciona Paulo Rangel, “*por um princípio comezinho de hermenêutica, as regras que concedem direitos não comportam interpretação restritiva*” (Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2006, p.4.)

para o tráfico ter sido elevada, de três para cinco anos, é certo que, com essa redução (na maioria das vezes obrigatória), o agente delitual terá direito à redução máxima, fazendo com que a pena final fique em um ano e oito meses de reclusão.

Indaga-se, assim, se com tal proceder o legislador não criou situação em que se possa falar da *proibição deficiente*, em que a doutrina vem apontando para o garantismo positivo, oposto, pois, ao conhecido e amplamente divulgado garantismo negativo – reconhecido nos excessos do Estado contra o cidadão. Aliás, nos casos de excesso é larga a utilização da aplicação do princípio da proporcionalidade, vista como proibição de excesso⁴.

Por oportuno, cita-se Gilberto Callado de Oliveira, dando sua visão crítica sobre o garantismo:

Em verdade, o garantismo penal procura enfatizar os princípios favoráveis ao réu; muito pouco os protetores da sociedade ou das vítimas. Veja-se o artigo 5º da Carta Federal, recheado de franquias em prol dos acusados e sentenciados. E para as vítimas, poucos direitos processuais, como a alternativa de ação penal subsidiária (inciso LIX) e a faculdade de restringir a publicidade do processo (inciso LX). Aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX), sendo proibido submeter-lhes a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); às vítimas ou aos seus familiares, o triste efeito da impunidade do crime de que padeceram.

O garantismo penal é fonte de inspiração desse modelo contraditório e injusto, em que os criminosos são as verdadeiras vítimas, e estas, os verdadeiros opressores. Ele foi beber, por sua

4 Veja-se, por exemplo, a aplicação da proporcionalidade ao se fixar a pena para o delito do art. 273 do Código Penal (pena de reclusão de 10 a 15 anos) tendo por base o delito de tráfico de entorpecentes (com reprimenda de 3 a 15 anos - antes da modificação aqui discutida). Neste norte, foi decidido na Revisão Criminal n. 2006.030925-0, de Timbó, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins; também a Apelação Criminal n. 05.040723-0, de Chapecó, Rel. Des. Irineu João da Silva.

vez, nas águas turvas do iluminismo penal, cujas idéias, em sua época histórica, já continham graves e insolúveis contradições.⁵

Com efeito, a Constituição Federal coloca o tráfico ilícito de entorpecentes nas mesmas disposições do crime hediondo, negando-lhe diversos benefícios e impõe, ao que tudo indica, uma situação a exigir da legislação ordinária um tratamento mais severo com os traficantes (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal), ainda que de pequeno “*porte*”, justamente pela danosidade social advinda desta espécie de infração penal, salvo situações muito excepcionais. Tanto assim que faculta ao juiz fixar a reprimenda entre os limites de 5 a 15 anos de reclusão.

Ora, como é sabido, significativa parcela dos casos práticos evidencia que as reprimendas são fixadas no mínimo, ou próximo dele. Com tal proceder, presentes os requisitos do art. 33, parágrafo 4º citado, ao se condenar um traficante à pena de um ano e oito meses (com a redução máxima de 2/3⁶), *venia concessa*, estar-se-á diante de uma realidade repugnada pela Sociedade, necessitando, pois, de uma interpretação que receba a norma infraconstitucional com os olhos voltados na lei maior.

Afinal, o choque é gritante, pois basta observar que a pena mínima para o crime de furto qualificado é de 2 anos de reclusão. Neste mesmo patamar é a reprimenda inicial dos delitos de peculato e concussão⁷. Veja-se, nenhum deles com preocupação do Poder Constituinte, com *status* na Constituição Federal.

Assim sendo, consoante ensina o Procurador de Justiça Lenio Streck, “*o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Cons-*

5 Callado, Gilberto de Oliveira. Procurador de Justiça, Doutor em Filosofia do Direito com Pós-Doutorado em Política Jurídica, in “**Garantismo e Sonegação**”, extraído do site do Ministério Público Estado de Santa Catarina – www.mp.sc.gov.br, em 29 de setembro de 2006.

6 Imagine-se o caso bastante comum, por exemplo, de um jovem, de 18 anos, ser abordado em uma blitz, dentro de um ônibus, com uma mala contendo 5 kilos de maconha. Não restando feita qualquer ligação sua com atividades criminosas, nem organização criminosa, sendo ele primário, dificilmente conseguiria escapar da redução dada pelo legislador.

7 Afigura-se incompatível com a Constituição estabelecer tratamento dessa maneira a delito que atinja bem jurídico protegido pela própria lei maior, preferindo-se continuar a atingir fortemente a criminalidade convencional.

tituição, conferindo-lhe a totalidade eficazial".⁸

Mais a frente, continua o festejado Professor:

(...) se, de um lado, o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso – *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*), nos exatos termos em que fez o Tribunal Constitucional da Alemanha no acórdão BverfGE 88, 203.⁹

De outra parte, necessário ter-se em mente que o princípio da proporcionalidade possui uma face ainda pouco utilizada, qual seja, a proteção da proibição insuficiente (proteção insuficiente de bens jurídicos). Sua utilização, por certo, vem ao encontro de evitar-se prejuízo à concretização do direito fundamental à segurança pública¹⁰, especialmente quando se trata da luta travada contra o comércio de drogas ilícitas.

Interessante, ainda, as colocações de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho sobre a ponderação de bens e o processo penal, nestes termos:

[...] Ainda que se adira à tese do garantismo, e de um processo penal verdadeiramente democrático, não se pode deixar de reconhecer não só a possibilidade, mas a conveniência na utilização da teoria

8 Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2006, p. 230.

9 Streck, Lenio Luiz. Op. Cit. p.113.

10 A Constituição Federal reza no art. 5º que “**Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)**” (grifo nosso).

da ponderação de bens, em certa medida possível, para resolver os conflitos entre princípios processuais penais de natureza constitucional.

Na verdade, o Direito Processual Penal é a própria essência da colisão de princípios constitucionais (veja-se, por exemplo, o princípio da liberdade, de um lado, consagrado no art. 5º da Constituição, e o princípio da segurança pública, assegurado pelo mesmo dispositivo). Ele é o palco iluminado onde os mais caros princípios constitucionais se digladiam.¹¹

Aliás, segundo Alexandre Mores, afirma-se que

os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.¹²

Curial dizer que a tese da dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais já foi objeto de interessante estudo do Procurador da República Luciano Feldens¹³, o qual dispõe em relação a este tema que:

A doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção de proibição do excesso (*Übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas como *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres da proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade

11 Grandinetti, op. cit. p. 15.

12 Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed., editora Atlas, São Paulo, 2002, pág. 61.

13 Feldens, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 108.

conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição do excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*Untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental.

Ainda na mesma linha, segue o doutrinador:

A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental (pensemos, *v.g.*, na hipótese da despenalização do homicídio). Relaciona-se diretamente, pois, à função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta teórica extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, justamente no ponto em que medidas dessa ordem promovam uma indevida retirada da proteção (normativa) que se faz inequivocadamente necessária ao adequado desenvolvimento e desfrute do direito fundamental.¹⁴

Sobre a aplicação e reconhecimento do princípio da “*proibição deficiente*” dos direitos fundamentais, existe pioneiro caso de voto no Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, o qual, *mutatis mutandis*, diz o seguinte:

(...) ao se aceitar a extinção da punibilidade em face do *favor legis* previsto na norma penal, “estaria-se a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela

14 Feldens, Luciano. Op. Cit. p. 109.

sociedade, caracterizando-se típica hipótese de *proteção deficiente* por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. **Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade.** A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lenio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. **Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador’** (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção

deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p. 180). No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: 'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados'. (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, junho/2005, p. 107). **Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.**¹⁵

Diante da situação apresentada ao intérprete, pois, no caso concreto, não se tratando de tráfico efetivamente privilegiado – hipóteses excepcionais, tem-se que é caso da aplicação da “*anulação parcial qualitativa*” (quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa situação,

15 Streck, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 231 e 232, nota de rodapé n. 34, grifo nosso.

por tal aplicação ser inconstitucional).¹⁶

Aplicar-se-á, destarte, a técnica da nulidade parcial sem redução de texto¹⁷, partindo-se, dessa maneira, da noção de jurisdição constitucional, ainda bastante incipiente em nossos julgados, mas que precisa passar a ser aplicada com o escopo de combater injustiças contra a Sociedade.¹⁸

Sobre essa espécie de aplicação, para melhor elucidação da fundamentação lançada, transcreve-se trecho do voto da Apelação Criminal n. 70007387608, em que foi Relator o Des. Aramisis Nassif, na 5ª Câmara Criminal, Tribunal Gaúcho, acatando como razões de decidir o parecer da lavra do Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck:

(...)

Muito embora, a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade parcial sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que, enquanto nesta se tem dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.¹⁹

16 Streck, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 228.

17 Essa técnica foi aplicada na Apelação Criminal n. 70007387608, Rel. Des. Aramisis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

18 Segundo Vânia Hack de Almeida, “o vício da inconstitucionalidade dos atos normativos será declarado, em regra, com o reconhecimento da invalidade do ato inconstitucionalidade, invalidade que poderá levar a afastar a aplicação da norma no caso concreto (controle incidental) ou invalidade que poderá levar a própria exclusão do ato legislativo do ordenamento jurídico (controle concentrado). Os atos normativos presumem-se constitucionais. No entanto, se presente a incompatibilidade em face da Constituição, esta deve ser declarada, com o conseqüente reconhecimento da nulidade do ato inconstitucional” (Almeida, Vânia Hack de. *Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 14).

19 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 275.

Do corpo do acórdão, ainda acolhendo o voto do ilustre Procurador, destaca-se o seguinte trecho:

(...)

A técnica da nulidade parcial sem redução de texto é aplicada quando queremos expungir dos sentidos (uma das incidências) de uma (ou de parte da norma). Enquanto na interpretação conforme a constituição há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto há uma abdução de sentido. Trata-se de uma decisão de acolhimento parcial qualitativa (e não quantitativa, porque o texto permanece na íntegra) da norma. Diz-se, assim, que determinado dispositivo é inconstitucional se aplicado a hipótese “x”.

Encaixa-se, destarte, como uma luva ao caso em análise, pois somente pode ser considerada como resposta correta, no Estado Democrático de Direito, a que, de forma necessária, seja adequada e de acordo com a Constituição Federal, atendendo aos anseios da Sociedade e garantindo, em última análise, o direito fundamental à segurança pública.

A aplicação da pena de um ano e oito meses ao traficante, salvo situações muito excepcionais que a prática aponta, ainda mais em vista das novas figuras penais criadas pela lei n. 11343/06 (arts. 28, 33, parágrafos 2º e 3º), por certo, faz pouco caso da proteção que a Carta Magna desejou dar a coletividade ao prever e colocar o tráfico entorpecente na equiparação aos delitos hediondos, ainda mais em época em que, mais do que nunca, se busca resposta enérgica dos aplicadores da lei para a onda de criminalidade que assola o país²⁰.

Em síntese, reconhecer ao condenado por tráfico, sabedor das mazelas daí decorrentes²¹, bem como diante do tratamento dispensado

20 O Jornal “Diário Catarinense” de 1ª de outubro de 2006, noticia que “**Crack é apontado como a raiz da violência em Santa Catarina**”, p.46.

21 Segundo notícia a Revista Veja de 10 de janeiro de 2007, “*A cocaína é o negócio mais lucrativo do mundo do crime. Um quilo de droga, avaliado em 5000 dólares em São Paulo, rende 15000 dólares quando é vendido no varejo. Nenhum investimento financeiro*

pela Constituição Federal, a reprimenda de um ano e oito meses, ainda que no regime fechado, não parece ser a medida adequada ao princípio da proporcionalidade no viés da proibição de proteção insuficiente. Afinal, bem claro se afigura a incongruência do parágrafo analisado com a matriz dada pela Constituição ao tráfico de entorpecentes.

Isso porque, no plano jurisdicional, a adoção da proibição deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de normas que introduzam, em um determinado ordenamento ‘posto’ uma situação de desproporcionalidade extrema entre os bens jurídicos suscetíveis de proteção, promovendo, em relação àqueles sabidamente mais valiosos, uma hipótese de evidente infraproteção, a ponta de semear um ambiente de notória desproporcionalidade, irrazoabilidade ou mesmo irracionalidade.²²

Assim sendo, em aceitando-se a tese aqui proposta, mister a aplicação da inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, nas hipóteses em que sua incidência apresentar-se desproporcional ao bem jurídico maior protegido pela Constituição Federal, guardando-se, assim, sua aplicabilidade a casos de menor repercussão social, não sendo, de maneira alguma, a regra geral²³.

De mais a mais, é certo que as leis presumem-se constitucionais, não obstante, afigurando-se a sua incompatibilidade com a Constituição, como no caso vertente, necessária a declaração de nulidade do ato inconstitucional, mesmo porque tal inconstitucionalidade pode ser declarada por qualquer juiz, de ofício ou por provocação das partes²⁴, passando a ganhar destaque de prejudicial ao julgamento da lide pe-

tem taxa de retorno semelhante”, p. 63.

22 Feldes, Luciano. Op. Cit. p. 110.

23 Lembre-se que por tratar-se de norma penal mais benéfica, sua aplicação deve ser dada a todos as pessoas já condenadas, assim como aos processos em curso pela lei anterior.

24 Importante aqui a atuação do membro do Ministério Público, em ambos os graus de atuação, já que promovedor da ação penal pública e responsável pela defesa do estado democrático de direito (art. 127, e art. 129, I, ambos da Constituição Federal), clamando, assim, pela inconstitucionalidade dessa norma nos casos em que atua, inclusive prequestionando a matéria com o objetivo de levá-la aos tribunais superiores, se for o caso.

nal.²⁵

Afinal, é pacífico e comumente utilizado o princípio da proporcionalidade contra os abusos do Estado – proibição dos excessos (pregando o garantismo negativo), sendo pouco conhecida sua outra face, exatamente no viés aqui empregado, ou seja, a proporcionalidade na proibição da proteção deficiente (garantismo positivo).

Visível, pelo exposto, a importância de uma atuação do intérprete voltada por uma filtragem constitucional²⁶ partindo-se para uma real quebra de paradigmas, adotando-se uma postura, ainda mais ativa, no âmbito criminal, sinalizando-se no interesse público a prevalência do bem comum²⁷, clamando-se, assim, pelo reconhecimento, no caso concreto, da inconstitucionalidade da norma na maneira acima esboçada,

25 O controle difuso permite que em qualquer espécie de demanda se possa argüir a inconstitucionalidade, incidentalmente, de uma lei ou ato normativo, sendo lícito a qualquer juiz ou Tribunal dela conhecer e afastar, no caso concreto, a incidência da norma reconhecida inconstitucional. É aquele que se verifica em uma ação em curso, em que qualquer juiz ou tribunal (nos tribunais respeitado o princípio da reserva de plenário) pode declarar a inconstitucionalidade, até mesmo de ofício, de qualquer ato normativo. A questão da inconstitucionalidade da norma mostra-se no caso concreto como uma questão prejudicial, obrigando o juiz à dela conhecer de maneira prévia. Ressalte-se, portanto, que no controle difuso a inconstitucionalidade não é o pedido principal, mas constitui-se em questão prejudicial e, como tal, o juiz tem de decidir antes de conhecer do mérito da demanda. Esta questão incidental pode ser alegada pelas partes ou conhecida, de ofício, pelo julgador. (Almeida, Vânia Hack de. Op. Cit. p. 17).

26 (...) **A filtragem constitucional é a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas** (Paulo Ricardo Schier, *Filtragem Constitucional – Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 104), *apud* Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 422.

27 Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, na obra *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*, ed. Lumens, 2006, p. 218, leciona que “*enquanto a noção de ordem pública contempla também o regular gozo de direitos individuais, ao lado do normal funcionamento dos poderes constituídos, o conceito de interesse público propende para fazer prevalecer, em certas circunstâncias, o interesse geral sobre o interesse individual. A ordem pública contempla a proteção tanto do público, como do privado, de modo o mais equilibrado possível, mas a noção de interesse público concentra uma idéia geral que consiste na inafastável necessidade de preservação de um núcleo mínimo de prevalência dos interesses gerais sobre os interesses individuais*”.

quando se apresentar desproporcional e insuficiente na proteção da Sociedade (segurança pública).

CRIMINAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Cláudio Da Silva Leiria

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

Introdução - 1 Motivação histórica e evolução legislativa da vedação à prisão no período eleitoral - 2 Hipóteses de cabimento da prisão nos prazos do art. 236 do Código Eleitoral - 3 Releituras do art. 236 do Código Eleitoral - 3.1 Revogação e inconstitucionalidade - 3.2 Vedação à prisão somente para crimes eleitorais - 3.3 Cabimento de prisão provisória por ordem judicial - 3.4 O significado do verbo 'prender' do *caput* do art. 236 do Código Eleitoral - 4 Visão crítica dos posicionamentos externos nos itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 - 5 Colisão de direitos fundamentais - 5.1 Do direito fundamental à segurança - 5.2 Crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida - 6 As sentenças aditivas - 6.1 Rebatendo as críticas às decisões ou sentenças aditivas. Conclusões articuladas. Referências.

INTRODUÇÃO

As disposições do artigo 236 da Lei n. 4.767/65 (Código Eleitoral), ao proibirem a prisão de eleitor nos cinco dias que antecedem às eleições

até 48 horas depois do seu encerramento (salvo em casos de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto), sempre causaram alguma perplexidade entre os juristas e o homem do povo.

Em tempo de eleições, sempre que um delito grave é cometido e o criminoso não pode ser preso por sua situação não se enquadrar nas exceções legais retro-referenciadas, ergue-se um clamor de protesto contra a injustiça do texto legal.

Em 2005, por exemplo, na época do referendo sobre o comércio das armas de fogo também foi vedada a prisão de eleitores nos mesmos moldes do artigo 236 do Código Eleitoral. Escudando-se na benesse legal, amparado por um salvo-conduto, o advogado Peter Amaro de Sousa, um dos acusados de matar o Major da Polícia Militar Pedro Plochanski em janeiro de 2005, apresentou-se na 1ª Vara Criminal de Curitiba. O advogado, que então estava com a prisão preventiva decretada desde cinco meses antes, prestou depoimento e depois foi tranqüilamente para casa.

Fatos como esse causam na população um sentimento de desalento com o sistema de justiça. Outros exemplos: se um acusado de homicídio está foragido - desde que não tenha contra si sentença condenatória - poderá placidamente aparecer para votar no dia da eleição. E a polícia, mesmo inteirada da presença do criminoso na cidade, não poderá prendê-lo face à vedação eleitoral de prisão no período. **Claro, no entanto, que essa situação não impede que a polícia fique no encalço do acusado e faça sua prisão após as 48 horas subseqüentes ao encerramento da votação.**

Os juízes em geral (incluindo-se aí especialmente os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral) aplicam literalmente as disposições do artigo 236 do Código Eleitoral (CE), não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade nessa norma, nem vendo qualquer necessidade de compatibilizá-la com outros direitos protegidos constitucionalmente.

No presente trabalho, ainda que de forma sucinta, mostram-se outras interpretações do artigo 236 do CE, que vão da afirmação de sua revogação, inconstitucionalidade, até à proibição de prisões cautelares somente para os crimes previstos no Código Eleitoral.

Sem comungar com esses entendimentos, tem-se a pretensão de

demonstrar que vedações à prisão de eleitores e candidatos nos prazos do artigo 236 do CE podem coexistir com o direito à segurança, desde que, por meio do uso da técnica de sentenças aditivas, possa ser feita uma releitura constitucional das hipóteses de prisão do eleitor, com sua ampliação para abranger os crimes hediondos, roubo e crimes dolosos contra a vida.

Neste texto, para fins exclusivamente didáticos, a época em que a prisão de eleitor é vedada pelo Código Eleitoral será designada como 'período eleitoral'.

1 MOTIVAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA VEDAÇÃO À PRISÃO NO PERÍODO ELEITORAL

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando foi editado um Código Eleitoral. Em 1934 a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição.

A criação da Justiça Eleitoral fora reivindicada pelo Movimento Tenentista e outros segmentos da sociedade, especialmente a incipiente classe média urbana.

O Código Eleitoral de 1932, ao conceder o direito de voto às mulheres, reduzir para 18 anos a idade mínima para o indivíduo alistar-se como eleitor e instituir o voto secreto, priorizou os ideais de representatividade e da busca da 'verdade real' nas eleições, até então marcadas pela prática constante de fraudes. Foi um autêntico rompimento com os desmandos do coronelismo e da prática do voto de cabresto.

Nesse quadro, ganhou muito o país com a instituição da Justiça Eleitoral, pois a um Poder independente caberia fazer o alistamento, a apuração de votos e o reconhecimento e diplomação dos eleitos.

Na República Velha (1889-1930), as fraudes nas eleições eram costumeiras, como se pode aferir do seguinte texto:

Embora a idéia de democracia e de repartição do poder já estivesse positivada, não tardou a ocorrência de eleições maculadas pelas fraudes. **Para tanto, dois mecanismos eram constantemente**

utilizados, qual seja, o “bico de pena” e a “degola” ou depuração. A falsificação dos resultados pelo método “bico de pena” era praticada pelas mesas eleitorais, que prosseguiram com o ofício de junta apuradora, inscrevendo como eleitores pessoas fictícias, mortas e ausentes. Numa etapa posterior, realizada pela Comissão de Verificação de Poderes do Senado e da Câmara, “degolavam-se”, ou seja, cassavam-se os diplomas de eleitos “que fossem considerados inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo”.

Desta forma, observando-se a frequência destes dispositivos, ficaram convencionadas três ocasiões de fraudes: “na eleição, na apuração e no reconhecimento”. Tais episódios não se restringiram somente à esfera do grupo situacionista, muito embora para ele estivessem disponíveis o aparato policial e o erário público. A oposição, também, se predominasse em algum reduto eleitoral, procuraria, por meio dos mesmos procedimentos levianos, influenciar a composição das mesas eleitorais e a apuração dos votos. **Sobre esse caos político, adscrive Assis Brasil: “Ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar ...Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto ...Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido...¹.**

Por sua vez, os ‘coronéis’ exerciam a sua influência por intermédio do voto de cabresto, determinando aos eleitores do interior os candidatos em que deveriam votar. Para esse eleitorado, pobre e de poucas

1 O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA: ELEIÇÕES DE 1994-96, autores JÂNIO PEREIRA DA CUNHA E JOSÉ VALENTE NETO Disponível em http://72.14.209.104/search?q=cache:vtbhfHjAaXII:www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol09/11PapelJusticaEleitoral.htm+justi%C3%A7a+eleitoral+32+degola&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=24&lr=lang_pt, acesso em 05.01.2007.

luzes, os votos valiam ‘recompensas’ do patrão, enquanto a desobediência poderia resultar em punições violentas. Não votando em quem o coronel mandasse, sujeitava-se o ‘eleitor’ a perder seu emprego e a não obter outro na região².

O ‘coronel’ também tinha a seu serviço a polícia (cujo chefe geralmente nomeava) e os ‘cabras’, que davam ‘proteção’ contra os adversários políticos e intimidavam eleitores.

Assim, como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto secreto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto n. 21.076/32, de 24/02/1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação, nos seguintes termos:

Art. 98. Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém pode impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio.

§ 2º Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito.

§ 3º Desde 24 horas antes até 24 horas depois da eleição, não se permitirão comícios, manifestações ou reuniões públicas, de caráter político.

§ 4º Nenhuma autoridade estranha à Mesa Receptora pode intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento.

§ 5º Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

2 Até a Revolução de 30, o eleitor recebia o envelope lacrado e com a cédula já previamente marcada. Só ele não sabia em quem havia “votado”.

§ 6º É proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública dentro do edifício em que funcione a Mesa Receptora ou nas suas imediações.

§ 7º Será feriado nacional o dia da eleição.

§ 8º O Tribunal Superior e os Tribunais Regionais darão habeas-corpus para fazer cessar qualquer coação ou violência atual ou iminente.

§ 9º Nos casos urgentes, o habeas-corpus poderá ser requerido ao juiz eleitoral, que o decidirá sem demora, com recurso necessário para o Tribunal Regional.

O Código Eleitoral de 1932 vedava a prisão de eleitor nos cinco dias antecedentes ao início da eleição até 24 horas após o seu encerramento, **salvo na única hipótese de flagrante delito.**

Os membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e os Delegados de partido só poderiam ser presos no 'período eleitoral' em flagrante delito por crime inafiançável.

Como a força pública, a mando dos coronéis, era freqüentemente utilizada para intimidar o eleitor, a lei proibiu sua presença dentro do edifício em que funcionava a mesa receptora ou nas suas proximidades.

No parágrafo 3º, havia a previsão de proibição de comícios e outras manifestações públicas desde 24 horas antes até 24 horas depois do encerramento da eleição, medida salutar para evitar confrontos de partidários de agremiações opostas, face ao natural acirramento dos ânimos nesse período.

Esse Código Eleitoral não previa para o candidato proibição de prisão diversa da do eleitor comum.

A Lei n. 48, de 04/05/1935, que modificou o Código Eleitoral, assim dispunha sobre as garantias eleitorais (redação original):

Art. 165. Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar a exer-

cicio do suffragio;

2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delicto ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável ;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permittirá propaganda politica, mediante radio-difusão, ou em comicios, ou reuniões publicas ;

4) nenhuma autoridade estranha á, mesa receptora poderá intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento;

5) os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscaes de candidatos e os delegados de partidos serão inviolaveis durante o exercicio de suas funcções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delicto;

6) é prohibida, durante o acto eleitoral, a presença de força publica no edificio em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas immediações, observado o disposto no art. 128, § 5º;

7) será feriado nacional, estadual ou municipal o dia de eleição;

8) o Tribunal Superior e os tribunaes regionaes darão Habeas-corporis e mandado de segurança para fazer cessar qualquer coacção ou violencia, actual ou imminente, ao exercicio do direito de voto de propaganda politica;

9) em casos urgentes o habeas-corporis e o mandado de segurança poderão ser requeridos ao juiz eleitoral, que o decidirá sem demora, com recurso necessario para o Tribunal Regional;

10) é vedado, aos jornais oficiais da União, Estados, Distrito Federal, Território e Municípios, a propaganda política em favor de candidato ou partido contra outros.

Algumas alterações sensíveis foram introduzidas. Além da prisão em flagrante, tornou-se possível a prisão do eleitor no período eleitoral em razão de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis. O legislador, sabiamente, já percebendo a insuficiência protetiva, viu-se na obrigação de incluir entre as exceções legais a possibilidade de prisão em razão de sentença condenatória por crime inafiançável.

Houve retração da garantia dos membros das mesas receptoras, fiscais de candidatos e Delegados de partido contra prisões no período eleitoral, passando-se a admitir prisão em flagrante até nos crimes afiançáveis.

A situação do candidato ficou inalterada em relação ao Código Eleitoral de 1932 no que tange à possibilidade de prisão no período eleitoral.

Também ampliou-se o prazo de proibição de comícios e reuniões políticas de caráter público (desde 48 até 24 horas depois do encerramento da votação).

No período do Estado Novo (1937-1945), foram nomeados interventores para o Poder Executivo Estadual e Municipal e as Casas Legislativas foram dissolvidas, não havendo eleições no país. Foi extinta a Justiça Eleitoral.

Posteriormente, o Decreto-Lei n. 7.586, de 28-05-1945 (que restabeleceu a Justiça Eleitoral), assim referia-se às garantias eleitorais:

Art. 108. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio;

2) **nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer**

eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política, mediante radiodifusão, em comícios, ou reuniões públicas;

4) nenhuma autoridade estranha à mesa receptora poderá intervir, sob pretexto algum, em seu funcionamento;

5) os membros das mesas receptoras, os fiscais de candidatos ou os delegados de partidos são invioláveis, durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

6) é proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas suas imediações, observado o disposto no art. 76, parágrafo único;

7) não se aplica a Lei Constitucional n. 2, de 16 de maio de 1938, aos Juízes e funcionários a que incumbir o serviço eleitoral, em qualquer de suas modalidades.

A única alteração de relevo em relação à legislação anterior foi o aumento do prazo de vedação de prisão após o encerramento da eleição - de 24 horas para 48 horas.

Após, por meio da Lei n. 1.164, de 24-07-1950 (Código Eleitoral), as garantias eleitorais foram assim vazadas:

Art. 129. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos seguintes:

1) ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício de sufrágio;

- 2) nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;
- 3) desde quarenta e oito horas antes, até vinte e quatro horas depois da eleição, não se permitirá propaganda política mediante radio-difusão, comícios ou reuniões públicas;
- 4) os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição;
- 5) é proibida, durante o ato eleitoral, a presença de força pública, no edifício em que funcionar a mesa receptora, ou nas mediações, observado o disposto no art. 83, parágrafo único;
- 6) a realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, que deva ter lugar em recinto aberto, fica apenas subordinada a comunicação por ofício ou telegrama à autoridade competente, que sómente poderá designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a fruste ou impossibilite;
- 7) é vedado aos jornais oficiais, estações de rádio e tipografias de propriedade da União, dos Estados, Distrito e Territórios federais, municípios, autarquias e sociedades de economia mista, a propaganda política favorável ou contrária a qualquer cidadão ou partido;
- 8) as estações de rádio, mencionadas no inciso, precedente, nos quinze dias anteriores a uma eleição, proporcionarão meia hora diária de irradiação aos

órgãos da Justiça Eleitoral, para a divulgação de esclarecimentos referentes ao processo eleitoral.

Art. 130. As estações de rádio, com exceção das referidas no artigo anterior e das de potência inferior a dez kilowatts, nos noventa dias anteriores às eleições gerais de todo o país ou de cada circunscrição eleitoral, reservarão diariamente duas horas à propaganda partidária, sendo uma delas pelo menos à noite, destinando-as, sob rigoroso critério de rotatividade, aos diferentes partidos, mediante tabela de preços iguais para todos.

Art. 131. A propaganda eleitoral, qualquer que seja a sua forma, só poderá ser feita em língua nacional.

§ 1º Os infratores dêste artigo ficam sujeitos à pena de três a seis meses de prisão, além da apreensão e perda do material de propaganda, qualquer que seja o meio de divulgação.

§ 2º O processo para apuração do fato a que se refere êste artigo é o das contravenções penais.

§ 3º Sem prejuízo do processo e da pena constante dêste artigo, o juiz eleitoral, o preparador e as autoridades policiais e municipais impossibilitarão imediatamente a propaganda.

A novidade introduzida foi em relação aos candidatos: a restrição à prisão foi ampliada para desde 15 dias antes do início da eleição, período em que 'a eleição se decide', ou seja, época em que as intenções de voto vão firmando-se na mente do eleitor.

Posteriormente, sobreveio a edição da Lei n. 4.767/65 (atual Código Eleitoral), que no tocante à possibilidade de prisão no período eleitoral acrescentou a hipótese de desrespeito a salvo-conduto:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença

criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º. Os membros das Mesas Receptoras e os Fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

A proibição às prisões no período eleitoral – tirante as exceções legais – tem como uma de suas principais finalidades coibir abusos e evitar ‘armações’ que causem repercussões de tal monta que possam influenciar o eleitor ou colocar em dúvida, por interesse de partidos políticos, os resultados de uma eleição.

Ninguém duvida que uma segregação cautelar indevidamente decretada (seja de eleitor ou candidato a cargo eletivo) possa ser decisiva no resultado de uma eleição, independentemente dos cargos em disputa.

2 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO NOS PRAZOS DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Apresentar-se-á um pequeno apanhado de situações em que, na interpretação convencional do art. 236 do Código Eleitoral, é cabível a prisão provisória de eleitores no período eleitoral.

É preciso lembrar que o artigo 236 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral) veda a prisão de *eleitor*, que é o brasileiro maior de 18 anos, que se alistou na forma da lei – art. 4º do Código Eleitoral³.

