
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



n. 15, jul./dez. 2009

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v.6, n. 15, jul./dez. 2009

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Raulino Jacó Brüning
Gustavo Viviani de Souza
Eduardo Sens dos Santos
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Maury Roberto Viviani
Rejane Gulate Queiroz

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

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

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

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

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / 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: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral, 2009.

v. 6, n. 15, jul./dez. 2009.
ISSN 1981-1683

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

CDDir 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Tatiana Wippel

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

Impressão: dez. 2009

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

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Gladys Afonso

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

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

Gladys Afonso – *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Leonardo Henrique Marques Lehmann

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão

Ricardo Francisco da Silveira – *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 Pedro Sérgio Steil
Jacson Corrêa José Eduardo Orofino da Luz Fontes
José Galvani Alberton *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
Eliana Volcato Nunes
Monika Pabst

Coordenadoria de Recursos

Tycho Brahe Fernandes – Coordenador

Assessoria do Coordenador de Recursos

Laudares Capella Filho
Rodrigo Silveira de Souza

Ouvidoria do Ministério Público

Guido Feuser

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Ricardo Paladino – Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto – Coordenador-Geral



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Rodrigo Cunha Amorim – Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Luiz Fernando Góes Ulysséa – Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino – Coordenadora-Geral

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Gustavo Viviani de Souza – Diretor

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Rafael de Moraes Lima – Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional Criminal

César Augusto Grubba – Coordenador-Geral

Onofre José Carvalho Agostini – Coordenador

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Raulino Jacó Brüning – Coordenador-Geral

Mauro Canto da Silva – Coordenador

Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas

Robison Westphal – Coordenador-Geral

Coordenadoria de Inteligência e Dados Estruturados

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – Coordenador

Coordenadoria de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Rafael de Moraes Lima – Coordenador

Coordenadoria de Assessoramento Técnico

Adalberto Exterkötter – Coordenador

Coordenadoria de Investigações Especiais

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – Coordenador



ACMP
Associação
Catarinense
do Ministério
Público

Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Rogério Ferreira

Secretário

Eduardo Sens dos Santos

Diretor Financeiro

Durval da Silva Amorim

Diretor de Patrimônio

Ary Capella Neto

Diretora Cultural e de Relações Públicas

Lara Peplau

Diretor Administrativo

Fabiano Henrique Garcia

Diretora da Escola

Walkyria Ruicir Danielski

Conselho Fiscal

Cid Luiz Ribeiro Schmitz
César Augusto Grubba
Paulo César Ramos de Oliveira
Ivens José Thives de Carvalho
Valberto Antônio Domingues

Conselho Consultivo

Jackson Goldoni
Fabiano Baldissarelli
Alexandre Herculano Abreu
Vagner Pires Kuroda
Márcio Conti Júnior
Jean Pierre Campos
Andrey Cunha Amorim
Havah Emília Mainhardt
Gustavo Mereles Ruiz Diaz
Rejane Gularte Queiroz
Carlos Alberto Platt Nahas
Ruy Wladimir Soares de Sousa
Marcelo de Tarso Zanelatto
Leonardo Felipe Cavalcanti Luchezi
Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior

PENAL

Ação Penal nos Crimes Contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais
Contra Vulnerável- Lei 12.015/09 9
Rômulo de Andrade Moreira

A Improbidade do Pedido de Condenação na Denúncia ou na
Queixa 21
Francisco Bissoli Filho

Pena de Multa Criminal, Execução e Legitimidade Ativa do Ministério
Público 47
Valter Foletto Santin

AMBIENTAL

A Perpetuidade da Reserva Legal em Zona Urbana e seu Aproveitamento
como Área Verde 65
Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto

CONSTITUCIONAL

A Concretização Judicial de Direitos Fundamentais Sociais e a Proteção
do Mínimo Existencial..... 77
Daniel Rosa Correia

PROCESSUAL

A Jurisdição Especial Aristocrática – as Infrações Penais de Menor
Potencial Ofensivo e o Sistema Catarinense de Juizados Especiais
Criminais 105
Francisco de Paula Fernandes Neto e Marlene de Fátima Pinheiro Coelho

FILOSOFIA DO DIREITO

O Trágico Panorama da História da Filosofia do Direito..... 127
Gilberto Callado de Oliveira

Compreensão da Vontade do Direito: Um Problema da Filosofia da
Linguagem 135
Isaac Sabbá Guimarães

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Prescrição e Ato Infracional. Um Pano de Fundo para a Discussão sobre
o Curto e o Longo Prazo do Discurso Infracional 143
Paulo César Busato e Sílvio de Freitas Mendes

Considerações Críticas sobre o Fenômeno *Bullying*: do Conceito ao
Combate e à Prevenção 169
Priscilla Linhares Albino e Marlos Gonçalves Terêncio

PENAL

ACÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E NOS DELITOS SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL - A LEI N. 12.015/09

Rômulo de Andrade Moreira
Procurador de Justiça do Estado da Bahia

A recente Lei n. 12.015/2009 alterou substancialmente o Título VII da Parte Especial do Código Penal, além de modificar também a Lei dos Crimes Hediondos e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste trabalho vamos nos ater apenas às consequências dessa alteração, no que diz respeito ao exercício da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, inseridos nos “Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Como se sabe, antes da alteração legislativa, em tais delitos, a ação penal era, em regra, de iniciativa privada, com apenas quatro exceções:

a) se o delito era praticado com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (ação penal pública incondicionada);

b) se resultava, da violência empregada, lesão corporal grave ou morte (também ação penal pública incondicionada);

c) se a ofendida ou seus pais não podiam custear as despesas de um processo penal sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (ação penal pública condicionada à representação);

d) se resultasse lesão corporal leve, aplicava-se o Enunciado 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, “*no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*” Esse preceito sumular, aliás, não sofreu qualquer alteração com o surgimento do art. 88 da Lei n. 9.099/1995, segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 73.994-6 e HC 74.734-5) e pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESP 171426/MG; 1998/0026220-2. Fonte: DJ DATA:01/04/2002 PG:00227 - Relator: Min. VICENTE LEAL. O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas, daquela, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/95” (HC nº 7.910 - PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, in DJ de 23.11.1998). A Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal não perdeu vitalidade com a edição da Lei nº 9.099, de 1995.

HC 7910/PB; 1998/0063395-2. Fonte: DJ DATA:23/11/1998 - Relator: Min. ANSELMO SANTIAGO - O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas, daquele, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/95.

O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a incidência do art 225 do mesmo código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada. (STF- HC 73411/MG- Rel. Min. Maurício Corrêa- DJ Data 03.05.96).

Assim, com exceção dessas quatro hipóteses, o exercício da ação penal dependeria sempre do oferecimento de queixa. A regra, portan-

to, era a ação penal de iniciativa privada. Agora, com a nova redação dada ao art. 225 do Código Penal, nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI (respectivamente, crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável: arts. 213 a 218-B), a ação penal é sempre pública condicionada à representação, salvo se a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável¹, quando, então, a ação penal será pública incondicionada.

Antes de avançarmos no tema, é importante relembrarmos que a representação é uma condição específica de procedibilidade imposta ao exercício da ação penal em relação a determinados delitos; é uma manifestação de vontade externada pelo ofendido (ou por quem legalmente o represente ou seu sucessor) no sentido que se proceda à **persecutio criminis**. Em regra, essa representação “*consiste em declaração escrita ou oral, dirigida à autoridade policial, ou ao órgão do Ministério Público, ou ao Juiz*”, como afirmava Borges da Rosa². Porém, a doutrina e a jurisprudência pátrias trataram de amenizar esse rigor outrora exigido a fim que a representação tivesse traços mais informais e, conseqüentemente, mais consentâneos com a realidade.

Assim,

a representação, quanto à formalidade, é figura processual que se reveste da maior simplicidade. Incorre, em relação à mesma qualquer rigor formal”, e esta “dispensa do requisito das formalidades advém da circunstância de que a representação é instituída no interesse da vítima e não do acusado, daí a forma mais livre possível na sua elaboração.”³

Cezar Roberto Bitencourt ensina que “*a representação não exige qualquer formalidade, podendo ser manifestada mediante petição escrita ou oral. A única exigência legal é que constitua manifestação inequívoca do ofendido*

1 Para efeitos da lei, considera-se pessoa vulnerável a vítima “*menor de catorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*”.

2 *Processo Penal Brasileiro*, Vol. I, p. 169.

3 SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes*. p. 24.

de promover a persecução penal.”⁴

Neste sentido, a jurisprudência é pacífica: “A *notitia criminis* levada pela vítima ao conhecimento da autoridade policial e reduzida a termo vale por uma representação perfeita e acabada.” (TJPE - AC - Rel. Thomas Pessoa - RT 353/386).

O Boletim de Ocorrência assinado por delegado de polícia, é documento hábil e vale como representação, pois nele se tem consubstanciada a vontade do titular da representação quanto a instauração do inquérito e providências em relação ao fato delituoso e seu autor. (TJSP - Rev. - Rel. Goulart Sobrinho - RT 557/315).

É legítima a atuação do Ministério Público se na polícia a vítima, em companhia do marido, deu parte do estupro que sofrera, conforme o BO, aliás, assinado pela vítima. Ademais, depois disso, o casal prestou declarações pormenorizadas sobre o estupro, em clara indicação de que representava para sua apuração e eventual punição. (TACRIM - SP - Rev. - Rel. Soares Pinto - JUTA-CRIM 73/36).

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 188.878 – RONDÔNIA (98/0068821-8) (DJU 29.10.01, SEÇÃO 1, P. 275, J. 09.05.01). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES – A representação exigida pela Lei nº 9.099/95 não tem forma sacramental. É suficiente que o ofendido demonstre o *animus* e movimentar a ação penal, como, por exemplo, nomear assistente a acusação para participar de todos os atos do processo. 3. Recurso não conhecido.

STJ - HABEAS CORPUS Nº 20.401 - RJ (2002/0004648-6) (DJU 05.08.02, SEÇÃO 1, P. 414, J. 17.06.02) - RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES – Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de for-

4 Código Penal Comentado. Saraiva, 2002. p. 329.

ma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor.

Aliás, esse é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (RT 731/522; JSTF 233/390; RT 680/429). No julgamento do Habeas Corpus n. 88843, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de concederem a ordem de ofício (para afastar qualquer impedimento contra a progressão do regime prisional em favor de um condenado por atentado violento ao pudor com violência presumida), negaram, no entanto, o pedido formulado pela defesa por entender *'que, de acordo com diversos precedentes da Corte, o entendimento firmado no STF é de que não se deve exigir a observância rígida das regras quanto à representação, principalmente quando se trata de crimes dessa natureza'*, segundo o relator, Ministro Marco Aurélio."

Pois bem.

Como já foi dito acima, a nova redação dada ao art. 225 do Código Penal estabelece que nos crimes definidos nos arts. 213 a 218-B a ação penal passou a ser pública condicionada à representação (regra), salvo quando a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, hipóteses em que a ação penal será pública incondicionada (exceção). Não há mais que se falar, portanto, em ação penal de iniciativa privada em tais crimes, salvo se subsidiária da pública (art. 29 do Código de Processo Penal c/c art. 5º, inc. LIX, da Constituição Federal).

A questão que ora se impõe é a seguinte: como proceder em relação aos processos em trâmite, ainda pendentes de sentença transitada em julgado? Em outras palavras: o novo art. 225 retroage, atingindo os processos relativos a crimes praticados anteriormente à sua vigência, ou, ao contrário, somente alcançará os feitos concernentes aos delitos praticados após a vigência da nova lei?

É cediço que há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (art. 2º, parágrafo único do Código Penal e art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal) e a lei processual penal aplica-se imediatamente (art. 2º do Código de Processo Penal: **tempus regit actum**). O princípio da

irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da nossa Carta Magna, tendo força vinculante, “*no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos*”, como afirma Perez Luño⁵, tendo também uma conotação imperativa, “*porque dotada de carácter jurídico-positivo*”.⁶

Assim, à vista desses dois princípios, analisaremos o disposto no art. 225 do Código Penal. Desde logo, urge que procuremos definir a natureza jurídica da norma contida nesse dispositivo legal (não confundir lei com norma jurídica): seria ela de natureza processual ou mista? Se admitirmos tratar-se de norma puramente processual (formal), não há que se falar, obviamente, em retroatividade; porém, se aceitarmos que é norma processual penal material (ou mista), é possível a retroatividade.

Essa matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão. Com efeito, o jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que

está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais, adverte que dentro de uma visão de “*hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável*”.⁷

Ele explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), “*embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas*.”⁸ Informa, ainda, o mestre português, que o alemão Klaus Tiedemann “*destaca a exigência metodológica e a importância prática da*

5 *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 67.

6 FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

7 *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra. p. 219-220.

8 Ob. cit., p. 220.

*distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais”, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.*⁹

Feitas tais considerações, lembra-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois

en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta

sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “*la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*”, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (grifo nosso)¹⁰.

Ora, uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal em relação a alguns crimes tem um aspecto material, visto que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, matéria do Direito Penal (art. 107 do Código Penal); mas, é também norma processual, pois é uma condição de procedibilidade da ação penal (art. 38 do Código de Processo Penal).

Dessarte, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa, não existe providência a ser tomada pelo Juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do **tempus regit actum**, pois a nova disposição não aproveitaria ao réu: uma ação penal de iniciativa privada “é mais benéfica” (em tese) para o acusado que a ação penal pública, seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa). O mesmo raciocínio serve para aqueles casos em que o processo iniciou-se

⁹ Idem.

¹⁰ *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, I. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 463 - 464.

por denúncia (independentemente de representação) e a nova lei também não a exige.

O problema surge naqueles casos em que a ação penal era pública incondicionada (alíneas *a*, *b* e *d* supra) e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, **caput**, Código Penal). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da **persecutio criminis in iudicio** tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade). Nesse caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º do Código Penal, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes.

Nesse sentido, veja-se a lição de Carlos Maximiliano:

Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.¹¹

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci:

Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecte de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório,

11 *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 314.

- estas excepcionais por natureza.¹²

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.¹³

Ressalva-se, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (**lex nova** que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º, parágrafo único do Código Penal¹⁴.

Mutatis mutandis, enfrentando essa questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir

12 *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. p. 124.

13 *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137.

14 *Neste sentido, a lição de Ada e outros, Juizados Especiais Criminais*. Revista dos Tribunais, p. 49.

para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei. (STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01).

Mas, há ainda outro óbice a ser ultrapassado.

Qual o prazo para essa representação (agora uma verdadeira condição específica de “prosseguibilidade”)? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da Lei n. 9.099/1995, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91, **in verbis**: “*nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.*”

Com efeito, tratando-se de situações similares e havendo lacuna a ser suprida, afigura-se-nos possível o recurso à analogia para que possamos estender

a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos,

na lição de Miguel Reale.¹⁵

Também a propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “*Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada **facti species**, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança.*”¹⁶

Concluindo:

15 *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 19. ed., 1991. p. 292.

16 *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 1994. p. 300.

Todo processo por tais delitos cuja ação penal iniciou-se por meio de queixa, resta nada a fazer; no entanto, se houve denúncia e não havia a necessidade de representação e agora passou a ter (art. 225, **caput**, CP), é preciso que se suspenda o curso do procedimento para que a vítima (ou seu representante legal ou seus sucessores) seja notificada para oferecê-la. Nesse caso, o prazo para a representação, por analogia com o art. 91 da Lei n. 9.099/1995, será de trinta dias. Se o titular da representação, devidamente notificado, não o fizer, extingue-se a punibilidade pela decadência; se representar, o processo terá seguimento; se não for encontrado, aguarda-se o transcurso do prazo prescricional.