3 O alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos, nos termos do art. 14, I, ‘c’, da CF/88. No entanto, eles não estão sujeitos à

A observação é importante na medida em que, desavisadamente, alguns operadores do Direito pensam que os empecilhos à custódia cautelar estendem-se a toda e qualquer pessoa, com exceção das hipóteses de flagrante delito, sentença condenatória por crime inafiançável e desrespeito a salvo-conduto.

Desta forma, desde que, é claro, presentes os requisitos autorizadores, pode ser feita nos prazos do artigo 236 do CE a **prisão provisória de pessoa que não pode exprimir-se na língua nacional**, já que nessa situação não pode se alistar como eleitor.

É possível no período eleitoral a prisão de indivíduo que não se alistou como eleitor, embora preenchendo os requisitos para tanto. É uma situação deveras corriqueira o fato de que muitas pessoas que atingiram os 18 anos de idade não tomaram as necessárias providências para efetuar seu alistamento eleitoral⁴.

Já o inciso II do § 1º do artigo 14 da CF/88 prevê alistamento facultativo para o analfabeto. Assim, o **analfabeto, embora maior de 18 anos, desde que não alistado eleitoralmente, não estará ao abrigo do disposto no artigo 236 do Código Eleitoral, podendo ter sua prisão provisória decretada.**

Não podem alistar-se como eleitores os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório, nos termos do artigo 14, § 2º, da CF/88⁵.

Conscritos são aqueles que prestam o serviço militar obrigatório⁶. Os conscritos anteriormente alistados perante a Justiça Eleitoral estão impedidos de exercer o direito de voto durante o período da conscrição (Resolução TSE 20.165, de 07.04.1998, Rel. Ministro Nílson Naves).

prisão por serem inimputáveis; sua situação é regradada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 O artigo 14, § 1º, inciso I, da CF/88 prevê o alistamento obrigatório para os maiores de 18 anos.

5 Os policiais militares, em qualquer nível de carreira são alistáveis, tendo em vista a inexistência de vedação legal. (*Res. n. 15.099, de 09.03.89, rel. Min. Villas Boas*).

6 Na verdade, segundo o Regulamento da Lei do Serviço Militar (Artigo 3º, 5º, Decreto n. 57.654, de 20 de janeiro de 1966), conscritos são definidos como os brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial.

O conceito de conscrito também abrange o aluno de órgão de formação da reserva. Ele fica proibido de votar, ainda que anteriormente alistado⁷.

Na lição de ALEXANDRE DE MORAES,

O conceito de conscrito estende-se aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório a teor da Lei 5.292. Também aos que prestam serviço militar na condição de prorrogação de engajamento incidem restrições da Constituição Federal, com base no art. 14, § 2º (Resolução TSE n. 15.850, Rel. Min. Roberto Rosas) (2004, p. 541/542).

O artigo 236 do CE não agasalha a situação daqueles que estão com o seu alistamento eleitoral cancelado, o que ocorre, no que interessa ao presente estudo, nas hipóteses de o eleitor deixar de votar em três eleições consecutivas e nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos.

A perda dos direitos políticos dar-se-á em duas hipóteses: a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; e, b) recusa de cumprir obrigação imposta ou prestação alternativa⁸.

Já a *suspensão dos direitos políticos* (privação temporária de direitos políticos) pode acontecer em três hipóteses: a) incapacidade civil absoluta; b) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; e, c) improbidade administrativa (CF/88, art. 15, incisos II, III e V).

Em tratando-se de condenação criminal transitada em julgado, a suspensão dos direitos políticos dá-se nada importando se a infração penal é de natureza dolosa ou culposa, ou se é crime ou contravenção⁹.

7 Res. n. 15.850, de 3.11.89, rel. Min. Roberto Rosas.

8 Ensina José Afonso da Silva que ‘...*pela simples escusa de consciência não se perdem os direitos políticos, mas apenas se o escusante também recusar a cumprir a prestação alternativa*’ (1993, p. 336).

9 Registre-se aqui, no entanto, entendimento minoritário no sentido de que não há suspensão dos direitos políticos nas sentenças condenatórias transitadas em julgado pela prática de contravenções penais: “ (...) condenação criminal não tem o mesmo significado que ‘condenação penal’. (...) Crime é uma infração penal e contravenção penal é uma

O fato de a pena carcerária ser substituída por restritiva de direitos também não modifica a situação de suspensão dos direitos políticos.

ALEXANDRE DE MORAES, ao tratar dos efeitos da condenação criminal, ensina que

a suspensão dos direitos políticos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e, ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Em relação ao período de prova do sursis, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos (2004, p. 587-588)¹⁰.

Já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que o ajuizamento de revisão criminal não produz efeitos em relação à suspensão dos direitos políticos¹¹.

Prisão em flagrante

A palavra *flagrante* é de origem latina – *flagrare*, que significa queimar. No âmbito jurídico, diz respeito ao delito que está sendo cometido, que está acontecendo naquele exato momento e que permite a prisão do seu autor sem a necessidade de mandado judicial.

As situações configuradoras de flagrante delito estão previstas no artigo 302, incisos I a IV, do CPP¹².

infração penal. A condenação penal abrange a ambos. A condenação criminal, todavia, só se refere ao primeiro. Destarte, o condenado por contravenção penal não está sujeito à suspensão dos direitos políticos' (TRESP – Representação, Processo 10.028, Classe 7ª, Acórdão n. 126.963, Relator Juiz Souza José, j. 10.10.1996).

10 “Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado com sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena” (STF – Pleno – Rextr 179/502-SP).

11 Recurso n. 9.760/PI – Acórdão 12.877 – Relator Ministro Eduardo Alckmin, j. 29-09-1992.

12 “Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

Breve observação faz-se sobre a prisão em flagrante nos crimes permanentes, quando então a situação de flagrância estende-se no tempo.

Segundo lição de FERNANDO CAPEZ (2004, p. 246) no crime permanente *‘o momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o seqüestro’* (art. 148 do CP).

Sentença condenatória por crime inafiançável

No prazo do art. 236 do CE é possível a prisão de eleitor que tenha contra si uma sentença condenatória por crime inafiançável. Não é exigido que a sentença tenha transitado em julgado, bastando que na sentença não tenha sido reconhecido o direito de o acusado aguardar em liberdade o julgamento do apelo.

Crimes inafiançáveis são: a) os que têm pena mínima superior a dois anos de reclusão (art. 323, inciso I, do CPP), como, por exemplo, o homicídio doloso, estupro, atentado violento ao pudor, roubo etc; b) os de racismo, crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLII, XLIII e XLIV, da CF/88); c) os crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Se a prisão do eleitor é cabível na hipótese em que a sentença condenatória por crime inafiançável não transitou em julgado, a fortiori será possível quando o trânsito em julgado já haver ocorrido.

No que pertine aos membros da mesa receptora de votos, fiscais de partidos ou coligações e candidatos, a restrição à prisão no período eleitoral fica ampliada – art. 236, § 1º, do CE.

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração;

ocasionar gravame, físico ou moral, à liberdade de voto. Nessas condições, o salvo-conduto poderá ser emitido em favor do eleitor em virtude de coação emanada de patrão contra o seu empregado, do proprietário contra os seus colonos ou rendeiros, do dirigente sindical contra associados, do diretor de estabelecimento de ensino contra os seus discípulos, do chefe de família contra o outro cônjuge, seus filhos e dependentes, enfim, genericamente, contra quem quer que esteja a cometer violência moral ou física sobre o desempenho do eleitor no ato de votação (2000, p. 415).

O salvo-conduto é válido das 72h anteriores ao início da votação até 48h depois do seu encerramento.

Em conseqüência do que foi exposto, estão vedadas, na interpretação 'tradicional' do artigo 236 do Código Eleitoral, as prisões temporárias; prisões preventivas; as decorrentes de sentença de pronúncia e de sentenças condenatórias por crimes afiançáveis; a prisão do depositário infiel.

Esclareça-se, por oportuno, que no período previsto no artigo 236 do CE não pode ser feita a prisão do eleitor devedor de alimentos por não estar albergada pelas exceções do citado dispositivo legal, conforme ensinam PEDRO ROBERTO DECOMAIN e PÉRICLES PRADE (2004, p. 300).

3 RELEITURAS DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Estudou-se *retro* os casos em que, na interpretação tradicional (literal) do artigo 236 do Código Eleitoral as prisões de eleitor podem (ou não) ser efetuadas.

No entanto, a insatisfação dos juristas em geral com a rigidez do texto legal, inadequado para fazer frente às candentes necessidades de, em alguns casos durante o período eleitoral, decretarem-se prisões provisórias, vem paulatinamente obrigando os operadores do Direito a fazer novas leituras sobre o artigo 236 do Código Eleitoral, flexibilizando-o em atendimento ao direito constitucional à segurança e ao princípio da efetividade do processo.

Com efeito, parece ser quase um consenso entre os doutrinadores que a interpretação tradicional conferida ao art. 236 do Código Eleitoral não vem ao encontro dos ditames da justiça social e do direito à segurança.

No tópico seguinte, serão vistos alguns posicionamentos que vão desde a afirmação de inconstitucionalidade do artigo 236 do CE, sua revogação, até sua aplicabilidade restrita aos crimes eleitorais, passando pelos ensinamentos de que a prisão por determinação de autoridade judicial no período eleitoral não é vedada pela norma em comento e de que é possível o cumprimento da ordem de prisão no período eleitoral, desde que decretada anteriormente a esse período.

3.1 REVOGAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE

JOEL J. CÂNDIDO, eminente especialista em Direito Eleitoral, no plano doutrinário é uma das vozes que se levanta para afirmar a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral. E o faz nos seguintes termos:

Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI¹⁴, da Constituição Federal, o art. 236 e § 1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição. (2003, p. 303).

A Constituição brasileira, tão pródiga na concessão de direitos, não o poria qualquer óbice para que a prisão de eleitores se fizesse dentro do período citado no artigo 236 do CE.

14 O inciso LXI do artigo 5º da CF/88 possui a seguinte redação: ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’.

Acatando-se *in totum* tal ordem de idéias, forçoso seria também concluir que o artigo 298 do Código Eleitoral estaria revogado¹⁵.

Já na senda na inconstitucionalidade, argumenta-se que a vedação posta no artigo 236 do CE consagra verdadeira afronta ao princípio da isonomia, criando duas classes de cidadãos, uma sujeita às prisões cautelares no período do artigo 236 do CE e outra imune pela simples condição de ser eleitora.

Na visão dos críticos, o art. 236 da Lei n. 4.737/65 estaria criando um supercidadão, que no período especificado não poderia ser preso. O alistamento eleitoral e o direito de votar seriam os diferenciais. **A discriminação não se justificaria, até mesmo porque o não-alistado eleitor também tem participação política, influenciando outros com sua opinião, trabalhando para candidatos, cobrando realizações da classe política etc.**

Cite-se outra possível situação que violaria o princípio da isonomia: dois indivíduos que praticaram o mesmo delito censurável, ostentando um a condição de eleitor e o outro não. O último poderá ser preso preventivamente no período do artigo 236 do CE, enquanto o primeiro não, dada a sua condição de eleitor.

De outro lado, poderíamos ter situações teratológicas com a aplicação irrestrita do art. 236 do CE. Por exemplo: um indivíduo eleitor que cometesse um delito de furto no período eleitoral poderia ter sua liberdade restringida pela prisão em flagrante (prisão provisória). Já um narcotraficante, um esturpador ou um latrocida, indivíduos socialmente muito mais perigosos e que cometeram delitos que causam grande clamor social, não poderiam ter a prisão preventiva ou a prisão temporária decretadas.

Isso não se poderia admitir, pois, como lembra CARLOS MAXIMILIANO, *“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”* (p. 136).

Em comentário ao artigo 236 do CE, MARCOS RAMAYANA tece as seguintes e judiciosas considerações: *“Consagra o artigo legal evidente*

15 Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de Mesa Receptora, Fiscal, Delegado de partido ou candidato, com violação ao disposto no art. 236: pena – reclusão até quatro anos.

exagero, que não mais merece permanecer na ordem jurídica, pois os motivos que embasaram o legislador para a adoção da regra não prevalecem nos tempos atuais (2004, p. 353). No entanto, do texto acima não fica claro se RAMAYANA considera o artigo 236 da Lei n. 4.737/65 inconstitucional ou, simplesmente, desnecessário.

Importante referir que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei n. 7.573/2006¹⁶, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho (PFL-BA), que propõe a revogação pura e simples do artigo 236 do Código Eleitoral. A redação do projeto é a seguinte:

PROJETO DE LEI N. 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei revoga o art. 236 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2º. Revogue-se o art. 236 da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificativa do projeto de lei, Sua Excelência faz as seguintes e judiciosas considerações, que certamente externam o pensamento de respeitável parcela da comunidade jurídica e do povo em geral: “... *sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o*

16 Projeto de lei apensado ao projeto de lei n. 3.735/200, de autoria do Deputado Dr. Hélio (PDT-SP), que visa a acrescentar, às ressalvas contra a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período compreendido entre os cinco dias anteriores e as quarenta e oito horas após o encerramento do pleito eleitoral, a hipótese de cumprimento de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária competente, nos casos tipificados como crimes hediondos, assim definidos pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranqüilamente no período das eleições”.

3.2 VEDAÇÃO À PRISÃO SOMENTE PARA CRIMES ELEITORAIS

Em interessante e instrutivo artigo publicado no Jornal Correio Braziliense de 30.09.2002 (Caderno Direito & Justiça), FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA, membro do Poder Judiciário de Pernambuco, defende que a vedação à prisão de eleitor nos prazos do art. 236 da Lei n. 4.737/65 diz respeito exclusivamente aos processos por prática de crimes eleitorais propriamente ditos, excluindo-se as demais espécies de delitos.

Textualmente, é referido:

Os crimes eleitorais foram criados e instituídos pelo Legislativo federal, como fundamento e reflexo maior da República Federativa do Brasil, levando em meta a cidadania e o pluralismo político, para garantir e assegurar a soberania popular mediante plebiscito e referendo exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, obrigatório e facultativo. Essas infrações penal-eleitorais são conceituadas e definidas no Código Eleitoral (artigos 289 a 354, da Lei n. 4.737, de 15-7-1965)...

(...)

Com efeito, para os crimes propriamente eleitorais, e somente para eles, não cabendo para os demais crimes, o Código Eleitoral pátrio, no intuito manifesto de assegurar e garantir o sufrágio universal, em prol da cidadania, que

se reflete no direito de votar e ser votado e até mesmo para evitar as conhecidas ‘denúncias pré-fabricadas’, inclusive à instauração de ‘processos-eleitorais’ contra adversários políticos nos períodos eleitorais, se antecipou, dizendo o seguinte: Art. 236, 1º (...)

Não nos esqueçamos, sob outro enfoque, que o Código Eleitoral adotou providências iminente (rápida, à época de sua edição) e eminente (de qualidade) com o objetivo de evitar prisões advindas de ‘queixas eleitorais temerárias’ e instauração de ‘processos forjados’ contra desafetos e adversários políticos no período considerado, por lei, como do pleito ou em razão dele.

Essa causa inteligente e legal, e nesse aspecto aplaudimos de público, de suspensão temporária da eficácia de mandado de prisão, prevista somente no Código de Ritualidade Eleitoral, nas hipóteses que não haja incompatibilidade com a Constituição Federal, se dirige à ordem de segregação processual a bem do rito eleitoral – não confundir com processo criminal eleitoral – por crime exclusivamente previsto nos artigos do Diploma Punitivo Eleitoral, jamais por crime de outra natureza (crime comum, federal, militar, tributário, econômico, de responsabilidade etc.), previstos no Código Penal e leis especiais. Nesse viés, se ninguém deve ser segregado ou levado à prisão por fato alheio, estranho, sem conexão ou continência com o fato-crime objeto de prisão previamente definido em lei como crime, é intuitivo também que ninguém mereça ser beneficiado por um privilégio dado a certa modalidade de crime. Trocando em miúdos, ninguém tem o direito de que seja suspensa ou sobrestada ordem de prisão por um crime comum, quando referido privilégio foi concedido tão-somente aos crimes

eleitorais em benefício de procedimento eleitoral.

Daí admitirmos, entretanto, que ordem judicial de prisão daquele período, de fato e de direito, deve ser sobrestada, porém unicamente por fato indigitado criminoso na órbita eleitoral, a bem dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania popular e a cidadania, não se cogitando em crimes de outras naturezas e diverso do pleito.

As assertivas do culto magistrado apontam, portanto, para a necessidade de utilizar-se da técnica de 'interpretação conforme a Constituição' para compatibilizar o art. 236 da Lei n. 4.737/65 com a Carta Magna.

Na técnica de interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma única interpretação do art. 236 do Código Eleitoral, afastando-se as demais interpretações possíveis.

Segundo o magistério de GILMAR MENDES, na interpretação conforme a Constituição o Tribunal declara qual das possíveis interpretações revela-se compatível com a Lei Fundamental. Essa forma de decisão possui flexibilidade, que permite renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica (2005, p. 287).

Não há de se confundir essa técnica com a declaração de nulidade sem redução de texto, na qual os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário ficam impedidos de adotar determinadas interpretações, mas sem prejuízo das demais existentes.

Na interpretação conforme a Constituição, esclareça-se, o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de patrocinar toda e qualquer interpretação diversa daquela encampada pela Corte Constitucional.

3.3 CABIMENTO DE PRISÃO PROVISÓRIA POR ORDEM JUDICIAL

Em outro importante trabalho doutrinário¹⁷, no qual também é feita uma interpretação conforme a Constituição, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO sustenta que o preceito do artigo 236 da Lei n. 4.737/65 visa em razão da importância de um pleito eleitoral para a Nação a evitar embaraços ilícitos ao exercício de voto. No entanto, fundado o impedimento em ordem judicial ou inquérito policial, em sede de segregação cautelar, não há como considerar tal circunstância um óbice ilícito ao exercício do sufrágio.

Prossegue o autor dizendo que

...não haverá, no ato de custódia, qualquer desvio ou abuso de poder de autoridade contrário a liberdade de voto (artigo 237 do C.E.). Haverá, sim, a ação da autoridade em prol da sociedade visando a responsabilização eficaz do cidadão pela prática de delito, com sua segregação por força de permissivo judicial evidenciando não estar ele apto a permanecer livre.

Concluindo, afirma que seu posicionamento é no sentido de *'que a ordem de prisão passada por autoridade judiciária competente, seja de cunho definitivo, seja de cunho cautelar, não pode ser entendida como óbice a legítimo exercício de sufrágio, nem abuso de poder em desfavor da liberdade do voto, podendo ser cumprida mesmo no lapso estipulado no artigo 236 da Lei Eleitoral'*.

Essa linha de idéias desafia novamente a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. O enfoque dado pelo autor sugere que a vedação à prisão nos prazos do art. 236 do CE diz respeito, tão-somente, aos embaraços ilícitos para o exercício do sufrágio, e não à normal atividade jurisdicional de decretação de prisões, sejam elas cautelares ou definitivas.

17 'A prisão de eleitores nas vésperas da eleição', publicado no Boletim IBCCRIM n. 20 – setembro de 1994.

3.4 O SIGNIFICADO DO VERBO 'PRENDER' NO CAPUT DO ART. 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Finalmente, é de serem feitas algumas considerações sobre o significado do verbo 'prender', contido no caput do artigo 236 do CE.

Autores há que sustentam que a prisão de um acusado possui dois momentos distintos: a decretação e a execução do comando judicial.

Segundo PAULO GUIMARÃES, especialista em Direito Eleitoral,

Quando o Código Eleitoral afirma que nenhuma autoridade pode 'prender' candidatos em um determinado período, ele se refere à decretação, e não ao ato físico de prender'. Assim, se a prisão foi decretada antes do período previsto no artigo 236 do CE, é válida e pode ser executada a qualquer momento, até que sobrevenha ordem judicial em sentido contrário.

CRIME HEDIONDO E PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL: A NOVA LEI N. 11.464/2007 À LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL

João José Leal

*Professor do Curso de Pós-Graduação em
Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI
Doutor pela UGF/FURB*

Rodrigo José Leal

*Professor de Direito Penal – UNIVALI e UNIFEPE
Doutorando em Direito – Universidade de Alicante*

SUMÁRIO

Introdução - 1 Crime Hediondo e Cumprimento da Pena em Regime Inicialmente Fechado - 2 Crime Hediondo e Possibilidade de Progressão de Regime Prisional: o Retorno ao Tempo Penal Anterior a 1990 - 2.1 O Caminho da Doutrina: Condenação à Norma de Absoluta Proibição à Progressão de Regime Prisional - 2.2 O Tortuoso Caminho da Jurisprudência até o Reconhecimento do Direito à Progressão de Regime - 2.3 Progressão de Regime e Sistema Penitenciário Progressivo - 2.4 Progressão e Princípio da Individualização da Pena - 2.5 Epílogo do Longo Embate entre Doutrina e Jurisprudência: A Adequação da LCH ao Princípio da Individualização da Pena e à Jurisprudência do STF - 3 Requisitos para a Progressão de Regime Prisional por Crime Hediondo - 3.1 Requisito Subjetivo: Bom Comportamento Carcerário - 3.2 Cumprimento de 2/5 da Pena e um Novo Conceito de Condenado Primário - 3.3 Reincidência Genérica ou Específica? - 4 Crime de Tráfico Ilícito de Drogas e Progressão com Maior Rigor - 5 Nova Assimetria no Sistema Penal: O Enorme Hiato Temporal entre Progressão e Livramento Condicional - 6 Retroatividade das Normas Contidas na Lei n. 11.464/07: Uma Hermenêutica Conforme a Decisão do STF - 6.1 Divergências da

Doutrina quanto à Retroatividade da Nova Lei - 6.2 Irretroatividade da Nova Lei Aparentemente mais Benéfica - 7 A Nova Situação Jurídico Penal em Face da Política Criminal e dos Princípios Constitucionais Penais. Considerações Finais. Bibliografia.

RESUMO

A Lei n. 8.072/90 - LCH havia proibido, de forma absoluta, a progressão de regime prisional aos condenados por crime hediondo. Desde o primeiro momento, a doutrina considerou esta severa proibição juridicamente inconstitucional. A jurisprudência, no entanto, manteve a constitucionalidade da norma proibitiva até que, em fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento hermenêutico da matéria e decretou a inconstitucionalidade da proibição contida no art. 2º, § 1º, da LCH.

Em resposta a essa decisão da Suprema Corte, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 11.464/2007, que modificou o texto do referido dispositivo e, em consequência, passou a admitir o direito à progressão de regime prisional aos condenados por crime hediondo.

Este é o objeto do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Hediondo. Progressão de Regime Prisional. Execução Penal. Política Criminal. Sistema Penitenciário. Regime Penitenciário. Pena Privativa de Liberdade. Princípio da Individualização da Pena. Princípio da Humanidade da Pena.

INTRODUÇÃO: O GRADATIVO DESMONTE DO SUBSISTEMA DE MAIOR SEVERIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Não há dúvida de que a tão polêmica quanto criticada Lei n. 8.072/1990 - Lei dos Crimes Hediondos - LCH, está morrendo aos poucos. Ao menos, sofreu diversos golpes jurisprudenciais de rejeição a algumas de suas normas de proibição absoluta. Na verdade, desde os primeiros momentos de sua vigência, inúmeras têm sido as decisões

dos tribunais estaduais e federais, afastando a incidência absolutamente obrigatória de algumas de suas normas que proíbem a concessão de liberdade provisória, o direito de apelar em liberdade ou, até mesmo, a concessão de fiança.

O golpe de maior intensidade foi desferido pelo STF, no julgamento do HC 82.959/SP, ocorrido em 23.02.2006. O plenário da suprema corte, por maioria de votos, decidiu que a imposição de regime integralmente fechado e a conseqüente proibição de progressão de regime prisional, prevista no art. 2º, § 1º, da LCH, é inconstitucional por conflitar “com a garantia da individualização da pena”, consagrada no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.¹

1 - Sobre as conseqüências jurídico-penais decorrentes dessa decisão, ver: *Boletim IBC-Crim*, n. 161, Abril/2006, que além do Editorial, contém os seguintes artigos sobre a matéria: MORAES, Fernanda Teixeira Zanóide de. *O STF foi além da Progressão do Regime Prisional*, p. 2-3; TRAD, Fábio. *A Progressão de Regime Prisional e o seu Impacto no Discurso dos Modelos de Justiça Penal – Diagnóstico e Perspectiva*, p. 4-5; LOPES, Jair Leonardo. *As Reações à Decisão do STF sobre a Progressão nos Crimes Hediondos*, p. 6-8; OLIVEIRA, Paulo Sérgio de. *Crimes Hediondos: O Ideal e o Razoável*, p. 9; ARAÚJO, Rômulo Souza de. *O Resgate Constitucional da Individualização da Pena*, p. 10-11, e FRANCO, Alberto Silva. *Crime Hediondo: Um Conceito-Fantasma à Procura de um Legislador Penal*, p. 12-13. Ver, ainda: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8055>>. Acesso em: 24 abr. 2007; SILVESTRE, Fábio Galindo. *Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 24 abr. 2007. GOMES, Luiz Flávio. *STF admite progressão de regime nos crimes hediondos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 24 abr. 2007. YABIKU, Roger Moko. *Um estudo de caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos: o HC n. 82.959-7 e a imprensa*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1022, 19 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8273>>. Acesso em: 24 abr. 2007. MARCÃO, Renato. *Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90)*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8073>>. Acesso em: 24 abr. 2007. GUIMARÃES, Luciano D'Abadia. *O Supremo, a progressão de regime e o livramento condicional nos crimes hediondos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 986, 14 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8097>>. Acesso em: 24 abr. 2007. GOMES, Rodrigo Carneiro. *Limites à progressão de regime da Lei n. 8.072/90: vedação de extensão do julgado do STF*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>.

Com a referida decisão da Corte Suprema, a LCH ficou reduzida a um quase que vazio normativo. Restaram poucas normas de caráter repressivo com validade e eficácia reconhecidas sem restrição pela doutrina e pela jurisprudência. Sobraram apenas normas de caráter classificatório ou programático, como o seu art. 1º, que seleciona quais os tipos penais considerados hediondos e o art. 3º, que prevê a construção e manutenção de estabelecimentos penais de segurança máxima, pelo poder público federal.

Na realidade, é preciso não esquecer que algumas normas inseridas no sistema pela LCH foram incorporadas ao Código Penal. Por isso, sua vigência não transcorre mais no texto da lei especial, mas no espaço normativo codificado e de aplicação geral. É o caso das normas que aumentaram as penas mínimas de alguns crimes hediondos e da exigência de maior tempo de pena cumprida para obtenção do livramento condicional. Estas normas foram promulgadas por meio da LCH, que apenas serviu de instrumento para inseri-las no sistema codificado vigente, do qual são agora partes integrantes e de onde somente serão modificadas ou revogadas por uma nova lei que a elas se reporte expressamente.

Mas, os golpes ao seu texto de maior severidade não foram aplicados apenas pela *praxis* judiciária. As leis de n. 9.455/1997 – que define os crimes de tortura – e a de n. 11.343/2006 – que define os crimes de tráfico ilícito e as modalidades típicas que lhe são equiparadas ou associadas – também alteraram, restringiram ou revogaram a incidência de algumas das normas de maior severidade da LCH.

A Lei contra a Tortura, contrariamente ao que dispunha a LCH, passou a admitir a progressão de regime prisional. O condenado pelo crime de tortura, embora deva iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, pode progredir para o regime semiaberto e, posteriormente, para o aberto, antes de obter o livramento condicional.²

Já a nova Lei Antidrogas, a nosso ver, disciplina a matéria relacionada aos crimes de tráfico e de porte para consumo pessoal de droga

asp?id=8140>. Acesso em: 24 abr. 2007.

2 Para uma análise mais detalhada da questão, ver: LEAL, João José. A Convenção da ONU contra a Tortura e o Direito Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 671/398-401, setembro 1991 e, especialmente, Tortura como Crime Hediondo Especial, *Revista dos Tribunais*, 771/454-469, janeiro 2000.

de forma própria, seja em termos penais ou processuais penais. Muitas de suas normas reiteram e outras divergem das normas contidas na LCH. Em conseqüência, cremos que o crime de tráfico e os que lhe são equiparados ou associados, por terem recebido tratamento jurídico-penal próprio, já não gravitam mais no espaço normativo da LCH.³

Recentemente, a LCH foi objeto de mais uma modificação substancial em seu texto normativo de maior severidade penal. Trata-se da nova Lei n. 11.464/2007, que dispõe sobre o regime prisional a ser aplicado aos condenados por crimes considerados hediondos.

O presente artigo tem por objeto o estudo deste novo texto legal e o exame crítico da principal mudança introduzida no subsistema punitivo da LCH: direito à progressão de regime prisional e das conseqüências jurídico-penais daí decorrentes.

1 CONTINUA A PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE ANISTIA, GRAÇA OU INDULTO

Em seu preâmbulo, a Lei n. 11.464/07 justifica a razão de sua aprovação: dar “nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII, do art. 5º, da Constituição Federal”. Em seu art. 1º, a nova lei modificadora dispõe que o referido art. 2º, da LCH, passa a vigorar com nova redação. Sem repetir a redação original do *caput* e, utilizando-se de reticências, omite o texto original do inciso I e transcreve somente o inciso II, empregando apenas o termo *fiança*.

Em seguida, a nova lei dá nova redação aos parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 2º, da LCH.

À primeira vista, parece que, com a alteração, o novo texto legal teria revogado o inciso I, do art. 2º, da LCH. Apesar de poder-se conduzir o processo interpretativo neste sentido jurídico-penal, não foi esta a vontade do legislador. Tanto que, do texto oficial remanescente e agora

3 Sobre esta nossa posição, ver: LEAL, João José. *Nova Política Criminal sobre Drogas: Infrações de Médio e de Menor Potencial Ofensivo Previstas na Lei n. 11.343/2006*. *Boletim Jurídico*. Uberaba, n. 211, 07.01.2007, www.boletimjuridico.com.br/doutrinas. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 1281, 03.01.2007, www.jus2.uol.com.br/doutrinas.

em vigor, consta expressamente a proibição de concessão de anistia, graça e indulto aos condenados por crime hediondo, proibição esta que consta do texto original desde a promulgação da LCH.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que o legislador não foi feliz ao manter esta prescrição proibitiva, de forma absoluta. Não se deu conta o legislador de que a anistia, a graça e o indulto são institutos penais benéficos, cuja competência é, constitucionalmente, acometida ao Poder Legislativo, na primeira hipótese e ao Chefe do Poder Executivo, nas duas outras hipóteses. Por isso, a referida norma padece de eficácia normativa, pois não é admissível que uma lei ordinária, como é o caso da LCH, tenha o poder de extinguir competência político-jurídica estabelecida pela Lei Maior.⁴

Apesar de continuar a proibição expressa de concessão destes três institutos penais benéficos e humanizadores do Direito Penal, a verdade é que, anualmente, têm sido concedido indulto para condenado por crime hediondo cometido de grave e irreversível quadro de doença terminal. Quanto à anistia, por sua natureza e fins essencialmente políticos, não teria mesmo como ser aplicada para beneficiar o autor de um crime hediondo. Já a graça, há muito caiu em *desgraça* ou no desuso.

Isto demonstra que a proibição contida do inciso I, do art. 2º, da LCH revela-se inócua. Por isso, melhor seria que o legislador tivesse aproveitado a oportunidade para revogar uma norma que não apresenta aderência constitucional, por contrastar com normas ali positivadas.

4 Ver sobre o assunto: LEAL, João José. *Crimes Hediondos. A Lei 8.072/90, como Expressão do Direito Penal da Severidade*. Curitiba: Juruá, 2003, especialmente, p. 183-190; *Indulto Humanitário para Condenado por Crime Hediondo e a Inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei 8.072/90*, Jus Navigandi, www.jus.com.br/doutrina; *Boletim Jurídico*, www.boletimjuridico.com.br. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 168 e segs.

2 CONDENADO POR CRIME HEDIONDO E PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

2.1 MUDANÇA SIGNIFICATIVA: REGIME INICIALMENTE FECHADO

Com a alteração promovida pela nova lei, o texto do § 1º, do art. 2º, da LCH, tem agora a seguinte redação: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado”. Os crimes previstos no *caput* do artigo são os considerados hediondos, referidos ou selecionados no art. 1º, da LCH, além da prática de *tortura*, do tráfico ilícito de *entorpecentes* e drogas afins e do *terrorismo*. Este último, cabe frisar, constitui *uma espécie de ilícito penal sem a devida marca legal da tipicidade*, por falta de norma positiva definidora dos contornos típicos desta conduta tão polêmica quanto geradora de divergências no plano ético-político e jurídico-penal.⁵

Ao manter a expressão *tráfico ilícito de entorpecentes*, o legislador esqueceu de atualizar a nomenclatura jurídico-penal do texto alterado. É que a nova Lei Antidrogas abandonou o termo *entorpecente*, por considerá-lo inadequado para denominar o objeto material do crime agora definido no art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

A verdade é que o termo *drogas* é de uso corrente no discurso acadêmico-científico. É, também, a nomenclatura preferencial da Organização Mundial de Saúde – OMS, que há muito abandonou o uso dos termos ou das expressões “narcóticos”, “substâncias entorpecentes” e “tóxicos”.⁶

5 A Lei n. 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política, em seu art. 20, *caput*, pune quem “devastar; saquear; extorquir; (...) praticar atentado ou atos de *terrorismo*, por inconformismo político” (...). Apesar desta norma, a doutrina, de forma majoritária, entende que, por falta de uma descrição típica capaz de atender à regra da taxatividade, inexistente crime de *terrorismo* no Direito Penal brasileiro. Ver: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, cit., p. 117; LEAL, João José. *Crimes Hediondos*, cit., p. 78-80; PRADO, Luiz Régis e Carvalho, Érika Mendes de. *Delito Político e Terrorismo: Uma Aproximação Conceitual*. RT 771, janeiro 2000, p. 434.

6 A respeito da nova nomenclatura adotada pela Lei n. 11.343/2006, ver: LEAL, João José. *Política criminal e a lei n. 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set.

Pelo novo texto legal, o condenado por crime hediondo continua obrigado a iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Não importa a quantidade de pena aplicada na sentença. Mas, não está mais condenado a permanecer neste regime mais rigoroso até alcançar o livramento condicional (quando for o caso!) ou a extinção da pena. Agora, poderá progredir para o regime semiaberto e o aberto.

Quanto ao cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, cabe ressaltar que as Leis n. 9.455/97 (Lei contra a Tortura) e n. 11.343/07 (Lei Antidrogas), já adotam a mesma disposição em termos de regime de execução penal.

Duas são as condições legais para a progressão: cumprimento de parte da pena e mérito prisional. Este último requisito, é previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal - LEP.

É o que veremos a seguir.

2.2 O CAMINHO DA DOCTRINA: CONDENAÇÃO À NORMA DE ABSOLUTA PROIBIÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

A mudança agora operada no texto original do art. 2º, § 1º, foi defendida por boa parte da doutrina,⁷ desde o primeiro momento de vigência da LCH. Em síntese, os penalistas entenderam que esta norma - de absoluta proibição *a priori* - contrariava os princípios constitucionais e de maior grau de hierarquia normativa da individualização e da humanidade da pena, além dos princípios do devido processo legal e da igualdade.

Antônio Lopes Monteiro escreveu que a exclusão da forma progressiva na execução da pena aplicada aos condenados por "crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

7 Ver a este respeito: LEAL, João José. *Crimes Hediondos ...*, cit., p. 209 e segs.; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, cit., p. 149; MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 122; BARTOLI, Márcio. Crimes Hediondos. *Revista dos Tribunais*, 684/299; TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, abr-jun, 1992, 68.

afins, e terrorismo é um grave castigo para os condenados por estes crimes e foi uma obsessão no projeto da lei".⁸ Para Francisco de Assis Toledo, a aprovação do dispositivo em exame foi fruto "da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984".⁹

Márcio Bártoli também condenou a opção legal, com o argumento de que o cumprimento de longas penas em regime integralmente fechado torna praticamente impossível a reabilitação do condenado: "Pena longa e regime fechado são elementos contraditórios à idéia de reinserção social e inúteis para tornar possível ao autor do crime uma vida futura em liberdade".¹⁰

Por último, Alberto Silva Franco critica o dispositivo legal em referência por considerá-lo "um desestímulo ao processo ressocializador do condenado." Para ele, "a opção feita pelo legislador no sentido de agravar a execução da pena foi, no mínimo, desarrazoada, infeliz".¹¹

Posteriormente, a aprovação da Lei contra a Tortura trouxe um novo e forte argumento em favor da doutrina que sustentava a derrogação do § 1º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos. Como o § 7º, do art. 1º, da Lei contra a Tortura, determina que o condenado deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Ficou claro – tanto para a doutrina como para a jurisprudência – que poderia ser concedida a progressão para o regime semi-aberto ao condenado por essa espécie de crime hediondo, pois o que a lei exige é que o processo de execução da pena seja iniciado em regime fechado.

Não havendo proibição expressa em contrário, a interpretação correta do dispositivo em tela é a de que a progressão de regime prisional pode ser concedida ao condenado pelo crime de tortura.

A divergência surgiu, quando se pretendeu estender o direito à progressão de regime prisional aos demais condenados por crime hediondo. O argumento era de que a proibição de progressão prevista na LCH havia sido revogada pelo disposto no § 7º, do art. 1º, da Lei n.

8 *Crimes hediondos*, cit., p. 122.

9 Lei de crimes hediondos, *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre SAFe, v. 5, n. 2, p. 68, abr./jun. 1992.

10 Crimes hediondos. *RT*, 684, 1992. p. 299.

11 *Crimes hediondos*. São Paulo, cit., 1994, p.149.

9.455/97. Na doutrina, a maioria dos autores sustentou a tese da derrogação do § 1º, do art. 2º, da LCH.¹²

No entanto, posição do STF e dos demais tribunais, conforme veremos abaixo, fixou-se no sentido de que esse dispositivo benéfico previsto na Lei contra a Tortura não se aplicava aos demais autores de crime hediondo.

2.3 OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA

No tocante à matéria sob exame, verifica-se que a jurisprudência percorreu outro caminho diverso daquele trilhado pela doutrina. Foi um caminho longo e tortuoso, até a votação do supramencionado HC n. 82.959/SP.

Cabe lembrar, no entanto, que em sua primeira decisão sobre a matéria, o STF havia rejeitado a tese de inconstitucionalidade do dispositivo penal em exame, sob o fundamento de que a CFRB conferiu ao legislador ordinário a prerrogativa de fixar, para os crimes hediondos, o cumprimento da pena em regime fechado. Ao analisar a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, a súmula do acórdão do Tribunal Pleno, que teve como relator o então ministro Paulo Brossard, ficou assim redigida:

À Lei Ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderia efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento

12 Telles, Ney Moura. *A Lei n. 9.455/97 Revogou o Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos*. Revista Consulex, n. 5, maio/97, pp. 18 a 24; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Algumas Considerações sobre a Nova Lei de Tortura*. Boletim IBCCrim, n. 54, maio/97, p. 2; MARQUES, Oswaldo H. Dueck. *Breves Considerações sobre a Criminalização da Tortura*. Boletim IBCCrim, n. 56, julho/97, pp. 6-7. FRANCO, Alberto Silva. *O Regime Progressivo em Face das Leis n. 8.072/90 e 9.455/97*. Boletim IBCCrim, n. 58 (ed. especial), set/97, p. 2, Desse mesmo autor, ver ainda: *Tortura – breves anotações sobre a Lei 9.455/97*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 19, junho-setembro/97, pp. 55 a 72.

da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida.¹³

O entendimento da Suprema Corte foi adotado pelo STJ, que acabou consolidando a posição de que o condenado por crime hediondo não tem direito à progressão no regime prisional, *mesmo que, na sentença condenatória,, não tenha sido utilizada a expressão “integralmente fechado”*.¹⁴

Assim sendo, com apenas algumas decisões isoladas e marginais em contrário de tribunais estaduais ou federais, a jurisprudência manteve o entendimento em favor da constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da LCH, até a decisão do STF, exarada no referido HC n. 82.959-SP.

2.4 PROGRESSÃO DE REGIME E SISTEMA PENITENCIÁRIO PROGRESSIVO

Na verdade, nossa Constituição Federal e, especialmente, nosso Código e Leis de Execução Penal, seguindo a tradição brasileira e o próprio pensamento punitivo emergente das idéias político-filosóficas e jurídicas que prevaleceram a partir do início do século XIX, consagraram o *sistema penitenciário progressivo*. Estabelece o Código, em seu art. 33, § 2º, que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados certos critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

13 HC n. 69.603 - SP, DJU, 23-4-93, RT, 696/438. Este entendimento, rejeitando a tese de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da LCH, foi adotado em diversos outros julgamentos do STF: HC n. 69.657 - SP, DJU, 18-6-93, p. 12.111; HC n. 70.044 - SP, DJU, 7-5-93, p. 8.330; HC n. 70.121 - SP, DJU, 16-4-93, p. 758; HC n. 70.296 - UF, DJU, 24-9-93, p. 19.576; HC n. 70.467 - MS, DJU, 3-9-93, p. 17.744; HC n. 70.657 - MG, DJU, 29-4-94, p. 9.716; n. 70.939 - SP, DJU, 3-6-94, p. 13.854 e acabou consolidando o entendimento jurisprudencial, não só da Corte Suprema, mas dos demais tribunais inferiores.

14 HC 15.755-MG, 6ª Turma, DJU de 28.05.01, p. 209; HC 15.566-SP, 6ª Turma, DJU 28.05.01, p.173; HC 14.926-SP, 6ª Turma, DJU 07.05.01, p. 161; REsp 271.977-SC, 5ª Turma, DJU de 07.05.01, p. 158.

Indiscutivelmente, o sistema de execução da pena privativa de liberdade em sua forma progressiva, permitindo que o condenado possa avançar do regime fechado para o semi-aberto e deste ao aberto, tem evitado que o rigor do penitenciarismo torne-se ainda maior. O direito à progressão constitui, sem dúvida, um forte estímulo para que o condenado adapte e comporte-se de acordo com a disciplina prisional. O prêmio virá ao final de certo período de tempo, proporcional à quantidade da pena em execução (art. 112, *caput*, da LEP), quando então o presidiário terá o direito de ser transferido para regime menos rigoroso.

Esta perspectiva jurídica de progressão, esta esperança de passar para o lado dos “bons”, tem contribuído seguramente para manter um mínimo de entendimento e de coexistência pacífica entre encarcerados esperançosos e o pessoal da administração penitenciária. Tem sido um fator de convivência tolerada entre os principais atores do processo executório penal – condenados e pessoal da Administração Penitenciária - e de uma cínica, silenciosa e angustiada paz prisional.

Apesar dos males inerentes ao penitenciarismo, que aqui não cabe analisar, é preciso reconhecer que o direito à progressão tem contribuído para evitar um número ainda maior de rebeliões, motins, fugas e suas tentativas, de maldades e perversidades, de psicoses e atos de violência, os mais insensatos e cruéis, que marcam o cotidiano do sistema penitenciário brasileiro.

Enfim, pode-se dizer que o direito à progressão tem funcionado como uma verdadeira válvula de segurança, a impedir a implosão desta sinistra caldeira de maldade em que se transformou nosso combalido sistema penitenciário.

2.5 PROGRESSÃO E PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na verdade, ao aprovar a LCH, o legislador de 1990 ignorou o princípio da individualização da pena, previsto no art. 59 do CP e consagrado no art. 5º, inc. XLVI, da CFRB. Segundo este princípio, cada condenado deve receber a reprimenda certa e determinada para a prevenção e repressão do *seu* crime. O processo executório deve ficar, também, sujeito às regras do princípio individualizador, para que a expectativa

de reinserção social do condenado (uma das funções da pena privativa de liberdade) não fique completamente frustrada de antemão.

Não percebeu o legislador que a execução de longas penas privativas de liberdade - em regime unicamente fechado - representa um castigo insuportável, que desmotiva o preso, para quem desaparece qualquer perspectiva, qualquer esperança de retorno à liberdade antecipada pelo seu próprio mérito prisional. Rigorosamente submetido ao cumprimento de uma longa pena neste regime, o preso transformar-se-á num rebelde, num amotinado e num desesperançado sem dignidade e sem razão de viver.

2.6 EPÍLOGO DO LONGO EMBATE ENTRE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: A ADEQUAÇÃO DA LCH AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E À JURISPRUDÊNCIA DO STF

Após dezesseis anos de controvérsia, o STF mudou o seu entendimento sobre a matéria, ao votar o já referido HC n. 82.959-SP, em sua sessão plenária ocorrida em 23.02.2006. Conforme veremos abaixo, embora declarada de forma incidental, a decisão passou a ser interpretada como declaratória de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* da norma proibidora do direito à progressão de regime prisional.

Com a mudança de entendimento do STF, tornou-se imperiosa a revogação ou, no mínimo, a alteração do mais rigoroso dispositivo (art. 2º e seus incisos e parágrafos), da LCH. A opção do legislador - mais uma vez conduzido pelo calor da emoção e do sensacionalismo, decorrente da exaustiva exposição midiática de um crime¹⁵ que chocou a opinião

15 Trata-se do crime roubo qualificado, seguido da morte do menino João Hélio, ocorrido num semáforo da cidade do Rio de Janeiro. Arrastado por mais de sete quilômetros, sob as rodas do automóvel violentamente roubado à mãe da vítima de apenas seis anos de idade, o crime chocou a opinião pública brasileira e reacendeu o *Movimento da Lei e da Ordem*, em favor da adoção de leis penais mais severas, aí incluída a proposta de redução da idade penal.

Em sua edição de 14 de fevereiro, a revista *Veja* dedicou sua matéria de capa ao hediondo crime, referindo-se ao “martírio público do menino João Hélio”. Para o periódico, nossos governantes, “por não quererem pagar o preço de enfrentar a bandidagem, estão aceitando o preço da volta à barbárie”. E faz um apelo patético à consciência e à militância

pública brasileira – foi pela segunda alternativa político-jurídica.

Com a aprovação da Lei n. 11.464/2007, já não haverá mais qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial. O condenado por crime hediondo inicia, obrigatoriamente, o cumprimento da pena em regime fechado, mas encontra-se adequadamente inserido no espaço político-jurídico do sistema penitenciário progressivo. *Pode, portanto, progredir se tiver, é claro, bom comportamento carcerário e cumprido parte de sua pena.* O que o diferencia dos demais condenados, conforme veremos abaixo, é a obrigação de cumprimento de um tempo maior da pena para obter o direito à progressão.

Assim, pode-se dizer que a Lei n. 11.464/07 reflete o novo entendimento jurisprudencial do STF e dos demais tribunais, além de perfilar dispositivos das duas leis penais que tratam de crimes hediondos: a Lei contra a Tortura e a Lei Antidrogas. Está de acordo, também, com o pensamento da doutrina penal, que sempre defendeu a tese da progressão de regime prisional. Neste tocante, cabe reconhecer que a nova lei contribui para tornar o sistema penal mais simétrico e homogêneo.

3. REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL POR CRIME HEDIONDO

3.1 REQUISITO SUBJETIVO: BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO

Com a nova redação, que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, o texto original do § 2º, art. 2º, da LCH, que se referia ao direito de apelar em liberdade, foi deslocado para constituir um terceiro parágrafo. O novo texto do § 2º, dispõe sobre a progressão de regime e está assim redigido:

A progressão de regime, no caso de condenados aos crimes pre-

de todos os brasileiros: “um crime de tamanha crueldade tem de ser encarado como a gota d’água para mudar o combate à violência no Rio de Janeiro e em todo o Brasil”. A partir deste episódio, é fácil compreender a falsa movimentação ocorrida nos bastidores do Congresso Nacional para desengavetar projetos de lei que preconizam leis criminais mais duras e a redução da maioridade penal, fixada em 18 anos, desde 1940.

vistos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

O dispositivo em exame, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, prescreve que a progressão de regime “dar-se-á após o cumprimento de” (...), sem estabelecer qualquer outro requisito legal para a obtenção deste benefício penal. Cabe, portanto, indagar se, além deste requisito de ordem temporal, deve ser exigido outro, como o bom comportamento carcerário, previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal – LEP, requisito, aliás, exigível dos demais apenados por crime não-hediondo.

Pode-se argumentar que a LCH criou um subsistema punitivo especial e autônomo, em relação ao sistema penal codificado. É, portanto, um subsistema integrado por um conjunto próprio e autônomo de normas penais criadas para o controle, a repressão e a execução penal desta categoria criminal de maior gravidade. Em decorrência, e com base na regra da interpretação restritiva da lei penal, não seria possível exigir-se outra condição legal para a progressão de regime além desta prevista expressamente no texto do § 2º, do art. 2º, da LCH.

Creemos, no entanto, que não é este o sentido do direito contido no parágrafo em exame. Aqui, o raciocínio interpretativo deve ultrapassar os limites de um processo hermenêutico puramente literal para buscar o sentido do direito com base no procedimento lógico-sistêmico. Se o Direito constitui um sistema ordenado de normas, que se completam e interagem entre si, fica evidente que estas devem ser interpretadas - para o fim de aplicação ao caso concreto - de forma sistêmica, ou seja, levando-se sempre em consideração o ordenamento jurídico como um todo.

Daí porque, mesmo que constituída por normas penais especiais, a LCH não deixa de integrar e de subordinar-se ao sistema penal como um todo.

É preciso interpretar e aplicar o comando normativo contido em seu § 1º, do art. 2º, da LCH, em consonância com o disposto no art. 112, da LEP, que foi objeto de derrogação apenas em sua parte relativa ao tempo de cumprimento da pena como requisito para a progressão de regime dos apenados por crime hediondo. No tocante ao mérito prisio-

nal, a LEP é taxativa. Estabelece que a progressão fica sujeita ao “*bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*”.

Assim sendo, o comando contido nessa norma executória penal somente conhecerá a validade e eficácia desejável se as autoridades penitenciárias informarem, com a necessária eficiência, sobre a vida carcerária de seus presidiários e, por outro lado, se as autoridades judiciárias dispensarem às informações da administração penitenciária uma análise que leve em consideração o direito individual do condenado à liberdade em face do princípio constitucional da segurança coletiva.

Parece-nos certo que o juiz, no entanto, não está obrigatoriamente vinculado ao atestado de bom comportamento carcerário. Poderá acatá-lo ou rejeitá-lo, se entender que as informações prestadas pelo diretor do estabelecimento prisional não se conformam com o fim maior do princípio da individualização da pena. Por isso, em casos de especial gravidade ou complexidade, cremos que o juiz deverá determinar, ainda, que o condenado seja submetido ao exame criminológico, previsto no *caput* do art. 34, do CP e 8º, parágrafo único, da LEP, para fundamentar a sua decisão de conceder ou não o direito à progressão.

Quanto a este polêmico exame, é preciso frisar que o STF já decidiu pela sua validade, sempre o juiz da execução fundamentar a sua necessidade, em face da gravidade e complexidade do caso. Para a Suprema Corte, se a obrigatoriedade do exame criminológico, para fins de progressão de regime, foi abolido pela Lei n. 10.792/03, “*nada impede que, facultativamente, seja requerido o exame pelo juiz da execução.*”¹⁶ Desta forma, não obstante a imperatividade do comando normativo, o exame criminológico deve entendido como facultativo.

A comprovação do bom comportamento prisional, portanto, continua sendo requisito indispensável para a progressão de regime prisional.

16 HC n. 86.631-PR – rel. min. Ricardo Lewandowski. No mesmo sentido: HC n. 85.688-PR, rel. min. Celso de Mello; HC n. 88.149-GO, rel. min. Sepúlveda Pertence; HC n. 84.811-PR, rel. min. Joaquim Barbosa; HC n. 85.484-DF, rel. min. Gilmar Mendes; HC n. 88.533-PE, rel. min. Sepúlveda Pertence.

3.2 CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA E UM NOVO CONCEITO DE CONDENADO PRIMÁRIO

Além do requisito do bom comportamento prisional, o condenado por crime hediondo precisa, também, cumprir parte de sua pena em regime inicialmente fechado, para alcançar o direito à progressão.

No caso de condenado primário, exige a lei o cumprimento de *dois quintos* da pena. Por exemplo, o condenado a dez anos de reclusão, pelo crime de homicídio qualificado, se primário, deverá cumprir mais de quatro anos em regime inicialmente fechado. Se comprovar, também, bom comportamento carcerário terá direito a progredir para o regime semiaberto.

A nosso ver, o conceito de primariedade não é o mesmo aplicável aos condenados pelos demais crimes não hediondos. Cremos que, para o fim de aplicação desta norma penal especial mais rigorosa, primário será todo aquele que ainda não tenha sido condenado por crime hediondo, no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto da condenação posterior.

Se o crime anterior, com sentença condenatória transitada em julgado, não tiver sido classificado como hediondo, o agente, no momento da condenação por crime posterior desta espécie, deve ser considerado ainda primário. Portanto, poderá progredir de regime prisional após o cumprimento de dois quintos e não de três quintos da pena.

3.3 REINCIDÊNCIA GENÉRICA OU ESPECÍFICA?

No caso de reincidente, o tempo de cumprimento da pena para a progressão é de *três quintos*. Assim, o condenado a dez anos de reclusão, deverá cumprir, no mínimo, seis anos em regime fechado para ter direito à progressão ao regime semiaberto, que somente será concedido se comprovado, também, o bom comportamento carcerário.

Uma interpretação mais colada à literalidade da dicção deste dispositivo legal pode conduzir à leitura de que a reincidência ocorrerá mesmo quando o crime anterior não tenha sido considerado hediondo. Ou seja, basta que, no momento da prática do crime hediondo, objeto da

condenação posterior, o agente já tenha sido condenado por qualquer outro crime, como, por exemplo, pelo crime de furto.

Assim, adotado esse processo hermenêutico-literai o conceito de reincidência adotado pelo § 2º, do art. 2º, da LCH, teria se mantido fiel ao critério positivado no CP, que não faz distinção entre reincidência *genérica* e reincidência *específica*. Dessa forma, o condenado por crime de homicídio qualificado ou qualquer outro crime hediondo será considerado reincidente, se já ter sido condenado anteriormente por qualquer outro tipo de crime (furto, lesão corporal, calúnia, estelionato etc.).

Em conseqüência, deverá cumprir mais de três quintos de sua pena para obter o direito à progressão. Sem dúvida, esta poderá ser uma forma de interpretar e de aplicar este comando normativo mais severo quanto ao direito à progressão de regime prisional.

Creemos, entretanto, que o sentido mais correto de reincidência, no contexto do dispositivo legal em exame, deve ser buscado com base num processo hermenêutico não apenas literal e/ou lógico-sistemático, mas também nos princípios fundamentais do Direito Penal do Estado Democrático. Entre estes pontificam os princípios constitucionais da individualização, da humanidade, da pena criminal e da razoabilidade.

Por isso, a nosso ver, o conceito de reincidência - para o fim de aplicação desta norma penal de maior rigor - não coincide com aquele descrito no art. 63, do Código Penal e aplicável ao condenado pelas demais infrações penais não hediondas. Em conseqüência, cremos que somente poderá ser considerado reincidente e obrigado a cumprir três quintos da pena antes do direito à progressão, o agente que cometer um novo crime hediondo, após ter sido condenado por um crime desta mesma espécie, aí incluídos os crimes de tortura, de tráfico ilícito e o terrorismo.

É verdade que a nova lei não utiliza a expressão “condenado por crime da mesma espécie”, como utilizou no caso do livramento condicional (art. 83, inciso V, do CP)¹⁷. Mas é preciso reconhecer que a LCH

17 Sobre o conceito de reincidência genérica e específica previsto pelo inciso VI, do art. 83, do CP, ver: LEAL, João José. *Crimes Hediondos ...*, cit., p. 237-41 e *Direito Penal Geral*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 418-9; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, cit., p. 197-208; BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3; CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. DELMANTO, Celso e outros. *Código*

criou um subsistema punitivo especial ou próprio. Por isso, é válido argumentar que a reincidência, ali tratada de forma especial, refere-se à superposição de crimes catalogados como hediondos.

Cabe ressaltar que a posição hermenêutica aqui defendida parte da premissa de que, na hipótese de crime hediondo, os novos marcos de cumprimento da pena para a progressão são indiscutivelmente bem mais severos do que o período de apenas um sexto, exigido dos condenados – primários ou reincidentes – pelos demais crimes não hediondos. Entre estes, pode estar o autor de um homicídio simples ou de um roubo qualificado por lesões gravíssimas contra a vítima. A nosso ver, esta evidente desproporcionalidade de tratamento penal deve ser flexibilizada ou amenizada em nome dos princípios da humanidade da pena e da razoabilidade e de sua regra da proporcionalidade.

4 CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E PROGRESSÃO COM MAIOR RIGOR

No tocante ao crime de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, surge outro problema de hermenêutica: que tipos penais devem ser incluídos no âmbito de abrangência desta expressão normativa, para o fim de exigir-se os prazos de cumprimento dois e três quintos da pena, com vista à progressão de regime? A questão surge à medida em que a Lei n. 11.343/2006 – atual Lei Antidrogas – incrimina diversas condutas sem dar-lhes nomes jurídicos próprios ou distintos.

Um ponto de convergência doutrinária e jurisprudencial repousa na distinção entre o crime de tráfico ilícito e o de porte para consumo pessoal de droga. Nesta última hipótese, encontram-se incluídas as modalidades típicas de menor e de médio potencial ofensivo, previstas na Lei Antidrogas: oferecimento de drogas para consumo em conjunto (art. 33, § 3º); prescrição culposa de drogas (art. 38); e condução de embarcação ou aeronave após consumo de droga (art. 39 e parágrafo

Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 704-711; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 543-546; MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 336-339. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 430.

único).

Portanto, os autores dessas condutas de menor ou de médio potencial ofensivo previstas na Lei Antidrogas não estão sujeitos à norma contida no art. 2º, § 1º, da LCH e que estabelece requisitos de maior rigor para o reconhecimento do direito à progressão de regime. Aliás, o autor da infração penal de porte para uso pessoal de droga não está mais sujeito à pena privativa de liberdade. Nesta hipótese, não se pode falar sequer de progressão de regime.

No entanto, é preciso não esquecer que a Lei Antidrogas define outros tipos penais associados ao tráfico: petrechos para o tráfico de drogas (art. 34); associação para o tráfico (art. 35, parágrafo único); financiamento do tráfico (art. 36), e colaboração ao tráfico de drogas (art. 37). Em relação a estes tipos penais, seria possível argumentar-se que constituem espécies de crime de tráfico de drogas?

No tocante aos crimes de associação e de colaboração para o tráfico, parece não haver maior dificuldade para excluí-los da condição de tipos equiparados à categoria criminosa mais grave. O primeiro, durante a vigência da lei anterior, já foi objeto de decisões no sentido de que não se trata de crime hediondo.

Quanto ao crime de colaboração para o tráfico, a Lei n. 6.368/76 considerava-o como um dos tipos penais equiparados ao crime de tráfico (art. 12, § 2º, inciso III). Porém, a atual Lei Antidrogas deu-lhe nova redação, diminuiu a quantidade de pena e outorgou-lhe autonomia tipológica em face do tipo penal básico de tráfico ilícito, definido no *caput*, art. 33, dessa lei repressiva especial. Deixou, por isso, de ser um dos tipos penais equiparados ao tráfico ilícito de drogas.

Não se tratando propriamente de crimes de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, a estes dois tipos penais relacionados, mas não equiparados ao crime maior de tráfico ilícito, não se aplica a norma de maior rigor quanto à progressão de regime, prevista no § 1º, do art. 2º, da LCH.

A nosso ver, apenas os tipos penais definidos no art. 33, *caput* e suas modalidades típicas previstas no § 1º, incisos I a III (tipos penais *equiparados* ao tráfico), além dos crimes previstos nos arts. 34 (petrechos) e 36 (financiamento), da Lei n. 11.343/2006, é que podem ser enquadrados na denominação jurídicopenal “tráfico ilícito de entorpecentes

e drogas afins”.

Em conseqüência, somente os condenados por estes tipos penais ficam sujeitos ao cumprimento de três quintos da pena, como requisito objetivo para alcançar uma possível progressão de regime.

5 NOVA ASSIMETRIA NO SISTEMA PENAL: O ENORME HIATO TEMPORAL ENTRE PROGRESSÃO E LIVRAMENTO CONDICIONAL

O reconhecimento do direito à progressão de regime para condenados por crime hediondo, acabou por criar mais uma incômoda assimetria em nosso já desordenado sistema punitivo. Antes da Lei n. 11.464/07, como a LCH não admitia o direito à progressão, considerava-se “lógica” ou “razoável” a exigência do cumprimento de dois terços da pena, no caso de condenado primário – ou seja, de condenado “não reincidente específico em crimes desta natureza” - para a obtenção do livramento condicional, nos termos do art. 83, inciso VI, do CP.

Tratando-se de reincidente específico em crime hediondo, a lei penal não admite a idéia de concessão de livramento condicional.

Com a nova situação - e no caso de ser concedida a progressão de regime prisional - parece-nos despida de lógica jurídica a permanência do condenado durante um longo tempo nos regimes semiaberto e aberto para que lhe seja concedido o direito ao livramento condicional. A situação torna-se ainda mais desarrazoada em relação ao condenado reincidente específico por crimes hediondo, que agora poderá progredir de regime e, no entanto, não terá direito ao livramento condicional.

Esta inconveniente assimetria, agora inserida em nosso sistema punitivo, revela-se ainda mais despropositada no caso de progressão após o cumprimento de um sexto da pena, direito assegurado a partir da referida decisão do STF. Como conseqüência, o apenado por crime hediondo cometido antes da Lei n. 11.464/07, permanecerá um longo tempo de cumprimento da pena em regime aberto, que estará ocupando a função e o espaço penal reservados ao livramento condicional.

6 RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NA LEI N. 11.464/07: UMA HERMENÊUTICA CONFORME A DECISÃO DO STF

6.1 DIVERGÊNCIAS DA DOCTRINA QUANTO À RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

Esta questão está dividindo a doutrina.¹⁸ Boa parte dos doutrinadores entende que a nova lei, aparentemente mais favorável ao infrator, é na verdade mais severa. Portanto, sua eficácia retroativa, consagrada nos arts. 5º, inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, deve ser afastada. Não sendo norma penal mais benéfica, não pode ser aplicada aos casos pretéritos, mas tão somente aos crimes cometidos a partir de sua vigência, em 29 de março de 2007.

Em síntese, esta corrente doutrinária entende que a decisão do STF, que julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime, contida na versão original do § 1º, do art. 2º, da LCH, tem eficácia *erga omnes* e que, portanto, garantiu o direito a este benefício executóriopenal a todos os condenados por crime hediondo, a partir de 23.02.2006. Os requisitos, legalmente exigidos para a concessão da progressão, são os previstos no art. 112, da LEP, ou seja, bom comportamento carcerário e

18 Ver, sobre a acirrada divergência doutrinária, quanto à eficácia intertemporal da norma jurídica em exame: GOMES, Luiz Flávio. *Lei n. 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>. Acesso em: 08 maio 2007. SILVA, Amaury. *Crimes hediondos: Lei n. 11.464/2007 e fatos pretéritos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>>. Acesso em: 08 maio 2007. GRECO, Lucas Silva e. *Lei n. 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9689>>. Acesso em: 08 maio 2007. BASTOS, Marcelo Lessa. *Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 08 maio 2007. SILVA, Ivan Luís Marques da. *Previsões sobre a Lei n. 11.464/2007. Da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>>. Acesso em: 08 maio 2007.

cumprimento de um sexto da pena.

Como a nova lei passou a exigir, no mínimo, dois quintos de cumprimento da pena para a progressão, é evidente que se trata de norma de natureza penal mais rigorosa. Portanto, deve ser submetida à regra da irretroatividade, em termos de sua eficácia temporal.