PENAL

A IMPROPRIEDADE DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO NA DENÚNCIA E NA QUEIXA

Francisco Bissoli Filho
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina
Doutor em Direito pela UFPR

SUMÁRIO

Introdução – 1 O pedido de condenação na denúncia e na queixa
– 2 A impropriedade do pedido de condenação na denúncia e na queixa
– 2.1 O argumento dogmático – 2.2 O argumento teórico – 2.3 O argu-
mento criminológico – Considerações finais – Referências.

RESUMO

O pedido de condenação na denúncia e na queixa, apesar de não previsto no Direito Processual Penal pátrio, é admitido, pela doutrina, com base na aplicação analógica de preceitos do Direito Processual Civil. A formulação desse pedido, no entanto, é imprópria, pois afronta argumentos dogmáticos, teóricos e criminológicos.

PALAVRAS-CHAVE: Acusação. Pedido de Condenação. Processo Penal. Analogia. Pré-julgamento.

ABSTRACT

The request for condemnation in the complaint, although not included in the Criminal Procedural Law, is admitted by the doctrine, based on analogous application of rules of Civil Procedure. The wording of this request, however, is inappropriate because it affronts dogmatic, theoretical and criminological arguments.

KEY WORDS: Accusation. Request for Condemnation. Criminal Procedure. Analogy. Pre-trial.

INTRODUÇÃO

Se, nos sistemas processuais penais autoritários,¹ a formulação do pedido de condenação na denúncia e na queixa não desperta maiores interesses, o mesmo não se pode dizer em relação aos sistemas processuais penais dos países democráticos, nos quais predomina o sistema acusatório, gozando os princípios do contraditório e da ampla defesa de maior prestígio.

Sendo o Brasil um Estado democrático, o presente artigo se propõe a demonstrar que é imprópria a formulação de pedido de condenação na denúncia e na queixa, expondo os fundamentos filosóficos, criminológicos e teóricos do atual texto do artigo 41 do Código de Processo Penal, que não prevê, entre os requisitos formais da denúncia e da queixa, o

1 Seriam autoritários e, por isso, incompatíveis com o modelo de Estado democrático de direito, os modelos processuais penais que excluem um ou mais princípios garantidores. Ferrajoli denomina *sistema de mera legalidade* o sistema que subtrai os princípios do ônus da prova ou da verificação e do contraditório ou da defesa ou falseabilidade e *sistema sem acusação separada*, que configura o *método inquisitivo*, o que exclui o princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. Além desses sistemas autoritários, há sistemas pré-penais ou extrapenais, denominados *sistemas irracionais*, por excluírem o princípio da retributividade ou o princípio da legalidade ou, ainda, o princípio da jurisdicioriedade, de modo que, se a subtração recair sobre o princípio da retributividade, o sistema é denominado de *mera prevenção*; se a exclusão recair sobre o princípio da legalidade, é denominado *Estado policial*; e, por fim, se a exclusão for relativa ao princípio da jurisdicioriedade, é denominado *justiça patriarcal* ou *do cádi*. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79, 81 e 82).

pedido de condenação.

O alcance desse objetivo impôs a divisão do presente artigo em dois momentos: o primeiro, no qual se expõem posicionamentos favoráveis ao pedido de condenação na denúncia e na queixa; e o segundo, no qual se sustenta a impropriedade desse pedido integrar a denúncia e a queixa, valendo-se, para tal, de argumentos dogmáticos, teóricos e criminológicos.

Essa abordagem, de caráter interdisciplinar, está orientada pelo paradigma da linguagem, no qual deve estar o foco da reflexão filosófica, que deixa de ser mero instrumento da designação da realidade para se transformar em instância na qual é constituída.² Tal paradigma orienta as teorias contemporâneas sobre a argumentação e a interpretação jurídicas, que concebem os sentidos dos textos legais como constituídos pelo intérprete, que deve observar certos critérios de justificação do

2 A origem e o desenvolvimento do paradigma da linguagem, conforme exposto em *Linguagem e criminalização*, está em Humboldt, Wittgenstein, Mead, Araújo, Oliveira, Blumer, Garfinkel, Berger e Luckman, Austin, Searle, Habermas, Foucault, Heidegger e Gadamer, podendo ser distinguido do paradigma ontológico ou do ser, que concebe a existência de uma realidade objetiva, por isso, externa ao homem, que é pré-existente, pré-constituída ou pré-estabelecida em relação à linguagem, à qual cabe, tão somente, expressá-la a partir da observação humana, estando, por isso, em posição secundária em relação à realidade (Platão, Aristóteles, Cícero, Ockham, Aquino). O paradigma da linguagem se distingue, também, do paradigma da consciência ou do sujeito, uma vez que este sustenta ser a realidade produto do processo de conhecimento ou da consciência humana, pois, ao buscar o conhecimento da realidade, o homem a constrói, de modo que, nesse paradigma, a linguagem continua exercendo, ainda, um papel secundário ou instrumental na designação dessa realidade (Bacon, Descartes, Kant, Husserl). Enquanto, no âmbito jurídico, o paradigma ontológico ou do ser orienta as concepções jusnaturalistas (Platão, Aristóteles, Cícero, Aquino) e juspositivistas (Hobbes, Kelsen, Bobbio), o paradigma da consciência ou do sujeito orienta as teorias tradicionais sobre a interpretação jurídica (Cossio, Betti). No âmbito jurídico-penal, o paradigma do ser orienta, desde a Antiguidade até a Modernidade, as concepções de um direito penal pré-constituído, de origem natural, divina ou humana, e do crime e do criminoso como realidades pré-existentes contra as quais deveria haver reações individuais, grupais ou públicas (Führer). O paradigma da consciência ou do sujeito, por sua vez, orienta as concepções criminais clássicas (Beccaria, Carrara e Romagnosi) e positivistas (Lombroso, Garófalo e Ferri), expressando-se, sobretudo, no paradigma etiológico. (BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR. p. 83 e ss.).

uso da linguagem para que o produto da interpretação possa ser aceito pela comunidade jurídica e, mais especificamente, pelos participantes do diálogo.³ O paradigma da linguagem orienta, ainda, a teoria interacionista do desvio ou teoria da ação coletiva (Becker), a partir da qual se passou a conceber a realidade criminal como construída no processo de criminalização.

1 O PEDIDO DE CONDENAÇÃO NA DENÚNCIA E NA QUEIXA

Embora o artigo 41 do Código de Processo Penal brasileiro não exija que a denúncia e a queixa contenham qualquer pedido, existem, na órbita da doutrina, concepções diferenciadas, ou seja, que sustentam a necessidade desse pedido e outras que o reputam indevido.

Sustentando a necessidade do pedido de condenação na denúncia e na queixa, Tourinho Filho afirma que a acusação está para o processo penal condenatório assim como o pedido está para o processo civil de conhecimento, de modo que, além da imputação da prática de uma conduta típica ao réu, a denúncia e a queixa devem conter o pedido de condenação do autor dessa conduta.⁴

A divergência de Marques em relação a esse posicionamento não está relacionada com a formulação propriamente dita de pedido de condenação na denúncia ou na queixa, mas, sim, apenas, com o conteúdo desse pedido, que não pode ser específico no que tange à graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis, devendo o acusador limitar-se a descrever e a classificar o fato típico e suas circunstâncias, formulando, assim, por meio da imputação, um pedido genérico, “de aplicação de *sanctio juris* devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve”. O que se espera é que o “juiz condene o réu pela prática dos fatos que lhe são atribuídos”, consubstanciando essa

3 Percebe-se claramente a influência do paradigma da linguagem no âmbito jurídico, quando se trata dos casos difíceis, sobretudo nos modelos da “leitura moral” da constituição (Dworkin), da ponderação (Alexy) e da noção de derrotabilidade das normas jurídicas (Alchourrón e Bulygin).

4 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. p. 366.

condenação nas sanções adequadas para tais fatos e de acordo com a definição jurídico-penal que lhe aplicar, ou seja, “o *quantum debeat*ur penal, que seria a pena a ser exatamente graduada, ficará determinado, posteriormente, com a qualificação do fato criminoso e circunstâncias que o rodeiam”. É que o juiz pode alterar para melhor ou para pior a qualificação contida na denúncia ou na queixa, “ficando vinculado para julgar apenas ao fato criminoso como tal descrito, uma vez que não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nesta não contidas explícita ou implicitamente”.⁵

É possível construir esse entendimento com base na possibilidade da aplicação analógica de normas do Código de Processo Civil, especialmente a contida no artigo 282, inc. IV, o que encontraria respaldo, no âmbito do Direito Processual Penal, na norma do artigo 3º do Código de Processo Penal.

Essas concepções, como é fácil concluir, partem do pressuposto de que os indícios que fundamentam a acusação são provas, pois não servem, apenas, para delinear um início de caso penal em um juízo de probabilidade, mas, sim, têm a pretensão de apontar, em um juízo de certeza, um caso penal, como se este estivesse pronto e acabado, pois somente este pode ser pressuposto da condenação pedida. Não se leva em consideração, nessa concepção, que, durante o contraditório, os indícios podem não se confirmar ou que o surgimento de outros elementos de prova podem dar ao caso inicialmente descrito uma nova conformação.

Além disso, essas posições possibilitam e reforçam um pré-julgamento pela acusação, que se constrói, tão somente, a partir de um juízo de probabilidade, dissociado da totalidade dos princípios que orientam, numa visão garantista, o processo penal. É, por isso, uma posição que se adequa mais ao sistema inquisitivo do que, propriamente, ao acusatório, pois não reputa necessária a dialética que se estabelece, na relação processual penal, entre, sobretudo, a acusação e a defesa, autorizando, assim, que aquela antecipe o seu pedido de condenação para o início da relação processual. Essa antecipação do pedido de condenação, no entanto, cria embaraços e constrangimentos no momento das alegações

5 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.2. p. 152 e 154.

finais, que, não raramente, poderão conter pedido diverso do contido na denúncia e na queixa. É uma concepção, pois, que desconsidera este importante momento processual que são as alegações finais, ocasião em que a acusação pode fazer o seu juízo de certeza de posse não somente de indícios, mas, de provas, por já terem passado pelo crivo do contraditório, e de uma visão mais ampla e mais completa de todo o processo, pois já ocorreram todas as manifestações das partes legitimadas.

Numa visão criminológica, pode-se dizer, ainda, que, para essa concepção, a conduta descrita na peça acusativa é, ontologicamente, um crime ou uma contravenção penal, o que significa dizer que é uma realidade que se apresenta pré-constituída, pré-estabelecida ou pré-existente como tal no momento da acusação e não, como se demonstrará no item seguinte, como uma realidade que se constrói no processo de criminalização, sobretudo no processo penal. Em outras palavras, nessa concepção, a conduta descrita na denúncia ou na queixa traz consigo a qualidade de crime ou de contravenção penal, como se essas realidades não fossem produtos do processo de criminalização e deixando evidenciado que as alegações finais e o julgamento ou a sentença penal são meras e dispensáveis formalidades processuais penais.

2 A IMPROPRIEDADE DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO NA DENÚNCIA E NA QUEIXA

Em posição oposta, há, no entanto, a concepção dos que, em plena concordância com o texto do artigo 41 do Código de Processo Penal, não admitem qualquer pedido de condenação na denúncia e na queixa, tendo em mente que o simples transportar da lógica do processo civil para o processo penal, como diz Coutinho, “esbarra sempre em uma incoerência insuperável”.⁶

Essa corrente tem por pressuposto que o conteúdo do processo penal não é a lide, como querem fazer crer os que se inspiram na lógica processualista civil, mas o caso penal, que, no entanto, não está pronto e acabado desde o seu início, pois é um caso em construção, uma vez

6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Série Pensamento Jurídico n.2. Curitiba: Juruá, 1989. p. 145.

que vai sendo reconstruído pouco a pouco, por pessoas e instituições diferentes, com perspectivas e funções também diferentes, primeiramente, orientado por juízos de possibilidade, depois, por juízos de probabilidade e, ao final do processo judicial, por juízos de certeza, pois, como diz Coutinho, “a jurisdição atua para fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não”.⁷

Os juízos de possibilidade e de probabilidade são juízos provisórios que se distinguem entre si, uma vez que, conforme Pitombo, o primeiro não se baseia em motivos fortes, prós ou contras, emergindo de forma neutra, como, por exemplo, o juízo que conclui que “é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja”. O juízo de probabilidade, por sua vez, é o que se aproxima da certeza, embora não seja, necessariamente, certo, uma vez que “parte de razões robustas, porém ainda não decisivas”, que são suficientes somente para imputar, surgindo, pois, de forma não neutra, como, por exemplo, quando se conclui que “é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não o seja”.⁸ O juízo de certeza, por fim, é um juízo definitivo que pressupõe a existência de todos os elementos instrutórios, obtidos no devido e justo processo penal e, diferentemente da verdade, que se relaciona com a realidade ou com as coisas, está relacionado com o sujeito ou com quem julga.

Portanto, não cabe, em sede de juízo de probabilidade, como é o juízo que orienta a acusação no início da ação penal, a formulação de pedido de condenação, nem mesmo genérico, uma vez que os elementos indiciários colhidos nas investigações preliminares podem não se confirmar na instrução do processo penal.

Além disso, é possível que a defesa demonstre estarem presentes causas de exclusão de antijuridicidade legal ou supralegal, de exculpação, de isenção de pena ou de extinção de punibilidade, ou, ainda, ausência de condição objetiva de punibilidade, tornando impossível o acerto do caso penal inicialmente descrito. Pode ocorrer, portanto,

7 COUTINHO, J. N. de M. *Op. Cit.* p. 134.

8 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 577, p. 313-316, nov./1983, p. 314.

que, em sede de alegações finais, não somente a defesa, mas, também, a acusação, reconheça a inexistência de certeza quanto à prática de um crime ou de uma contravenção penal, desautorizando, dessa forma, a prolação de um decreto condenatório, o que contraria eventual pedido de condenação inicialmente formulado.

Isso implica dizer que, assim como qualquer alteração na qualificação jurídica do fato alteraria a sua consequência, de modo a ser incabível o pedido específico de condenação na denúncia e na queixa, também a possibilidade da conduta inicial não ser configurada como crime ou contravenção torna incabível o pedido genérico de condenação nessa mesma peça processual.

Não se pode perder de vista, como diz Marques, que “a acusação tem como objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva, ou seja a prestação jurisdicional”, enquanto que “seu objeto *mediato* é a imposição da *sanctio júris* penal ao acusado”.⁹

Assim, por ocasião do oferecimento da denúncia ou da queixa, o pedido deve se restringir ao objeto “imediato” da acusação, ou seja, à prestação jurisdicional acerca do acertamento do caso penal e não ao seu objeto mediato, a condenação e a imposição de sanção penal.

É que, segundo Coutinho, a acusação vai à jurisdição, tão somente, com um “potencial” interesse em punir, sendo incoerente e não recomendável, portanto, pleitear a condenação na denúncia ou na queixa, pois a alteração da situação no curso do processo exigiria, mais tarde, que a acusação voltasse atrás, “medida não muito fácil a alguns inseguros, sempre escondidos sob uma cortina de inflexibilidade, de rigidez”.¹⁰

Como se percebe, a impropriedade do pedido de condenação na denúncia ou na queixa pode ser sustentada com base em argumentos dogmáticos, teóricos e criminológicos, os quais serão detalhados nos subitens seguintes.

9 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.2, p. 151.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Série Pensamento Jurídico n. 2. Curitiba: Juruá, 1989. p. 133.

2.1 O ARGUMENTO DOGMÁTICO

No que tange, primeiramente, ao argumento dogmático, não se pode perder de vista que a Dogmática ou ciência jurídico-penal e processual penal, que tem por objeto os textos legislativos, ou seja, do Direito positivo penal e processual penal, procura estudá-los e explicá-los com o propósito de possibilitar a sua aplicação.

O texto do artigo 41 do Código de Processo Penal indica que “a denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Como se observa, tal disposição não menciona que a denúncia ou a queixa deva conter qualquer pedido. A inserção de um pedido de condenação é, pois, fruto da interpretação doutrinária, motivada, sobretudo, em aplicação analógica de disposições do Direito Processual Civil, em desconformidade, no entanto, com as orientações que, contemporaneamente, regem a integração das leis penais e processuais penais.

É que, segundo o pensamento predominante, sobretudo nos Estados democráticos, que se orientam, principalmente, pelo princípio da legalidade, as leis penais, quando lacunosas, não comportam aplicação analógica em *malam partem* a fim de que não se criem, por meio da integração de normas jurídicas, situações mais gravosas ao acusado ou, como diz Jescheck, situações que constituam novas criações do Direito, não admitidas quando resultam em prejuízo do acusado.¹¹ Essa vedação é uma decorrência das velhas e não esquecidas promessas do Estado liberal e, sobretudo, da Escola clássica, sobre as quais se sedimentou o princípio da legalidade como coluna principal de todo o Direito Penal, promessas essas das quais o Estado democrático de direito é legatário e, também, defensor. Busca-se, assim, por meio do princípio da legalidade penal, limitar o exercício do poder punitivo estatal, evitando que este cause séria lesão à liberdade, bem jurídico maior tutelado pelo citado princípio penal.

11 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 141.

Não se desconhece, contudo, que, em relação às leis processuais penais, haja disposição expressa autorizando, entre outras, a aplicação analógica (artigo 3º do Código de Processo Penal). Todavia, conforme adverte Leone, “nesse procedimento analógico há que proceder com muita cautela”, devendo-se considerar a totalidade das normas processuais, ou seja, como pertencentes a um só corpo.¹² Além disso, segundo Marques, “a tutela penal da liberdade individual está compreendida nos imperativos do bem comum, visto que a pessoa humana é o mais alto valor entre os que o Direito protege, como regra disciplinadora da vida em sociedade”.¹³ Isso implica reconhecer que o Direito Processual Penal não pode servir de instrumento de opressão do ser humano, não lhe cabendo, portanto, a exemplo do Direito Penal material, aplicação analógica em prejuízo do acusado. Acerca disso, Baratta é por demais claro ao expor sobre o princípio da supremacia da lei penal substancial, por meio do qual se busca “assegurar a extensão das garantias contidas no princípio da legalidade à situação do indivíduo em cada um dos subsistemas em que pode ser subdividido o sistema penal”, isto é, ante a ação da polícia, dentro do processo e na execução da pena. Isso significa dizer que

a limitação dos direitos do indivíduo, em cada um dos subsistemas da administração da justiça penal, não pode superar as restrições previstas taxativamente pela lei penal para os delitos de que pode ser suspeito, imputado ou condenado.

Em outros termos

esse princípio exclui a introdução, de fato ou de direito, de medidas restritivas dos direitos do indivíduo, no regramento e na prática dos órgãos de polícia, do processo e da execução, que não sejam estritamente necessárias aos fins da correta e segura aplicação da lei penal substancial”, o que implica reconhecer que “as especificações do princípio no subsistema da

12 LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1963. t. I, p. 62.

13 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. p. 52.

administração da justiça penal podem ser somente indicadas no âmbito de uma análise sistemática dos critérios que os regulam.¹⁴

Portanto, a impossibilidade da aplicação analógica de normas do âmbito processual civil no âmbito penal e processual penal, quando em face dessa aplicação decorrer prejuízo ao acusado, por si só, impede que se inclua o pedido de condenação entre os requisitos formais da denúncia e da queixa, pois é inegável que tal pedido, além de legitimar o pré-julgamento, impõe um sofrimento desnecessário ao acusado já no início do processo, o qual deve ser reservado para o seu momento derradeiro. Afinal, não se pode negar que os acusados esperam, em regra, a absolvição e não condenação, tanto que se lhes está assegurada a ampla defesa.

A propósito, o pedido de condenação, no que diz respeito à ação penal privada, é medida que se impõe no momento das alegações finais, sob pena de preempção (art. 60, inc. III, *in fine*, do CPP). Embora não haja disposição a respeito em relação à ação penal pública, é de se concluir que, mesmo que não se trate de imposição legal, o pedido de condenação deve ser reservado para o momento final do processo e não ser formulado no seu início.

2.2 O ARGUMENTO TEÓRICO

Diferentemente da Dogmática, que, tendo por objeto os textos legislativos, constroi-se a partir desses, as teorias fornecem o seu fundamento, pois é comum que as regras sejam elaboradas com base nas

14 BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale mínimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Dei delitti e delle pene*. Napoli: Edizione Schientifichi Italiane, 1985. n. 3. p. 443-473, p. 450. A título de exemplo, cabe assinar, entre as consequências do primado da lei penal substancial nos diferentes setores enunciados, as seguintes: a tutela dos direitos de liberdade diante da ação dos órgãos de polícia; os direitos dos imputados e dos condenados; os limites do poder discricionário da polícia e dos órgãos do processo penal; limitação do poder executivo no processo; a independência e a inamovibilidade dos juizes penais; o respeito do princípio da prova e a limitação das consequências negativas para o imputado na definição da verdade processual; os limites do poder disciplinar dos órgãos encarregados da execução.

teorias. A importância das teorias penais e processuais penais está, pois, na sua existência anterior e perene e na sua capacidade de influenciar na elaboração e compreensão dos textos legislativos penais, diferentemente dos ensinamentos meramente doutrinários, que são temporários, posteriores e estão relacionados a esses textos legislativos.

Assim, as teorias penais e processuais penais, especialmente as que se orientam pelo garantismo¹⁵ penal, também possibilitam importantes argumentos a favor da tese da impropriedade do pedido de condenação na denúncia e na queixa. Diz-se isso, tendo em mente as diversas orientações da teoria jurídica do delito, sobretudo no que diz respeito ao seu conceito analítico, desde as teorias bipartites até as quadripartites e sintomáticas, em face das diferentes formas de se combinar os ingredientes ou os atributos da conduta na esfera penal. Assim, enquanto os defensores das teorias bipartites concebem o delito como uma conduta típica e antijurídica ou como uma conduta típica (o que inclui a antijuridicidade) e culpável, os defensores das teorias tripartites concebem-no como uma conduta típica, antijurídica e culpável. Os que defendem as teorias quadripartites, por sua vez, concebem-no como uma conduta que, além de típica, antijurídica e culpável, seja, também, punível, e os defensores das teorias sintomáticas integram ao conceito de delito, também, a periculosidade do agente.

Essas distintas formas de conceituar o delito, no entanto, estão situadas no campo teórico ou abstrato e guardam consigo, quando aplicadas abstratamente ou em um caso hipotético, a ideia de pré-julgamento, pois,

15 O garantismo insiste que o respeito ao conteúdo constitucional material é condição de validade das leis, de modo a estarem elas sujeitas ao controle do Poder Judiciário não somente no que diz respeito ao seu procedimento de elaboração, isso porque, segundo Ferrajoli, a específica complexidade da estrutura formal do direito, que, nos ordenamentos de constituições rígidas, caracteriza-se pelo caráter positivo das normas produzidas, herança do positivismo jurídico, e pela concepção de que, nos Estados constitucionais de direito, a “produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais quanto substanciais, de direito positivo”. Assim, se, em face do caráter positivo, “o ‘ser’ ou a ‘existência’ do direito não pode derivar-se da moral nem se encontrar na natureza, senão que é, precisamente, ‘posto’ ou ‘feito’ pelos homens e é como os homens o querem e, antes ainda, pensam-no”, em face da constitucionalidade do direito, “também o ‘dever-ser’ do direito positivo, ou seja, suas condições de ‘validade’, resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções a partir das quais o direito é pensado e projetado”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19).

para que uma conduta seja considerada crime ou contravenção penal, há a necessidade da junção dos ingredientes acima referidos, isto é, a atribuição das qualidades de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade a uma conduta determinada. Isso implica reconhecer que há momento certo, formas pré-estabelecidas e pessoas legitimadas para tal. Em *Linguagem e criminalização*, demonstrou-se

que são somente os juízes, na sentença penal condenatória, que têm o poder de definir uma determinada conduta como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraven-tor penal, mudando o estado de inocente deste para o de culpado.

Com isso, deixou-se evidenciado que “as definições de crime ou de contravenção penal não se confundem com as tradicionais definições criminológicas e jurídicas existentes, nem tampouco com os tipos penais”. Tais definições “seriam, apenas, pressupostos das definições judiciais, pois os juízes somente obtêm as definições concretas partindo de concepções abstratas ou imaginárias construídas pelo legislador e pelos teóricos do direito penal”. Produz-se, portanto, “uma alteração na concepção acerca do crime ou da contravenção penal, passando-se de uma concepção abstrata para uma concepção realista”, ou seja,

saindo da abstração das definições legislativas ou teórico-penais, crimes e contravenções penais pas-sam a ser conceituados como realidades definidas, concretamente, pelos juízes nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.¹⁶

Essa concepção realista do crime e da contravenção penal está entrelaçada, como se percebe, ao processo penal, que, numa orientação garantista, leva em consideração uma série de princípios, entre os quais, segundo Ferrajoli, o princípio da jurisdicionariedade (*nulla culpa sine iudicio*), o princípio da separação entre juiz e acusação ou princípio acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), o princípio do ônus da prova ou da verificação ou da falseabilidade (*nulla accusatio sine probatione*) e o

16 BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*: a constitutividade da sentença penal condenatória. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR. p. 559.

princípio do contraditório e da defesa (*nulla probatio sine defensione*).¹⁷

Se não há culpa sem julgamento, também não pode haver crime (nem contravenção penal) sem julgamento, que, por sua vez, somente pode ser concebido se houver a separação entre a acusação e o julgador e desde que haja uma acusação, que, por sua vez, precisa estar lastreada em provas, as quais somente podem ser reconhecidas como tais com o contraditório e a ampla defesa, o que permite concluir que, sem eles, há, apenas, indícios. Portanto, no início da ação penal, com o oferecimento da denúncia ou da queixa, não há, ainda, provas, de modo que não se pode realizar um juízo de certeza sobre a conduta, que, por isso, não pode ser concebida como crime ou contravenção, não se podendo, conseqüentemente, falar em condenação nessa fase inicial da ação penal.

A propósito, pode a defesa, durante o processo, sustentar que está ausente alguma elementar do tipo penal, no qual foi dado como incurso o acusado, de modo a afastar a tipicidade da conduta, como, também, pode demonstrar que a conduta em análise não é antijurídica ou que não é culpável o acusado, obstando, dessa forma, a qualificação da conduta como criminosa ou contravençional, caso essa qualificação, porventura, tenha sido, precipitadamente, atribuída à conduta na denúncia ou na queixa. Todas essas possibilidades estão presentes porque o raciocínio jurídico-penal não é uma atividade simples, mas, sim, complexa, até mesmo porque não se pode desconsiderar a amplitude dos princípios jurídicos, que, como normas abertas, possibilitam interpretações construtivas e a produção de sentidos diversos. Assim, não se pode perder de vista que, além do tradicional modelo subsuntivo¹⁸ de raciocínio jurídico, há, também, os modelos da leitura moral,¹⁹ da ponderação²⁰ e a

17 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

18 Sobre a subsunção, ver ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Os limites de la logica y el razonamiento juridico. In: _____. *Análisis logico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 303-328, especificamente as páginas 304 e 305.

19 Sobre a leitura moral, ver DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premissa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Org.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 101-139, especialmente as páginas 101, 110 e 117.

20 Sobre a ponderação, ver ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental. In: _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 81-172, especialmente as páginas

noção de derrotabilidade das normas jurídicas, perfeitamente aplicáveis ao raciocínio jurídico-penal. Sempre é importante ressaltar a noção de derrotabilidade das normas jurídicas, especialmente de derrotabilidade processual, pois pode a defesa, além das excludentes explícitas de tipicidade, de antijuridicidade, de culpabilidade e de punibilidade, demonstrar, também, as exceções implícitas, derrotando, dessa forma, a norma jurídico-penal aplicável à espécie.²¹

Por meio do argumento teórico, é possível perceber que a denúncia e a queixa são, apenas, marcos provisórios de definição do caso concreto, que é constituído, definitivamente, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso não significa dizer que, por ocasião das alegações finais, tanto a acusação quanto a defesa não possam realizar juízos de certeza, cada qual sob a sua ótica, acerca do caso, razão pela qual deve ser reservado para esse momento o pedido de condenação.

2.3 O ARGUMENTO CRIMINOLÓGICO

Diferentemente da Dogmática e das teorias penais e processuais penais, a Criminologia, sobretudo a orientada pelo paradigma da reação

83 e 86 a 97; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade *In: _____. Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116, especialmente as páginas p. 110 e 111; ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003; ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1995, especialmente as páginas 49 e 50; e ALEXY, Robert. *Teoría da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional Como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Sandy, 2001, especialmente a página 114.

- 21 Sobre a noção de derrotabilidade das normas jurídicas, ver BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo. *In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Cap. IV. p. 157-208, especialmente as páginas 165-167; e GAIDO, Paula; BRÍGIDO, Rodrigo Sanchez; SELEME, Hugo Omar. Introducción. *In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 11-25, especialmente as páginas 12-13.

social ou da definição, possibilita uma visão mais ampla do fenômeno criminal, especialmente a partir do funcionamento do sistema penal e do processo de criminalização, instâncias nas quais a realidade criminal é constituída. Não se concebe, pois, que a realidade criminal esteja pré-constituída em relação à reação social, mas, sim, que é construída no processo de criminalização, tanto primária quanto secundária. Esse paradigma se contrapõe ao paradigma etiológico, segundo o qual o fenômeno criminal é concebido como um fato natural, que é explicado a partir das suas “causas”, sendo a reação a esse fenômeno uma condição necessária para a sobrevivência social. O estudo das causas criminais aponta como fatores determinantes da criminalidade, segundo Dias e Andrade, entre outros, os antropológicos (Lombroso), os psicológicos ou morais (Garófalo) e os sociológicos (Ferri).²² Essa concepção, como se percebe, é propícia a pré-julgamentos, pois a realidade criminal, ou seja, o crime e o criminoso ou a contravenção penal e o contraventor, estariam pré-constituídos em relação à reação social.

Para o paradigma da reação social ou da definição, contudo, a concepção ensejada pelo paradigma etiológico é equivocada, pois, conforme Becker, essa perspectiva “define o desvio como o descumprimento de alguma regra em relação a qual há concordância”, o que faz com que surjam indagações sobre “quem infringe as regras, e procura os fatores de sua personalidade que possam explicar as infrações em situações do cotidiano”. Pressupõe-se, assim, que “aqueles que descumpriram uma regra constituam um grupo homogêneo de pessoas, porque cometeram o mesmo desvio”, ignorando “o fato central em relação ao desvio que é o de que este é criado pela sociedade”. Isso não significa dizer “que as causas do desvio estão localizadas na condição social do desviante ou nos ‘fatores sociais’ que determinam a sua ação”, mas, sim, mais do que isso, “que os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas específicas, rotulando-as como marginais”. Nessa perspectiva, o “desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma decorrência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um ‘transgressor’”, sendo, pois, o desviante “alguém a quem aquele rótulo foi aplicado

22 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 15.

com sucesso” e “comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal”.²³

Se o desvio é uma decorrência das respostas de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio, segundo Becker, “não podem supor que estejam lidando com um grupo homogêneo quando estudam pessoas que foram rotuladas como desviantes”, isso porque “eles não podem supor que essas pessoas realmente cometeram um ato desviante ou descumpriram alguma regra, porque o processo de rotular pode ser falível”, uma vez que “algumas pessoas que, na verdade, não infringiram uma regra podem ser rotuladas como desviantes”. Além disso, esses mesmos estudiosos

não podem supor que a categoria daqueles que foram rotulados como desviantes conterà todos os que realmente descumpriram uma regra, pois muitos infratores podem fugir à prisão e, assim, não serem inseridos na população de ‘desviantes’ que eles estudam.