Parte da doutrina, no entanto, entende que a decisão do STF não tem eficácia *erga omnes*, pois foi proferida no espaço hermenêutico judicial do controle difuso, para atender tão somente à demanda jurídica de um caso concreto. Em consequência, a decisão não teria força vinculante para desconstituir as demais situações jurídicas relacionadas à progressão de regime dos apenados por crime hediondo, que permaneceriam regidas por uma lei vigente e aprovada segundo o processo legislativo previsto na CRFB.

Há, ainda, o argumento, de que, no espaço político-jurídico do Estado Democrático, a produção do Direito é função constitucionalmente privativa do Poder Legislativo, não cabendo ao Poder Judiciário extrapolar a sua competência estritamente jurisdicional para criar o direito, principalmente, contra expressa disposição legal. Para esta corrente doutrinária, a mencionada decisão do STF não criou *um direito* à progressão após o cumprimento de um sexto da pena.

Em consequência, a norma contida na lei em exame deve ser considerada mais favorável ao infrator, se comparada com a anterior, agora revogada e que não admitia a progressão de regime prisional. Sendo norma penal mais benéfica, está sujeita, portanto, à regra da retroatividade consagrada nos arts. 5º, inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, devendo ser aplicada não somente aos casos futuros, mas também a todos os casos pretéritos.

6.2 IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI APARENTEMENTE MAIS BENÉFICA

É preciso reconhecer que a decisão do STF, manifestada pela maioria de seus membros, não ficou devidamente explicitada quanto ao alcance de sua eficácia, em relação ao direito à progressão para os demais condenados por crime hediondo. Na verdade, a questão relativa

aos efeitos *erga omnes* da decisão, embora por diversas vezes discutida, durante a longa e polêmica votação, não foi objeto da necessária notificação ao Senado Federal para que, nos termos do art. 52, inciso X, da CRFB, tomasse a iniciativa de suspender a execução da norma acoimada de inconstitucional.

No entanto, é preciso ressaltar que

o Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, *pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.*¹⁹

Desta forma, parece-nos evidente que o STF, ao reconhecer - mesmo que de forma incidental - a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão de regime, prevista na LCH, garantiu o direito dos condenados por crime hediondo a postular a obtenção deste benefício penal, após o cumprimento de mais de um sexto pena. Pode-se dizer que, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a norma contida no § 1º, do art. 2º, da LCH, manteve sua vigência formal, mas perdeu sua completa eficácia jurídica.

Se isto é juridicamente verdadeiro, é preciso admitir que, até a vigência da Lei n. 11.464/07, prevalecia uma situação jurídica bem mais favorável aos condenados por crime hediondo, que tiveram o direito garantido de postular a progressão de regime, após cumprimento de um sexto da pena.

Mesmo que tenha sido criado por decisão judicial, a verdade é que se trata de um direito aplicável a todos os condenados por crime hediondo que, naquele momento jurídico, encontravam-se na mesma situação jurídica, em termos de progressão de regime prisional.

19 STF: HC n. 52.959-SP.

Em conseqüência, todos os que tenham praticado crime hediondo antes da vigência da Lei n. 11.464/07 – aí incluídos os autores dos crimes de tráfico ilícito de drogas e tortura - poderão pleitear a progressão de regime prisional após o cumprimento de um sexto da pena. Basta que comprovem o bom comportamento carcerário.

Assim sendo, cremos que a nova norma penal, aparentemente mais benéfica por reconhecer um benefício até então negado pela lei formalmente revogada, é indiscutivelmente mais rigorosa. Por isso, não se pode reconhecer-lhe eficácia retroativa. Sua eficácia somente alcançará os condenados por crime hediondo praticado após a sua vigência, em data de 29.03.2007.

7 A NOVA SITUAÇÃO JURÍDICO-PENAL EM FACE DA POLÍTICA CRIMINAL E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Finalmente, cabe uma breve comentário sobre a Lei n. 11.464/07, à luz da moderna Política Criminal e dos princípios penais consagrados pela Constituição Federal. Quanto a estes, cremos que, com a nova lei, o subsistema punitivo de maior severidade penal representado pela LCH, reconciliou-se com os princípios da individualização da pena, da igualdade penal e, em parte, também, com o princípio da humanidade da pena consagrados no art. 5º, *caput* e incisos XLVI e XLVII, da CRFB.

A partir de agora, todos os condenados têm o direito assegurado de pleitear a progressão de regime prisional. Basta que atendam aos requisitos legais. Com isto, a nova lei colocou o processo de execução penal nos trilhos por onde trafega o princípio da igualdade penal. Trata-se, é verdade, de uma igualdade relativa, pois ainda dispensa tratamento de maior severidade aos condenados por crime hediondo, mas garante-lhes, assim mesmo, o mesmo direito assegurado aos demais condenados por crime não hediondo.

Com o direito à progressão assegurado, o pressuposto prático do princípio da individualização da pena foi restabelecido pela lei penal em exame. A partir de agora, os juízes não se encontram mais impedidos de decidir, com a devida discricionariedade, sobre este relevante e básico componente do princípio individualizador.

Quanto ao princípio da humanidade da pena, a doutrina lá formulou críticas ao rigor desproporcional representado pela nova exigência de cumprimento de dois ou de três quintos da pena para a progressão de regime.²⁰ Realmente, é preciso reconhecer a severidade deste lapso temporal bem maior de cumprimento da pena, se comparado ao prazo exigido dos demais condenados por crime não hediondo – mesmo os reincidentes – que é de apenas um sexto para a progressão de regime.

Neste ponto, cremos que a nova lei representa uma resposta do Parlamento à opinião pública que tem se manifestado, com veemência, a favor de um Direito Penal de maior severidade como instrumento de combate – discutível é verdade – aos elevados e assustadores índices da violência brasileira. No entanto, um fato parece verdadeiro: após dezessete anos de vigência da LCH, a criminalidade brasileira não diminuiu.

Se estes novos marcos temporais de cumprimento de pena em regime inicialmente fechado são efetivamente desumanos e, portanto, juridicamente inadmissíveis, é uma questão que precisa ser discutida e refletida com base nos princípios da moderna Política Criminal. Formalmente, cabe reconhecer que a nova lei, ao afastar uma proibição inconstitucional, por atentar contra os princípios da humanidade e da individualização da pena e restabelecer o direito à progressão, avançou no sentido de tornar nosso direito penal menos rigoroso e mais coerente com o sistema penitenciário progressivo.

Cremos que uma reflexão séria e desideologizada acerca das regras politicamente mais adequadas acerca do sistema punitivo em seu conjunto e do processo de execução penal de forma específica, deve considerar os princípios constitucionais penais garantidores da liberdade individual, mas também o princípio da segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos os cidadãos.

Em termos de Política Criminal, é preciso reconhecer que a severidade ou o maior rigor das normas positivadas na LCH manifesta-se

20 SILVA, Ivan Luís Marques da. *Previsões sobre a Lei n. 11.464/2007. Da resolução “indireta” do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>>. Acesso em: 17 maio 2007.

em face de um sistema punitivo relativamente brando como o nosso. Principalmente, em relação às condutas que lesam bens jurídicos pertencentes à ordem econômico-financeira e tributária, onde transita condescendência tão grande no controle penal desses crimes que a regra tem sido a impunidade.

No entanto, se compararmos com o de outros países, ²¹teremos de reconhecer que o nosso sistema punitivo – aí incluídas as normas integrantes da LCH – é ainda, significativamente, brando. Ao menos em termos quantitativos.

Por tudo isso, uma reflexão séria e desideologizada acerca das regras politicamente mais adequadas acerca do sistema punitivo em seu conjunto e do processo de execução penal de forma específica, deve considerar os princípios constitucionais penais garantidores da liberdade individual, mas também o princípio da segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos os cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Pelo novo texto legal, o condenado por crime hediondo continua obrigado a iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Mas, não está mais condenado a permanecer neste regime mais rigoroso até alcançar o livramento condicional (quando for o caso!) ou a extinção da pena.

2. A mudança operada no texto original foi defendida por boa

21 O Código Penal da Argentina, adota a pena de prisão perpétua, somente admitindo, para este caso, o livramento condicional após o cumprimento de vinte anos de reclusão; para os demais casos de pena de prisão superior a três anos, a exigência de cumprimento de dois terços da pena (art. 13). No Chile, o livramento condicional para os condenados à prisão perpétua somente é admitido após o cumprimento de 40 anos da pena (art. 32 bis); o livramento pode ser concedido após o cumprimento de metade da pena, mas a lei seleciona um série de crimes mais graves para os quais é exigido o cumprimento de dois terços da pena. No Direito Penal espanhol, o livramento somente é concedido após o cumprimento de três quartos da pena (art. 90.1, b, do Código Penal). O Direito Penal francês prevê um *período de segurança*, de 18 anos, para o condenado à prisão perpétua e de metade da pena para o condenado a mais de dez anos. Durante esse período o condenado não poderá ser beneficiado com a progressão de regime, nem com o livramento condicional.

parte da doutrina que, desde o primeiro momento, apontou para a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da LCH. Os penalistas sempre entenderam que esta norma - de absoluta proibição *a priori* - contrariava os princípios constitucionais da individualização e da humanidade da pena, além dos princípios do devido processo legal e da igualdade.

3. A jurisprudência percorreu um caminho contrário àquele trilhado pela doutrina, com decisões divergentes e marcadas por uma hermenêutica de comprometimento com o sentido literal da lei positiva, até a votação pelo STF, do HC n. 82.959/SP, ocorrida em 23.02.2006 e que passou a admitir o direito à progressão.

4. A progressão de regime é uma das fases do sistema penitenciário progressivo, adotado pelo Código Penal brasileiro, em seu art. 33, § 2º. Portanto, a proibição absoluta deste benefício contraria um dos princípios consagrados por nosso sistema penal.

5. A proibição absoluta do direito à progressão contrariava, também, os princípios da individualização e da humanidade da pena.

6. A Lei 11.464/07 reflete o novo entendimento jurisprudencial do STF, além de perfilhar dispositivos das duas leis penais que tratam de crimes hediondos. Está de acordo, também, com o pensamento da doutrina penal, que sempre defendeu a tese da progressão de regime prisional.

7. Com a nova redação dada ao § 2º, do art. 2º, o condenado por crime hediondo poderá progredir de regime prisional, desde que comprove, por atestado do diretor do estabelecimento prisional, bom comportamento carcerário.

8. Para o fim de aplicação desta norma penal especial mais rigorosa, primário deve ser considerado todo aquele que ainda não tenha sido condenado por crime um hediondo, no momento da prática do crime hediondo posterior e objeto da segunda condenação judicial.

9. No caso de reincidente, o tempo de cumprimento da pena para a progressão é de *três quintos*. O conceito de reincidência não deve coincidir com aquele descrito no art. 63 do Código Penal e aplicável ao condenado pelas demais infrações penais não hediondas.

10. Somente o condenado pelos crimes dos art. 33, *caput*, § 1º, incisos I a III, 34 e 36, da Lei Antidrogas, devem ficar sujeitos ao cum-

primento de dois ou de três quintos da pena para alcançar uma possível progressão de regime.

11. O reconhecimento do direito à progressão de regime para condenados por crime hediondo, criou mais uma incômoda assimetria em nosso já desordenado sistema punitivo, pois parece despida de lógica jurídica a permanência do condenado, durante um longo tempo nos regimes semiaberto e aberto antes do livramento condicional.

12 A maior parte dos doutrinadores entende que a nova lei, aparentemente mais favorável ao infrator, é na verdade mais severa. Portanto, sua eficácia retroativa, consagrada nos arts. 5º, inciso XL e 2º, parágrafo único, do CP, deve ser afastada, Não sendo norma penal mais benéfica, não pode ser aplicada aos casos pretéritos, mas tão somente aos crimes cometidos a partir de sua vigência, em 29 de março de 2007.

13. Ao julgar o HC n. 82.959-SP, o STF não deixou claro os efeitos *erga omnes*, pois não houve notificação ao Senado Federal para a revogação da norma acoimada de inconstitucional. No entanto, ao reconhecer - mesmo que de forma incidental - a inconstitucionalidade da norma proibitiva da progressão de regime, prevista na LCH, o STF garantiu o direito dos condenados por crime hediondo a postular a obtenção deste benefício penal, após o cumprimento de mais de um sexto de pena.

14. A nova norma penal, aparentemente mais benéfica por reconhecer um benefício até então negado pela lei formalmente revogada, é indiscutivelmente mais rigorosa. Não se pode reconhecer-lhe eficácia retroativa.

15. Ante o exposto, a nova norma contida no art. 2º, § 2º, da LCH, deve ser aplicada tão somente aos crimes hediondos e seus assemelhados praticados a partir da vigência da Lei n. 11.464/07. Em consequência, o condenado por crime desta natureza, praticado antes da vigência desta lei, tem o direito à progressão de regime prisional após o cumprimento de um sexto da pena.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Rômulo Souza de. *O Resgate Constitucional da Individualização da Pena*, *Boletim IBCCrim*, n. 161, abril 2006, p. 10-11.

BARTOLI, Márcio. *Crimes Hediondos*. *Revista dos Tribunais*, 684/299.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 08 maio 2007.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

___ *O Regime Progressivo em Face das Leis n. 8.072/90 e 9.455/97*. *Boletim IBCCrim*, n. 58 (ed. especial), set/97, p. 2.

___ *Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9.455/97*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19, junho-setembro/97, pp. 55 a 72.

___ *Crime Hediondo: Um Conceito-Fantasma à Procura de um Legislador Penal*, *Boletim IBCCrim*, n. 161, abril 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *STF admite progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

___ *Lei n. 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>. Acesso em: 08 maio 2007.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Limites à progressão de regime da Lei n. 8.072/90: vedação de extensão do julgado do STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8140>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

GRECO, Lucas Silva e. *Lei n. 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9689>>. Acesso em: 08 maio 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 704-711.

GUIMARÃES, Luciano D'Abadia. *O Supremo, a progressão de regime e o livramento condicional nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 986, 14 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8097>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, João José. *Crimes Hediondos. A Lei 8.072/90, como Expressão do Direito Penal da Severidade*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Direito Penal Geral*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

_____. *A Convenção da ONU contra a Tortura e o Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 671/398-401.

_____. *Tortura como Crime Hediondo Especial*, Revista dos Tribunais, 771/454-469, janeiro 2000.

_____. *Indulto Humanitário para Condenado por Crime Hediondo e a Inconstitucionalidade do art. 2º, I, da Lei 8.072/90*, Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8097>>. Acesso em: 24 abr. 2007. *Boletim Jurídico*, www.boletimjuridico.com.br.

_____. *Nova Política Criminal sobre Drogas: Infrações de Médio e de Menor Potencial Ofensivo Previstas na Lei N. 11.343/2006*. Boletim Jurídico. Uberaba, N. 211, 07.01.2007, www.boletimjuridico.com.br/doutrinas. Jus Navigandi, Teresina, N. 1281, 03.01.2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8097>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

_____. *Política Criminal e a Lei N. 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

LOPES, Jair Leonardo. *As Reações à Decisão do STF sobre a Progressão nos Crimes Hediondos*, Boletim IBCCrim, n. 161, abril 2006, p. 6-8;

MARCÃO, Renato. *Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8073>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

MARQUES, Oswaldo H. Dueck. *Breves Considerações sobre a Criminalização da Tortura*. Boletim IBCCrim, n. 56, julho/97, pp. 6-7.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 21^a ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Fernanda Teixeira Zanóide de. *O STF foi além da Progressão do Regime Prisional*.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8055>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

OLIVEIRA, Paulo Sérgio de. *Crimes Hediondos: O Ideal e o Razoável*, Boletim IBC-Crim, n. 161, abril 2006, p. 9.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Régis e Carvalho, Érika Mendes de. *Delito Político e Terrorismo: Uma Aproximação Conceitual*. RT 771, janeiro 2000, p. 434.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Algumas Considerações sobre a Nova Lei de Tortura*. Boletim IBCCrim, n. 54, maio/97.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Previsões sobre a Lei n. 11.464/2007. Da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>>. Acesso em: 08 maio 2007.

SILVA, Amaury. *Crimes hediondos: Lei n. 11.464/2007 e fatos pretéritos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>>. Acesso em: 08 maio 2007.

TELLES, Ney Moura. *A Lei n. 9.455/97 Revogou o Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos*. Revista Consulex, n. 5, maio/97, p. 18-24.

TRAD, Fábio. *A Progressão de Regime Prisional e o seu Impacto no Discurso dos Modelos de Justiça Penal – Diagnóstico e Perspectiva*. Boletim IBCCrim, n. 161, abril 2006.

SILVESTRE, Fábio Galindo. *Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos*.

Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Crimes Hediondos. Fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, abr-jun, 1992, p. 68.

YABIKU, Roger Moko. *Um estudo de caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos: o HC n. 82.959-7 e a imprensa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1022, 19 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8273>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

LIVROS DIGITAIS (E-BOOKS): A FUNÇÃO SOCIAL E A PIRATARIA VIRTUAL - DIREITOS AUTORAIS FRENTE AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler
Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

O artigo tem por objeto a análise do tema dos livros digitais (E-books), incluindo sua definição e histórico e abarcando os conflitos entre o impacto social, os direitos constitucionais, a propriedade intelectual e os direitos autorais. Expõe-se a situação atual frente à pirataria, das bibliotecas públicas e os motivos da fragilidade do sistema de comércio eletrônico deste bem. Por fim, argumenta-se sobre a necessidade de se haver legislação específica e sobre a alternativa das bibliotecas virtuais.

PALAVRAS-CHAVE: Livro digital. Legislação eletrônica. Direito autoral. Pirataria virtual. Internet.

INTRODUÇÃO

Este trabalho diz respeito às implicações legais e sociais da difusão irrestrita dos livros digitais (e-books). Não havendo legislação específica para tal propósito, o texto baseia-se na Lei de Direitos Autorais (Lei

9.610/98) e na Constituição da República Federativa do Brasil, responsáveis pelo assunto.

Inicialmente, há uma contemporização destinada ao melhor entendimento do tema por parte do leitor, onde um breve histórico, a situação atual do comércio virtual, a definição e as características de livros digitais são apresentados. Em seguida, faz-se uma análise argumentativa da contraposição das leis vigentes referentes, do impacto social causado por tal prática e as perspectivas de solução para as divergências. Por fim, enfatiza-se a necessidade de implementação de um sistema nacional de bibliotecas virtuais e de uma legislação especial que constitua uma adaptação entre os direitos do autor sobre suas criações e a exigência social do acesso ao material.

1 AS CARACTERÍSTICAS DA LITERATURA DIGITAL

Em um mundo influenciado pelo avanço da tecnologia, a presença da informação virtual é evidente. Os veículos de comunicação propagaram-se pela nova divisão do espaço e a mídia digital passou a ter prestígio na comunidade. Com isso, houve o surgimento e o interesse pelas diversas formas de arquivos digitalizados propagadores de informação, como os periódicos, as revistas eletrônicas e os livros virtuais.

Um livro editado digitalmente para que sua leitura seja possível pelos diversos equipamentos eletrônicos é um livro digital, o chamado e-book (*eletronic book*). É uma boa alternativa para autores que não possuem vínculos editoriais e desejam ingressar no universo da produção literária, um método simples e eficiente de divulgar uma obra à sociedade. Os livros digitais podem ser encontrados facilmente na rede mundial de computadores, a internet. Basta uma pesquisa rápida em um sítio de busca, uma seqüência de cliques e logo um arquivo contendo a obra digital é baixado da rede. A grande discussão encontra-se acerca da maneira pela qual é feito o controle sobre os direitos autorais das obras publicadas, a divulgação de material. A vulgarização da réplica de obras digitais traz à tona a pirataria já muito disseminada na sociedade brasileira.

[...]talvez o que precisemos seja algum tipo de

princípio unificado e/ou lógico que nos permita harmonizar as várias leis de direito de autor e “copyright”, para que possamos ter, mais ou menos, um padrão e que, como parte deste processo, possa nos ajudar a alcançar o equilíbrio entre o controle do detentor do direito de autor e o acesso das pessoas e seus direitos de uso. (RUBIN, 2001)

O Projeto Gutenberg foi o precursor no instituto da digitalização de documentos. É a mais antiga biblioteca virtual, fundada em 1971 por Michael Hart. Seu acervo conta com obras completas provenientes de domínio público e de obras que tiveram os direitos autorais cedidos pelos autores. A missão do Projeto Gutenberg, segundo seu criador, é de encorajar a criação e distribuição de livros eletrônicos. Contudo, há muita cautela ao verificar-se o estado dos seus livros de acordo com seu respectivo direito autoral, principalmente nos Estados Unidos da América, país sede do projeto. O material só é acrescentado após criteriosa verificação da legalidade do ato. Aqui, pode-se fazer uma primeira crítica à legislação brasileira. A Lei dos Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) versa que uma obra será de domínio público após setenta anos na morte de seu autor, o que é um exagero. Em alguns países, como os Estados Unidos, o tempo para que uma obra seja inserida ao domínio público começa a correr a partir da publicação da obra, e não da morte do autor. O resultado disso repercute no acervo das bibliotecas virtuais, que acabam sendo restringidas a um número relativamente pequeno de obras que podem ser disponibilizadas gratuitamente.

Inúmeros motivos podem ser apontados como os responsáveis pela febre que se tornaram os livros digitais. Primeiramente, não há despesas com o frete em casos de compras a distância. O livro é recebido via *download*, descarregando o arquivo da rede. Além disso, compras internacionais não são oneradas com entraves alfandegários. O preço é muito mais barato do que o de um livro impresso em papel, não há estoque, distribuição, ponto físico de revenda e, obviamente, impressão – um ponto forte em uma sociedade cada vez mais consciente acerca do respeito ao meio ambiente. Outro ponto surpreendente é o de que os *e-books*, através de programas exclusivos, permitem que pessoas portadoras de necessidades especiais possam lê-los eficientemente, através de ferramentas que aumentam o texto – chegam a aumentar dezesseis

vezes -, convertem para Braille e até mesmo para áudio. A inovação desses livros chega ainda mais longe: alguns possuem capacidade multimídia. O que quer dizer que podem ser constituídos, além de palavras e figuras, de vídeos, animações, simulações gráficas e interação direta com o leitor. Não é necessária iluminação exterior para a leitura e não requerem espaço físico significativo para a conservação de material, uma biblioteca inteira pode ser guardada em um objeto menor do que um livro comum. Os benefícios proporcionados pelos livros digitais são incontestáveis.

Os livros virtuais geralmente estão compilados em formato PDF, um formato de documento portátil. Este tipo de arquivo foi concebido especialmente para conservar e manter a preservação da qualidade de documentos, tanto profissionais, quanto de uso comum, independentemente do computador ou impressora utilizados. Para que se faça a leitura deste tipo de documento, é necessário um programa, um *E-book Reader* (Leitor de livros digitais). Há diversos espalhados na rede mundial, como o famoso Adobe Acrobat Reader, disponível gratuitamente. Em alguns dos programas, é possível fazer, também, anotações próprias do leitor ao lado da obra. Um livro digital não precisa necessariamente ser lido em um computador, já existem aparelhos multifuncionais portáteis que permitem a sua leitura.

O acolhimento por parte das editoras ainda é muito sutil. Motivadas pelo descrédito na segurança da proteção das obras, o ingresso no mercado virtual não agrada a maioria das empresas do ramo. Contudo, pode-se dizer que isto é uma questão de tempo, já que inevitavelmente os livros digitais tendem a compreender uma parcela cada vez maior de leitores. Em breve, será uma questão de necessidade a participação neste mercado. A tendência é uma progressiva redução do número de publicações impressas. Acredita-se que em duas décadas, estatisticamente, haja uma redução de até 20% de livros, devido ao surgimento de autores que disponibilizarão suas obras apenas na Internet.

A tecnologia acarretou transformações na maneira como a informação é gerada, absorvida e partilhada. O que não significa que os livros impressos perderam seu valor. Como disse Túlio Lima Vianna:

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis, que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na

íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impressos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido no mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas. (VIANNA, 2006, p.15)

O mesmo autor defende que a divulgação livre de obras digitais permite ao autor uma visibilidade maior, acarretando-lhe prestígio e valor como profissional. A recompensa financeira virá naturalmente por meio de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que remunerarão indiretamente seu trabalho intelectual (VIANNA, 2006, p.16).

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A FUNÇÃO SOCIAL

Historicamente, o direito vigente em uma sociedade adapta-se conforme a mudança de ideologias e costumes dos cidadãos, decorrente do progresso científico ou cultural. A evolução da *internet* aconteceu de maneira tão súbita que a legislação não a acompanhou. Como disse Braga: “A história da humanidade é marcada pelo descompasso entre a evolução social e a proteção legislativa” (BRAGA, 2005). Consoante à necessidade de reformulação das normas, o País assiste a uma série de lacunas legislativas que propiciam prejuízos importunos no que tange à relação dos direitos autorais e às novas tecnologias. Ainda segundo Braga:

Como poderão, então, conviver no mundo pós-moderno, criadores intelectuais e os cidadãos em geral sedentos de acesso aos bens intelectuais? Como sempre conviveram, respeitando regras criadas para disciplinar a utilização de obras protegidas, desde que essas mesmas regras não inviabilizem a difusão da cultura. As leis de di-

reitos autorais são elaboradas com essa finalidade.
(BRAGA, 2005)

Existe uma distinção que é extremamente apropriada para o estudo da distribuição de obras por veículos eletrônicos. A obra grátis e a obra de utilização livre. A obra grátis significa que não há a necessidade de pagamento para o recebimento do material. Diferentemente, a obra de utilização livre permite a livre distribuição, utilização do material e adaptação. Portanto, o fato de conseguir uma obra sem o efetivo pagamento por tal não significa que sua utilização é livre para qualquer fim. Um escritor, por exemplo, não pode adaptar uma obra para os palcos, sem o consentimento do autor, alegando que a obra baseada pode ser obtida sem custo.

Os textos de obras literárias, artísticas ou científicas são considerados obras intelectuais protegidas de acordo com a Lei do Direito Autoral Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou, portanto a utilização e a reprodução parcial ou integral da obra dependem de autorização prévia e expressa do autor. Segundo tal lei, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro (Lei n. 9.610/98, inciso II, art. 46). A lei que vigorava anteriormente, de 1973, Lei n. 5.988/73 foi revogada pela LDA/98. Acerca da questão da cópia privada, a lei revogada indicava que uma reprodução, em um só exemplar, para uso privado não constituía ofensa aos direitos autorais. A nova lei destaca que apenas pequenos trechos são permitidos. O fato de “pequenos trechos” não explicitarem a quantidade permitida é uma questão de grande discussão. Há entendimento de que o termo “pequenos trechos” não se refere à extensão e sim ao conteúdo da obra. Por outro lado, algumas universidades, como a USP e a FGV, baixaram uma portaria para regular o assunto polêmico, considerando “pequenos trechos” como capítulos de livros e artigos de periódicos ou revistas científicas. Há um projeto de lei que propõe a mudança na lei de direitos autorais que propõe que até 25% da obra possa ser reproduzida. (PLS 131/2006). Outro ponto conflitante do artigo é o que diz respeito ao uso privado do copista. Há divergências de opiniões sobre o fato de, depois de fazer a cópia de pequenos trechos para uso privado, o possuidor deste material poder ou não disponibilizar a sua cópia como fonte de informação a um eventual terceiro interessado. Segundo Rogério Neres

de Sousa:

De um lado temos o legítimo direito de autor previsto e protegido pela lei. De outro temos o acesso à cultura e educação dos cidadãos também observados pelo legislador infraconstitucional no momento em que traz certa limitação ao direito do primeiro. (SOUSA, 2007)

A LDA/98 é fundamentada no direito assegurado pela Constituição da República, que em seu artigo 5º, inciso XXVII, garante: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Também na Constituição da República, em contraposição, está afirmado o direito à informação, incluso no mesmo artigo 5º, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação (...)”, e no inciso XXIII, sobre a propriedade, afirma: “A propriedade atenderá a sua função social”. É relevante lembrar que a propriedade compreende tanto a órbita material (física), quanto imaterial (intelectual). Portanto, de acordo com a Constituição, o autor de uma obra possui o direito exclusivo de sua obra. Entretanto, um cidadão tem assegurado o seu direito à informação e a propriedade intelectual do autor deve atender a sua função social. Mesclando tais informações com a realidade social brasileira, percebe-se que nem o autor tem os direitos exclusivos assegurados, nem o cidadão brasileiro tem acesso à informação.

Ainda na Constituição da República, no terceiro capítulo, artigo 205º, afirma que o Estado é responsável pela educação e que deve acontecer com a colaboração da sociedade: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. No artigo 206º, inciso II, a Constituição afirma que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”. O artigo 208, inciso V, garante que o Estado é o responsável pelo “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. O artigo 215 afirma que o Estado garantirá o acesso às fontes da cultura nacional e que apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. No artigo

216, incisos I, III e IV, considera as “formas de expressão”, “as criações científicas, artísticas e tecnológicas” e as “obras, (...) documentos, (...) destinados às manifestações artístico-culturais” como constituintes do patrimônio cultural brasileiro, que tem seu acesso garantido pelo artigo anterior. Fica perceptível a dificuldade causada devido à existência de antinomias, contradições legislativas, na difícil tarefa de equilibrar os interesses do cidadão e do autor.

Na conjuntura atual, por meio da facilidade encontrada na transmissão de informações e, também, do relativo anonimato virtual verificado devido à precária fiscalização, a desobediência da lei tornou-se um ato ilícito trivialmente cometido, reforçado ainda pelo fato de não existir legislação própria. Sistemas de busca virtuais remetem o usuário a sítios com banco de dados e obras integrais, na maioria, sem a devida regulamentação referente à Lei de Direitos Autorais. A instantânea e avançada tecnologia digital trouxe como conseqüência uma desordem global relativa à aplicação das leis domésticas de um país. Haja vista que cada Estado confere aos cidadãos as leis para os atos praticados dentro de seus domínios. Como exemplo, pode-se citar o caso da última obra da saga de “Harry Potter”. O sétimo livro foi lançado mundialmente na língua inglesa e, em apenas duas semanas, não só a obra integral estava disponível na rede em formato de livro digital, mas a obra completamente traduzida para o idioma português, fato que só ocorreria alguns meses depois. O caso do russo Dmitry Sklyarov também é um exemplo, mas será abordado no desenrolar deste artigo. É preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre os direitos dos autores e dos cidadãos. O desafio é definir as fronteiras de um mundo virtual, pois não existem.

Atualmente fala-se muito de ciberespaço. Pode-se dizer que ciberespaço é o produto da convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e do audiovisual, que é possibilitada pela linguagem binária da informática, ou seja, pela digitalização. A informática com a tecnologia digital representam o novo paradigma tecnológico a que o direito de autor deverá se adaptar. Tanto o sistema legislativo nacional como os sistemas de outros continentes demonstram que existe um grande defasamento entre as leis autorais e

as novas possibilidades da tecnologia. (GOMES; MENDES, 2002)

As divergências indiretas entre as leis que regulam os direitos do autor e as leis que asseguram a formação do cidadão nos remetem a um debate filosófico. Uma legislação específica para a questão da propriedade intelectual virtual é imprescindível. Rogério Neres de Sousa afirma que “em confronto com o direito de autor, não obstante a sua legitimidade, certo é que deve prevalecer o incentivo à formação educacional e cultural dos cidadãos brasileiros, haja vista, serem estes pilares fundamentais para construção de uma sociedade justa e igualitária” (SOUSA, 2007). A formação intelectual do cidadão é o que constitui o progresso nacional; os direitos da propriedade intelectual, entretanto, da produção literária e sua respectiva remuneração, que também é um incentivo, devem ser assegurados pelo sistema. Com incentivos financeiros reduzidos, a previsão de produção cultural cai vertiginosamente. Portanto, sempre haverá uma legislação que preserve tais direitos, preservando assim, a evolução da produção cultural. É preciso encontrar, em uma nova legislação, o meio-termo capaz de identificar o equilíbrio que impulsionará o desenvolvimento da cultura no País. O acesso à informação e à cultura é um direito constitucional resguardado, um dever do Estado. A sociedade brasileira carece de função social da propriedade privada, que deve ser cobrada, respeitando os limites legítimos e, é claro, do bom senso.

A facilidade no acesso à cultura que a rede mundial de computadores proporciona revolucionou o ensino mundial. Antigamente, uma pesquisa demoraria horas a mais do que atualmente. Não só pelo fato físico de disposição de fontes, mas pelo difícil acesso, sincronização e organização das informações em um sistema integrado e didático. Enciclopédias virtuais, como a *Wikipedia*, oferecem conhecimento que cerca de dez anos atrás era restrito ao privilégio de um pequeno número distinto de pessoas. Os diversos projetos governamentais e não-governamentais de inclusão digital propiciam - a uma parcela cada vez maior da sociedade brasileira - o exercício dos direitos constitucionais citados. Portanto, não há ignorância em dizer que a pirataria literária encaixa-se numa lacuna cultural e exerce uma função social importantíssima para o desenvolvimento da formação intelectual do cidadão brasileiro. A pirataria virtual de livros digitais, materializada pela disposição de obras por diversos portais de arquivos, difere muito da pirataria usual,

observado em camelôs e comércio ilegais, pela razão de que não há um ato comercial concretizado, quem disponibiliza o faz gratuitamente.

A crescente incorporação de acervos digitais por parte das bibliotecas, a criação de bibliotecas virtuais independentes e a disponibilidade de todo esse material ao usuário da rede mundial de computadores é a grande esperança na perspectiva de solução do problema. Uma ferramenta importantíssima que pode ser amplamente utilizada na rede de bibliotecas nacional. A destinação de verbas governamentais para bibliotecas públicas está longe de ser suficiente, por isso a interação de sistemas proveniente das bibliotecas virtuais pode ser fundamental para inibir a precarização do acervo bibliotecário acessível ao povo.

As qualidades das bibliotecas virtuais são diversas. O acesso é possível durante todo o tempo, não possui horário de funcionamento, o sistema de busca é muito mais eficiente do que o Sistema Decimal de Classificação de Dewey, que é o implantado em bibliotecas tradicionais. Além disso, um novo e promissor sistema de acervo virtual está sendo implementado em bibliotecas mundo afora. As bibliotecas utilizam arquivos eletrônicos que podem ser “emprestados” ao usuário e, quando o prazo de empréstimo expira, o livro digital consome e passa a ser um arquivo inútil, devolvendo à biblioteca o direito de emprestar o arquivo a outro usuário. Esses arquivos são disponibilizados gratuitamente, e precisam apenas de registro por parte do usuário que “retira” sua obra da biblioteca virtual. Assim é possível o controle por parte da biblioteca, que possui um número certo de cópias em uso no período, respeitando, portanto, os direitos autorais. O leitor recebe uma licença para ler o livro digital durante o tempo em que está emprestado. Para que isso seja possível, há muitos estudos na área de criptografia de obras digitais. A implementação de uma numeração eficiente que individualize o livro é muito importante, para controle de segurança e até mesmo para contratos entre autores e editoras, impondo limites sobre o “esgotamento” da edição. Entretanto, é preciso cautela. A fragilidade das operações muitas vezes é exposta. Como aconteceu em 2001, quando Dmitry Sklyarov, um programador russo, foi preso em uma conferência nos Estados Unidos onde apresentava um trabalho acadêmico sobre a fragilidade do sistema de criptografia de *e-books* da empresa Adobe Systems. O fato gerou uma onda internacional de protestos, o que acabou liberando Sklyarov. Houve uma grande repercussão sobre o ilícito cometido por uma pessoa que pratica um ato em que seu país é legalizado. Um

acontecimento comum no mundo virtual, sem fronteiras delimitadas. A confiança na garantia do sistema é a alavanca que falta para a completa incorporação das editoras ao mundo virtual e o conseqüente *boom* dos livros digitais.

CONCLUSÃO

A sociedade exige acesso a um material que a legislação, com foco em um modelo ultrapassado, não permite. O combate à pirataria virtual é ínfimo. Há a necessidade de aprimorar a formação intelectual do cidadão. Feita a reflexão acerca das informações, conclui-se que alguma medida deve ser tomada para consertar estas discrepâncias. A adequação a um modelo que seja eficaz para os problemas sociais brasileiros começa com a adaptação legislativa sobre o assunto, uma legislação específica, há tempos, é necessária. Enquanto isso, um sistema nacional de integração entre as bibliotecas virtuais pode ser uma excelente solução, pois o processo de implementação é ágil e possível. Apesar de relativamente complexo, em pouco tempo, com o apoio da sociedade, pode ser completamente executado. As bibliotecas brasileiras poderiam ser atualizadas a custos pouco onerosos ao Estado e os processos de inclusão digital poderiam embarcar nos projetos e fazer valer suas finalidades.

O combate à pirataria virtual literária é praticamente nulo no Brasil. A ocultação do que está acontecendo diariamente na rede mundial de computadores não pode acontecer. A facilidade na aquisição de uma obra integral sem custos para o leitor é uma tentação que fomenta o intercâmbio de livros digitais, inclusive com comunidades exclusivas em sites de relacionamento. Um combate efetivo pode acontecer, mas este não é o caminho. Muito gasto, pouco resultado. Além disso, não é o ideal para uma política voltada ao desenvolvimento, ao progresso. Remar contra a maré nunca é o melhor a se fazer. O Direito deve adaptar-se às mudanças de costumes e não o contrário.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Glória. *Propriedade Intelectual – Não há conflito entre novas tecnologias e Direito Autoral*. Revista Consultor Jurídico, 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/36033,1>> Acessado em: 2 out. 2007.

EBI, Kevin. *Coloque uma Biblioteca em Seu Bolso*. [S.l.: s.n.] Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/windowsmobile/articles/ebooks.msp>> Acessado em 2 out. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Pérciles Varella; MENDES, Siomara Age. *Direitos autorais nos cursos a distância via Internet*. [s.n.] 2002. Disponível em: <<http://www.abed.org.br/congresso2002/trabalhos/texto53.htm>>. Acessado em: 19 set. 2007.

PROJETO GUTENBERG. [s.n.], 2007. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org>> Acessado em: 3 out. 2007, 21:50.

RUBIN, Anete. *Globalização da propriedade intelectual no séc.21*. . [s.n.] 2001. Disponível em: <<http://www.aneterubin.adv.br/globalizacao.htm>>. Acessado em: 19 set. 2007.

SOUSA, Rogério Neres de. *Leitura proibida - Lei do Direito Autoral dificulta acesso à cultura*. [s.n.] 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54286,1>> Acessado em: 2 out. 2007.

VIANNA, Túlio Lima. *A Ideologia da Propriedade Intelectual*. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. [s.n.], 2007. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Spam>>. Acessado em: 3 out. 2007, 21:45.

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Max Zuffo

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 Das discussões acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta - 2 Da análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo: o termo de ajustamento de conduta enquanto contrato administrativo - 3 A evolução na teoria contratual no direito privado - a socialização dos contratos - 4 Os interesses públicos como elos entre a função social do contrato no Direito Civil e a supremacia do interesse público nos contratos administrativos - 5 Da função social do termo de ajustamento de conduta - Conclusão – Síntese Dogmática

1 DAS DISCUSSÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O termo de ajustamento de conduta, introduzido no ordenamento jurídico a partir do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi incorporado no texto da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) por intermédio do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que incluiu o §6.º ao art. 5.º do referido diploma legal, criando a possibili-

dade de que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública tomassem dos interessados um compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que tenha eficácia de título executivo extrajudicial, sanando em parte a grande discussão doutrinária existente a respeito da possibilidade de celebração de acordos envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta surge dessa forma como o instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

Seu objeto, como se pode extrair da sua previsão legal, é necessariamente a adequação da conduta do agente que tenha causado ou venha a causar dano a qualquer um dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos tutelados por meio de ação civil pública às determinações legais, sendo condição de validade do ajustamento de conduta a integral reparação do dano causado ao bem lesado ou o completo afastamento do risco ao bem jurídico difuso¹.

Como era previsível, em se tratando do advento de um novo instrumento jurídico, a discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e de seus limites vem sendo intensa, especialmente por tratar-se de um mecanismo destinado à tutela de interesses metaindividuais, área na qual os conflitos doutrinários e jurisprudenciais são mais ferrenhos, em razão da ausência de uma teoria geral própria para o processo coletivo.

Um dos tópicos sobre os quais a doutrina especializada debruçou-se com mais afinco, e sobre o qual os debates foram e continuam sendo mais intensos, foi o da discussão a respeito da natureza jurídica

1 Sobre o tema: “Aliás, é entendimento pacífico o que impõe como condição de validade do termo de ajustamento de conduta a necessidade de ele estar a abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva” IN: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

do termo de ajustamento de conduta.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica deste novo instituto ficou centrada na discussão a respeito da admissão do termo de ajustamento de conduta como uma transação, nos moldes propostos pelo art. 840 do Código Civil de 2002 e o respectivo art. 1.025 do Código Civil de 1916.

Sobre o tema, vários foram os autores que defenderam a possibilidade de reconhecimento ou não do termo de ajustamento de conduta como uma forma de transação regulamentada pelo art. 1.025 do Código Civil de 1916, enquanto outros muitos diziam justamente o contrário, fundamentando seus raciocínios no art. 1.035 do Código Civil de 1916 ou no art. 841 do Código Civil de 2002, os quais limitam a aplicação da transação a direitos patrimoniais de caráter privado e nos arts. 1.025 e 840 dos mesmos diplomas retro referidos, por entenderem não ser possível haver concessões pelos órgãos públicos legitimados, já que o interesse metaindividual é indisponível.

Pode-se afirmar, contudo, que o resultado deste intenso debate foi a convergência das duas principais correntes doutrinárias a uma terceira linha de raciocínio mediana que admite que o termo de ajustamento de conduta seja uma forma peculiar de transação, ou acordo, na qual não há concessões mútuas na obrigação essencial de reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, havendo apenas concessões nos aspectos formais de cumprimento da obrigação principal, ou seja, no regramento do tempo e modo de cumprimento do elemento essencial do ajustamento de conduta.

É o que se extrai dos seguintes excertos doutrinários:

Primeiro é preciso levar em conta que, a rigor, não se trata exatamente de uma transação, ou seja, de um acordo, no sentido de uma composição alcançada por “concessões mútuas” (CC, art. 840) [...]

Na verdade o espaço transacional que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g. a recuperação de área degradada, com o replantio de espécies nativas não é transacionável); já os aspectos formais,

a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito possam sê-lo [...]²

Porém, se estamos tratando de interesses indisponíveis, pode causar perplexidade entabular compromissos se ‘só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação’. Sabidamente os direitos do consumidor não são direitos patrimoniais, e as cláusulas pactuadas que impliquem renúncia ou disposição de direitos são nulas.

Contudo, é preciso afirmar que o objeto do ajustamento de conduta do fornecedor não são os direitos dos consumidores, esses verdadeiramente indisponíveis, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar os danos causados. Essas obrigações possuem conteúdo patrimonial, uma vez que se destinam a reparar fatos de produtos ou serviços. E, ainda que não tenham conteúdo patrimonial imediato – por exemplo, danos morais –, a sua reparação será avaliada nestes termos.³

O debate doutrinário a respeito da natureza dos termos de ajustamento de condutas evidencia a situação muito bem descrita pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Paulo de Tarso Brandão, de absoluta incompatibilidade da utilização de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, os quais não se harmonizam com os novos mecanismos destinados à tutela dos interesses e direitos metaindividuais:

“Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a práxis no que se refere às Ações Constitucionais ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados

2 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 330-331.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 975.

de Teoria do Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais.

De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela dos direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade de modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses novos instrumentos como um Processo Civil mais avançado.”⁴

Um aspecto a respeito dos termos de ajustamento de condutas, que foi pouco abordado pela doutrina especializada, é a sua natureza contratual e os efeitos decorrentes dessa constatação. Sem que esteja esgotado o debate a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, essa nova abordagem visa a analisar a forma pelo qual esse instituto materializa-se no plano fático. Dentre os autores que discorreram sobre o tema destaca-se Daniel Roberto Fink:

“Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.

[...]

4 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 191.

Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor da forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios nas declarações de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.”⁵

Nesse sentido, independentemente de ser o termo de ajustamento de conduta uma transação nos exatos moldes do art. 840 do Código Civil, ou não, o debate acerca do aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta com vistas a lhe dar um grau de eficácia maior na tutela dos interesses metaindividuais deve levar em conta o fato de que ele corresponde a um contrato.

2 DA ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENQUANTO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como restou demonstrado com clareza por Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de conduta, independentemente da solução que a doutrina abalizada apresente para e sua natureza jurídica, é materializado por intermédio de um contrato firmado por um ente público legitimado à propositura da ação civil pública (Ministério Público e os

5 FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)*. IN: MILARÉ, Edis. (coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001. p. 119

órgãos públicos legitimados⁶).

Não obstante a doutrina não descrever o termo de ajustamento conduta como um típico contrato administrativo, todas as características desta espécie de contratos são explicitadas por aqueles que se debruçam sobre o tema, especialmente no que diz respeito à incidência das cláusulas exorbitantes destes contratos nos termos de ajustamento de conduta, senão vejamos.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como a relação jurídica formada entre as partes por um acordo de vontades, em que elas se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas, as quais podem ser alteradas unilateralmente ou extintas pelo Poder Público:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

[...]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordo de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

6 Não será abordado neste artigo o debate a respeito da utilização indevida pelo legislador do termo “órgãos públicos” para especificar os entes públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas, recomendando-se a leitura dos ensinamentos de Rodolfo Camargo de Mancuso a respeito do tema em sua obra *Ação Civil Pública (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 323 e seguintes).*

a) contratos de Direito Privado da Administração da Administração;

b) “contratos administrativos.

[...]

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo, seja:

a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;

b) extinguindo unilateralmente o vínculo.⁷

A mutabilidade unilateral, característica marcante do contrato administrativo, é explicitada com brilhantismo por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que, no entanto, não o classifica como contrato administrativo, limitando-se a conceituá-lo como ato administrativo (em sentido amplo), gênero do qual os contratos são espécies⁸, como já

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 574-576.

8 Não obstante não haver indicação se o conceito usado pelo autor é de ato administrativo em sentido amplo, colhe-se que o conceito de ato administrativo em sentido estrito é inaplicável ao termo de ajustamento conduta, pois não se trata de ato unilateral da Administração Pública, afeiçoando-se mais este instituto da tutela coletiva ao conceito de contrato administrativo. Sobre o tema colhem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello após expor seu conceito de ato administrativo:

“O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados

visto no item 2 supra (vide nota 8):

Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta obtido pelo órgão público, seja ele qual for, não se torna imutável, não sendo correto tentar equipará-lo à sentença, que sofre os efeitos da coisa julgada.

Portanto, verificando-se a necessidade de reajustamento dos termos do compromisso anteriormente firmado, não deverá o órgão público relutar em tentar obter a composição com o interessado, e, não obtendo êxito neste intento, lançar mão das medidas judiciais cabíveis.⁹

A classificação dos termos de ajustamento de conduta como contratos administrativos é mais evidente, quando se utiliza o conceito proposto por Marçal Justen Filho e partilhado por outros administrativistas, pelo qual esses contratos são caracterizados pela presença de pelo menos uma das partes atuando no exercício da função administrativa:

Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função ad-

contratos administrativos.

O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo.[...]

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito.[...]

Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo como os mesmos termos utilizados, acrescentando-se as características da concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício das prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional).”

IN: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-358.

9 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003. p.99-100.

ministrativa¹⁰

Em tratando-se de um contrato administrativo, o termo de ajustamento de conduta deve obediência aos princípios de direito público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, consoante a redação do art. 54 da Lei n. 8.666/93, aplicada aos termos de ajustamento de conduta por analogia:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Como consequência da aplicação dos princípios de direito público aos termos de ajustamento de conduta constata-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – princípio basilar aos contratos administrativos – tem papel central na regência dos termos de ajustamento de conduta, como pode se observar a partir das lições de Jessé Torres Pereira Júnior acerca da aplicação deste princípio aos contratos administrativos:

O que se deduz da presença da Administração Pública no contrato é que a ordem jurídica passa a garantir a prevalência do interesse público que a Administração encarna e ao qual o interesse privado, representado no pólo oposto da relação, deve sujeição, nos termos e limites da lei e do contrato.¹¹

O reconhecimento de que o termo de ajustamento de conduta é um contrato administrativo, aplicando-se a ele os princípios inerentes a esta categoria contratual, possibilita uma evolução na exegese deste instrumento de tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à análise de sua função social e do cumprimento desta, o que será o objeto central do presente estudo.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

11 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 554.

3 A EVOLUÇÃO NA TEORIA CONTRATUAL NO DIREITO PRIVADO - A SOCIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Para que se possa analisar a função social do termo de ajustamento de conduta, mostra-se imperioso realizar uma breve retrospectiva da evolução da teoria contratual no século XX, demonstrando a sua crise e a superação desta por meio da socialização do contrato, especialmente pela introdução da função social do contrato como um dos princípios fundamentais desse novo regime contratual.

A compreensão da atual realidade contratual demanda o retorno aos eventos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, em especial aos processos de industrialização e de massificação das relações de consumo por intermédio dos contratos de adesão, os quais evidenciaram a crise da teoria contratual tradicional, em razão da constatação de que os princípios da autonomia da vontade privada e do *pacta sunt servanda* não mais espelhavam a nova realidade dos contratos, onde a manifestação da vontade era mais aparente do que real e o descompasso entre a o conteúdo do contrato e a realidade fática que ligava as partes era marcante, ao ponto de apregoar-se o fim do contrato, como pontua Cláudia Lima Marques ao relatar esse momento da teoria contratual:

Com a industrialização e massificação das relações, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

[...]

A crise na teoria contratual era incontestável. Em 1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a

‘revolta dos fatos contra os códigos’, o declínio e o fim da concepção clássica do contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito a liberdade e autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante, já era flagrante.¹²

Ao contrário do apregoado por alguns, a crise não resultou na extinção dos contratos, mas sim na sua transformação e reformulação, no que se pode chamar de socialização da teoria contratual, a qual não foi um evento isolado no direito privado, mas sim parte integrante de uma tendência mais ampla, consistente na adequação do direito civil às mudanças sociais e econômicas do mundo pós-guerra¹³.

Afirma-se que a doutrina civilista, inspirada por uma série de movimentos tendentes à socialização do direito, tais como a “jurisprudência de interesses” baseada nas idéias de Jhering, a doutrina social da Igreja Católica exposta em suas encíclicas e as doutrinas socialistas, passou por um considerável processo de socialização, inicialmente por intermédio da positivação de temas como a responsabilidade civil por danos, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico, a proteção da confiança nas relações contratuais, as restrições sociais ao direito de propriedade, dentre outras, inicialmente no Código Civil Italiano de 1942 e posteriormente em muitos outros instrumentos normativos¹⁴.

12 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 163.

13 Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 503.

14 “Desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações com o empresariado.[...]”

A Igreja Católica propõe, em suas encíclicas, uma doutrina social a mudança de uma moral individual para uma ética social, combatendo tanto as idéias marxistas quanto as do liberalismo selvagem, pois considera que a razão do Estado é velar pelo bem comum, devendo, portanto amparar os direitos dos cidadãos, especialmente os mais fracos.

[...]

As idéias de Jhering foram o ponto de partida da “jurisprudência de interesses” do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juizes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam eles aplicar os juízos de valores contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Porém, infelizmente, a “função social do direito privado” preconizada por Jhering permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias, não chegando a sensibilizar o legislador de direito civil. Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico (Geschäftsgrundlage), a onerosidade excessiva, as restrições sociais ao direito

Os reflexos dessas transformações do direito civil são facilmente detectáveis na teoria contratual, que passou a levar em consideração não apenas o momento de manifestação da vontade pelas partes, mas especialmente os efeitos do contrato na sociedade e as condições econômicas das pessoas envolvidas no contrato, dotando-o de uma nova função – a função social – ou seja, a busca e realização da justiça e do equilíbrio contratual:

O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

...É o que o novo Código Civil denomina ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia privada.¹⁵

Com a atribuição dessa nova função ao contrato, designada de “função social do contrato”¹⁶, opera-se a denominada socialização da teoria contratual, onde o papel da vontade na auto-regulamentação das relações privadas encontra-se limitado por normas imperativas pautadas pelo interesse social, conforme leciona de forma precisa Cláudia Lima Marques:

de propriedade, a proteção da confiança nas relações contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, só encontrariam alguma disciplina legal após a Segunda Guerra ou no pioneiro Código Civil italiano de 1942.” IN: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005. p. 164/165.

15 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005. p. 167.

16 O conceito de Cláudia Lima Marques é compartilhado por Mariana Ribeiro Santiago, em sua obra “O Princípio da Função Social do Contrato”, onde após analisar uma série de conceitos de “função social do contrato” elaborados por Antonio Junqueira de Azevedo, Gino Gorla, Orlando Gomes, Álvaro Villaça, Adriano Lichtenberger Parra, Rogério Ferraz Donnini, Carlos Alberto Ghersi, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Humberto Theodoro Júnior, afirma que “Atualmente, na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós pesquisado ressalta o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada.” IN: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato.* Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 77/80.

A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição das pessoas nele envolvidas ganha em importância.[...]

A procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas da boa-fé das partes contratantes.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade prevalecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.¹⁷

Destaca-se que a socialização da teoria do contrato e o cumprimento de sua função social concretizam-se pelo intervencionismo estatal nas relações contratuais, fenômeno esse denominado dirigismo contratual, onde o Estado, por meio de normas cogentes, passa a interferir de forma direta na liberdade contratual, sem, contudo, extinguir a autonomia da vontade privada, como expõe Nelson Nery Junior:

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias até então estáveis se modificou, de sorte que a re-

17 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 210/211.

alidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social.

É nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar¹⁸.

A socialização da teoria contratual em nosso ordenamento jurídico deu-se de forma tardia, mas marcante, inicialmente por intermédio do papel revolucionário do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no ordenamento princípios como o da boa-fé objetiva, seguindo pela evolução jurisprudencial da teoria contratual que foi buscar inspiração no Código de Defesa do Consumidor, alargando o seu espectro de atuação em muitos casos e mesmo aplicando seus princípios em contratos que não caracterizavam relações de consumo e posteriormente com a edição do Novo Código Civil, que, dentre muitas outras inovações, positivou o princípio da função social do contrato no ordenamento pátrio.

4 OS INTERESSES PÚBLICOS COMO ELOS ENTRE A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO CIVIL E A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Observa-se que o ponto fulcral da socialização da teoria contratual no direito civil é a limitação da esfera de auto-regulamentação das partes por meio da introdução do princípio da função social na teoria contratual, o que, em última análise, acarreta a submissão do princípio da autonomia da vontade privada aos interesses sociais vigentes¹⁹.

18 , Ada Pellegrini. Et. Al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 500.

19 Interesses sociais oriundos dos valores plasmados em nosso ordenamento jurídico, como bem expõe Rafael Chagas Mancebo: “Os valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico informam a função social do contrato e por meio desta incidem o regime contratual privado, sendo esta a razão em dizer que os fundamentos do art. 421 do Novo

O princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, mais uma manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de conduta, mas o agir dos órgãos públicos legitimados à celebração destes compromissos e a própria convivência em sociedade, como se pode verificar pelos ensinamentos do mestre administrativista:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que em inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.²⁰

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no âmbito dos contratos administrativos é fonte de algumas das características que justamente os distinguem dos demais contratos, especialmente pela possibilidade da Administração Pública instabilizar o vínculo contratual unilateralmente na busca da concretude do interesse público.

Constata-se assim que apesar de tratarem-se de princípios aplicáveis a ramos distintos do direito, o princípio da função social do contrato e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem a mesma finalidade primordial, qual seja, a de garantir a convivência harmônica em sociedade, limitando o âmbito de vigência dos interesses privados e determinando a harmonização destes com o

Código Civil encontram-se além da lógica contratual, em verdade naqueles valores sociais – justiça e ordem, certeza e segurança – que fundamentam expressões como fim social e o bem comum, justiça e justiça social, que se tornam razões de existência para o ordenamento jurídico.” IN: MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

interesse público.

Ambos os princípios, como visto, encontram-se ligados pelo papel preponderante do interesse público sobre os interesses privados, sendo necessário para que se compreenda a função social do termo de ajustamento de conduta delimitar os contornos jurídicos do interesse público mencionado nestes princípios.

A discussão a respeito da conceituação do interesse público é vasta na doutrina especializada, havendo aqueles que como Celso Antonio Bandeira de Mello definem-no como sendo o *“interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelos simples fato de o serem”*²¹, enquanto outros como Marçal Justen Filho abordam-no sob a ótica de um critério mais amplo, qual seja, o da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais como fundamento do interesse público.

A exposição de Marçal Justen Filho a respeito do conceito de interesse público mostra-se importante para a compreensão do tema.

O administrativista inicialmente demonstra que a supremacia de interesse público sobre o privado encontra-se fundada em um conceito indeterminado que é o de interesse público, sendo tarefa complexa a delimitação de seus contornos, mas extremamente necessária em razão da possibilidade de arbítrios e ofensas ao regime democrático caso isso não seja feito²².

Justen Filho prossegue, buscando dar contornos mais precisos ao interesse público, inicialmente distinguindo os interesses do Estado do interesse público²³ e, na seqüência, refutando as soluções propostas

21 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35/36.

23 *“O primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais.”* IN: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

pela doutrina para identificação do conteúdo do interesse público, especialmente em virtude de seu cunho antidemocrático²⁴.

O raciocínio desenvolvido por Marçal Justen Filho constata, amparado nas críticas tecidas à teoria do interesse público, que não há apenas um interesse público, mas que em nossa sociedade complexa existem inúmeros interesses públicos todos merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis, tornando-se imperiosa a identificação do atributo peculiar que diferencia esses interesses dos demais:

Uma crítica insuperável reside em que a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público único, o que representa desnaturalização da realidade social e jurídica.

Quando se afirma que os conflitos de interesse se resolvem por via da prevalência “do” interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade.

[...]

*Ou seja, as situações concretas demonstram a existência de diversos interesses públicos, inclusive em conflito entre si. Logo, a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do “interesse público”. Estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis.*²⁵

24 As soluções propostas pela doutrina de um modo geral e os argumentos de negação dessa teses expostas por Marçal Justen Filho são, sinteticamente: a) a identificação do interesse público com o interesse privado comum a todos os cidadãos, a qual é contestada sob o argumento de que o interesse público abarca interesses que muitas vezes não são interesses da maioria da população e que ainda assim em um Estado Democrático de Direito devem ser tutelados; b) o reconhecimento do interesse público como sendo um interesse privado não egoístico com alguma homogenização coletiva, que é refutado em razão dos mesmos argumentos expostos na solução “a” e c) a afirmação de que o interesse público seja o interesse da “sociedade”, entendida como o mero somatório dos indivíduos, o que também é rechaçado por sua natureza antidemocrática.

IN: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39/41.

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

Marçal Justen Filho propõe então, de forma brilhante e importante para a compreensão do problema proposto de análise da função social do termo de ajustamento de conduta, que a delimitação dos contornos dos interesses públicos se dê não apenas em razão de questões técnicas ou econômicas, mas, sobretudo a partir de uma questão ética, qual seja, a indisponibilidade de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, valores esses que quando ligados a determinado interesse cuja tutela torne-se indisponível, qualificam-no como sendo um interesse público:

Nesse ponto, é necessária uma radical modificação no panorama jurídico. A disputa sobre o direito administrativo não é uma questão técnica. A incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas. É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso.O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Não se admite subordinar as necessidades indisponíveis à disciplina jurídica própria dos interesses individuais disponíveis. A ausência de satisfação daquelas necessidades configura infração a valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Tudo evidencia que a questão não reside num “interesse público”, de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.²⁶

Desse modo, para o autor, a delimitação dos contornos dos interesses públicos deve dar-se a partir da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais são critérios anteriores à própria supremacia dos interesses públicos sobre os privados.

Em suma, o que legitima a atuação da Administração Pública de um modo geral, bem como seus contratos administrativos, dentre os quais os termos de ajustamento de condutas, e o que torna os contratos firmados entre particulares válidos dentro da atual teoria contratual socializada por meio da inclusão do princípio da função social do contrato é o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico passa a ser também o elo entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da função social do contrato.

Desse modo, a análise da função social dos termos de ajustamento de condutas deve se dar com base na sua harmonia com os direitos fundamentais previstos em nosso texto constitucional.

5 DA FUNÇÃO SOCIAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A função social dos termos de ajustamento de condutas, consoante o raciocínio desenvolvido acima, dá-se por intermédio da constatação de que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43/44.

garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

A tarefa de comprovação do cumprimento da função social dos termos de ajustamento de condutas em razão da vagueza dos termos usados para defini-la é extremamente complexa, o que pode causar um elevado grau de insegurança nos operadores jurídicos.

A insegurança retro mencionada, contudo, deve ser compreendida no âmbito de uma manifestação sociológica mais ampla do que a própria socialização da teoria contratual acima descrita brevemente, intitulada crise da pós-modernidade, a qual atinge a sociedade de forma acentuada e que demanda do direito modificações no seu estilo de pensamento de modo a fornecer respostas aos anseios cada vez mais complexos e mutáveis da sociedade²⁷.

A crise pós-moderna faz com que a ciência do direito tenha que desenvolver um modo de raciocínio cada vez mais tópicos, caracterizado pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação em função do problema a ser resolvido no caso concreto²⁸.

As alterações impostas à ciência do direito pela crise pós-moderna mostram-se evidentes em ramos do direito que abarcaram a tutela de direitos e interesses de terceira geração, utilizando aqui a nomenclatura de Norberto Bobbio, tais como o direito do consumidor e do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à principiologia própria destes ramos jurídicos, os quais como se sabe são dotados de um razoável grau de indeterminação manifestada em princípios como o da prevenção/precaução, do poluidor-pagador, da função socioambiental da propriedade, da boa-fé objetiva, da função social do contrato, dentre outros.

Sendo justamente nessas searas onde a utilização dos termos de ajustamento de condutas é mais freqüente, a análise da função social deste instituto da tutela coletiva passa a ser uma atividade típica do direito pós-moderno, pois a constatação do cumprimento da função social do termo de ajustamento de conduta dar-se-á sempre caso a caso,

27 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 168.

28 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 213/214.

mediante a comprovação de que o direito fundamental subjacente à própria pactuação do contrato administrativo foi tutelado de forma efetiva no caso concreto.

Assim, o termo de ajustamento de conduta irá cumprir sua função social apenas quando efetivamente promover a integral reparação do *status quo ante* o evento danoso a um direito fundamental, ou prevenir a ocorrência desta lesão, tutelando de forma eficaz o direito fundamental inserido no instrumento contratual, o que significa dizer que o termo de ajustamento de conduta só atingirá sua função social quando puder alterar a realidade fática e efetivamente sanar a lesão ao direito fundamental que se presta a tutelar.

Um termo de ajustamento que se limitar a sanar “formalmente” uma lesão a um direito fundamental, apenas no plano contratual, sem a constatação de sua eficácia, não terá cumprido sua função social.

Impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle de sua eficácia bem como do cumprimento das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento, especialmente por intermédio da introdução de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato n. 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003²⁹.

No mesmo sentido é necessário que sejam também incorporados mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de condutas, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento, como método de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais³⁰, permitindo desse

29 Este ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo exige que os promotores de justiça prestem informações a respeito do número de termos de compromisso de ajustamento de conduta: a) firmados no período; b) em verificação; c) cumpridos e d) das execuções judiciais em andamento; o que não é verificado em outros Ministérios Públicos, que se limitam a colher dados a respeito do número de termos de ajustamento de condutas firmado, não havendo controle formal de sua efetividade.