Portanto, se falta homogeneidade a essa categoria, uma vez que não consegue abranger todas as ocorrências que lhe pertencem, é razoável que não se espere encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio.²⁴

23 BECKER, Howard Saul. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1991, p. 8 e 9: [...] “defines deviance as the infraction of some agreed-upon rule”, [...] “who breaks rules, and to search for the factors in their personalities and life situations that might account for the infractions”, [...] “those who have broken a rule constitute a homogeneous category, because they have committed the same deviant act”, [...] “the central fact about deviance: it is created by society” [...] “the causes of deviance are located in the social situation of the deviant or in ‘social factors’ which prompt his action”. [...] “that *social groups create deviance by making the rules whose, that factions constitutes deviance, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders*”, [...] “deviance is *not* a quality of the act the person commits, but rather as consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’”, [...] “one to whom that label has successfully been applied” e “deviant behavior is behavior that people so label”.

24 BECKER, H. *Op. Cit.* p. 9: [...] “cannot assume that they are dealing with a homogeneous category when they study people who have been labeled deviant”, [...] “they cannot assume that these people have actually committed a deviant act or broken some rule, because the process of labeling may not be infallible”, [...] “some people may be labeled deviant who in fact have not broken a rule”. [...] “cannot assume that the cat-

Assim, no paradigma da reação social ou da definição, os termos “crime” e “contravenção penal”, bem como “criminoso” e “contravenor” não são usados como realidades pré-existentes, ontológicas, pré-constituídas, mas, sim, para qualificar condutas, conflitos ou pessoas criminalizadas no processo de criminalização, que é o processo que faz surgir tais realidades. O desvio deixa de ser, pois, a qualidade de um ato, e passa a ser um ato qualificado como tal na reação social formal ou informal, ou seja, são os atos processuais e de linguagem que qualificam os diversos comportamentos como desvio e os seus autores como desviados, razão pela qual a linguagem assume um papel relevante nesse processo de criminalização.

A essa concepção, que constitui a dimensão subjetiva do paradigma da reação social ou da definição, pode ser agregada uma dimensão objetiva, desenvolvida, sobretudo, pela criminologia crítica e que abrange as condições sociais de existência, decorrentes das relações sociais de produção e poder, das quais se ocupa, com profundidade, a teoria marxista. Concebe-se, assim, o homem como o conjunto das relações sociais, uma vez que não existe uma natureza humana dada, de modo que, ao abandonar-se a noção de defeito do homem e ao se levar em consideração as relações sociais de produção e de poder, a concepção acerca do homem é alterada. Passa-se a falar, portanto, de determinações históricas, econômicas e políticas, que possibilitam que se pense, por exemplo, na violência estrutural da falta de emprego, de moradia e de saúde como determinações que estruturam o ser humano, transformando anjos em demônios, o que permite afirmar que a definição dos comportamentos em criminosos se revela como uma tentativa de resolver problemas materiais.

Conciliando as dimensões subjetiva e objetiva, a criminologia crítica, portanto, estuda o fenômeno criminal, levando em consideração as relações sociais de produção e de poder e tendo como objetos de sua investigação, segundo Baratta, “o sistema positivo e a prática oficial”. Assim, além do processo de criminalização, que constitui a dimensão

egory of those labeled deviant will contain all those who actually have broken a rule, for many offenders may scape apprehension and thus fail to be included in the population of ‘deviants’ they study”. Essa concepção tem por matrizes o interacionismo simbólico (Mead) e a etnometodologia (Garfinkel, Schutz, Berger e Luckmann).

subjetiva da investigação, a investigação criminológica tem por objeto, nessa concepção, o sistema penal, que constitui a dimensão objetiva dessa investigação. Sua tarefa é, pois, examinar, de maneira científica, a gênese, a estrutura, os mecanismos de seleção e as funções realmente exercidas por esse sistema e os seus custos econômicos e sociais, avaliando, sem preconceitos, o tipo de resposta que ele está em condições de fornecer e que efetivamente fornece aos problemas sociais reais, prometendo “uma construção alternativa ou antagonista dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos”.²⁵ Isso representa um amadurecimento do pensamento criminal, que, saindo do comportamento desviante, desloca-se em direção aos mecanismos de seu controle social. O direito penal deixa de ser considerado, somente, como um sistema estático de normas e passa a ser considerado um “sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente”, ou seja, “o mecanismo de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária)” e, por fim, “o mecanismo de execução da pena ou das medidas de segurança”.²⁶

Se, no paradigma etiológico, o crime e o criminoso são considerados realidades pré-constituídas em relação à reação social, cujas causas haverão de ser encontradas no homem delinquente, considerado um anormal, no paradigma da reação social ou da definição, segundo Baratta, a distinção entre o comportamento “criminoso” e o comportamento “conforme a lei” depende, especialmente, da definição que se atribui a esse comportamento. Toma corpo, pois, em face dessa distinção, a ideia de “criminalização”, pois “não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela”, de modo que o problema da definição do delito passou a figurar no centro da discussão da sociologia criminal. Nessa perspectiva, os estudos abrangem tanto as “normas abstratas” quanto “a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)”, de

25 BARATTA, Alessandro. Sobre a Criminologia crítica e sua função na Política Criminal. Documentação e Direito Comparado. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, [s.n.], n. 13, separata, 1983. p. 145-166, p. 153.

26 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 161.

modo que “o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência”, sobretudo “o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes”, uma vez que, apesar das respectivas particularidades, essas instâncias têm função constitutiva da realidade criminal. O objeto da investigação passa a ser a criminalidade como realidade social construída, interativamente, no processo de criminalização. Isso significa dizer que, enquanto “os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo ‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’”, os pesquisadores que se orientam pelo paradigma da definição perguntam “‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’”²⁷.

Mais precisamente, os objetos da investigação científica, nos estudos criminais orientados pelo paradigma da reação social ou da definição e pela criminologia crítica, são o sistema penal (dimensão objetiva)²⁸ e o processo de criminalização (dimensão subjetiva) por aquele

27 BARATTA, A. *Op. Cit.* p. 85-88.

28 O sistema penal, conforme descrito em *Estigmas da Criminalização*, é compreendido, em termos gerais, como “o aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões, direta ou indiretamente, relacionados com o fenômeno criminal”. (BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 55). Esse sistema pode ser configurado, portanto, com base nas suas agências, no seu funcionamento e na sua ideologia. As agências do sistema penal podem ser formais e informais. Aquelas, segundo Dias e Andrade, estão “situadas dentro do campo estrito da atuação jurídica sobre o crime”, abrangendo, assim, “a lei, como instância de criminalização primária”, e as agências de aplicação da lei ou de criminalização secundária, o que inclui as agências encarregadas da execução penal e as agências jurídicas encarregadas da assistência social aos delinquentes. As agências informais, por sua vez, são aquelas “agências sociais que, não atuando dentro do sistema da justiça penal, condicionam ainda a resposta social ao crime e ao delinquente” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 365-366), ou seja, todas as demais agências do sistema social, como, por exemplo, a família, a escola, a igreja, a mídia, as empresas e as associações. As agências formais podem ser compreendidas em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. Compreendem-se, entre as primeiras, os subsistemas legislativo (Poder Legislativo), policial, de justiça criminal (Ministério

realizado. No que diz respeito a este, pode-se dizer que é o processo por meio do qual o sistema penal define ou tipifica condutas na lei penal as condutas passíveis de serem imputadas às pessoas, ocorrendo, portanto, no plano abstrato e hipotético e por meio do processo legislativo, com participação de grupos sociais e da mídia (criminalização primária); é, também, o processo por meio do qual essas condutas são atribuídas a algumas pessoas, como crimes ou contravenções penais, juntamente com as sanções, o que ocorre no plano concreto e por meio do processo penal, no âmbito das agências do sistema penal formal, especialmente nas agências policiais, judiciais, do Ministério Público e de execução penal, em que são atribuídas às condutas típicas a qualidade de crime e, conseqüentemente, de criminoso aos seus autores, o que significa dizer que, com essa atribuição da qualidade de criminoso, ocorre uma mudança do seu estado pessoal, passando de inocente a culpado, o que produz o efeito de manipulação da sua identidade (estigmatização).

O pedido de condenação é um ato praticado pela acusação no processo de criminalização secundária, que produz um efeito importante, tanto em relação ao acusado quanto em relação aos demais agentes do processo e às pessoas que, por ventura, tomarem conhecimento de

Público, Poder Judiciário e Advocacia) e de execução de penas (prisão e programas de penas alternativas). Entre as segundas, incluem-se as Universidades que formam, entre outros, bacharéis em direito, medicina, contabilidade, engenharia, psicologia, assistência social e economia, desenvolvendo o saber que será empregado pelos agentes do sistema no processo de criminalização, bem como todos os demais órgãos públicos, tais como os Tribunais de Contas, o Fisco e a Polícia Administrativa, que concorrem para o processo de criminalização. A função principal do sistema penal é criminalizar, ou seja, é fazer com que as condutas e as pessoas sejam criminalizadas e, conseqüentemente, punidas, o que depende do cumprimento de todas as etapas do processo de criminalização. Assim, sua função é possibilitar a definição de condutas abstratas (criminalização primária) e a atribuição dessas condutas a determinadas pessoas (criminalização secundária) para que sobre elas possa ser imposta a sanção penal. Levando-se em consideração que essa é a função principal ou geral do sistema penal, pode-se dizer que cabe às agências informais, especificamente, a iniciativa de anteprojetos de lei e de ações concretas (empresários morais); às agências legislativas, a elaboração, discussão e aprovação de projetos de lei; às agências policiais, a vigilância e a investigação; ao Ministério Público, a promoção da ação penal pública e a fiscalização da correta aplicação do direito; à Advocacia, a defesa dos acusados e, eventualmente, o patrocínio dos interessados na promoção da ação penal privada; às agências judiciais, o processamento e o julgamento dos feitos criminais; e, por fim, às agências executivas, a execução das penas e medidas de segurança.

tal ato, uma vez que antecipa um julgamento, qualificando a conduta, desde o início da ação penal, como crime ou contravenção penal. É inegável, pois, que é um ato de construção da realidade criminal que não pode passar despercebido numa análise criminológica orientada pelo paradigma da reação social ou da definição. Tendo por base, pois, esse paradigma, é possível dizer que o pedido de condenação na denúncia ou na queixa constitui um ato de construção da realidade criminal que intensifica, indevidamente, a estigmatização do acusado, ou seja, por ser produto de um pré-julgamento, antecipam-se, indevidamente, os efeitos de uma condenação que, se pedida somente ao final, surtiria efeitos somente neste momento e não já desde o início da ação penal. Não há, pois, outra intenção, com a inserção do pedido de condenação na denúncia ou na queixa que não a de antecipar os efeitos de tal pedido, sendo o acusado, portanto, tratado como alguém já merecedor de pena e não como alguém cuja conduta está em análise, podendo ou não ser considerada um crime ou uma contravenção penal por ocasião do julgamento.

Assim, o pedido de condenação na denúncia ou na queixa não resiste à crítica criminológica, que, orientada pelo paradigma da reação social ou da definição, leva em consideração o papel e os atos processuais e de linguagem de todos os integrantes do sistema penal na construção da realidade criminal, e não apenas os da acusação, de modo que o funcionamento do sistema penal, num modelo constitucional ou de um Estado democrático de direito, não pode privilegiar o papel de apenas uma função processual, no caso, a acusação, mas sim, distinguir e dosar, equilibradamente, as funções de todas as agências envolvidas no processo de criminalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, pode-se concluir que o pedido de condenação na denúncia e na queixa é impróprio, estando essa conclusão embasada em argumentos dogmáticos, teóricos e criminológicos.

Segundo o argumento dogmático, o texto da lei processual penal,

especificamente o artigo 41 do Código de Processo Penal, não exige, como requisito formal da denúncia e da queixa, a formulação de pedido de condenação do acusado. A aplicação analógica da regra do artigo 282, inc. IV, do Código de Processo Civil não encontra respaldo na norma do artigo 3º do Código de Processo Penal, pois tal aplicação analógica se constitui em inegável prejuízo ao acusado, uma vez que lhe impõe sofrimento antecipado e indevido. Além disso, não encontra respaldo nas teorias contemporâneas do Direito Penal e Processual Penal que, orientando a integração dos textos penais e processuais penais, opõem-se à aplicação da analogia *in malam partem*, inclusive no campo processual penal, uma vez que, por força do princípio do primado da lei penal substancial, não faria sentido que a vedação dessa analogia no âmbito da lei penal material não obstasse, também, os efeitos maléficos causados ao acusado, pela analogia, também no âmbito processual penal.

Para o argumento teórico, dada a diversidade de concepções acerca dos atributos que formam o conceito analítico de crime (e de contravenção penal), sobretudo quando orientado pelo garantismo penal, o reconhecimento da existência do crime e da contravenção penal depende do julgamento penal, que, por sua vez, depende de uma acusação, que deve estar embasada em provas, as quais somente podem ser admitidas como tais após o contraditório e a ampla defesa. Não há, na fase inicial da ação penal, ou seja, por ocasião do oferecimento da denúncia ou da queixa, ainda, condições processuais, sobretudo provas, para a realização, tanto pela acusação quanto pela defesa, de um juízo de certeza acerca da conduta e seus atributos, de modo a ser totalmente prematuro, nessa fase inicial, qualquer pedido de condenação.

Por fim, segundo o argumento criminológico, orientado pelo paradigma da reação social ou da definição, o pedido de condenação constitui ato processual e de linguagem que produz um efeito importante no processo de criminalização, de modo que, quando formulado na denúncia ou na queixa, ou seja, no início da ação penal, constitui antecipação dos efeitos que seriam produzidos somente ao final da ação penal, uma vez que a conduta do acusado passa a ser considerada como crime (ou contravenção penal) e o acusado, criminoso (ou contraventor), já a partir desse momento, o que implica em pré-julgamento. Admitir-se tal pedido de condenação na denúncia ou na queixa seria, portanto, validar o pré-

juízo de certeza, o que não resiste à crítica criminológica, uma vez que o funcionamento do sistema penal, num Estado democrático de direito, deve distinguir e dosar, equilibradamente, as funções de todas as agências envolvidas no processo de criminalização.

Eventual pedido a ser formulado na denúncia ou na queixa deve se restringir ao seu recebimento, à citação do acusado, à produção da prova necessária e, enfim, ao julgamento do réu, deixando-se o pedido de condenação ou de absolvição para o momento das alegações finais, que é a ocasião em que, de posse de todos os elementos fáticos e jurídicos, é possível fazer um juízo de certeza a favor ou contra o acusado, acertando-se ou não o caso penal inicialmente apresentado à apreciação judicial para, a partir desse juízo de certeza, formular-se pedido de condenação e, conseqüentemente, de aplicação da sanção penal respectiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Sobre a Criminologia crítica e sua função na Política Criminal. Documentação e Direito Comparado. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, [s.n.] , n. 13, separata, 1983. p. 145-166.

BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale mínimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Dei delitti e delle pena*. Napoli: Edizione Schientifichi Italiane, 1985. n. 3. p. 443-473.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1991.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*: a constitutividade da sentença penal condenatória. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. (Série Pensamento Jurídico; 2).