30 Conforme exposto na tese “*Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*” aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público em Belo Horizonte no ano de 2005 IN: ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*. ATUAÇÃO – Revista Jurídica do

modo que a sua função social seja cumprida.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que:

1) o princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é mais uma manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de condutas, mas o agir dos órgãos públicos legitimados à celebração destes compromissos e à própria convivência em sociedade.

2) os termos de ajustamento de condutas atingem sua função social quando se constata que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

3) impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle da eficácia dos termos de ajustamento de das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento, especialmente por intermédio da introdução de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato n. 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003, além da incorporação de mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de condutas, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento, como método de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais.

Ministério Público Catarinense. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53. O texto encontra-se também a disposição em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista07internet.pdf.

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PLANEJAMENTO DE ATIVIDADES DAS PROCURADORIAS E PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - COMPLEMENTO NECESSÁRIO AO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E AOS PLANOS GERAIS DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

Max Zuffo

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 Administração estratégica - 2 A administração estratégica no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros - 3 Desafios na implementação das técnicas de administração estratégica no Ministério Público de Santa Catarina - 4 Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça - complemento necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais - Conclusões - Síntese Dogmática.

1 ADMINISTRAÇÃO ESTRATÉGICA

Afirma-se que a teoria da Administração Estratégica encontra suas raízes nos idos de 1950, com uma análise dos currículos e do ensino ministrado nas escolas de administração dos Estados Unidos, encomendada pela Ford Foundation e pela Carnegie Corporation, a qual culminou na elaboração do relatório Gordon-Howell, que recomendou que os cursos de administração fossem concluídos com uma cadeira que congregasse os fundamentos das mais diversas disciplinas ministradas

nos cursos de administração.

O teor do relatório Gordon-Howell foi acatado pela maior parte das escolas de administração que incorporaram em seus currículos a disciplina de “Política de Negócios”, cujo objetivo era permitir a integração das áreas funcionais dentro das corporações, de modo a se atingir uma administração eficiente, aproveitando os seus pontos fortes, reduzindo o impacto de seus pontos fracos, aproveitando as oportunidades e ameaças externas.

Estes parâmetros posteriormente foram expandidos e passaram a formar o núcleo da disciplina de administração estratégica, englobando análises formais do macroambiente empresarial, do ambiente setorial, da missão, dos objetivos gerais, da formulação de estratégias, da implementação e do controle estratégico¹.

A administração estratégica, segundo a definição proposta por Wright, visa a criar riqueza para uma organização por meio da satisfação das necessidades e expectativas dos *stakeholders*^{2 3}. Esta definição aplica-se inclusive às instituições que não visam o lucro, quer sejam entidades privadas, quer sejam entidades públicas, como claramente demonstra

-
- 1 KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 28.
 - 2 “O propósito principal da administração estratégica é criar riqueza para os proprietários (acionistas) por meio da satisfação das necessidades e expectativas de outros stakeholders (por exemplo, clientes, fornecedores, empregados...).” IN: KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 38.
 - 3 Não há tradução direta do conceito de *stakeholder* para o português. No presente estudo será utilizada a definição de *stakeholder* proposta pelo PMI – Project Management Institute no âmbito da gestão de projetos, segundo a qual *stakeholder* seria a pessoa ou organização diretamente envolvida na execução de um projeto, ou cujos interesses possam ser positiva ou negativamente afetados pela execução ou conclusão de um projeto, além das pessoas ou organizações que possam exercer influência sobre um projeto ou seus *deliverables*: “Person or organization (e.g., customer, sponsor, performing organization, or the public) that is actively involved in the project, or whose interests may be positively or negatively affected by the execution or completion of the project. A stakeholder may also exert influence over the project and its deliverables” IN: PMI. Project Management Institute. *A guide to the Project Management Body of Knowledge. PMBOK Guide. 3ed*. Newton Square, Project Management Institute, Inc., 2004. p. 328. Este conceito é facilmente aplicável aos planos estratégicos e/ou de atuação dos Ministérios Público, bastando compreendê-los como um projeto de curto ou médio prazo que está sendo executado pela organização.

o autor:

Os princípios básicos da administração estratégica apresentados neste livro são igualmente aplicáveis a organizações sem fins lucrativos. É importante, por exemplo, que todas as organizações analisem seu ambiente, formulem uma missão, objetivos gerais e específicos, desenvolvam estratégias adequadas, implementem suas estratégias e controlem sua orientações estratégicas.⁴

A literatura a respeito de administração estratégica é extremamente vasta, como apontam Henry Mintzberg, Bruce Ahlstrand e Joseph Lampel⁵, os quais efetuaram uma revisão de cerca de dois mil artigos escritos a respeito do tema, a qual possibilitou a exposição das idéias gerais das dez principais escolas do planejamento estratégico⁶. Segundo os autores, cada escola representa uma análise das distintas fases, ou aspectos destacados do processo global de formulação estratégica: “deixando de lado a cognição, na revisão de grande volume de literatura emergem dez pontos de vista distintos, a maioria dos quais se reflete na prática gerencial. Cada um tem uma perspectiva única que focaliza... .. um aspecto importante do processo de formulação de estratégias”⁷.

4 KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 397.

5 MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 15.

6 Os autores classificam as escolas do planejamento estratégico nos seguintes moldes: 1) Escola do Design: formulação da estratégia como um processo de concepção; 2) Escola do Planejamento: formulação de estratégia como um processo formal; 3) Escola do Posicionamento: formulação de estratégia como um processo analítico; 4) Escola Empreendedora: formulação de estratégia como um processo visionário; 5) Escola Cognitiva: formulação de estratégia como um processo mental; 6) Escola de Aprendizado: formulação de estratégia como um processo emergente; 7) Escola do Poder: formulação de estratégia como um processo de negociação; 8) Escola Cultural: formulação de estratégia como um processo coletivo; 9) Escola Ambiental: formulação de estratégia como um processo reativo; 10) Escola da Configuração: formulação de estratégia como um processo de transformação. As características de cada escola são posteriormente exploradas nos capítulos subsequentes da obra dos autores. IN: MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 13-14.

7 MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 13.

Henry Mintzberg, em outro escrito demonstra que a palavra estratégia, definida por alguns, tal qual Wright, como sendo o plano da alta administração para alcançar resultados consistentes com a missão e objetivos gerais da organização⁸, na verdade pode ser compreendida sobre cinco vieses distintos: a) estratégia enquanto plano: a estratégia trata da maneira como as instituições estabelecem sua direção, colocando-se em cursos de ação pré-determinados; b) estratégia enquanto pretexto: a estratégia é levada à esfera da competição, correspondendo às ameaças, estratégias e várias outras manobras utilizadas para obter-se vantagem competitiva; c) estratégia enquanto padrão, referindo-se ao comportamento consistente verificado nas organizações, o qual pode ser fruto de uma deliberação imposta (estratégia pretendida) ou surgir voluntariamente (estratégia realizada); d) estratégia enquanto posição, onde a análise da estratégia volta seu olhar para os ambientes competitivos, identificando as posições ocupadas pelas organizações, bem seus esforços para proteger-se e enfrentar a concorrência e por fim; e) estratégia enquanto perspectiva, situação na qual a análise volta-se para o modo como as intenções são difundidas nos grupos que compõem as organizações, tornando-se compartilhadas por uma série de normas e valores que criam comportamentos extremamente arraigados no grupo.⁹

O que é importante extrair-se a partir da análise de Mintzberg, segundo seus próprios dizeres, é que a estratégia não se refere apenas a um método para lidar com inimigos ou concorrentes em um mercado potencial, mas sim, trata-se de uma noção que remete a questões fundamentais gerenciais, correspondendo a um instrumento importante para a percepção e ação coletiva nestas organizações:

Assim, estratégia não é apenas a noção de como lidar com um inimigo ou um grupo de concorrentes em um mercado, como é mencionado em grande parte da literatura e seu uso popular. Ela também nos leva a alguma questões mais fundamentais

8 KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24.

9 MINTZBERG, Henry. *Cinco Ps para Estratégia*. IN: MINTZBERG, Henry. Et al. *O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 28.

sobre organizações como instrumentos para percepção e ação coletiva.¹⁰

O estudo do desenvolvimento das estratégias no âmbito organizacional tem sido marcado, como bem demonstram os autores retro mencionados, por uma vasta produção literatária, o que induz os administradores e os leitores a sempre se voltarem na busca da teoria mais “nova” e mais “quente” em administração estratégica¹¹.

Independentemente da escola da administração estratégica a que se filie o gestor, o que nos expõe Mintzberg é que cada um dos atributos que caracterizam as escolas do planejamento estratégico são verificados nas diferentes fases da formação da estratégia organizacional, sendo essencial a utilização de todos esses recursos que as diferentes linhas de pensamento estratégico destacam para a formulação de uma estratégia, que permita obter a satisfação dos stakeholders, como pode se observar:

A formação da estratégia é projeto sensato, visão intuitiva e aprendizado emergente; é sobre transformação e também perpetuação, deve envolver cognição individual e interação social, cooperação e conflito, tem que incluir análise prévia e programação posterior, além de negociação durante; e tudo isso deve ser em resposta ao que pode ser um ambiente exigente. Tente omitir qualquer um desses itens e veja o que acontece!

A adequada utilização dos princípios, técnicas e ferramentas da administração estratégica acima indicados demanda um profundo conhecimento da realidade organizacional e corresponde a uma tarefa complexa em qualquer nível gerencial.

Ainda que essa tarefa possa parecer complexa e em alguns casos até mesmo impossível, especialmente onde o ambiente cultural mostresse avesso ao planejamento e controle, é certo que sua utilização pode

10 MINTZBERG, Henry. *Cinco Ps para Estratégia*. IN: MINTZBERG, Henry. Et al. *O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 28-29.

11 MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 16.

trazer resultados surpreendentes para qualquer organização.

Como será demonstrado a seguir, a administração estratégica já vem sendo utilizada por alguns Ministérios Públicos. A introdução do planejamento estratégico nestas organizações corresponde a uma inovação que afeta paradigmas culturais amplamente arraigados no seio destas organizações, especialmente aqueles oriundos do princípio da independência funcional, exigindo, portanto, um processo de introdução próprio, que permita fazer com que essas técnicas capilarizem-se por todos os níveis gerenciais dos Ministérios Públicos.

Ocorre que nem sempre este processo de mudança e inovação é bem orientado, gerando conflito e ineficácia dos planejamentos estratégicos no âmbito dos Ministérios Públicos.

A proposta do presente estudo é analisar como os princípios da Administração Estratégica estão sendo introduzidos nos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros, identificando alguns dos desafios emergentes neste processo e propondo o planejamento de atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça como um complemento necessário aos Planejamentos Estratégicos e aos Planos Gerais de Atuação destas instituições.

2 A ADMINISTRAÇÃO ESTRATÉGICA NO ÂMBITO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS BRASILEIROS

No âmbito do presente estudo realizou-se no mês de julho de 2007 uma pesquisa a respeito da utilização de técnicas de administração estratégica em todas as *homepages* oficiais dos Ministérios Públicos dos Estados brasileiros na *internet*, assim como no site do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

Os parâmetros pesquisados foram: a) indicação da necessidade de elaboração de planejamento estratégico ou da elaboração de planos de atuação na Lei Orgânica do Ministério Público pesquisado; b) existência de *link* no *site* para o Plano Estratégico ou para o Plano Geral de Atuação da instituição; c) existência de relatórios de análise de cumprimento do Plano Estratégico ou do Plano Geral de Atuação, os quais indicassem a realização de um monitoramento contínuo da execução de referidos

planos e d) existência de relatório de gestão fiscal.

Os resultados da pesquisa encontram-se indicados na tabela que segue abaixo:

MINISTÉRIO PÚBLICO (ESTADO)	EXIGÊNCIA DE PLANEJAMENTO NA LEI ORGÂNICA	INDICAÇÃO DO PLANO GERAL DE ATUAÇÃO (PGA) NO SITE	INDICAÇÃO DO PLANO ESTRATÉGICO (PE) NO SITE	EXISTÊNCIA DE RELATÓRIO DE EXECUÇÃO DO PGA E/OU PE NO SITE	RELATÓRIO GESTÃO FISCAL
Acre	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Alagoas	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Amapá	Art. 55 e seguintes	Não	Não	Não	Sim
Amazonas	Art. 29, XXXVIII	Há menção, mas não abre	Não	Não	Sim
Bahia	Art. 70 e seguintes	Indícios, mas não localizado	Não	Não	Sim
Ceará	Não foi possível consultar	Não	Não	Não	Sim
Distrito Federal	Não há menção	Mencionado em notícias	Não	Não	Sim
Espírito Santo	Art. 168	Não	Sim	Não	Sim
Goiás	Art. 18, III	Sim	Não	Não	Sim
Maranhão	194-A	Não	Sim	Não	Sim
Mato Grosso	Não há menção	Sim	Sim	Sim	Sim
Mato Grosso do Sul	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Minas Gerais	Art. 19	Sim	Não	Não	Sim
Pará	Art. 69	Não	Não	Não	Sim
Paraíba	Não há menção	Não	Sim	Não	Sim
Paraná	Art. 19, III	Não	Sim	Não	Sim
Pernambuco	Art. 21, III	Sim	Sim	Não	Sim
Piauí	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Rio de Janeiro	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Rio Grande do Norte	Não foi possível consultar	Não	Não	Não	Sim
Rio Grande do Sul	Art. 17, §2, IX	Não	Não	Não	Sim
Rondônia	Não foi possível consultar	Sim	Não	Sim	Sim
Roraima	Art. 12, XXXIII	Não	Não	Não	Sim
Santa Catarina	Art. 80	Sim	Não	Sim	Sim
São Paulo	Art. 98	Sim	Não	Não	Sim
Sergipe	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Tocantins	Art. 82	Não	Não	Não	Sim

A análise dos resultados da pesquisa indica que:

- a) quinze Ministérios Públicos, dos vinte e sete consultados possuem previsão em sua Lei Orgânica da necessidade de elaboração de planejamento estratégico ou da elaboração de planos de atuação; b) nove Ministérios Públicos não possuem previsão legal e c) em três casos não foi possível localizar a Lei Orgânica do Ministério Público, o que prejudicou a análise;

- a) em dez Ministérios Públicos (AM, BA, DF, GO, MT, MG, PE, RO, SC e SP) foram localizados em seus sites indicações da existência ou os próprios Planos Gerais de Atuação (PGA), sendo que nos casos do Mato Grosso, Distrito Federal e Rondônia os referidos documentos foram elaborados sem que houvesse exigência normativa na Lei Orgânica; b) em cinco Ministérios Públicos (ES, MA, MT, PB, PE e PR) foram localizados em seus sites menções ou os próprios Planos Estratégicos (PE), destacando-se que apenas os Ministérios Públicos de Mato Grosso e Pernambuco apresentavam para consulta tanto seus Planos Gerais de Atuação, quanto seus Planos Estratégicos;

- a) apenas os Ministérios Públicos de Mato Grosso, Pernambuco, Rondônia e Santa Catarina apresentaram relatórios de execução do PGA/PE nos seus sites; b) destaca-se que o Ministério Público de Santa Catarina apresenta em seu site seus Relatórios de Gestão Institucional, onde há menção indireta à execução do PGA; c) o Ministério Público de Pernambuco não possui de fato relatórios de execução, mas apresenta de forma clara a política de monitoramento de execução de seus planos, inclusive com calendário das atividades de monitoramento;

- a) todos os Ministérios Públicos possuem em seus sites indicações claras a respeito de seus relatórios de gestão fiscal.

O que se conclui a partir da pesquisa é que a utilização de instrumentos advindos da Administração Estratégica já é uma realidade para a maior parte dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros, seja em razão de uma exigência normativa oriunda da Lei Orgânica, seja por uma aplicação voluntária por parte de seus membros.

Deve destacar-se ainda que a manifestação externa mais latente da utilização de técnicas de administração estratégica pelas organizações pesquisadas foi a existência dos Planos Gerais de Atuação e os Planos Estratégicos.

Esses documentos, contudo, não se prestam apenas para o público interno destas organizações, mas também a seus *stakeholders*, *in casu* a

população, que de um modo geral é a destinatária final das ações dos Ministérios Públicos.

Observa-se deste modo que o cumprimento do princípio da publicidade, no que diz respeito à divulgação dos Planos de Atuação e Planos Estratégicos pelos Ministérios Públicos Estaduais, permite que a população passe a atuar de forma mais direta no controle externo das atividades desta organização, fomentando assim uma busca mais acentuada pela eficácia organizacional.

Em virtude da pesquisa realizada e de fatos observados no curso de sua execução, faz-se necessário tecer alguns comentários a respeito da política de divulgação dos Planos de Atuação e dos Planos Estratégicos dos Ministérios Públicos pesquisados, indicando algumas boas práticas administrativas que merecem e devem ser adotadas pelas organizações que não as seguem, bem como apontar algumas situações que merecem ser reavaliadas em prol do cumprimento do princípio da publicidade.

Observou-se a partir dos sites pesquisados que os Ministérios Públicos de Goiás, Mato Grosso, Paraíba, Pernambuco e Santa Catarina possuem *links* bem acessíveis para os seus planos, o que já não ocorre nos casos dos sites dos Ministérios Públicos do Paraná e de São Paulo, onde a localização da informação demanda uma procura minuciosa pela *webpage*, demandando o conhecimento da organização interna dos Ministérios Públicos, especialmente de seu organograma para localização dos documentos.

A situação do Ministério Público de Minas Gerais mostrou-se peculiar, pois apesar de possuir links claros para o seu Plano Geral de Atuação, tanto no setor do site reservado à Procuradoria-Geral de Justiça, quanto no setor de planejamento, onde há vasto material a respeito dos Planos Gerais de Atuação, todo o material encontra-se localizado na sua *intranet*, sendo o acesso à informação restrito pelo uso de senhas, o que impede que se dê a devida publicidade aos seus planos de atuação.

No que diz respeito às boas práticas de divulgação de informações devem destacar-se os trabalhos realizados pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco, os quais detêm o mais amplo leque

de informações não apenas acerca dos planos de atuação, como de seus planos estratégicos, mas também possuem informações a respeito do monitoramento da execução dos planos estratégicos, permitindo não apenas à Administração Superior, mas também que toda a população fiscalize o cumprimento das metas e objetivos estratégicos definidos nos planos de atuação e estratégicos por seus membros.

Neste sentido recomenda-se a adoção de boas práticas de divulgação dos planos de atuação e planos estratégicos, tais como aquelas exibidas pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco em seus sites, por todos os Ministérios Públicos, especialmente por intermédio da indicação clara de um link para os referidos planos na internet, assim como para os seus relatórios de execução.

3 DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS TÉCNICAS DE ADMINISTRAÇÃO ESTRATÉGICA NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

Observa-se a partir dos excertos abaixo transcritos do artigo "*Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina*" de autoria de Isabel Cristina Silveira de Sá, publicado na Revista do Ministério Público Catarinense – Atuação, vol. 8¹², que o Ministério Público Catarinense, há cerca de uma década, vem buscando implantar mecanismos de gerenciamento de suas atividades mais adequados ao atual estágio de desenvolvimento das ciências da administração.

Referido processo iniciou em 1999 com a realização de um workshop coordenado pelo Departamento de Informatização e Planejamento (atual Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais) e acompanhado por meio de consultoria externa, em que se analisou o ambiente interno (pontos fortes e fracos) e externo (ameaças e oportunidades) da instituição, determinou a visão, os valores, a missão, e as diretrizes estratégicas.

Destaca-se nesta primeira fase a adoção de uma importante estratégia institucional, a introdução da gestão por programas no âmbito

12 SÁ, Isabel Cristina Silveira de. "*Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina*" IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/contendo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

do Ministério Público de Santa Catarina, que passou a estruturar em planos de ação específicos, com a descrição detalhada de cada ação, atribuição de responsabilidades, cronogramas de execução e recursos envolvidos. Dentre exemplos bem sucedidos destes programas, destaca-se o Programa Lixo Nosso de Cada Dia, o qual em poucos anos de execução permitiu que a quase totalidade dos municípios catarinenses adequassem a destinação de seus resíduos sólidos domésticos aos ditames da legislação ambiental e sanitária.

A segunda fase do processo deu-se em 2004, com outro workshop, o qual teve a participação de alguns membros da instituição (procuradores, promotores) além de lideranças formais e informais ligadas à administração superior da instituição, com o propósito de rever os conceitos aplicados no planejamento de 1999, possibilitando a delineação de novas estratégias a partir da análise dos programas em curso.

É o que se colhe do relato de Isabel Cristina Silveira de Sá:

O primeiro processo de planejamento estratégico do Ministério Público foi realizado em agosto de 1999, através de um workshop. O processo foi coordenado pelo Departamento de Informatização e Planejamento (atual Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais) e acompanhado por meio de consultoria externa, em que se analisou o ambiente interno (pontos fortes e fracos) e externo (ameaças e oportunidades) da instituição, determinou a visão, os valores, a missão, e as diretrizes estratégicas (Quadro 2). Uma das principais estratégias resultantes do planejamento estratégico foi a adoção da gestão por programas, que foram estruturados em planos de ação específicos, com a descrição detalhada de cada ação, atribuição de responsabilidades, cronogramas de execução e recursos envolvidos.

O segundo processo de planejamento estratégico foi iniciado em fevereiro de 2004, também a

partir de um workshop, e teve a participação dos procuradores, promotores e lideranças formais e informais ligadas a administração superior da instituição, com o propósito de rever os conceitos anteriormente aplicados no planejamento de 1999 e, adicionalmente, delinear novas estratégias a partir da análise dos programas em curso.

Uma nova etapa de desenvolvimento do planejamento estratégico do Ministério Público Catarinense encontra-se em plena execução com a realização de encontros regionais com todos os membros do Ministério Público, destinado a colher dados para subsidiar o Plano Plurianual 2008/2011, como pode se constatar:

Os dados colhidos nos seis encontros regionais, que ocorreram em Chapecó, Criciúma, Blumenau, Florianópolis, Joinville e em Lages, ao longo dos meses de maio e junho, não só irão subsidiar o anteprojeto do PGA 2008 como poderão fazer parte do Plano Plurianual 2008/2011. Os Promotores e as Promotoras de Justiça do Meio Oeste e Planalto Serrano listaram como prioridades das duas regiões ações como o fortalecimento da rede municipal de atendimento à criança e ao adolescente; a intensificação, no Planalto Serrano, do programa de exploração florestal sustentável e a fiscalização, no Meio Oeste, do cumprimento dos termos de ajustamento de conduta (TACs) regionais firmados nas áreas de fruticultura e suinocultura; o levantamento de quais pessoas se encontram sem registro civil; o combate ao tráfico de drogas, entre outras.¹³

Ainda observa-se que a partir das diretrizes definidas no seu planejamento estratégico, o Ministério Público de Santa Catarina, cumprindo os ditames dos arts. 80 e 81 de sua Lei Orgânica, passou a ser gerido levando em conta os objetivos e diretrizes institucionais estabelecidos

13 IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/noticias/detalhe.asp?campo=6363&secao_id=372. Acesso em 23 jul. 2007.

anualmente no seu Plano Geral de Atuação, o qual se encontra em sua terceira versão, instituída pelo ato ATO n. 247/2005/PGJ, tendo o seu prazo de vigência sido prorrogado até 31 de dezembro de 2007, conforme determina o ATO n. 142/2006/PGJ.

O Terceiro Plano Geral de Atuação em sua apresentação deixa clara a proposta deste documento em balizar os esforços dos membros do Ministério Público, de forma que sua atuação seja homogênea no limites do Estado de Santa Catarina:

As crescentes necessidades sociais estão a demandar das organizações, com relevância para os entes públicos, a gestão coletiva dos seus instrumentos administrativos, jurídicos e políticos, objetivando atingir maior efetividade. O modelo de gestão implementado no Ministério Público de Santa Catarina alcança, com a publicação do Terceiro Plano Geral de Atuação (PGA), mais uma importante etapa na consolidação do compromisso primordial de ser essencial à justiça, delimitando com clareza e sensibilidade as prioridades que estão a exigir a sua intervenção mais imediata.

Tal modelo, concebido a partir da consciência plena da missão constitucional do Ministério Público, que se quer independente, moderno e, sobretudo, eficiente, contemplou a oportunidade de participação de todos os Procuradores e Promotores de Justiça na formulação dos programas de atuação, dos projetos especiais e das políticas institucionais, com a participação, ainda que de forma indireta, da sociedade civil organizada.

Em outra época, a intervenção de cada membro da Instituição era mais individual que coletiva, diferente de hoje, quando importantes modificações no seu elenco de atribuições ampliaram consideravelmente a dimensão e o alcance de sua missão social, consolidada na Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, que, emancipando o Ministério

Público do papel de defensor do Estado, erigiu-o à condição de defensor da Sociedade, atribuindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Tamanho é o leque de atribuições que se faz imperioso traçar políticas e definir prioridades, notadamente diante das suas limitações de ordem estrutural e financeira. Daí porque a Lei Complementar Estadual n. 197, de 13 de julho de 2000 (Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina), estabeleceu, nos seus arts. 80 e 81, a necessidade da elaboração anual de um Plano Geral de Atuação, o qual, conquanto de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, contemple a participação dos Centros de Apoio Operacional, dos Órgãos de Execução do Ministério Público, além de um Conselho Consultivo, democraticamente composto pela classe.

Além de tornar possível a definição das políticas e prioridades institucionais, o Plano Geral de Atuação representa um precioso amálgama na união de esforços e ações em torno de propostas comuns de atuação, dando consistência ao princípio da unidade, que nos faz juntar forças para alcançarmos o mesmo objetivo.

Não obstante o esforço da Administração Superior do Ministério Público Catarinense em implementar seu planejamento estratégico, alguns desafios à consecução de seus objetivos estratégicos, mostraram-se de difícil superação.

Como bem salientado por Isabel Cristina Silveira de Sá em seu estudo de caso, a doutrina especializada aponta que o planejamento estratégico é uma atividade que envolve todos os níveis hierárquicos de determinada organização, envolvendo as atividades de planejamento tático e operacional¹⁴, devendo todos os integrantes desta organização

14 Aqui serão utilizados os conceitos propostos por Isabel Cristina Silveira de Sá em seu

pautarem suas ações a partir de um raciocínio estratégico, condição esta tida por essencial para o sucesso do planejamento estratégico:

..os princípios específicos do processo de planejamento estratégico apontam como fundamento a necessidade de integração tanto das pessoas envolvidas no processo, como dos elementos básicos que permeiam todo o planejamento, bem como dos diferentes níveis hierárquicos, posto que esse processo só atinge sua eficácia se houver interdependência entre o planejamento global e os planos estratégicos e operacionais ao longo do tempo.

[...]

De acordo com Gracioso (1990) o raciocínio estratégico deve se fazer presente em todos os níveis decisórios da empresa, principalmente no sentido de conciliar, no âmbito da análise do ambiente externo, a realidade que se apresenta e os recursos disponibilizados pela organização. Para o autor há, portanto, como condição necessária para o êxito do planejamento estratégico, a consideração da visão e/ou missão da organização.¹⁵

O que se constata no caso do Ministério Público de Santa Catarina é que apesar de cerca de uma década de planejamento de suas atividades, os fundamentos da Administração Estratégica não se en-

escrito: *“No planejamento tático o propósito é o exame de áreas específicas da organização, visando no médio e curto prazo resultados voltados a divisões, setores e funções.”* *“O planejamento operacional pressupõe um período mais curto que o planejamento tático, podendo ser mensal, semanal ou mesmo diário. Caracteriza-se pela formalização através de documentos escritos do plano de ação estabelecido, tendo como resultados cronogramas, produção e atividades específicas.”* IN: SÁ, Isabel Cristina Silveira de. *“Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina”* IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

- 15 SÁ, Isabel Cristina Silveira de. *“Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina”* IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

contram perfeitamente capilarizados nos níveis gerenciais inferiores da organização, especialmente no nível das Procuradorias e Promotorias de Justiça, cujos titulares não foram capacitados pela Administração Superior para adotar o modelo de gestão organizacional proposto a partir do primeiro planejamento estratégico realizado pelo Ministério Público de Santa Catarina, o que demonstra ser o principal desafio para implementação das técnicas de administração estratégica no âmbito do Ministério Público catarinense.

Essa afirmação é referendada por Isabel Cristina Silveira de Sá, que em seu estudo aponta que nas duas etapas do processo de planejamento estratégico do Ministério Público Catarinense foi identificado na análise do ambiente interno um ponto fraco organizacional consistente inicialmente na falta de planejamento global da organização, isso em 1999. Enquanto em 2004, constatou-se uma série de fatores negativos ligados à falta de planejamento operacional, o que demonstra que a cultura organizacional não assimilou perfeitamente os conceitos da administração estratégica.

Por outro lado, observa-se que ao contrário do que ocorre no Ministério Público de Goiás, onde os relatórios de atividades das Promotorias de Justiça possuem campos específicos para indicação das atividades de execução dos planos de atuação¹⁶ e do que se verifica nos Ministérios Públicos de Mato Grosso, Pernambuco e Rondônia, os quais possuem relatórios específicos de monitoramento da execução dos seus planos estratégicos e de atuação, indicando a coleta sistemática de dados relacionados ao cumprimento destes planos, o Ministério Público de Santa Catarina não é dotado de mecanismos de verificação da execução dos seus planos estratégicos e de atuação.

Essa ausência de controle sobre o cumprimento dos mencionados planos representa outro grande desafio a ser superado não só pelo Ministério Público Catarinense, como por todos os demais Ministérios Públicos Estaduais que venham por exigência normativa ou por iniciativa própria introduzir técnicas de administração estratégica em sua gestão organizacional, pois isto denota não apenas a ausência de uma política de monitoramento e avaliação contínua dos planos, mas também indica a inexistência de mecanismos de estímulo a seu cumprimento. Uma última análise sinaliza que referidos documentos podem ser apenas

16 De acordo com o Ato 03 CGMP/GO de 19/10/2006.

planejamentos formais, que jamais chegam a ser de fatos executados pelas organizações.

4 PLANEJAMENTO DE ATIVIDADES DAS PROCURADORIAS E PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - COMPLEMENTO NECESSÁRIO AO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E AOS PLANOS GERAIS DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

A análise dos desafios na implementação das técnicas de administração estratégica no Ministério Público de Santa Catarina no presente estudo e no trabalho publicado por Isabel Cristina Silveira de Sá evidenciam que a ausência de planejamento operacional representa um dos maiores pontos fracos no ambiente interno organizacional, o qual representa um grande fator de risco no sucesso da administração estratégica nos Ministérios Públicos.

Como afirmado anteriormente a introdução de mecanismos de gestão organizacional, tais como as técnicas de administração estratégica expostas no item 1, correspondem a uma inovação enorme na cultura organizacional dos Ministérios Públicos, a qual afeta paradigmas culturais amplamente arraigados no seio destas organizações, especialmente aqueles oriundos do princípio da independência funcional, exigindo, portanto, um processo de introdução próprio, que permita fazer com que essas técnicas capilarizem-se por todos os níveis gerenciais dos Ministérios Públicos.

Pode-se afirmar que no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina não houve, desde 1999, a adoção de processos específicos de implementação desta inovação que permitissem a sua compreensão por parte dos Promotores e Procuradores de Justiça.

Situação distinta ocorreu em Pernambuco, onde o Planejamento Estratégico 2007-2008¹⁷ indica a realização de um curso com 40 servidores do Ministério Público de Pernambuco, destinado a capacitá-los para agirem como multiplicadores dos conceitos do processo de planejamento:

17 IN: http://www.mp.pe.gov.br/uploads/ZtpRpubaXw5uWnLayuwl1A/wpLXPTQujhFf-sxv8CNsQ5A/Plano_Estratgico2005_2008_reduzido.pdf. Acesso em 30 de julho de 2007.

Foi realizado, inicialmente, um curso sobre técnicas de planejamento estratégico com foco em resultados, monitoramento e avaliação, para um conjunto de membros e servidores selecionados pelo MPPE.

O público-alvo foi de 40 pessoas, que foram capacitadas como multiplicadoras dos conceitos, a fim de atuarem internamente como facilitadoras e mentoras do processo de planejamento.

Durante o curso foram abordados temas como: • Fundamentos de planejamento estratégico • Ciclo de implementação de políticas públicas • Países que usam sistemas avançados de M&A • Por que avaliar resultados? • Barreiras na implementação de processos de planejamento estratégico • Teoria da Mudança ou Marco Lógico • Dez passos para construir um sistema de M&A (Metodologia de Desenvolvimento Institucional - MDI) • Balanced ScoreCard • Mapa estratégico • Exercícios.

A difusão destes conhecimentos nas organizações é essencial para que se crie um ambiente cultural permeado pelo raciocínio estratégico exposto por Isabel Cristina Silveira de Sá, o qual deverá espalhar-se aos níveis gerenciais inferiores, permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico, possibilitando o seu sucesso e em decorrência a consecução da missão organizacional.

No contexto dos Ministérios Públicos Estaduais isso corresponde à elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, as quais correspondem aos níveis gerenciais inferiores da administração dos Ministérios Públicos.

O planejamento de atividades de Procuradorias e Promotorias de Justiça permitirá que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que

diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade onde a Promotoria ou Procuradoria de Justiça encontrem-se sediadas.

A adoção de uma medida desta natureza permitirá a suplantação de umas das principais críticas tecidas, ao menos no Ministério Público Catarinense, aos Planos Gerais de Atuação e ao Planejamento Estratégico, que é a sua extrema vagueza na definição dos objetivos estratégicos institucionais, possibilitando que os membros da organização promovam a adequação dos objetivos estratégicos a sua realidade local, além de permitir à Administração Superior um maior controle na execução de seus objetivos estratégicos.

Novamente, ao abordar-se este tema, deve ser destacado o pioneirismo do Ministério Público de Pernambuco, o qual além de assumir a vanguarda na execução de boas práticas de divulgação de seus planos e de seus resultados, é o único Ministério Público Estadual que prevê a obrigatoriedade de elaboração de um Plano de Atuação da Promotoria de Justiça, o qual segundo os ditames do art. 21, VI, de sua Lei Orgânica deve ser gerido pelo coordenador administrativo da Promotoria de Justiça.

Percebe-se assim a partir do modelo de introdução de técnicas de administração estratégica utilizado pelo Ministério Público de Pernambuco que a introdução, execução e monitoramento de modernos conceitos de gestão é algo viável e exequível.

Contudo, a implementação destas técnicas demanda investimentos sérios na capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos, devendo a estratégia para treinamento dos membros ser adequada também à realidade local, uma vez que cada ambiente organizacional possui suas peculiaridades culturais que devem ser enfrentadas, para o sucesso de modelo gerencial adotado no planejamento estratégico.

Neste sentido cita-se, por exemplo, a necessidade de capacitação dos membros do Ministério Público de Santa Catarina em gestão de projetos, uma vez que a Instituição adotou em 1999 o sistema de gestão por programas, os quais, por seu turno é um modelo de gestão centralizada e coordenada de um grupo de projetos para atingir seus benefícios e objetivos estratégicos¹⁸, sendo os programas geridos pelos

18 Esta é definição exposta pelo PMI: um programa é um grupo de projetos geridos de

Centros de Apoio Operacional, enquanto os projetos específicos para cumprimento dos programas institucionais são executados pelos Promotores de Justiça, os quais não possuem qualquer formação teórica na gestão de projetos, o que causa conflitos internos e reduz o nível de eficácia gerencial da instituição.

O que se denota a partir de todo o exposto é que a administração estratégica já é uma realidade para os Ministérios Públicos Estaduais, sendo que na maioria dos casos a introdução do planejamento estratégico nestas organizações deu-se sem a difusão dos conceitos do processo de planejamento aos níveis gerenciais inferiores, causando certa resistência, em razão das implicações destas inovações à cultura institucional.

Não obstante, isso é possível, por intermédio de investimentos em capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos: fazer com que essas técnicas capilarizem-se por todos os níveis gerenciais, especialmente nos níveis gerenciais inferiores permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico, possibilitando o sucesso deste último com a consecução da missão organizacional. Isso corresponderá a elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também na confecção de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, permitindo que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade onde a Promotoria ou Procuradoria de Justiça encontrem-se sediadas, podendo ser adotado para consecução deste objetivo o modelo de introdução das técnicas de administração estratégica executado pelo Ministério Público de Pernambuco, com as devidas modificações para

forma coordenada a obter os benefícios e controle que não seriam disponíveis se eles fossem geridos individualmente; em contraste com a gestão de projetos, a gestão de programas é a gestão centralizada e coordenada de um grupo de projetos para atingir seus benefícios e objetivos estratégicos: *“A program is a group of projects managed in a coordinated way to obtain benefits and control not available from managing them individually. ... In contrast with project management, program management is the centralized, coordinated management of a group of projects to achieve program’s strategic objectives and benefits.”* IN: PMI. Project Management Institute. *A guide to the Project Management Body of Knowledge. PMBOK Guide. 3ed.* Newton Square, Project Management Institute, Inc., 2004. p. 16.

atender demandas específicas de cada Ministério Público.

CONCLUSÕES - SÍNTESE DOGMÁTICA

1) A administração estratégica já é uma realidade para os Ministérios Públicos Estaduais. Sua introdução é uma inovação enorme na cultura organizacional dos Ministérios Públicos, a qual exige um processo de introdução próprio.

2) É possível, por intermédio da capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos fazer com que essas técnicas capilarizem-se por todos os níveis gerenciais, especialmente nos níveis inferiores permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico. Isso pode ser atingido com a elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também com a confecção de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, permitindo que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade.

3) Recomenda-se a adoção para consecução deste objetivo do modelo de introdução das técnicas de administração estratégica executado pelo Ministério Público de Pernambuco, com as devidas modificações para atender demandas específicas de cada Ministério Público.

4) Recomenda-se também a adoção de boas práticas de divulgação dos planos de atuação e planos estratégicos, tais como aquelas exibidas pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco em seus sites, por todos os Ministérios Públicos, especialmente por intermédio da indicação clara de um link para os referidos planos na internet, assim como para os seus relatórios de execução, possibilitando que a população efetue o controle externo do dos objetivos estratégicos divulgados pelos Ministérios Públicos.

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Fabrizio José Cavalcanti

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional da
Moralidade Administrativa do Ministério Público de Santa Catarina*

SÍNTESE DOGMÁTICA

O membro do Ministério Público pode formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, pois a vedação do §1º, do artigo 17 da LIA, não é absoluta.

FUNDAMENTAÇÃO

O presente trabalho está inserido no âmbito do subtema “II – Áreas Cíveis e Especializada – **O Ministério Público repensando o papel do custos legis. A Tutela dos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos em busca da Efetividade dos Direitos Fundamentais**”, cujo item 72, do Regimento Interno do XVII Congresso Nacional prevê o título: “Possibilidades e limites de negociação em sede de Termo de Ajustamento de Conduta”.

Como se sabe, a grande vantagem do firmamento de termos de compromisso de ajustamento de conduta é a sua característica jurídica de título executivo extrajudicial, o que equivale afirmar ser desnecessário que o representante do Ministério Público tenha que intentar ação

ordinária e evita, assim, o processo de conhecimento, este, na maioria das vezes, demorado e complexo.

Este instrumento é novel no Direito pátrio, mas que atualmente é amplamente utilizado, em todo o país, sobretudo pelos representantes do Ministério Público.

Ele surgiu como inovação na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente). Prevê o artigo 211: os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu artigo 113, alterou a Lei n. 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), onde restou inserido o §6º, do artigo 5:

...§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Embora possa parecer um acordo mútuo, a verdade é que o causador do dano é quem se ajusta, comprometendo-se em adequar sua conduta às exigências legais.

Por outro lado, o órgão público legitimado, o que é o caso do Ministério Público, não se obriga a nada, somente, de forma implícita a não propor ação civil pública, pelo fato apurado.

Aliás, Hugo Nigro Mazzilli¹ esclarece:

Embora tenha o caráter necessariamente consensual, o compromisso de ajustamento não tem nem a natureza contratual, típica do Direito Privado, nem chega a ser propriamente uma transação de Direito Público. Trata-se, antes, de concessão unilateral do causador do dano, que acede em ajustar sua conduta às exigências legais, sem que o órgão público que toma seu compromisso esteja a transigir em qualquer questão ligada ao direito material, até porque não o poderia fazer, já que,

1 MAZZILI. *Op. Cit.* p.362.

em matéria de interesses transindividuais, o órgão público legitimado e o Estado não são titulares do direito lesado.

Ao contrário, pois, de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem o litígio, já na área dos direitos transindividuais temos o compromisso único e exclusivo do causador do dano (compromitente), que acede voluntariamente em ajustar sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais, sob cominações ajustadas no próprio termo (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto, como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em relação àquilo que foi objeto do ajuste, enquanto este venha a ser cumprido, exceto se sobrevier alteração da situação de fato (cláusula rebus sic stantibus implícita), ou se o caso envolver interesse público indisponível.

Os legitimados para tomarem compromisso de ajustamento de conduta são os previstos no artigo 5º, da Lei n. 7.347/85 e no artigo 82, da Lei n. 8.078/90, ou seja, Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificadamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Cabe esclarecer, no caso do Ministério Público ser o tomador do compromisso de ajustamento de conduta, uma vez que celebrado o acordo será encerrado o inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar e conseqüentemente arquivado, deverá ser o mesmo submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, o qual homologará ou não (art. 9º, §1º, da LACP).

Vale lembrar, ainda, o legislador deu ao termo de compromisso de ajustamento de conduta natureza jurídica de título executivo extrajudicial, o que induz afirmar que em hipótese de descumprimento de

suas cláusulas desnecessário será propor ação de conhecimento, e, sim, a deflagração da competente ação de execução, conforme a natureza da obrigação.

Por sua vez, em uma análise direta ao que prevê a Lei n. 8.249/92, em seu artigo 17, § 1º, pode-se cogitar ser completamente inviável a formalização de termo de compromisso de ajustamento de conduta em casos relacionados com improbidade administrativa, em face da vedação de transação, acordo ou conciliação nesta matéria.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput

O dispositivo em questão é plenamente justificável, pois estamos diante de interesses indisponíveis, como a probidade administrativa e o patrimônio público, os quais não podem ser transacionados.

Entretanto, durante o inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar, desde que não haja configuração de evidente má-fé por parte do agente público, nem se cogite em dispor sobre as sanções do artigo 12, da Lei anticorrupção, o Ministério Público poderá sim utilizar-se de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Segundo Suzana Henrique da Costa²:

Na verdade, uma leitura mais atenta do art. 12, da LIA, responde a essa pergunta. Lá estão previstas uma série de sanções restritivas de direitos e pecuniárias ao agente ímprobo. Percebe-se, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa prevê não somente a tutela aos interesses por ela tratados, mas também, a punição do réu, nos casos de procedência da demanda. Estão em jogo, portanto, nas ações de improbidade, não somente

2 COSTA, Suzana Henrique (coordenação). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 424.

questões referentes aos interesses metaindividuais do patrimônio público e da proibidade administrativa, mas também o direito de punir do Estado. O direito de punir do Estado, por sua vez, segundo nosso ordenamento jurídico, somente se efetiva mediante decisão judicial, não havendo espaço para acordo entre as partes. Trata-se de espécie de jurisdição necessária...

Assim, nas demandas de improbidade, mesmo que o agente supostamente ímprobo concorde com a aplicação das sanções de improbidade, não é possível o acordo, sendo necessária a existência de processo judicial e da sentença condenatória.

O raciocínio acima desenvolvido, porém, não vale para o ressarcimento do dano ou para a devolução da quantia indevidamente percebida pelo agente ímprobo. Isso porque eventual condenação do réu ao ressarcimento ou a devolução de quantias não configuram sanções, mas sim decorrência natural da aplicação das regras de responsabilidade civil. Destarte, tais condutas podem ser ajustadas em sede de compromisso de ajustamento, pois dispensam a tutela jurisdicional nos casos em que hajam acordo entre as partes, não se tratando de hipótese de jurisdição necessária.

Como se observa, a vedação do §1º, do artigo 17 da LIA, não é absoluta, o que autoriza o Ministério Público a formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, desde que não disponha sobre as sanção do artigo 12, da LIA.

Nesse sentido Mazzili³ assevera:

Como dissemos, a Lei de Improbidade Administrativa vedou, expressamente, a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes

3 MAZZILI. *Op. Cit.* p.394.

públicos em caso de enriquecimento ilícito. Com maior razão, não se há de admitir transação nos inquéritos civis relacionados com a matéria.

Entretanto, deve-se ter em conta que o escopo da lei é impedir que o órgão público legitimado disponha do direito material controvertido, ou seja, que aceite receber menos do que lhe seja devido. Entretanto, a nosso ver, nada impede que, tanto na fase extrajudicial como em juízo, seja em autos de inquérito civil ou de ação civil pública, o causador do dano ao patrimônio público assuma o compromisso formal de ajustar sua conduta às exigências legais, desde que isso não importe renúncia a direitos nem dispensa de seu exercício da parte de qualquer co-legitimado ativo à ação coletiva, pois estes co-legitimados não são titulares do direito material, sobre o qual não podem transigir nem dispor.

O que se pode admitir, por exemplo, é o parcelamento de obrigações, sem dispensa de juros legais e feita a correção monetária pelos índices oficiais.

Ainda, há casos, em que não importam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas o administrador (agente público) incorreu em desrespeito aos princípios constitucionais, que podem ser resolvidos por meio de termo de ajustamento de conduta.

Mencionam-se como exemplos: situação onde um administrador municipal, por ato que não se pode afirmar como de má fé, deixa de prever determinada condição em edital de concurso público; deixa de garantir certo valor obrigatório no orçamento anual; faz publicidade irregular de órgão ou ente público; dispensa ou inexige irregularmente processo licitatório; enfim, pode, nestes casos, atendidas as condições anteriormente narradas, desde que não disponha sobre as sanções do artigo 12º, da Lei anticorrupção, ser formalizado pelo Ministério Público termo de compromisso de ajustamento destas condutas.

Portanto, conclui-se que a vedação do §1º, do artigo 17 da LIA, não

é absoluta, o que autoriza o membro do Ministério Público a formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, quando o mesmo deverá ser submetido à análise do Conselho Superior da instituição, para homologação ou não do arquivamento do inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar.

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS
À PRISÃO - SOLUÇÕES PARA MINIMIZAR
O ABISMO QUE HÁ ENTRE O RESPEITO À
DIGNIDADE HUMANA E A REPRESSÃO
AOS INFRATORES PENAIIS PELO ATUAL
SISTEMA E O SUSTENTÁCULO PARA O
SURGIMENTO DE UMA NOVA POLÍTICA
CRIMINAL

Américo Bigaton

*1º Promotor de Justiça da Comarca de Concórdia do
Ministério Público de Santa Catarina*

SUMÁRIO

Introdução - 1 Sistema prisional brasileiro - recidivas transgressões às normas constitucionais - 2 Penas Substitutivas (e alternativas) à prisão - Base Constitucional - Art. 5º, XLVI, *a*, 2ª parte, *b*, *c*, *d* e *e* e Art. 98, I (*que permite a transação penal*) e art. 5º LIV (*que cuida do devido processo legal*) - 3 Desafio (às) das velhas mentalidades - 4 Experiências da Comarca de Concórdia/SC na aplicação da Lei n. 9.099/95 - 5 Novas Leis Despenalizadoras - 6 Uma sugestão: ampliação de substitutivos penais - Conclusão.

RESUMO

Síntese Dogmática: diante de um revelado quadro pré-falimentar, ou já falido, doentio e ineficiente do Sistema Prisional Brasileiro, dentro do qual, com raras exceções, as penas privativas de liberdade são resgatadas de modo a tornarem-se instrumento à incorrigibilidade

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 5, n. 12, maio/ago. 2007 – Florianópolis – pp 197 a 216

do delinqüente, servindo de estímulo à reincidência, além de atentórias à dignidade humana, levantam-se vozes abalizadas de todos os quadrantes do país e fora dele, clamando por melhora urgente no sistema repressor penal pátrio, com o propósito de minimizar o caos emoldurado. Caos este refletido, em resumo, na superpopulação carcerária, resultado do *déficit* de vagas no sistema; na estimulação à delinqüência em face da ‘escola do crime’ que se tornou a maioria das unidades prisionais do país; na comprovada falência da tríplice função da pena privativa de liberdade: punição, prevenção geral e específica e recuperação do preso; na lúcida afirmação de Bernard Shaw que é “impossível melhorar alguém através de maus tratos”. Nesta seara, exsurge com maior eloquência e comprovada exigência, a adoção de caminhos alternativos e substitutivos à pena privativa de liberdade como solução moderna para a punição, prevenção ou intimidação, efetiva reinserção social do agente criminoso e reparação dos danos causados à vítima. Desnecessário lembrar ainda, do custo financeiro e social elevadíssimo que a privação da liberdade impinge à sociedade. Vislumbra-se também, e a toda evidência, que para atingir maior efetividade das penas e medidas alternativas à prisão, se faz necessário o aprimoramento da norma penal e procedimental. Por fim, a construção de uma moderna política criminal, exigindo, pois, a sensibilização da sociedade brasileira para essa nova perspectiva ideológica criminal, com eco obrigatório no poder legiferante pátrio, e de modo especial, nos operadores do Direito, prioritariamente, o Juiz e o Promotor de Justiça, atores principais nesse processo evolutivo. Sendo tais objetivos alcançados, teremos o Direito Penal como *ultima ratio* e a pena privativa de liberdade como *extrema ratio*, e em seu lugar, tanto quanto possível, a aplicação de medidas e penas alternativas com todas as vantagens decorrentes.

INTRODUÇÃO

O tema está aqui desenvolvido, no sentido de se buscar maior aplicação das penas restritivas de direito, alternativas ou substitutivas à pena de prisão, com ênfase conscientizatória dos Magistrados e dos Membros do Ministério Público, na condição de efetivos operadores do Direito, para valoração deste viés jurídico. E, na esfera legiferante, chamar a atenção dos parlamentares para ampliação do espectro de

opções legais para tal desiderato, e bem assim, a implantação lenta e gradativa, de uma inteiramente nova política criminal no país.

Esta exposição objetiva demonstrar que as penas restritivas de direitos e medidas alternativas à prisão devem ser aplicadas com maior frequência, deixando, pois, o encarceramento, para os crimes graves e gravíssimos. Porquanto, isso resultará na diminuição da reincidência penal, na redução do custo financeiro para manutenção do atual sistema prisional, na redução da criminalidade e em ganho social, em face da possibilidade real de reinserção dos agentes infratores em seu meio.

Portanto, num primeiro momento, faremos uma abordagem de maneira sintética do atual sistema penal brasileiro e, por segundo, buscaremos demonstrar a eficiência das penas alternativas – leia-se nas transações penais, ou substitutivas à pena privativa de liberdade, através de uma brevíssima pesquisa de campo realizada no Fórum da Comarca de Concórdia. Por fim, algumas novas opções de instrumentos legais a fim de atingir tal aspiração.

Pela amplitude do tema enfrentado, não ousamos dizer que exaurimos as possibilidades de análise e reflexão, porém, prometemos continuar nossos estudos no sentido de oferecer à comunidade política e jurídica, obra mais completa e dotada de melhor didática.

Dito isso, passamos, então, à exposição do tema proposto.

1 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO - RECIDIVAS TRANSGRESSÕES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Reza a Magna Carta que a dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III).¹ Por sua vez, o art. 5º, XLVII² e seguintes do mesmo diploma legal, declaram que os presos terão direito: a integridade física e moral; pena cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a idade, natureza do delito, sexo; e, assegura também, que as mães podem permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. No art. 5º, item III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. p. 3.

2 Idem, p. 5.

desumano e degradante”.³

Pelo que se observa no cenário nacional, cotidianamente e vergonhosamente, o Brasil tem sido palco de inúmeras transgressões constitucionais, quando joga para o interior do sistema carcerário uma superpopulação de presos que passam pelas mais variadas opressões, sejam morais, ou físicas, verdadeiros tratamentos desumanos.

Não há um dia sequer sem notícias escabrosas, dando conta da desumanidade experimentada por presos, de norte a sul do país.

Jornal Diário Catarinense do dia 16 de julho de 2007: “no dia 28 de junho, 15 presos do Presídio Masculino de Florianópolis disseram ter sido agredidos por soldados do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar”. O caso está sendo apurado pelas autoridades competentes.

É apenas uma notícia sobre o verberado tema trazido ao estudo.

“Estão se tornando cada vez mais comuns as notícias de rebeliões e fugas em presídios brasileiros. O atrasado sistema penal do país não colabora e junta, em cadeias superlotadas, criminosos primários e homicidas, seqüestradores, estupradores e outros. O resultado é que, ao invés de ser um espaço para reeducar o preso, o sistema carcerário do Brasil se tornou uma espécie de ‘pós-graduação’ no mundo do crime. Um jovem delinqüente que entre em uma dessas carceragens, sai de lá como um líder de facção, disposto a enfrentar a polícia”, adverte Renato Marques.⁴

“As prisões e penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos humanos, onde homens e mulheres são deixados aos montes sem o mínimo de dignidade como seres humanos que são. O excesso de lotação dos presídios, penitenciárias e até mesmo distritos policiais, também contribui para agravar a questão do sistema penitenciário. Locais que foram projetados para acomodar 250 presos, amontoam-se em média 600 ou mais presos, acarretando essa superlotação, o aparecimento de doenças graves e outras mazelas, no meio dos detentos”.⁵

Embora tenha cometido crime, “o réu deve ser tratado como pes-

3 Idem, p.4.

4 http://www.universia.com.br/html/materia/materia_bajag.html.

5 <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/uniceuma/bartiramousinholima/falenciasistemacarcerario.htm>

soa humana”⁶ e a “pena deve ser usada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinqüente”⁷. O que importa é que seja punido em conformidade com a lei penal do seu tempo e na proporcionalidade do delito praticado. Parte considerável de pessoas vê, lamentavelmente, que a qualquer transgressão, deve o autor ser banido do seu meio e mantido na prisão, pelo maior tempo possível e de preferência, sem qualquer respeito à pessoa do agente. É a alternativa que mais satisfaz, quase volvendo a Talião.

Não queremos adentrar no debate sociológico, especialmente com o fito de determinar quem são os agentes, atores e suas obrigações neste quadro. Mas de forma ampla, podemos afirmar que, embora as autoridades tenham suas constitucionais responsabilidades, a sociedade deve integrar-se para a minimização deste estigma que vem envergonhando a nação.

A dignidade no cumprimento das penas aos presos do sistema prisional brasileiro é exigida por acordos e tratados internacionais (ratificados pelo Brasil), pela Constituição do Brasil e por normas infraconstitucionais (Lei de Execução Penal). Contudo, o que se observa é o gritante desrespeito às referidas exigências legais e humanitárias.

Poderia ser o tema mais profundamente discorrido, mas em linhas gerais, está posta a *quaestio* para o que adiante se pretende demonstrar. Todavia, está extremamente assegurado que o atual sistema prisional brasileiro está padecendo de crônica e recidiva inconstitucionalidade, com ressalva para uns poucos e isolados estabelecimentos penais, e o que é pior, com o consenso de boa parte da sociedade que não se envergonha dessa situação.

6 DAMASIO, E de Jesus. *Direito Penal*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

7 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39.

2 PENAS SUBSTITUTIVAS (E ALTERNATIVAS) À PRISÃO - BASE CONSTITUCIONAL - ART. 5º, XLVI, A, 2ª PARTE, B, C, D E E E ART. 98, I (QUE PERMITE A TRANSAÇÃO PENAL) E ART. 5º LIV (QUE CUIDA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL).

Da Constituição Federal⁸ extrai-se: Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos **que:** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou **restrição da liberdade;**
- b) **perda de bens;**
- c) **multa;**
- d) **prestação social alternativa;**
- e) **suspensão ou interdição de direitos;**

Já o art. 98 prevê que “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Por fim, o art. 5º, LIV da Constituição Federal, que estabelece a garantia “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Adverte, pois, Flávia Piovesan, que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando dentre as Cons-

8 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

tituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.⁹

E nesta senda, a Constituinte de 1988, vislumbrou a necessidade de avanços significativos e permitiu que a construção de uma nova ordem constitucional, que emplacou substancial avanço humanitário na punição dos agentes infratores. Como atenta José Afonso da Silva: “É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente de Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.¹⁰

Cumprir destacar, neste sentido, que a nossa Constituição garantiu a observância do contido na Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais particularmente para nosso estudo, a consagração de que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”. Também o que deliberou o 6º e o 7º Congresso das Nações Unidas acerca da redução de presos, de incremento nas *soluções alternativas à prisão* e à reinsersão social dos delinqüentes, conforme bem observou Luiz Flávio Gomes na obra *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*.¹¹ Desta forma, mais recentemente, o Brasil passou a observar também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, também denominadas de *Regras de Tóquio*.¹²

Importante ainda registrar que, penas substitutivas e alternativas não se confundem. Naquelas é preciso um processo, denúncia, provas, aplicação da pena de prisão e, finalmente, sua substituição por outra sanção (CP, art. 44); nestas a sanção alternativa é aplicada diretamente, sem necessidade de processo, denúncia, provas, condenação etc. (exemplo: transação penal).

9 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 53.

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 80.

11 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

12 Aprovada pela Resolução n. 45/110, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990.

3 DESAFIO (ÀS) DAS VELHAS MENTALIDADES

O Brasil é um país notadamente *sui generis* no que cinge à esfera da produção normativa e da sua Política Criminal oficial. Várias foram as vezes em que nós, profissionais do direito, nos deparamos com leis que foram criadas obedecendo ao rigor do modelo penal clássico, da política criminal paleorrepressiva, em claro contraste com a tendência mundial de criação e ampliação de leis penais mais humanitárias, como as Medidas Alternativas.¹³

A pressão da mídia televisiva que “vende” a imagem de uma política criminal repressiva, como forma de alavancar audiência, encontra fácil aceitação por parte da população. Esta, apavorada pela onda de violência social reinante, acaba por refrear as tentativas de se estabelecer um modelo mais condizente com a realidade brasileira, que valorize o conceito de cidadania, à luz de uma pedagogia da pena mais condizente com o estágio atual de evolução da proteção dos Direitos Humanos.¹⁴

Este errôneo conceito de cidadania acabou por contaminar também a política criminal brasileira, fazendo com que adotássemos um ideal assistencialista de tal fôlego, que passamos a acreditar que apenas o Estado seria responsável pelo tratamento dispensado aos delinqüentes. Desta feita, isentamo-nos de um dever que, frise-se, no atual estágio de evolução dos direitos humanos, não mais podemos transferir ao Estado.¹⁵

Cabe igualmente a nós, como sociedade civil organizada, auxiliarmos o ente estatal na melhoria das condições do sistema punitivo pátrio. Não podemos abrir mão de prestar auxílio direto na recuperação do apenado. Devemos servir de instrumento de apoio no difícil processo de reeducação do criminoso. Desta forma, cumpriremos com o papel ao qual estamos destinados, como parte integrante de uma cidadania emancipada: seremos verdadeiros cidadãos.¹⁶

No que diz respeito especificamente às medidas emergenciais,

13 <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/carlocappi/medidasalternativas.htm>.

14 *idem*.

15 *idem*.

16 *idem*.

acreditamos que nosso país esteja caminhando, em sentido correto, adotando Medidas Alternativas à Prisão, medidas estas norteadas pelo moderno ideário inserto nas Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade - as Regras de Tóquio.

Com a reforma do Código Penal de 1984, foram introduzidas com a lei n. 7.209/84 as penas restritivas de direitos em nosso ordenamento jurídico pátrio, entre elas a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Essas penas são de caráter substitutivo, as quais a sociedade apelidou de "Penas Alternativas". Quatorze anos mais tarde, a lei n. 9.714/98 ampliou o rol, passando, então para dez substitutivas à prisão.

Afirma-se, pois, com segurança, que os instrumentos legais insculpidos pelas Leis n. 7.209/84 e n. 9.714/98, proporcionaram ao país uma bem sucedida experiência na aplicação da lei penal, afastando do sistema prisional, criminosos que experimentaram a sanção penal sem o caráter odioso e desumano contido no cárcere. Os diplomas legais anteriormente citados emolduraram os seguintes institutos substitutivos à prisão: 1 - prestação pecuniária (art. 43, I); 2 - prestação de outra natureza - inominada (arts. 43, I e 45, §§ 1º e 2º); 3 - perda de bens e valores (arts. 43, II e 45, § 3º); 4) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV e 46, §§ 1º e 2º); 5 - proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública (art. 43, V e 47, I); 6 - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilidade oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 43, V e 47, II); 7 - suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 43, V e art. 47, III); 8 - proibição de freqüentar determinados lugares (art. 43, V e art. 47, IV); 9 - limitação de fim de semana ou "prisão descontínua" (art. 43, VI e art. 48) e 10 - multa (art. 44, § 2º).

Novo avanço com surgimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, através da Lei n. 9.099/95, porque assim permitiu o art. 98, I, da Carta Maior, ao estabelecer a permissibilidade para criação e implantação de

juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor poten-

cial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Como bem observa Luiz Flávio Gomes, as penas e medidas verdadeiramente alternativas, no Brasil, vieram com a Lei dos Juizados Criminais: destacam-se a composição civil do art. 74, transação penal do art. 76 e a suspensão condicional do processo do art. 89¹⁷.

Porém, é preciso mais.

As experiências consolidadas em face da efetiva aplicação do instituto da transação penal introduzida no Brasil pela Lei n. 9.099/95, mostram que se pode ir além. É necessário avançar nos diplomas legais permissivos a outras medidas e penas alternativas à prisão e com isso, ir assegurando, passo a passo, a transposição para um modelo novo de política criminal.

Já temos, portanto, extraordinárias experiências de eficiência comprovadas, que são a composição civil (Lei n. 9.099/95, art. 76), a transação penal (penas alternativas), as penas restritivas de direito (CP art. 43 - substitutivas à prisão) e a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/95 - medida alternativa), a representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (art. 88), exurgindo formas promissoras de despenalização do direito penal e servem de paradigma para que o legislador se empenhe na produção de novos caminhos jurídicos para aprimorar ainda mais o sistema.

Na esteira do sucesso desta modalidade despenalizadora, ainda existe a questão da reincidência. Neste aspecto, vale aqui transcrever o que consta na justificativa do Projeto de Lei n. 163/2007, de autoria do Senador Aloizio Mercadante, que tramita no Senado Federal e propõe alteração em dispositivos do Código Penal que tratam da substituição da pena privativa de liberdade:

pesquisas demonstram que o índice de reincidência dos condenados que tiveram a substituição de pena privativa de liberdade é incrivelmente mais baixo do que aqueles que cumpriram pena, encarcerados. De

17 GOMES, Luiz Flávio. *Penas Alternativas*. Boletim IBCCRIM n. 56 Julho Esp./1997.

acordo com dados do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, enquanto se apresenta um índice de reincidência de 70% a 85 % entre os condenados à prisão, em se tratando de penas alternativas o índice cai vertiginosamente para uma variação de 2% a 12 %.

É necessário então, em que pese algumas vozes contrárias que por certo ecoarão, que se modernize, com urgência, o texto infraconstitucional, permitindo assim, um maior avanço no sentido de um direito penal mais ressocializador, integrador, consensualizador, contemporâneo às exigências atuais.