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1963. t. I.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Book-seller, 1998. v.1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Book-seller, 1998. v.2.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 577, p. 313-316, nov./1983.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

PENAL

PENA DE MULTA CRIMINAL, EXECUÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Valter Foletto Santin
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo
Doutor em Processo pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

RESUMO

O trabalho trata de execução de multa criminal e legitimidade de parte ativa do Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Pena de multa. Legitimidade. Ministério Público.

ABSTRACT

This article is about criminal fine execution and legitimacy of the public prosecution service.

KEY-WORDS: Execution. Criminal fine. Legitimacy. Public prosecution service.

INTRODUÇÃO

A execução de multa criminal processava-se tradicionalmente no próprio Juízo de conhecimento ou no Juízo da Execução Criminal, na dependência de ser a única sanção aplicada ou, se cumulada com pena privativa de liberdade, com movimentação e participação ativa do Ministério Público.

Depois da alteração da redação do artigo 51 do Código Penal, pela Lei n. 9.268/1996, surgiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Juízo criminal não possuiria mais competência jurisdicional para execução de pena de multa, passando o encargo para a Vara da Fazenda Pública, e que a legitimidade ativa para pleitear a cobrança deveria ser exercida pela Procuradoria da Fazenda, não mais da atribuição do Ministério Público.

Este trabalho procura analisar as questões pertinentes à multa penal, à competência jurisdicional do Juízo Criminal e à continuidade da atribuição do Ministério Público para promover a execução da multa criminal.

FUNDAMENTAÇÃO

O cometimento de delito sujeita o agente às penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (art. 32, inc. I a III, do Código Penal), estabelecidas e individualizadas pelo juiz na sentença, com base nos norteamentos da fase de aplicação da pena (art. 59 do Código Penal).

A multa pode ser modalidade autônoma de pena ou substitutiva.

A multa constante do tipo penal é modalidade autônoma de pena (arts. 32, inc. III, e 58 do Código Penal) e não permite a conversão em prisão (Lei n. 9.268/1996), sendo caso de exigência por processo de execução de pena.

Porém, a despeito do mesmo nome “multa”, a multa substitutiva tem natureza jurídica diversa, tratando-se de modalidade secundária e dependente (arts. 44, §2º, 58, parágrafo único, e 60, §2º, do Código Penal),

permitindo em caso de descumprimento a reversão em pena privativa de liberdade (art. 44, §4º, do Código Penal).

A multa substitutiva pode ser usada como substituição da pena privativa de liberdade exclusiva, alternativa ou cumulativa. Na pena privativa de liberdade não superior a 6 meses (art. 60, §2º, do mesmo codex), a substituição por multa é exclusiva; na sanção superior a 6 meses e até 1 ano, a substituição é alternativa, por concorrência da multa com pena restritiva de direito (art. 44 §2º, 1ª parte, do Código Penal); e se superior a 1 ano até 4 anos, quando possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções, a multa pode ser cumulativa ou alternativa com pena restritiva de direito, em virtude de opção de aplicação de uma pena restritiva de direito e multa ou por duas restritivas de direito (art. 44 §2º, 2ª parte, do Código Penal), porque possível a substituição de modalidade de pena privativa de liberdade até 4 anos (art. 44, inc. I, do Código Penal).

Não há no capítulo da aplicação da pena e da multa substitutiva (art. 60, §2º, do Código Penal) solução legal sobre o descumprimento da sanção pecuniária substitutiva. Uma alternativa é a execução da multa (art. 51 do Código Penal). Outra solução é a reversão da multa, tendo em vista que há previsão expressa de substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restritiva de direito (art. 44, §2º) e a sua conversão em caso de descumprimento (art. 44, §4º).

A reversão é possível, porque a multa substitutiva tem ligação umbilical com a pena substituída (privativa de liberdade), é dela dependente, e em caso de descumprimento a solução lógica, normal, racional e proporcional é o retorno ao *status quo ante* e exigência da pena aplicada – então, no caso a privativa de liberdade. O E. STJ já decidiu ser possível a reconversão em prisão da pena pecuniária substitutiva, enfatizando que o

princípio constitucional que proíbe a prisão por dívidas incide sobre as penas de **multa** previstas no próprio tipo penal, a teor do que dispõe a Lei 9.268/96, contudo, não compreende a pena pecuniária advinda em substituição da prisão, conforme opinião lançada nos precedentes desta Casa (HC 22568/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 20/02/2003, DJ 24.03.2003, p. 249, v.u.).

Em relação à multa prevista como pena autônoma no tipo penal (art. 32, inc. III, CP), não há mais possibilidade de conversão em prisão (art. 51 do Código Penal, com a nova redação fornecida pela Lei n. 9.268/1996), e a única alternativa é a execução da multa (art. 51).

A execução da pena de multa criminal está regulada atualmente pelo artigo 164 da Lei de Execução Penal, e Lei n. 6.830/1980, observando que o artigo 51 fez referência à aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Prevê o artigo 164 da LEP (Lei n. 7.210/1984), que

extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

O dispositivo trata de questões processuais da execução, cuidando da condição de título executivo judicial (certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado), legitimidade ativa (Ministério Público) e de procedimento (citação para pagar ou nomear bens em 10 dias).

Por seu turno, o artigo 51 do Código Penal dispõe:

Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A disposição penal trata da caracterização da multa como dívida de valor e aplicação da legislação sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive interrupção e suspensão da prescrição.

O artigo 164 da LEP e o art. 51 do CP são perfeitamente conciliáveis, porque este confirma a condição de título executivo da sentença condenatória transitada em julgado e acresce a característica de dívida de valor. É regra básica de hermenêutica o aproveitamento das normas legais, retirando eventuais conflitos aparentes despropositados para harmonia de todo o ordenamento jurídico nacional. Não há revogação

e muito menos conflito entre as normas, e não é permitido ao intérprete buscar interpretação desastrosa e contrária ao sistema.

Cabe destacar que o art. 51 do Código Penal trata da condição de trânsito em julgado para a execução da multa e sua consideração como dívida de valor, além da submissão às normas da legislação da dívida ativa da Fazenda Pública. Mas nada trata de legitimidade de parte ativa para a execução. Não retira do Ministério Público a legitimação processual nem a transfere à Fazenda Pública.

E a Lei n. 6.830/1980? O diploma legal que regula o procedimento de execução de dívida ativa das Fazendas Públicas cuida da dívida definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320/1964 e alterações, sobre normas de direito financeiro na elaboração e controle orçamentário da União, Estado, Município e do Distrito Federal (art. 2º, caput, da Lei n. 6.830/1980). O valor em cobrança atribuído às referidas entidades é considerado dívida ativa (§1º). Estatui-se que a inscrição é controle administrativo da legalidade para apurar a liquidez e certeza do crédito e efeito de suspensão da prescrição (§3º), contendo o §5º os requisitos do termo de inscrição, cuja certidão deverá acompanhar a petição inicial (art. 6º, §1º, da Lei n. 6.830/1980).

A Lei n. 6.830/1980 não trata especificamente da cobrança de multa criminal nem de legitimidade da Fazenda Pública para tanto. O direito de execução de natureza processual tem origem no direito material para definição da modalidade da prestação, legitimidade e demais norteamientos para efetividade do direito.

A multa penal tem relação direta com o cometimento de crime (fato gerador) e a condenação criminal transitada em julgado (título executivo judicial), enquanto o crédito tributário tem ligação com a posse ou propriedade de bem ou direito, exercício de atividade ou prestação de serviço (fato gerador de imposto, taxa, contribuição de melhoria) ou atividade parafiscal (contribuição previdenciária ou outra similar). O processo administrativo é essencial para a constituição do título executivo tributário, com lançamento e inscrição na dívida ativa.

É visível que pena criminal e tributo são duas coisas totalmente diferentes, originárias de poderes estatais diversos, pertinentes à persecução penal estatal e ao poder de tributação. A pena relaciona-se ao poder de persecução penal e exercício da violência simbólica, objeto

do sistema penal, delineado no art. 5º, principalmente nos incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI, LII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII e LXXV da Constituição Federal. Por outro lado, o tributo decorre do poder de tributação e do conteúdo do sistema tributário (arts. 145 a 162 da Constituição Federal) para a exigência e captação de recursos para o custeio da máquina administrativa e dos serviços públicos. A pena expressa o poder de coerção criminal; o tributo, a coerção tributária. São duas fontes diferentes de obrigação: uma (pena) decorre da relação jurídica criminal, cujo fato gerador é o ato ilícito penal, e a outra (tributo) nasce de relação jurídica tributária, com fato gerador de natureza patrimonial e econômica.

Anoto que o art. 51 do Código Penal não autoriza a grave confusão entre direito material e direito processual, com interpretação equivocada de que a norma processual (rito da execução) teria interferido no aspecto material (pena) para transformação da natureza jurídica de pena criminal (multa) em crédito tributário.

Observo que a consideração do débito decorrente de sanção penal como “dívida de valor” procurou pacificar o dissenso jurisprudencial sobre a característica da dívida originária de título executivo penal como “dívida de valor” ou “dívida de dinheiro”, pois os critérios para a correção monetária eram diversos, com o cômputo desde o fato (dívida de valor) ou da sentença (dívida de dinheiro) ou do trânsito em julgado ou execução.

No final da década de 1980 até meados de 1990, o assunto foi bastante discutido e a jurisprudência era oscilante, passando a ser majoritária na consideração como dívida de valor e a correção monetária desde a data dos fatos.

Para amostragem, no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, incorporado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, eram três critérios diferentes de correção, o que tornava verdadeira loteria judiciária a definição do marco inicial da atualização: correção monetária a partir da data do fato ou do trânsito em julgado da sentença ou da citação para execução penal. Os critérios de correção monetária a partir da data do fato foram adotados nos seguintes julgamentos: Agravo em Execução n. 500.373/8, j. em 05/05/1988, 7ª Câmara, Relator Hélio de Freitas, RJDTACRIM 1/38; AE n. 619.555/6, j. em 30/08/1990, 1ª Câ-

mara, Relator Eduardo Goulart, RJDTACRIM 7/33; AE n. 632.231/1, j. em 14/11/1990, 10ª Câmara, Relator, Jo Tatsumi, RJDTACRIM 8/58; AE n. 611.031/9, j. em 10/10/1990, 10ª Câmara, Relator José Santana, RJDTACRIM 8/59; AE n. 636.151/1, j. em 06/02/1991, 9ª Câmara, Relator Barbosa de Almeida, RJDTACRIM 9/35; AE n. 635.263/7, j. em 28/11/1990, 6ª Câmara, Relator Almeida Braga, RJDTACRIM 10/32; AE n. 709.441/3, j. em 27/02/1992, 7ª Câmara, Relator Luiz Ambra, RJDTACRIM 13/25; AE n. 693.901/6, j. em 22/04/1992, 6ª Câmara, Relator Aguiar Vallim, RJDTACRIM 14/24; Apelação n. 720.233/7, j. em 24/08/1992, 12ª Câmara, Relator Oliveira Santos, RJDTACRIM 15/132; Apelação n. 732.541/1, j. em 22/09/1993, 9ª Câmara, Relator Canellas de Godoy, RJDTACRIM 20/136. O critério do trânsito em julgado da sentença foi prestigiado nos seguintes recursos: AE n. 501.397/5, j. em 25/02/1988, 2ª Câmara, Relator Haroldo Luz, RJDTACRIM 3/53; AE n. 611.057/5, j. em 10/05/1990, 2ª Câmara, Relator designado Ribeiro Machado, Declaração de voto vencido Pedro Gagliardi, Declaração de voto vencido em parte Haroldo Luz, RJDTACRIM 8/59; AE n. 626.275/2, j. em 06/09/1990, 7ª Câmara, Relator Walter Tintori, RJDTACRIM 9/36; AE n. 702.271/2, j. em 23/03/1992, 11ª Câmara, Relator designado Gonçalves Nogueira, Declaração de voto vencido Sidnei Beneti, RJDTACRIM 14/25. E a contagem a partir da citação da execução: AE n. 534.761/1, j. em 18/01/1989, 5ª Câmara, Relator Heitor Prado, RJDTACRIM 2/30; AE n. 546.869/3, j. em 02/02/1989, 3ª Câmara, Relator designado Gomes de Amorim, RJDTACRIM 3/54; AE n. 548.107/7, j. em 22/03/1989, 5ª Câmara, Relator Paulo Franco, Declaração de voto vencedor Ribeiro dos Santos, RJDTACRIM 3/55; AE n. 914.261/7, j. em 07/12/1994, 5ª Câmara, Relator designado Edgard Coelho, Declaração de voto vencido Geraldo Lucena, RJDTACRIM 24/26. Vide <http://www.tacrim.sp.gov.br>.

O E. STJ pacificou a situação, definindo o critério de correção monetária a partir da data do fato delituoso, conforme se percebe dos seguintes recursos: REsp 91003/RS, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 13/12/1999, DJ 21/02/2000 p. 84, LEXSTJ vol. 129 p. 279, v.u.; REsp 83846/RS, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 16/12/1997, DJ 02/03/1998 p. 127, v.u.; REsp 120678/SP, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 09/06/1997, DJ 04/08/1997 p. 34839, v.u.; REsp 81578/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. 08/04/1996, DJ

13/05/1996 p. 15568, v.u.; REsp 39429/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. em 02/04/1996, DJ 06/05/1996 p. 14436, v.u.; REsp 67747/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 06/02/1996, DJ 04/03/1996 p. 5415, v.u.; REsp 41438/SP, Relator(a) Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, j. 28/09/1994, DJ 17/10/1994 p. 27906.

É pertinente a análise das dívidas de valor e de dinheiro.

Orlando Gomes anota que a dívida pecuniária é “obrigação de valor nominal”, as obrigações pecuniárias determinam-se por “uma quantia fixa”, e as dívidas de valor variam no quantum em função do “valor da moeda”, por alteração do poder aquisitivo da moeda, com uso de cláusula de indexação contra sua deterioração, “fixando o valor da dívida em função da variação de determinado índice econômico” (*Obrigações*, p. 56-58).

A propósito, Arnaldo Wald conceitua dívida de valor como aquela em que “o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor”, em que a moeda “não constitui o objeto da dívida, mas uma simples medida de valor”, pois a dívida é de “um quid” e não de “um quantum”, por representar um valor correspondente a um bem determinado e não certo número de unidades monetárias” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 52).

Leib Soibelman também entende a dívida de valor como a obrigação em que “o objeto não é o dinheiro como dinheiro, mas o dinheiro como meio de medida de um valor patrimonial que ele representa no momento da conclusão do contrato”, sendo que em caso de desvalorização do dinheiro no decorrer do contrato “o credor já não receberá o valor que ele pretendeu ao contratar”, motivo para a “aplicação da correção monetária, correção do valor do objeto do contrato”. Entende que é o oposto da dívida pecuniária. Anota que nesta “o dinheiro é o meio de pagamento, pouco importando sua desvalorização” (*Enciclopédia do advogado*, p. 134).

As dívidas em dinheiro são aquelas em que o dinheiro em si é “objeto da prestação”, como no mútuo, enquanto que nas dívidas de valor o dinheiro serve para “medir ou valorar o objeto na prestação” (Maria Helena Diniz et alii, *Novo Código Civil comentado*).

A propósito, a dívida de dinheiro tem referência com a unidade

monetária, o chamado valor de face da moeda, em que há correspondência exata para a utilização como troca por bem ou serviço. Uma tradução de dívida de dinheiro é a obrigação originária de mútuo ou de título de crédito. Por outro lado, a dívida de valor representa algo, um bem ou serviço, e a sua estimação em moeda é o mecanismo para a sua exigibilidade e certeza. São exemplos as obrigações alimentares, indenizações decorrentes de atos ilícitos ou de responsabilidade extracontratual e as provenientes de desapropriação. Na dívida de dinheiro, a moeda é objeto; na dívida de valor, a moeda é instrumento de estimação de algum bem.