4 EXPERIÊNCIAS DA COMARCA DE CONCÓRDIA/SC NA APLICAÇÃO DA LEI N. 9.099/95

Não poderíamos deixar de citar neste breve trabalho, mesmo que resumidamente, os benefícios diagnosticados nas ações do Ministério Público e do Poder Judiciário na Comarca de Concórdia/SC, para uma população de aproximadamente 90.000 habitantes, em face da aplicação da lei anteriormente citada:

- descongestionamento na Vara Criminal;
- rapidez da resposta estatal;
- consideração dada à vítima (reparação do dano e certeza da punição);
- comprovada diminuição da reincidência;
- elevadíssimo número de conciliações;
- diminuição da sensação de impunidade;
- tempo maior para que a Justiça Criminal possa cuidar dos processos referentes a casos mais graves;
- integração do Poder Judiciário e do Ministério Público com a sociedade, através da PSC;
- integração da sociedade na questão da prevenção da delinqü-

ência;

- repasse de mais de meio milhão de reais para o FIA dos municípios que integram a comarca e para instituições sociais cadastradas no Fórum, valor este oriundo das transações penais desde a edição da lei;

- aquisição de dois veículos com recursos das transações penais (um para o Conselho Tutelar e outro para o Conselho da Comunidade);

- aquisição de um veículo para a Polícia Ambiental, fruto de composição civil com infrator ambiental;

- reforma do Presídio Regional, paga com valores obtidos em transações penais, e, do mesmo modo, a construção da Casa do Albergado;

- construção de uma cerca em torno do Presídio Regional (idem ao anterior);

- pagamento parcial de curso profissionalizante para dezenove detentos, junto ao SENAI, também com recursos oriundos das transações penais;

- inúmeras instituições beneficiadas com a prestação de serviços comunitários;

Na contramão de muitas comarcas Brasil afora, nas quais o conjunto de crimes tem aumentado, em Concórdia/SC, dados apresentados pela Polícia Militar¹⁸ demonstram exatamente o contrário, e isto se deve, naturalmente, pela ação conjunta das Polícias Civil e Militar, do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como através de grande utilização da justiça consensual.

Em outro vértice, a reincidência, como pôde comprovar a então acadêmica Luciana Nezzi¹⁹, em monografia apresentada ao final do curso de Direito, da Universidade do Contestado, Campus de Concórdia, depois de analisar 220 (duzentos e vinte) procedimentos que envolveram 295 infratores, que

18 O JORNAL, 12/05/2007, p. 18.

19 NEZZI, Luciana. *Penas Alternativas e sua Efetiva Aplicação na Comarca de Concórdia*. UnC. 2006. p

esse baixo índice de reincidência indica uma das grandes vantagens de se aplicar as penas alternativas, pois nesses casos podemos afirmar, na grande maioria, que o objetivo da pena, que é a reabilitação e ressocialização foi com certeza atingido. Ganhando a sociedade em geral e os apenados juntamente com suas famílias, que não tiveram que conviver com a triste realidade dos presídios.

O quadro abaixo demonstra a distribuição do número de processos por infrator, entre os 295 analisados:

Apenado com 1 processo	Apenado com 2 processos	Apenado com 3 processos	Apenado com 4 processos	Apenado com 5 a 10 processos	Apenado acima de 10 processos
236	34	18	5	1	1

Também observou o estudo empírico²⁰ que, dos 220 processos analisados, 52,75 % tiveram a entrega da prestação jurisdicional, no período compreendido entre de 01 (um) a 04 (quatro) meses. O restante, em um período entre 33 (trinta e três) a 42 (quarenta e dois) meses.

Para melhor exemplificar, foi elaborado o quadro abaixo, o qual evidencia, de forma clara, o tempo transcorrido entre a ocorrência do fato e a decisão judicial, em cada processo:

Lapso Temporal	De 1 a 4 meses	De 5 a 8 meses	De 9 a 12 meses	De 13 a 16 meses	De 17 a 24 meses	De 25 a 32 meses	De 33 a 42 meses
Processos	116	47	20	10	12	8	7

Com meridiana clareza, observa-se uma descomunal vantagem desse sistema sobre a antiga forma de resolução penal de delitos de menor potencial ofensivo, com diminuição da criminalidade, da rein-

²⁰ Idem.

cidência e com celeridade processual, refletida na resposta estatal, em face do crime ou contravenção praticados.

Porém, cumpre destacar que o Ministério Público tem desenvolvido relevante papel, porquanto tem participado ativamente dos atos judiciais, dispensada inclusive, a figura do conciliador leigo, elaborando para que haja maior proficiência na resolução dos conflitos, através da conciliação das partes e analisando com extremo cuidado a aplicação do contido no art. 76 da Lei n. 9.099/95.

5 NOVAS LEIS DESPENALIZADORAS

Nos últimos tempos, tem-se visto e ouvido muito na imprensa nacional, constituindo um debate em torno de projetos que tendem resolver os problemas que afetam o sistema prisional brasileiro e, tal qual na maioria das vezes, o legislador, um pouco apressado ou pressionado em face de exposição contínua dos ergástulos mazelados na imprensa, busca, em legislações extravagantes e casuais, resolver o que sabidamente não vai conseguir.

Por certo, existem bons projetos em tramitação na Câmara e no Senado Federal, os quais vão ao encontro da pretendida evolução do atual sistema.

Neste sentido, o que precisa ser garantido é um rígido acompanhamento das suas tramitações e, bem assim, a participação de integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário na elaboração dos novéis diplomas legais, minimizando, com isso, a produção de inservíveis leis.

6 UMA SUGESTÃO: AMPLIAÇÃO DE SUBSTITUTIVOS PENAIIS

Dentre as penas restritivas de direitos, propostas em projetos que tramitam no Congresso Nacional, cito, à guisa de exemplo, a que estabelece o “recolhimento domiciliar”, contida no Projeto de Lei n. 163/2007, que altera o Código Penal, de autoria do Senador Aloizio Mercadante e a “obrigatoriedade de frequência a curso presencial de educação ambiental, com carga horária mínima de nove horas-aula e duração não

inferior a uma semana” prevista no Projeto de Lei n. 44/2007, de autoria do Senador Walter Pereira, que cria nova modalidade de pena restritiva de direitos na lei n. 9.605/98.

Todavia, entendo que além de provocar o debate e a efetiva criação de novas penas restritivas de direitos, as quais servirão para aplicação de forma alternativa na esfera da transação penal, entendo que também se faz necessária a criação ou ampliação das medidas alternativas que antecedam o processo. O bom exemplo vem da suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89).

Pretendemos aqui propor, salvaguardados entendimentos melhores sobre o tema, que é perfeitamente possível ampliar a aplicabilidade do citado instituto, como forma de diminuir o número de demandas penais a serem instruídas nos juízos e com grande eficácia ressocializadora e retributiva.

Assim disciplina o art. 89 da lei acima referida:

Nos crimes em que **a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) - original não contém grifo.

A proposta que apresentamos diz respeito ao aumento do *quantum* mínimo da cominação penal, que permite a aplicação do instituto acima citado.

O art. 44 do Código Penal estabelece que

as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
(Redação dada pela Lei n. 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer

que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
(Redação dada pela Lei n. 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso;
(Redação dada pela Lei n. 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei n. 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei n. 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei n. 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei n. 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei n. 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar

de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei n. 9.714, de 1998)

Na prática, o que ocorre: na ação penal por crime, cuja pena resta aplicada em patamar igual ou inferior a quatro anos, o processo terá tido seu curso integral (denúncia, interrogatório, inquirição das testemunhas - acusação e defesa, alegações finais e sentença) para, ao final, preenchidos os requisitos legais, o juiz determinar ou a substituição da pena privativa de liberdade por uma ou duas restritivas de direitos (CP, art. 44), ou concederá o *sursis* (CP, art. 77 e seguintes).

Ora, por que não antecipar, consensualmente com o réu e seu defensor, com posterior homologação judicial, a aplicação de tais penas (aqui de forma alternativa), que seriam aplicadas ao final da ação penal, deixando o processo suspenso na forma do art. 89 da lei n. 9.099/95?

Portanto, por simetria ao artigo 44, inc. I, do CP, aplicar-se-ia a Suspensão Condicional do Processo para todos os delitos praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa quando a pena mínima cominada no tipo for igual ou inferior a quatro anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo, e atendidos os demais requisitos legais (incisos II, III do citado artigo), desde que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Nos termos do art. 89, são estabelecidas algumas condições para que o processo fique suspenso:

§ 1º Aceita a proposta, pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde

reside, sem autorização do juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

E, além da observância do contido no § 2º acima, evidentemente que outras condições poderiam estar inseridas no § 1º, como por exemplo:

- prestação pecuniária;
- perda de bens e valores com destruição (armas, por exemplo) ou destinação social;
- prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas;
- interdição temporária de direitos (CP, art. 47, inc. I, II e III);
- pagamento proporcional das custas processuais;
- inclusão em programas oficiais para tratamento de dependência química ou narco-dependência;
- recolhimento domiciliar em determinados dias e horários, mediante fiscalização;
- frequência à escola regular;
- frequência à escola profissionalizante;

Permaneceriam inalteradas, em princípio, as demais disposições legais do art. 89.

O resultado prático, por certo, será:

- a resposta quase que imediata do Estado ao agente, em face de sua conduta delitiva, pois com a denúncia oferecida já haveria a proposta de suspensão, nos moldes atuais, apenas com o aumento do rol de delitos que estariam sujeitos à suspensão condicional do processo;
- descongestionamento ainda maior dos juízos criminais;
- consideração dada à vítima (reparação do dano e certeza da

punição, pois o agente já estará na *condicional*, cumprindo as obrigações ajustadas);

- diminuição da reincidência;
- diminuição da incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado em ações penais em tramitação;
- diminuição da sensação de impunidade, porque a resposta estatal foi rápida num contraponto às condenações que ocorrem anos depois do fato, quando, na grande maioria dos casos, o apenado sequer lembra do delito praticado;
- maior tempo para a Justiça Criminal cuidar dos processos referentes a casos mais graves;
- maior integração do Poder Judiciário e do Ministério Público com a destinação à comunidade de prestadores de serviços, das prestações pecuniárias, pelo recebimento por instituições credenciadas de bens e valores que tiveram ajustados o seu perdimento;
- integração da sociedade na questão da prevenção da delinquência, bem como evitando a reincidência gerada pelo sistema prisional, podendo ocorrer a participação do infrator na sociedade mais ampla e o despertar para a responsabilidade civil e acarretar a ressocialização do criminoso, tendo em vista o fato de ele não ser retirado do seu convívio social e de não sofrer a influência do ambiente criminógeno da prisão.

Assim, com a suspensão condicional do processo para crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa punidos com pena mínima de até quatro anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo, não sendo reincidente em crime doloso, desde que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) estará se antecipando, em linhas gerais, o que ditaria o juiz, em sentença final condenatória, após anos de demorada instrução processual.

Por certo, o período de prova que hoje está previsto de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (art. 89 da Lei n. 9.099/95), deverá ser alterado, restando desde já sugerido o período de 3 (três) a 6 (seis) anos e a inclusão das demais condições conforme referido acima, carecendo, então, esta adequação legislativa como eficiente substitutivo penal.

TESES APRESENTADAS NO XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

A OBRIGATORIEDADE DE O FORNECEDOR CUMPRIR AS NORMAS TÉCNICAS RELACIONADAS À SEGURANÇA E QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS

Fábio de Souza Trajano
*Promotor de Justiça do Consumidor do
Ministério Público de Santa Catarina*

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, todas as normas técnicas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e qualidade dos produtos e serviços, têm caráter compulsório.

INTRODUÇÃO

O tema que pretendemos desenvolver no presente trabalho refere-se à obrigatoriedade de todas as normas e todos os regulamentos técnicos relacionadas à segurança e qualidade dos produtos e serviços, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de seu caráter voluntário ou obrigatório.

Inicialmente, analisaremos o conceito de Normalização, regulamento técnico, o sistema brasileiro de edição da norma técnica e de

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 5, n. 12, maio/ago. 2007 – Florianópolis – pp 217 a 233

Avaliação da Conformidade, para, na seqüência, fazermos uma relação com a política Nacional das Relações de Consumo.

1 NORMALIZAÇÃO

Da Associação Brasileira de Normas Técnicas¹, extraímos o conceito, os objetivos e benefícios da Normalização:

O que é Normalização?

Atividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto.

Objetivos da Normalização

Economia: Proporcionar a redução da crescente variedade de produtos e procedimentos

Comunicação: Proporcionar meios mais eficientes na troca de informação entre o fabricante e o cliente, melhorando a confiabilidade das relações comerciais e de serviços.

Segurança: Proteger a vida humana e a saúde.

Proteção do Consumidor: Prover a sociedade de meios eficazes para aferir a qualidade dos produtos.

Eliminação de Barreiras Técnicas e Comerciais: Evitar a existência de regulamentos conflitantes sobre produtos e serviços em diferentes países, facilitando assim, o intercâmbio comercial.

Na prática, a Normalização está presente na fabricação dos produtos, na transferência de tecnologia, na melhoria da qualidade de vida através de nor-

1 www.abnt.org.br, acessado em 20/7/2007.

mas relativas à saúde, à segurança e à preservação do meio ambiente.

Benefícios da Normalização

Numa economia onde a competitividade é acirrada e onde as exigências são cada vez mais crescentes, as empresas dependem de sua capacidade de incorporação de novas tecnologias de produtos, processos e serviços. A competição internacional entre as empresas eliminou as tradicionais vantagens baseadas no uso de fatores abundantes e de baixo custo. A normalização é utilizada cada vez mais como um meio para se alcançar a redução de custo da produção e do produto final, mantendo ou melhorando sua qualidade.

Podemos escalar alguns desses benefícios da Normalização da seguinte forma:

Qualitativos:

A utilização adequada dos recursos (equipamentos, materiais e mão-de-obra)

A uniformização da produção

A facilitação do treinamento da mão-de-obra, melhorando seu nível técnico

A possibilidade de registro do conhecimento tecnológico

Melhorar o processo de contratação e venda de tecnologia

Quantitativos:

Redução do consumo de materiais e do desperdício

Padronização de equipamentos e componentes

Redução da variedade de produtos (melhorar)

Fornecimento de procedimentos para cálculos e

projetos

Aumento de produtividade

Melhoria da qualidade

Controle de processos

É ainda um excelente argumento para vendas ao mercado internacional como, também, para regular a importação de produtos que não estejam em conformidade com as normas do país importador.

2 DA ELABORAÇÃO DA NORMA

A norma é elaborada com a participação de todos os setores envolvidos, inclusive o setor produtivo, não sendo, assim, ato unilateral do poder público, conforme explicitado no processo de criação abaixo destacado²:

1 - Demanda - solicitação de normalização de determinado tema proposto à ABNT por qualquer interessado (setor produtivo, governo, consumidores);

2 - Programa de Normalização - encaminhamento ao Comitê Técnico responsável, que fará a exposição aos diversos setores envolvidos. Havendo consenso quanto à necessidade de normalização e sua prioridade, o tema será inserido no Programa de Normalização do Comitê Técnico respectivo;

3 - Elaboração e Projeto de Norma - formação da Comissão de Estudos, com participação de todas as partes interessadas, que elaborará, por consenso, projeto que será submetido à consulta pública;

4 - Consulta Nacional - fase em que o projeto será submetido à consulta pública, podendo, qualquer interessado, manifestar-se pela aprovação do projeto, sua modificação ou supressão, mediante apresentação de fundamentos técnicos e científicos; e

5 - Análise do resultado da Consulta Nacional.

2 www.abnt.org.br, acessado em 20/7/07.

3 AVALIAÇÃO DA CONFORMIDADE

A comprovação de que determinada norma está sendo observada ocorre pela Avaliação da Conformidade, que tem o seguinte conceito:

A Avaliação da Conformidade é um processo sistematizado, com regras pré-estabelecidas, devidamente acompanhado e avaliado, de forma a propiciar adequado grau de confiança de que um produto, processo ou serviço, ou ainda um profissional, atende a requisitos pré-estabelecidos por normas ou regulamentos, com o menor custo possível para a sociedade.³

A Avaliação da Conformidade poderá ser efetuada por intermédio de certificação, declaração de conformidade do fornecedor, inspeção, etiquetagem e ensaio, dependendo a escolha das especificidades de cada produto.

No que se refere à certificação, segundo o INMETRO⁴, poderá ser voluntária ou compulsória. A primeira depende de solicitação do fornecedor. A segunda é de uso obrigatório e está relacionada à saúde e segurança do consumidor. Produto certificado é identificado pela presença do símbolo do Sistema Brasileiro de Certificação no próprio produto ou na sua embalagem, que poderá estar acompanhado do nome ou marca do Organismo de Certificação de Produto (OCP) credenciado pelo INMETRO.

Para ilustrar, destacamos alguns exemplos de produtos com certificação compulsória: mangueira de PVC para GLP; botijão de gás; capacete de motociclistas; extintor de incêndio; preservativo masculino; brinquedo; vidro de segurança de veículos; fios e cabos elétricos até 750 v; embalagem plástica para álcool; pneus de veículos; fósforo; e mamadeira.

3 www.inmetro.gov.br, acessado em 27/7/07.

4 www.inmetro.gov.br, acessado em 23/7/07.

4 ENTENDIMENTO DO INMETRO E ABNT QUANTO AO CARÁTER VOLUNTÁRIO DA NORMA

O Instituto Brasileiro de Metrologia⁵ (INMETRO), ao discorrer sobre Avaliação de Conformidade, aponta a diferença entre norma e regulamento técnico, esclarecendo ser a primeira de adesão voluntária e a segunda de caráter compulsório, fazendo, todavia, ao final do texto, em nota, observação quanto ao Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Os programas de Avaliação da Conformidade compulsórios têm como documento de referência um regulamento técnico, enquanto os voluntários são baseados em uma norma. A principal diferença entre um regulamento técnico e uma norma é que o primeiro tem seu uso obrigatório e, o segundo, voluntário. Enquanto o regulamento técnico é estabelecido pelo Poder Público, a norma é consensual, ou seja, estabelecida após ampla discussão pela sociedade e emitida por uma organização não governamental. No caso específico do Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, foi reconhecida, através da Resolução Conmetro n. 7, de 24 de agosto de 1992 como o Fórum Nacional de Normalização. Outra característica que deve ser ressaltada é que o regulamento técnico pode referenciar uma norma técnica, tornando seus critérios, ou parte deles, a princípio voluntários, como de caráter compulsório. Tanto quanto possível, o regulamento deve basear-se em uma Norma Técnica, tornando obrigatórios os requisitos ligados à proteção do cidadão, do meio ambiente e da nação.

Nota: No que diz respeito ao atendimento voluntário aos requisitos estabelecidos por uma norma técnica, cabe destacar que o Brasil possui uma particularidade em

5 www.inmetro.gov.br, acessado em 27/7/07.

relação aos demais países signatários dos acordos internacionais em função da Lei n. 8.078, de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, definir, em seu artigo 39, parágrafo VIII, que na ausência de regulamentos técnicos, os produtos devem ser colocados no mercado em conformidade com as normas técnicas. Esse entendimento é reforçado pela nota técnica n. 318, emitida em 29 de setembro de 2006, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A ABNT⁶, no mesmo sentido, entende que a obrigatoriedade da norma depende de previsão expressa, todavia faz ressalva quanto a invocação em ações judiciais do art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

10. O uso das Normas Brasileiras é obrigatório?

R: As Normas Brasileiras são desenvolvidas e utilizadas voluntariamente. Elas tornam-se obrigatórias somente quando explicitadas em um instrumento do Poder Público (lei, decreto, portaria, normativa etc.) ou quando citadas em contratos. Entretanto, mesmo não sendo obrigatórias, as normas são sistematicamente adotadas em questões judiciais por conta do Inciso VIII do Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Claro assim, segundo entendimento da ABNT e do INMETRO, que algumas normas são voluntárias, isto é, o fornecedor vai acatar apenas se entender conveniente, com o que não concordamos, pois, desde que relacionada à segurança e qualidade dos produtos e serviços, a norma tem caráter obrigatório, conforme princípios e dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor adiante explicitados.

6 www.abnt.org.br, acessado em 20/707.

5 AS NORMAS TÉCNICAS E A POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO

A Política Nacional de Relações de Consumo, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, **saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos** [...]” (*grifo não existente no original*)

É princípio da Política Nacional das Relações de consumo, conforme inciso II do artigo destacado:

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

[...]

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

A proteção da segurança é direito básico do consumidor, sendo vedada a colocação no mercado de produtos que acarretem riscos à sua saúde e segurança, *in verbis*:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I - a **proteção da vida, saúde e segurança** contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos perigosos ou nocivos;” (*grifo não existente no original*)

Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição.

Outro direito básico do consumidor é a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme art. 6º, VI, do Estatuto Protetivo.

É conclusão lógica e natural que a observância de norma técnica expedida por entidade competente é certeza de produto e serviço com padrão adequado de segurança, durabilidade, desempenho e que oferece muito menos riscos de ocasionar prejuízos ao consumidor, dando, assim, concretude e efetividade aos dispositivos legais destacados anteriormente, o que, por si só, já permite concluir pelo caráter compulsório das mesmas.

Como se não bastasse, o art. 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, considera ser prática abusiva a colocação de qualquer produto em desacordo com as normas técnicas:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela **Associação Brasileira de Normas Técnicas** ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO; (*grifo não existente no original*)

Define o Código de Defesa do Consumidor, ainda, como impróprios ao consumo os produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação e os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam, senão vejamos:

Art. 18 - [...]

§ 6º - São impróprios ao uso e consumo:

[...]

II - os produtos eteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles **em desacordo com as normas regulamentares de fabricação**, distribuição ou

apresentação; (grifo não existente no original).

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Além de infrações cíveis e administrativas, está configurado, em tese, o crime contra as relações de consumo previsto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que dispõe:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...]

II - **vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais**, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; (*grifo não existente no original*)

Conforme dispositivos legais destacados e a principiologia do Código de Defesa do Consumidor, entendemos que todas as normas técnicas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e fabricação dos produtos e prestação de serviços, devem ser observadas, sob pena de prática abusiva e colocação no mercado de produto impróprio ao consumo.

Ao discorrer sobre normas da ABNT, José Geraldo Filomeno⁷ conclui por sua obrigatoriedade, valendo a pena transcrever o seguinte ensinamento:

A ABNT, como se sabe, propõe-se a elaborar normas técnicas e a fomentar seu uso nos campos científico, técnico, industrial, comercial e agrícola, promovendo a participação das comunidades técnicas no desenvolvimento da normalização no país, representando-o junto às entidades internacionais de normalização e organizações similares estrangeiras, bem como conceder marcas de conformidade e outros certificados referentes à aplicação de normas e a colaborar com o Estado

7 FILOMENO, José Geraldo. *Manual de direitos do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 75/77.

no estudo e solução de problemas relacionados com a normalização técnica geral.

Pelo regime anterior de normalização, havia a discriminação quanto à “obrigatoriedade” ou não das normas técnicas no sentido retro apregoado, a saber: (a) as NBR 1 e 2 eram de caráter compulsório, sendo que a segunda somente assim era considerada em face de sua obediência pelo Poder Público, sendo a primeira universal; (b) NBR 3, de caráter não obrigatório, mas registrada no Inmetro; (c) NBR 4, normas probatórias, registradas no Inmetro, ainda em fase experimental.

Hoje, entretanto, **as normas técnicas são praticamente todas compulsórias, exatamente diante do mencionado inc. VIII do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor**, que na verdade insiste em chamar a atenção para todos que se dediquem a atividades econômicas que exigiam regramento mínimo, sobretudo no que concerne à qualidade e segurança dos usuários e consumidores, como requisitos mínimos, e que servirão de balizamento no caso de eventuais anomalias, defeitos ou vícios constatados em produtos e serviços. *(grifo não existente no original)*

Existe, por outro lado, uma diferença fundamental entre “normalização” e “regulamentação”.

Enquanto esta é estabelecida pelo poder estatal, sem participação das entidades privadas diretamente, aquela pressupõe a disciplina de métodos de fabricação, conformidade etc., por entidades privadas.

Prevalece entre nós o sistema híbrido, agora ainda mais reforçado pela delegação quase que total à ABNT e entidades por ela acreditadas. Ou seja, ao Estado, como não poderia deixar de ser, já que

investido da soberania do país, compete sempre a fixação das normas gerais e condições da atuação das entidades do Sinmetro, enquanto que a essas incumbe a elaboração das normas, certamente auditadas e homologadas pelo Inmetro.

[...]

Por isso mesmo é que nos permitimos concluir o seguinte no tocante às normas técnicas e sua obrigatoriedade:

1º a qualidade não é apenas a adequação às normas técnicas, mas também, e principalmente, a satisfação do consumidor;

(...)

3º diante do novo sistema nacional de metrologia e qualidade industrial, **todas as normas técnicas elaboradas pela ABNT e demais entidades credenciadas passam a ser obrigatórias**, até como garantia para os próprios fornecedores; (*grifo não existente no original*)

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem⁸ se manifestam no mesmo sentido:

Se existem normas expedidas por órgãos oficiais, ou pela Associação Brasileira de Normas Técnicas **ou outra entidade credenciada pelo INMETRO**, devem elas ser cumpridas, mesmo não sendo obrigatórias para o fornecedor específico. Nesse sentido, o CDC inclui no art. 39, em seu inciso VIII, como prática comercial abusiva, “colocar, no mercado, qualquer produto ou serviço em desacordo” com estas normas. A finalidade da norma é melhorar a qualidade de vida do brasileiro, melhorando a qualidade dos produtos que

8 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 507.

consome e dos serviços que são colocados à sua disposição.

Destacam-se, ainda, as seguintes manifestações doutrinárias relacionadas ao assunto:

O artigo 39, inciso VIII, do CDC deixa bem claro: se existem Normas Técnicas para qualquer produto colocado no mercado de consumo, é obrigatória a conformidade destes produtos com os requisitos da Norma, sob pena de responsabilidade para o fornecedor. Quando o consumidor compra produto normalizado, significa que está adquirindo um produto de qualidade. Sabe que o produto foi fabricado de acordo com os requisitos da Norma pertinente. Garantindo-se desta maneira que o fabricante utilizou na sua fabricação matérias-primas e processo controlados e, principalmente, que o produto está de acordo com seus desejos e necessidades.⁹

Registre-se, portanto, que, o legislador do Código de Defesa do Consumidor, conferiu, neste dispositivo, grande importância ao processo de normalização. A prática das condutas vedadas por este inciso, sujeita o fornecedor às sanções administrativas previstas pelo art. 58, deste Código.¹⁰

Se o fornecedor quiser ser penalizado, basta colocar, no mercado consumidor, qualquer produto ou serviço, em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes e, se não existirem normas específicas, observem-se as "Normas da Associação de Normas Técnicas" existentes, de um modo geral, em todas as capitais dos Estados, ou outra entidade devidamente credenciada pelo

9 OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de Proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora de direito. p. 141.

10 ALVIM, Arruda et all. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. 2.t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 216.

Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, todas ótimas, como já temos evidenciado.¹¹

Também é conduta abusiva a colocação, no mercado, de produto ou serviço sem a observância de normas técnicas oficiais. As sanções para a hipótese estão referidas no art. 58 do Código: apreensão, inutilização ou proibição de fabricação de produtos, suspensão do fornecimento de produto ou serviço, cassação de registro do produto ou rescisão (a lei menciona “revogação”) da concessão ou permissão de uso. Tais são as penalidades, de natureza administrativa, para os produtos ou serviços inadequados, entre os quais aqueles que não guardam correspondência com as normas técnicas pertinentes. Ao consumidor, neste caso, cabe levar ao conhecimento da autoridade administrativa competente a notícia da prática abusiva para que esta, mediante o procedimento administrativo próprio, adote a providência que entender ajustável à espécie. Se a inobservância de normas técnicas causar um incremento no potencial de risco do produto ou serviço, causando danos à saúde e segurança do consumidor, o fornecedor pode vir a ser responsabilizado civil e penalmente (Código de Defesa do Consumidor, arts. 8º a 12)¹².

Outra ação vedada é a de colocar, no mercado consumidor, qualquer bem ou serviço sem a observância das normas previstas pelos órgãos oficiais competentes, ou, inexistindo normas específicas, as da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional da Metrologia (CONMETRO)

11 ZENUN, Augusto. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 66.

12 COELHO, Fábio Ulhôa. *Arts. 28 a 45. In: OLIVEIRA, Juarez (org). Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

(VIII). Ora, inseridas, internacional ou nacionalmente, dentro de um sistema protetivo aos valores básicos da pessoa e da coletividade, essas normas, resultantes de estudos e de análises profundas de técnicos especializados, constituem as garantias máximas da população e dos próprios fornecedores quanto à higidez dos produtos e dos serviços oferecidos ao mercado. Daí a sua imposição pelos órgãos de controle, a fim de possibilitar-se o fluxo tranqüilo de produtos e de serviços para o mercado consumidor, sem riscos quanto à sua essência, à sua composição, ao seu acondicionamento, ao seu transporte e à sua colocação junto ao público.¹³

Entende-se por norma técnica aquela expedida pelo órgão público competente ou, à falta destes, as baixadas pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Estas normas, no mais das vezes, têm por finalidade assegurar padrões mínimos de segurança e de qualidade para os produtos e serviços.

Neste dispositivo (art. 39, VIII), afirma-se que a inserção de produto ou serviço em desacordo com tais parâmetros normativos consiste, só por si, em prática abusiva.

Digno de registro, contudo, que a observância destas normas não isenta o fornecedor de outras responsabilidades. Isto porque as normas veiculam padrões mínimos. O Código de Defesa do Consumidor, porém, indica que todo produto ou serviço possui garantia legal de adequação. Logo, a alegação de adequação à norma técnica de regência não isenta o fornecedor de responsabilidade

13 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. Forense Universitária, 2003. p. 58.

por eventuais vícios ou delitos do produto ou do serviço.¹⁴

É conduta abusiva do fornecedor – reza o inciso VIII do art. 39 – colocar à venda produto ou serviço que desatendam normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes e, na sua ausência, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO.

Essa entidade foi fundada em 1940 e é de utilidade pública.

As normas técnicas que elabora tendem a reduzir os custos da fabricação, uniformiza medidas que permitem o uso múltiplo dos produtos e, de certo modo, incrementam a produtividade.

A ABNT e outras organizações particulares com o poder público integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO). Na área oficial, salienta-se o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).

O órgão normativo do SINMETRO é o Conselho Nacional de Metrologia, normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO).

No conceito do ato descrito no inciso VIII, a lei peca pela imprecisão. A rigor, na espécie, não se trata de prática apenas abusiva, mas ilícita, visto que o fornecedor desrespeita normas legais atinentes à produção do bem que coloca no mercado.

Vamos mais longe na justificativa da ação da administração pública, na área do consumo. Mesmo que inexistem quaisquer normas públicas ou privadas

14 NUNES, Vidal Serrano Júnior; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 128.

atinentes ao produto ou ao serviço se a autoridade concluir serem eles nocivos aos consumidores, pondo em risco sua saúde ou até sua vida, está autorizada a ampliar uma das sanções elencadas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁵

Finalmente, registro que, juntamente com o colega Jacson Correa¹⁶, subscrevi a Nota Técnica 01/2004¹⁷, do Centro de Apoio Operacional do Consumidor do Ministério Público de Santa Catarina, concluindo pela obrigatoriedade da observância pelos fabricantes de copos plásticos da NBR 14.865, que contribuiu para a celebração de Termos de Ajustamentos de Conduta entre Promotorias de Justiça¹⁸ e fabricantes de mencionados produtos em cinco comarcas do estado, servindo como exemplo que a norma, mesmo que não tenha, expressamente, caráter obrigatório, deve sim ser observada, porquanto propicia produto com muito mais qualidade e segurança, atendendo, assim, os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

CONCLUSÃO OBJETIVA

Todas as normas técnicas oriundas da Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e qualidade dos produtos ou prestação de serviços, têm caráter compulsório, conforme arts. 4º, 6º, I e III, 8º, 18, § 6º, II e III, e 39, XII, do Código de Defesa do Consumidor.

15 SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5º. Edição. Ed. LTR, 2002. p. 391 e 392.

16 Procurador de Justiça e Coordenador-Geral, à época (2004), do Centro de Apoio Operacional do Consumidor.

17 Parte da doutrina utilizada no presente trabalho também foi citada na Nota Técnica MP/SC/CCO 01/2004.

18 Criciúma, Içara, Urussanga, Orleans e Braço do Norte, que concentram cerca de 80% da fabricação de copos plásticos do país.