O Código Civil estabelece o objeto do pagamento, a prestação estabelecida, sem obrigação de recebimento de prestação diversa, mesmo que mais valiosa (art. 313 do Código Civil), com a previsão de que a obrigação de pagamento das dívidas em dinheiro deverá ocorrer no vencimento, “em moeda corrente e pelo valor nominal” (art. 315). A dívida de dinheiro está definida no art. 314 (moeda corrente pelo valor nominal), enquanto as demais dívidas são de valor, pois o seu descumprimento importa em obrigação de responder “pelo equivalente” (arts. 234 e 239 do Código Civil) ou exigir “o equivalente” (art. 236 do CC), denotando-se que a expressão equivalente indica dívida de valor.

Note-se que o inadimplemento de qualquer obrigação gera a obrigação de pagamento de atualização monetária, além de juros e perdas e danos (art. 389 do Código Civil), de modo que a análise econômica de nominalismo ou valorismo é irrelevante. A própria diferenciação entre dívida de valor e dívida de dinheiro perdeu importância, tendo em vista que as duas dívidas são corrigidas monetariamente.

No campo penal, antes da alteração legislativa de 1984, a pena de multa era prevista em réis e depois em cruzeiro, moedas anteriores ao atual real. Para lembrança, ao delito de receptação (art. 180, caput, do Código Penal) era imposta, além da pena de reclusão, a multa de quinhentos mil réis a dez contos de réis (Decreto-lei n. 2.848/1940), depois de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), pela redação dada pela Lei n. 2.505, de 1955. A redação atual prevê pena cumulativa de reclusão (1 a 4 anos) e multa; não há indicação de valor em moeda corrente; o sistema vigente é de dias-multa, entre o mínimo de 10 e o máximo de 360, fixando-se de cada unidade de dia-multa com base no salário mínimo (art. 49 do Código Penal), sem especificação no

tipo penal do valor em moeda. A pena de multa com fixação da sanção em moeda corrente era inegavelmente dívida de dinheiro, enquanto o sistema de dias-multa tem característica de dívida de valor, por necessidade da sua estimação monetária, com transformação em quantia certa, além da expressa previsão legal no art. 51 do Código Penal.

A visão de transformação da dívida por condenação por crime em dívida tributária é distorcida. A referência à legislação processual tributária para a execução não é apta a transformar a natureza jurídica da dívida decorrente de condenação criminal em dívida de natureza tributária, porque as origens são diversas e inconciliáveis. A deformação de origem seria a mesma se o legislador resolvesse alterar novamente o art. 51 do Código Penal e o sistema de execução de pena criminal e adotasse hipoteticamente o procedimento de execução de alimentos (art. 733 do Código de Processo Civil): o título executivo judicial de origem criminal também não seria crédito alimentar. O rito procedimental da execução não pode alterar a origem e a natureza jurídica do débito de condenação criminal.

A competência jurisdicional para a execução de multa criminal é do juízo criminal de conhecimento ou de execução criminal e não do juízo fazendário, a despeito da utilização de rito procedimental de dívida ativa da fazenda pública. O rito da execução não altera o direito material nem a competência jurisdicional.

A atribuição de movimentação da execução de multa penal é do Ministério Público e não da Procuradoria da Fazenda, por se tratar de atividade relacionada à promoção da ação penal e não cobrança de crédito tributário.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a execução de pena criminal, especialmente a multa criminal, decorre do artigo 164 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984). Ademais, o órgão de acusação é legitimado para a execução penal de qualquer de suas modalidades, seja a execução de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos ou multa, por ser um dos órgãos da execução penal (art. 61, inc. III, LEP), incumbido da fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução (art. 67, LEP), e de requerer “todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo” (art. 68, inc. II, *a*, da LEP), além de outras funções, como requerimento da execução de pena restritiva

de direitos (art. 147, LEP) ou para iniciação do procedimento judicial de execução (art. 195, LEP).

Como se vê, todo o sistema do ordenamento jurídico infraconstitucional prestigia e confirma a legitimidade do Ministério Público no campo penal e processual penal, no processo de conhecimento e de execução.

E não poderia ser diferente! Deve ser lembrado que o artigo 129, inc. I, da Constituição Federal estabelece o princípio da privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público, que deve ser interpretado como poder de interferência e atuação em todas as fases relacionadas ao crime, desde a fase de política de segurança pública, investigação criminal, passando pela ação penal, até a execução da pena, fase final da persecução penal estatal, além de outras atividades pertinentes. Trata-se de legitimidade constitucional do Ministério Público, de cunho político e processual (Valter Foletto Santin, *Legitimidade do Ministério Público no processo penal*, p. 13-26; *O Ministério Público na investigação criminal*, p. 218-219). A execução da pena de multa integra a persecução penal do Estado e o Ministério Público tem incumbência para buscar a efetivação do conteúdo decisório da sentença penal condenatória (Cezar Roberto Bittencourt, *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 584).

No direito comparado, a atribuição de movimentação da execução de pena pecuniária é função do Ministério Público. Na Itália, o Ministério Público faz os pedidos e participa de todos os incidentes de execução (art. 655, CPP), inclusive na execução de multa (art. 660, CPP). Em Portugal, findo o prazo sem pagamento da execução, o Ministério Público “promove logo a execução” (art. 491, 2, CPP, Decreto Lei n. 78/1987, atualizado pela Lei n. 48/2007). Na Alemanha, o Ministério Público é responsável pela execução de sentenças penais (art. 451, CPP), com supervisão da aplicação das sanções, incluindo-se a conversão da multa não paga em prisão (459e). Sobre a atuação do Ministério Público na Europa, vide <http://www.euro-justice.com/sitemap/>. Na Argentina, o Ministério Público atua em todos os incidentes de execução penal (Jorge R. Moras Mom, *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 43 e 442-443).

A execução da pena é judicializada no sistema do Código Processual Penal Modelo para Íbero-América (art. 389/seguintes), com intervenção do Ministério Público nos incidentes de execução (art. 391) e previsão expressa de atuação na conversão da multa não paga em prisão (art. 395). O Código de Processo Penal do Paraguai (Ley 1.286/1998)

adotou a sistemática (Código Tipo), conforme se verifica dos arts. 493, 495 e 498. No Chile, as normas sobre execução de sentença constam dos arts. 467-472, CPP, a cargo do Juízo, com intervenção do Ministério Público e da defesa (art. 466, CPP, Ley 19.696/2000). Na Bolívia, o art. 430 e seguintes tratam da execução judicial da pena, com atuação do Ministério Público e da defesa nos incidentes (art. 432, CPP, Ley 1970, de 25.02.1999).

Frise-se que a retirada da legitimidade do Ministério Público e da competência jurisdicional da Vara Criminal ou das Execuções Criminais seria um ataque fatal à multa criminal, que se não cumprida espontaneamente pelo condenado teria pouca condição de exigência e coerção penal-patrimonial. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo não movimentava a execução por pequeno valor do débito, possuindo patamar mínimo para execução fiscal. A situação caracteriza-se como coroamento da impiedade, velório e enterro da pena de multa.

Não se desconhece o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da perda da legitimidade do Ministério Público e da atribuição de representante da Fazenda Pública para a execução de multa.

O E. STJ tem se apegado à condição de “dívida de valor” da multa penal ou de “dívida ativa” para afastamento da legitimidade do Ministério Público, consideração de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública e da existência de juízo especializado para a cobrança da dívida, não das Execuções Penais. A consideração como dívida de valor consta do REsp 1042887/MG, Relator(a) Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. em 18/09/2008, DJe 20/10/2008, LEXSTJ vol. 231 p. 346; AgRg no REsp 1027204, Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. em 19/06/2008, DJe 18/08/2008, v.u.; REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. em 20/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 385; CAAt 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 26/10/2005, DJe 07/05/2008; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 475). O tratamento como dívida ativa foi feito nos REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; CAAt 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP; REsp 169586/SP, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 22/02/2005, DJ 04/04/2005 p. 236), inclusive necessidade de inscrição na dívida ativa (CAAt 92/SP, Relator(a) Ministro

GILSON DIPP; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA). Sobre a característica da multa penal, tem-se entendido como “sanção penal” (REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ) ou “extrapenal” (REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

Tal postura restritiva de atuação do Ministério Público e da execução da multa criminal não merece continuar, aguardando que o E. Superior Tribunal de Justiça reveja o seu posicionamento e altere o rumo da jurisprudência para colocar as coisas nos seus devidos lugares. Nem sempre a posição majoritária dos tribunais prevalece, até porque o movimento jurisprudencial é dinâmico e mutável, diante de interpretação e hermenêutica mais adequada ao assunto em debate.

Cabe anotar que o E. STJ já se posicionou favoravelmente à legitimidade da execução penal de multa pelo Ministério Público, em interpretação do art. 51 do Código Penal, pois “nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais” (REsp 699286/SP, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 08/11/2005, DJ 05.12.2005, p. 369, RT vol. 846, p. 556, v.u.), entendimento mais adequado à espécie.

A E. Procuradoria-Geral da República ingressou em 2004 com ação direta de inconstitucionalidade do art. 51 do Código Penal para que, em interpretação conforme, seja reconhecida a legitimidade do Ministério Público para ingressar com execução da pena de multa e a competência do Juízo das Execuções Criminais. A ação constitucional ainda está em andamento (ADI 3150, Rel. Marco Aurélio, in www.stf.jus.br). Os principais argumentos constantes da petição inicial são de que o caráter polissêmico do dispositivo provocou dissensão doutrinária e jurisprudencial, por entendimentos de que teria sido retirado o caráter penal da multa ou de modificação meramente procedimental e de que a consideração tributária de punição criminal não se compatibiliza com a Carta Política. A única interpretação viável é a limitação dos efeitos da Lei n. 9.268/1996 à modificação do rito da Lei n. 7.210/1984 (art. 164, §2º), sem resvalar na competência da Vara de Execuções Penais. A finalidade da norma é a melhor atuação na persecução criminal e no cumprimento da pena, de tratamento processual. A privatividade da ação

penal (art. 129, inc. I, CF) abriga a execução da sentença condenatória, por compreensão instrumental, tanto da fase cognitiva como da executória. A legitimidade processual da Fazenda Pública viola frontalmente a atribuição constitucional privativa do Ministério Público e confere à Vara das Execuções Fiscais a implementação de sanção penal. O crédito tributário poderia ser exigido dos herdeiros do apenado, em afronta à responsabilidade penal pessoal, por intranscendência da sanção penal, lesionando o art. 5º, inc. XLV, da CF/88. A menção à dívida de valor não tem o condão de alterar a natureza da multa, que é uma sanção penal, nem desviar a sua finalidade de recurso de Fundo Penitenciário. É injustificável, portanto, o entendimento de inscrição de multas em dívida ativa da Fazenda, pela providência absolutamente despicienda e ilegítima de transformar um título judicial em título extrajudicial. A norma jurídica é o resultado de sua interpretação, dentro do contexto da ordem legislativa, de modo que a Constituição se projeta sobre o sistema jurídico, impregnando-o de seus valores e revestindo-o dos fundamentos de validade e autoridade. Alguns significados da lei podem ser compatíveis e outros inconciliáveis com o Texto Fundamental, incumbindo ao Judiciário superar o impasse, elegendo a interpretação harmônica com a Constituição para conservar a validade da lei e prestigiar a presunção de constitucionalidade. A interpretação, conforme a Constituição, configura mecanismo de controle de constitucionalidade: na eleição da alternativa hermenêutica é reconhecido que a norma impugnada é constitucional quando imbuída do significado que a concilia e afirma a inconstitucionalidade do dispositivo se aplicado segundo o critério antagônico. A eliminação das hipóteses interpretativas e a aplicação de mecanismo da interpretação conforme a Constituição visa a salvar a lei impugnada.

Cezar Roberto Bittencourt entende que a Lei n. 9.268/1996 não alterou a competência para a execução da pena de multa. Ainda do Juízo das Execuções Criminais, o procedimento permanece regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP e a legitimidade continua do Ministério Público. A pena de multa mantém a *“natureza de sanção criminal”* e considera impossível juridicamente a inscrição em dívida ativa de sentença penal condenatória, verdadeira *“heresia jurídica”*, porque a lei não prevê a necessidade de inscrição. A eventual previsão transformaria um título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa) e deslocaria o crédito do Fundo Penitenciário para o orçamento da União.

O fundamento político-legislativo da definição como dívida de valor seria para justificar a inconversibilidade da multa não paga em prisão e possibilitar a atualização monetária (op. cit., p. 582-585).

Guilherme de Souza Nucci posiciona-se pela possibilidade de correção monetária da multa, por se tratar de simples atualização do valor da moeda. A Lei n. 9.268/1996 pretendeu evitar a conversão da multa em prisão. Ela continua com a natureza jurídica de sanção penal, e não civil e a competência seria da Vara das Execuções Criminais, executada pelo Ministério Público e seguido o rito da Lei n. 6.830/1980 (*Manual de Direito Penal*, p. 429-430; *Código Penal comentado*, p. 346).

Vladimir Brega Filho considera a expressão “dívida de valor” como esclarecimento para a incidência da correção monetária, sem a transformação da natureza penal da multa. Sua execução deve ser promovida pelo Ministério Público, perante o Juízo das Execuções Criminais (*A execução da pena de multa; alterações da Lei 9.268/96*).

Em sentido contrário, Damásio Evangelista de Jesus, com base na Lei n. 9.268/1996, pensa que o valor da pena de multa de sentença penal condenatória transitada em julgada deva ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução deve ser promovida pela Fazenda Pública, não mais de atribuição do Ministério Público. Anota-se o “caráter extrapenal” da execução, mas “a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença” (*Direito Penal*, v. 1, p. 533). Sem acréscimos, Fernando Capez adota a mesma posição (*Curso de Direito Penal*, v. 1, p. 395-397).

A decisão de indeferimento da inicial de execução de multa criminal viola e nega vigência aos artigos 164, 61, inc. III, 67, 68, inc. II, a, 147 e 195 da Lei de Execução Penal e Lei n. 7.210/1984, sob argumento de ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público e incompetência do Juízo criminal.

A posição excludente da atuação do Ministério Público padece de inconstitucionalidade por ferimento ao artigo 129, inc. I, da Constituição Federal, que prevê o princípio da privatividade da ação penal pelo Ministério Público e o sistema acusatório. A inviabilização da execução da sanção criminal também se configura como violação ao direito constitucional do Ministério Público de acesso à Justiça para reparação de dano integral provocado pelo crime, lesão a direito da sociedade, em

afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. E mais: um ataque à pessoalidade e à intrascentalidade da pena (art. 5º, inc. XLV), à individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, CF) e ao juiz natural (art. 5º, inc. LIII, CF).

CONCLUSÃO

Tendo em vista tais fatos, concluo:

1) a pena de multa criminal é de natureza criminal, aplicada em relação processual penal por lesão provocada pelo crime, no exercício da persecução penal estatal; sanção bem diversa do crédito tributário, que é originário de relação tributária e do exercício do poder tributário;

2) o uso do rito de execução de dívida ativa da Fazenda Pública não afeta a condição essencial de multa criminal nem a transforma em crédito tributário, constituindo-se em mera forma procedimental de cobrança de dívida de natureza penal;

3) o Ministério Público tem legitimidade constitucional e infra-constitucional para a movimentação da ação penal pública e da ação de execução de multa criminal, com evidente invasão de atribuição e ilegitimidade à atuação da Procuradoria da Fazenda na execução de multa penal.

4) a competência para o processo de execução de multa é do Juízo Criminal ou da Execução Penal, não da Vara da Fazenda Pública, por constituir matéria relativa à pena criminal, sem ligação a crédito tributário.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte Geral.

BREGA FILHO, Vladimir. *A execução da pena de multa: alterações da Lei 9.268/96*. In: www.travelnet.com.br/juridica/art11_96.htm.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte geral, 2004.

DINIZ, Maria Helena Diniz et alii. *Novo Código Civil comentado*. In: <http://www.netlegis.com.br/componentes/upload/CCCOCOMENTADO.pdf>

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed., Rio: Forense, 1990.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, Parte geral, 1997.

MASSA, Michele & SCHIPANI, Sandro. *Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina*. Padova: Cedam, 1994.

MOM, Jorge R. Moras. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. *Código Penal comentado*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2006.

SANTIN, Valter Foletto Santin. Legitimidade do Ministério Público no processo penal. *Justitia*, São Paulo: PGJ-APMP, v. 189-192, p. 13-26

_____. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed., Bauru: Edipro, 2007.

SARRÁS, Sabas Chahuán. *Manual del nuevo procedimiento penal*. 3ª ed., Santiago: LexisNexis, 2007.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 4ª ed., Rio: Ed. Rio, 1983.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 12ª ed., São Paulo: RT, 1995

A PERPETUIDADE DA RESERVA LEGAL EM ZONA URBANA E SEU APROVEITAMENTO COMO ÁREA VERDE

Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina
Mestre em Direito pela UNIVALI

SUMÁRIO

I Resumo - II Da integração e complementaridade entre as atividades do campo e das cidades: Diretriz do Estatuto das Cidades - III Da reserva legal, sua identificação com a zona rural e o caráter de imutabilidade - IV Das áreas verdes urbanas, funções e características - V Da (in)compatibilidade da reserva legal em zona urbana - VI Do aproveitamento do espaço constituído de reserva como área verde na hipótese de sua inserção em área urbana ou de expansão urbana - VII Da preservação do espaço protegido diante da possibilidade de sucessivos parcelamentos da gleba - VIII Da possível alteração de uso do espaço urbano protegido - XI Conclusão

I RESUMO

O presente artigo direciona-se ao estudo da reserva legal e das áreas verdes urbanas com o escopo de assegurar, mediante a aproxi-

mação dos institutos, o caráter de perpetuidade da reserva legal¹, ainda que se submetendo a algumas adequações qualitativas, por ocasião da sua eventual inserção em área urbana, decorrência natural da expansão e alteração do perímetro urbano dos municípios.

II DA INTEGRAÇÃO E COMPLEMENTARIDADE ENTRE AS ATIVIDADES DO CAMPO E DAS CIDADES: DIRETRIZ DO ESTATUTO DAS CIDADES

Uma das inovações de destaque introduzidas pelo Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001) foi a inclusão, dentre suas diretrizes, da necessidade de integração e complementaridade entre as atividades do campo e das cidades, como decorrência do desenvolvimento socioeconômico dos perímetros urbanos. Essa integração parte da compreensão acerca da necessidade de uma maior interação entre os meios urbano e rural, ainda que respeitadas as suas diferentes peculiaridades, como decorrência da paulatina expansão urbana das cidades no meio rural, por vezes sobrepondo-se ou complementando-se características e institutos existentes em mundos antes tidos como distintos e absolutamente dissociados.²

Entretanto, em vista do crescimento populacional e prolongamento dos núcleos urbanos, o momento vivenciado pelos municípios é o de expansão e redefinição urbana. Por suas características, difere-se das zonas rurais³ pelo preenchimento dos requisitos de infraestrutura essenciais previstos no Código Tributário Nacional⁴, sendo a referida

1 Conforme dispõe o art. 1º, inc. III, da lei n. 4.771/1965, compreende-se por Reserva Legal a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

2 Inc. VII do art. 2º da lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades).

3 Interessante observar que o art. 4º, inc. I, da lei federal n. 8629/1993, na mesma linha do disposto no art. 4º, inc. I, da lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra), conceitua Imóvel Rural como sendo “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial”. Desse modo, é admissível a existência de imóveis rurais em perímetros urbanos em razão das suas características próprias, e vice e versa.

4 § 1º do art. 32 da lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

área municipal dotada de melhoramentos urbanos. Também diferente da zona rural, a zona de expansão urbana tem o escopo de receber novas edificações e equipamentos urbanos, no normal crescimento das cidades e vilas. Vale lembrar, ainda, que essas zonas em área rural devem ser, desde logo, delimitadas pelo município e submetidas às restrições urbanísticas do Plano Diretor.⁵

III DA RESERVA LEGAL, SUA IDENTIFICAÇÃO COM A ZONA RURAL E O CARÁTER DE IMUTABILIDADE

Na questão ambiental, ganha importância a obrigatoriedade da averbação, na propriedade rural, do instituto da Reserva Legal, previsto no art. 16 da lei n. 4.771/1965, o Código Florestal, cuja extensão há de ser fixada em 20%, salvo nas regiões do Cerrado e na Amazônia Legal, que possuem outros percentuais a tal título.⁶

Ainda nesse sentido, a reforma na legislação florestal ocorrida em 1989 trouxe, dentre outros institutos, uma alteração que garantiu a perpetuação da Reserva Legal⁷, ao determinar que, uma vez averbada na margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, fica terminantemente proibida a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área.⁸ Ou seja, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado, a área da reserva “continua com os novos proprietários, numa cadeia infinita. O proprietário pode mudar, mas não muda a destinação

5 MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

6 Incs. I a IV do art. 16 da Lei n. 4.771/1965. Anote-se que o estudo do tema *reserva legal* ganha importância, em vista do disposto no art. 55 do novo Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 6.686, de 10 de dezembro de 2008, a ausência da averbação da reserva legal constitui-se em infração administrativa sujeitando o infrator a uma pena de advertência e multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hectare ou fração da área de reserva legal.

7 Conforme o art. 16, § 8º, da lei n. 4.771/1965, “A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código”

8 Art. 8º da Lei n. 4.771/1965.

da área da Reserva Legal”.⁹

A partir disso, indaga-se: essa imutabilidade restringe-se à situação rural do imóvel ou ao imóvel em si, independentemente de sua localização e características, esteja situado ou não em zona rural? Em outras palavras, como fica a situação da reserva legal na hipótese de inserção do imóvel rural em zona urbana? Permanece a imutabilidade da restrição e a importância da sua perpetuidade no imóvel, mesmo se tratando de área urbanizada? E na hipótese do imóvel que contenha a reserva legal averbada e venha a perder as características rurais, recebendo as infraestruturas próprias de zona urbana ou expansão urbana, remanesce a obrigatoriedade da reserva legal?

Observe-se que o tema ainda é incipiente tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A reserva legal é uma modalidade de limitação intrínseca ao direito de uso da propriedade, ou, nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, “uma característica da propriedade florestal que se assemelha a um ônus real,”¹⁰ constituindo-se uma obrigação *propter rem*, como decorrência da função socioambiental do imóvel rural¹¹, portanto, insuscetível de indenização. Ademais, possui o escopo de proteger a vegetação existente na propriedade rural, vedando a sua supressão, embora podendo ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos¹². Vale lembrar que, juntamente com as áreas de preservação permanente¹³ e as unidades de conservação¹⁴, integram o rol dos mais importantes institutos de proteção ambiental de nosso ordenamento jurídico.

9 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p. 766.

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001, p. 293.

11 CRFB, art. 5º, inc. XXVIII.

12 § 8º do art. 16 da Lei n. 4.771/1965.

13 Hipóteses previstas nos art. 2º e 3º da Lei n. 4.771/1965.

14 Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000.

IV DAS ÁREAS VERDES URBANAS, FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS

Já nas zonas urbanas essa importante função ambiental é exercida pelas denominadas áreas verdes, as quais estão, de regra, obrigatoriamente incluídas nos projetos de parcelamento do solo como parte integrante deste e indispensável à preservação da qualidade de vida e ao equilíbrio ambiental no meio ambiente urbano. O instituto da Área Verde em si é mais brando e impreciso que o da Reserva Legal, carecendo de previsão legal mais substancial,¹⁵ bem como de parâmetros técnicos mínimos que garantam a efetiva porção protegida nos centros urbanos.

Não obstante, é possível realizar uma construção doutrinária e jurisprudencial acerca do que venha a ser área verde.

Nas palavras de Arfelli¹⁶, as áreas verdes são constituídas de formação vegetal natural ou artificial pré-existente ao parcelamento da gleba (parques florestais), podendo sua formação ser imposta pelo Poder Público e recair sobre espaços públicos ou privados. Ainda que possam servir ao lazer e à recreação, como elementos urbanísticos, as áreas verdes também não se destinam apenas à ornamentação urbana, mas desempenham, nos dias atuais, importante papel sanitário e até de defesa e recuperação do meio ambiente, diante da degradação de agentes poluidores.

Conforme José Afonso da Silva, as áreas verdes urbanas vão ad-

15 A definição de Área Verde encontra-se prevista, de forma expressa, no §1 do art. 8º da Resolução CONAMA 369/06: *Considera-se área verde de domínio público, para efeito desta Resolução, o espaço de domínio público que desempenhe função ecológica, paisagística e recreativa, propiciando a melhoria da qualidade estética, funcional e ambiental da cidade, sendo dotado de vegetação e espaços livres de impermeabilização. § 2º O projeto técnico que deverá ser objeto de aprovação pela autoridade ambiental competente, poderá incluir a implantação de equipamentos públicos, tais como: a) trilhas ecoturísticas; b) ciclovias; c) pequenos parques de lazer; excluídos parques temáticos ou similares; d) acesso e travessia aos corpos de água; e) mirantes; f) equipamentos de segurança, lazer, cultura e esporte; g) bancos, sanitários, chuveiros e bebedouros públicos; e h) rampas de lançamento de barcos e pequenos ancoradouros.*

16 ARFELLI. Amauri Chaves. Áreas verdes e de lazer: considerações para sua compreensão e definição na atividade urbanística de parcelamento do solo. Revista de Direito Ambiental, v. 9, n. 33, p. 33-51, jan./mar. 2004.

quirindo regime jurídico especial, que as distingue dos demais espaços livres e de outras áreas *non aedificandi*. Até porque admitem certos tipos de construção, em proporção reduzidíssima, porquanto o que caracteriza as áreas verdes é a existência de vegetação contínua, amplamente livre de edificações, ainda que recortada de caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves, quando tais áreas se destinem ao uso público.

A obrigatoriedade de implantação das Áreas Verdes, apesar de não estar expressa em norma própria, é perceptível quando os Tribunais, ao decidirem sobre matéria de desafetação, indicam a impossibilidade de alteração de destinação de áreas protegidas:

Ação direta de inconstitucionalidade – lei municipal – **desafetação de área do domínio público, com sua transferência para categoria de bem dominial – inadmissibilidade** – área que tinha destinação específica, qual a de área de lazer, assim reservada por imposição legal, pelo loteador ao município – afronta ao comando emergente do artigo 180, inciso VII, da constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente. (TJ/SP – ADIn nº 52.006-0/3 – Des. Relator Mohamed Amaro)

Ou ainda

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - **Desafetação de bem de uso comum do povo** - Transformação em bem dominial - Forma irregular - **Desvio de finalidade - Dano ambiental** - Nulidade da doação, bem como de sua posterior alienação - Admissibilidade - **Área** destinada à implantação de jardins e praças - Alteração da destinação - Importância das áreas verdes na preservação da qualidade de vida urbana - Artigo 180, VII, da vigente Constituição Estadual - Limitação normativa - Ação procedente - Recurso provido. Destinada uma **área** para determinada finalidade, defeso é ao Município a alteração desta, ainda que tal se revista dos mais altos propósitos. (TJSP AC n. 215.797-1, de Marí-

lia, Rel. Des. ROQUE MESQUITA).

V DA (IN)COMPATIBILIDADE DA RESERVA LEGAL EM ZONA URBANA OU DE EXPANSÃO URBANA

De outra parte, observa-se na Lei de Parcelamento do Solo (Lei n. 6.766/1979) a atenção do legislador em não permitir o parcelamento do solo em determinadas situações, expressas no próprio texto do artigo 3º, inclusive em relação a áreas de preservação ecológica ou em que poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.¹⁷

Na ausência de uma definição estrita, ou um rol taxativo do que seriam as áreas de preservação ecológica mencionadas no inciso V, entende-se que a expressão fora utilizada em sentido *lato sensu*. Dessa forma, seria possível concluir que, em sendo a Reserva Legal uma área de preservação gravada na gleba rural, o parcelamento desta gleba estará sujeito à manutenção da reserva, sob pena de estar violando o disposto no art. 3º, par. único, inc. V, da Lei de Parcelamento.

Tal restrição, por si só, já pareceria suficiente para impedir a supressão da Reserva Legal para fins de parcelamento. Paulo Affonso Leme Machado enfatiza, ao dizer que “sob esse aspecto, a aprovação ou o indeferimento do projeto de loteamento é de natureza vinculada, não podendo a Administração utilizar-se de discricionariedade.”¹⁸

Porém, como bem pontua Edis Milaré, levando-se em conta que a averbação da reserva legal restringe-se à área rural, por consequência a sua exigência restringe-se aos parcelamentos para fins agrícolas de imóvel rural localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana, conforme estabelecido no item 4 da Instrução 17-B do Instituto Nacional

17 Conforme prevê a lei n. 6766/1979 em seu art. 3, somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal. (NR) (Redação dada pela Lei n. 9.785, 29.1.1999). “Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo: (...) V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.”

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p.419.

de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, de 22.12.1980.¹⁹

Nesse lance, passamos, na sequência, à análise acerca da viabilidade da permanência da reserva legal (averbada em área rural) por ocasião da inserção da área, por lei municipal, em zona urbana ou de expansão urbana.

VI DO APROVEITAMENTO DO ESPAÇO CONSTITUÍDO DE RESERVA LEGAL COMO ÁREA VERDE NA HIPÓTESE DE SUA INSERÇÃO EM ÁREA URBANA OU DE EXPANSÃO URBANA

Em razão do diferente perfil de ocupação do solo em zona urbana, prioritariamente constituído por loteamentos mediante o parcelamento e a divisão de glebas em lotes voltados à habitação, ao comércio e à indústria, é difícil compreender, à primeira vista, a permanência da figura da reserva legal, dadas as suas características, nos centros urbanos, principalmente após o parcelamento da respectiva gleba.²⁰ Além disso, temos que a ausência de correta adequação à nova realidade tornará iminente o risco de extinção do instituto, em detrimento do ambiente protegido.

Há de se observar ainda, o risco do excesso de limitação do direito de propriedade com a sua permanência - em algumas circunstâncias, até mesmo o seu esvaziamento - na hipótese de acréscimo do instituto da reserva legal às demais limitações administrativas afetas à aprovação de parcelamentos do solo urbano, sem falar das restrições advindas do tipo de vegetação existente na área.²¹ Isso somando-se a reserva legal às áreas verdes, de uso comunitário e institucional, nos projetos de lote-

19 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*, 6 ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 754.

20 O par. 2º do art. 16 do Código Florestal proíbe a supressão da vegetação situada na reserva legal, admitindo a sua utilização sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos, destinação tipicamente rural, e não urbana.

21 A título exemplificativo, em se tratando de área de cobertura vegetal do bioma mata atlântica, vale lembrar as restrições advindas do disposto na lei n. 11.428/2006, que proíbem, em diferentes casos, ainda que em se tratando de área urbana, a supressão desta vegetação seja ela primária ou secundária, nos estágios médio ou avançado de regeneração.

amentos, passível inclusive de ocasionar o dever de indenização, pelo Estado, ao proprietário, em vista da excessiva restrição de uso de sua área em prol da coletividade.

Nessa linha de raciocínio, para a preservação da reserva legal, na hipótese de inserção da gleba rural em que se encontre instituída em zona urbana ou de expansão urbana, recomenda-se, para o resguardo da área protegida, seja possível o aproveitamento da fração onde estiver averbada, transformando-se em área verde urbana, isto por ocasião do parcelamento da gleba, inserindo-se, a tal título, como parte integrante do futuro empreendimento.

Segundo José Afonso da Silva, admite-se a incidência de áreas verdes sobre espaços públicos ou privados, impondo-se aos proprietários, no segundo caso, a preservação da área em prol do equilíbrio do meio ambiente urbano.²²

Entretanto, na hipótese de aproveitamento da reserva legal averbada como área verde urbana, compreende-se obrigatório seja ela doada ao Município, permitindo-se tanto a utilização quanto a fiscalização pública do espaço protegido.²³

VII DA PRESERVAÇÃO DO ESPAÇO PROTEGIDO DIANTE DA POSSIBILIDADE DE SUCESSIVOS PARCELAMENTOS DA GLEBA.

Outro ponto controvertido e passível de criar obstáculos à preservação da área protegida como reserva legal, por ocasião de sua inserção no meio urbano, diz com os possíveis parcelamentos da gleba onde estiver situada a reserva, e a forma como deverá a mesma permanecer obrigatoriamente protegida, inobstante a divisão e desconstituição paulatina do imóvel originário.

Nesse aspecto, ainda que o parcelamento do solo não abranja a

22 SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2006. p.278.

23 Trata-se de uma compensação lógica do bônus decorrente do aproveitamento da reserva legal como área integrante do projeto de parcelamento, o ônus da transformação da área privada de reserva em área verde pública.

integralidade da gleba, apresenta-se recomendável estabelecer uma identificação percentual equivalente à da reserva legal em cada novo empreendimento ou imóvel, tal qual ocorre com os condomínios de reserva legal²⁴, vinculando-se as novas matrículas àquela de origem, identificando-se a correspondência percentual de reserva às novas áreas verdes situadas nos novos loteamentos. É importante e indispensável, para o controle da preservação da área transformada, que todas as matrículas novas façam referência à correspondente área protegida, hipótese em que se distribuirá a responsabilidade pela sua preservação, além do proprietário da gleba remanescente, aos novos empreendedores caso permaneça a área, excepcionalmente, sob o domínio privado.

VIII DA POSSÍVEL ALTERAÇÃO DE USO DO ESPAÇO URBANO PROTEGIDO E DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS GERAIS QUANTITATIVOS DE PROTEÇÃO DA ÁREA VERDE URBANA

Outro ponto relevante é o da possível e recomendável alteração do uso da área protegida. As peculiaridades do meio urbano exigem a adequação do espaço compatível à nova realidade, buscando o aproveitamento e a sua maior utilização como mecanismo de proteção ante os riscos permanentes de ocupação ilegal. Nesse aspecto, a nova área verde admitirá pequenas intervenções urbanísticas sem descaracterizar a vegetação contínua que a integra, tais como caminhos, divertimentos leves, dentre outros, preservando-se assim, não apenas a sua destinação ambiental, mas incorporando-se no espaço as funções sanitária, estética, recreacional, de valorização econômica das propriedades do entorno, e a sua perfeita compatibilidade com as peculiaridades do meio urbanístico e o desejo de uma melhor qualidade de vida da população ali existente.

Outro aspecto importante diz com a ausência de norma geral em sede Estadual ou Federal que assegure percentual mínimo da gleba a ser resguardado a título de área verde, remetendo-se esta tarefa à esfera municipal, fato este que, na prática, permite aos municípios o resguardo de espaços para fins de área verde inferiores ao destinado à reserva legal por ocasião dos parcelamentos, representando a transformação dos

24 Conforme dispõe o art. 16 da lei n. 4771/1965.

institutos, nesse sentido, em ganho ambiental quantitativo.²⁵

XI CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a preservação da área de reserva legal por ocasião da inserção da gleba em que esteja averbada, em zona urbana ou de expansão urbana, recomenda a sua adequação às novas características do meio ambiente artificial por ocasião do parcelamento da gleba, mediante a modificação do instituto da reserva legal rural e seu aproveitamento como área verde urbana, evitando-se, inclusive, eventual excesso de limitação ao direito de uso e gozo da propriedade pela acumulação dos institutos.

De se observar que, muito embora realizada a alteração do instituto da reserva legal rural - intimamente identificado, em vista de suas peculiares características, à zona rural -, para o instituto da área verde urbana por ocasião da alteração do perímetro urbano do município, haverá de se manter inalterada as suas características ambientais, com as pequenas alterações de destinação e aproveitamento admitidas para o segundo instituto, remanescendo, ainda que em zona urbana, a preservação quantitativa da área prevista no Código Florestal²⁶, alterando-se ainda a nomenclatura do instituto e garantindo-se, dessarte, além da sua maior proteção e adaptação, a qualidade de vida e o desenvolvimento urbano e sustentável das cidades às gerações presente e futuras.

25 Nesse sentido, conforme destaca José Afonso da Silva, “as leis de parcelamento do solo costumam determinar que da área total do projeto de arruamento seja destinado, para uso público, de acordo com as diretrizes e a localização determinadas pela Prefeitura, um mínimo de 10% ou 15% para áreas verdes”.

26 § 8º do art. 16 da Lei n. 4.771/1965.

* Esta tese foi aprovada por unanimidade no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Daniel Rosa Correia

*Técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos - Univali*

SUMÁRIO

Introdução - 1 A conformação do Estado Moderno e o surgimento dos Direitos Fundamentais - 1.1 O Estado Liberal e o surgimento dos Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos - 1.2 O Estado Social e o surgimento dos Direitos Fundamentais Sociais - 2 Óbices à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais - 2.1 A classificação dos Direitos Fundamentais em Direitos de Defesa e Direitos Prestacionais - 2.2 O princípio da Separação dos Poderes - 2.3 Discricionariedade Administrativa - 2.4 Reserva do Possível - 3 A busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais - 3.1 A Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais Sociais como um Mandado de Otimização - 3.2 Aplicação direta do Direitos Fundamentais Sociais: a questão referente à positivação em normas programáticas - 3.3 A proteção do Mínimo Existencial - 3.4 Modelo Ponderativo de Robert Alexy - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

Este artigo analisa a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais em face de omissões administrativas.

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 6, n. 15, jul./dez. 2009 – Florianópolis – p. 77 a 104

Além da alegação de ofensa aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, a atuação judicial nessa seara é questionada por argumentos atinentes à reserva do possível. Os óbices comumente impostos à concretização judicial de direitos prestacionais não podem ser compreendidos de forma absoluta, com base na ideia do tudo ou nada. O modelo ponderativo de Robert Alexy revela-se de grande utilidade para o equacionamento da questão, visto que a proteção ao mínimo existencial encontra-se em permanente tensão com a escassez de recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Social. Direitos Fundamentais Sociais. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present article analyzes the inherent problematic of the jurisdictional tutelage in the face of public administrative omissions in relation to the fundamental social rights. The judicial performance in this area is questioned by arguments regarding: the principle of the separation of powers, discretionary power, and limited resources. The obstacles commonly imposed to the judicial implementation of positive rights cannot be apprehended in an absolute or inflexible way, based on the idea of all or nothing. The model of Robert Alexy becomes of great usefulness for the resolution of this matter, considering that the protection of the essential standards of life finds itself in permanent tension with the lack of resource.

KEY WORDS: Social State. Fundamental Social Rights. Judicial Power.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais em face de

omissões administrativas, apreciando os óbices fáticos e jurídicos que se opõem à sua concretização, bem como a conceituação do que se convencionou chamar “mínimo existencial” a fim de evidenciar a utilidade do modelo ponderativo formulado por Robert Alexy na busca pela máxima efetividade dessa categoria de direitos.

A sindicabilidade judicial desses direitos, além de muitas vezes ser afastada pelos Tribunais pátrios, sob o argumento de que as normas programáticas não podem impor obrigações imediatas ao Poder Executivo, encontra variada gama de óbices jurídicos e dificuldades práticas: se por um lado questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas opções políticas que deveriam estar no âmbito de discricionariedade do Executivo, por outro argumenta-se sobre o limite da “reserva do possível”, entendida, na maioria dos casos, como a falta de capacidade financeira do Estado para implementar direitos que demandam prestações positivas.

Conforme se pretende demonstrar, a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos se faz necessária para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas.

Adota-se uma concepção principiológica da Constituição apta a maximizar a efetividade das normas que veiculam direitos fundamentais sociais. A investigação abrange o exame da norma constitucional que prescreve a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, da CR/88), bem como a hipótese de concretização de direitos prestacionais diretamente do texto constitucional, sem a necessidade de interposição legislativa infraconstitucional.

A teoria do “mínimo existencial” será estudada como um parâmetro de proteção à dignidade humana que se encontra em permanente tensão com a cláusula da reserva do possível. A análise do modelo ponderativo de Robert Alexy objetiva desmistificar o absolutismo que permeia a interpretação dos limites contrapostos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

1 A CONFORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais, assim como a sua gênese, está diretamente ligada ao desenvolvimento do Estado Moderno. A trajetória dos direitos fundamentais tem como ponto comum o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.¹

1.1 O ESTADO LIBERAL E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E POLÍTICOS

O movimento iluminista reavivou a consciência sobre os direitos ínsitos à condição humana e concebeu o início de um modelo político legal-racional. Baseada nesses ideais, a Revolução Francesa contribuiu para a formação de um Estado Constitucional de Direito caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado.

O Estado Liberal adotou a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu e inaugurou o reconhecimento de direitos fundamentais frente ao Estado. Tanto a Revolução Americana de 1776, quanto a Revolução Francesa de 1789, contribuíram para a constitucionalização dos direitos civis e políticos, também chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão.

A partir desse momento os direitos fundamentais iniciam um processo evolutivo de agregação, podendo ser classificados em “dimensões” - termo que alude ao caráter de complementariedade destes direitos.²

A formação do Estado Liberal, calcado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, redundou em Estado mínimo, voltado fundamentalmente para garantir a liberdade, propriedade e segurança dos indivíduos, sem dar atenção aos desníveis sociais existentes.

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

2 *Ibid.*, p. 37.

O advento da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, representou o ponto de culminância do Estado Liberal. A não intervenção desse modelo de Estado na área econômica e social permitiu a formação de um profundo fosso entre os operários e os detentores dos meios de produção.

1.2 O ESTADO SOCIAL E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No início do século XX, em razão das desigualdades do sistema capitalista de produção, surgiram, com influência dos movimentos socialistas, as primeiras Constituições contendo direitos sociais: Constituição do México de 1917, Constituição Soviética de 1918 e Constituição de Weimar de 1919.³

Essas Constituições marcaram o início da preocupação com a redução das desigualdades sociais, criando-se novos direitos aos cidadãos, como o direito à educação, à saúde, à assistência social, à previdência social, entre outros.

A superação do modelo de Estado Liberal, inspirada na corrente de ideias expostas por Rousseau, Hegel, Engels e Marx, trouxe no seu âmago a ampliação do rol de direitos fundamentais. A crise do liberalismo abriu caminho para o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais. A partir de então os direitos sociais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas.⁴

Os direitos fundamentais sociais, diversamente dos direitos civis e políticos, exigem prestações positivas por parte do Estado para serem concretizados. A adoção dessas novas funções caracteriza o Estado Social, que busca a promoção da igualdade material entre os cidadãos.⁵

O Estado Social consolidou o reconhecimento dos direitos fun-

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 212.

4 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 9.

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564.

damentais sociais, no entanto, entre a declaração desses direitos e sua efetiva concretização ainda existe um grande vácuo, sobretudo causado pelas deficiências financeiras dos Estados, bem como pelo apego à hermenêutica clássica (positivista-legalista), que não mais condiz com a realidade constitucional contemporânea.

2 OS ÓBICES À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais suscita duas ordens de questões. A primeira se circunscreve ao vácuo produzido nessa seara em razão de omissões legislativas e à dificuldade de combatê-la por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis (mandado de injunção, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental). A segunda se refere à problemática encontrada na imposição judicial, ao administrador público, de obrigações tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais.

É precisamente nesse último aspecto que se situa o objeto do presente artigo, sobretudo, no que tange à questão relativa ao combate de omissões administrativas que vulneram os direitos fundamentais sociais. Sabe-se que a imposição ao Estado de prestações positivas tem encontrado obstáculos que podem ser sintetizados em três tópicos: (a) ferimento ao princípio da separação dos poderes, (b) infração à discricionariedade administrativa e (c) o limite da “reserva do possível”, representada pela escassez de recursos (*reserva do possível fática*) e pela competência parlamentar em matéria orçamentária (*reserva do possível jurídica*).

2.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS PRESTACIONAIS

A caracterização dos direitos fundamentais em dimensões, justificada em razão de elementos históricos, guarda sua importância à medida que demonstra que a evolução desses direitos está diretamente

ligada às lutas sociais travadas durante o desenvolvimento do Estado Moderno.

Além da classificação dimensional, oportuno se faz o enfoque dos direitos fundamentais sob o critério funcional, formulado por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, por meio do qual esses direitos podem ser divididos, a depender da função que é desempenhada no caso concreto, em direitos de defesa e direitos prestacionais.

Os direitos de defesa, na acepção de Robert Alexy, pressupõem a abstenção do Estado frente à liberdade dos indivíduos; os direitos prestacionais, por outro lado, requerem a prática de atos concretos por parte do Poder Público.

Por meio dessa divisão é possível identificar a predominância⁶ dos direitos fundamentais sociais como “direitos prestacionais”, característicos do advento do Estado Social, que, em lugar de se satisfazerem mediante uma abstenção estatal, como é o caso dos direitos de defesa - típicos do Estado Liberal, requerem ação positiva que se traduz na prestação de algum bem ou serviço⁷.

A concretização dos direitos prestacionais, além dos limites jurídicos impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, envolve problemas de natureza econômica que não se fazem presentes de maneira tão acentuada nos direitos de defesa, o que acarreta reflexos distintos em termos de eficácia e efetividade.⁸

6 Ressalte-se que nem todos os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos prestacionais. Dentre eles pode haver típicos direitos de defesa, os quais requerem apenas uma abstenção estatal, como é o caso do direito à liberdade de associação sindical, o direito de greve, etc. Essa constatação, todavia, não desqualifica a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações. Nesse sentido, veja-se: SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44. Conferir também: GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

7 Canotilho define que os direitos prestacionais significam, em sentido estrito, o direitos dos particulares obterem algo por meio do Estado (educação, saúde, assistência social, etc.). CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

8 CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

De acordo com o estudo realizado por Holmes e Sunstein, os direitos de defesa também geram custos para o Estado, pois a garantia das liberdades públicas também importa em alocação de recursos para aparelhar os órgãos estatais dispostos a esse fim.⁹ Mesmo tendo em conta que os direitos de defesa e os prestacionais importam dispêndio de recursos públicos, ainda reputa-se útil a distinção efetuada, pois o déficit de efetividade, por um complexo de fatores, concentra-se nos direitos prestacionais, realidade que demonstra válida a classificação.

Efetuada a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, percebe-se que aqueles, por simplesmente se concretizarem ante a abstenção do Estado, não suscitam problemas em sua aplicação. Já os direitos prestacionais, por demandarem atividades positivas do Estado, com o dispêndio de recursos públicos, encontram barreiras para sua efetivação, conforme se apresentará a seguir.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um dos argumentos contrários à concretização dos direitos fundamentais sociais se refere ao fato de que o princípio da separação dos poderes impediria a atividade do Poder Judiciário nas funções reservadas ao Poder Executivo e Legislativo.

Os autores perfilhados a essa tese argumentam que os poderes do Estado possuem função própria e indelegável. Dessa forma, caberia apenas ao Legislativo e ao Executivo escolher as prioridades orçamentárias e implementar as políticas públicas, restando vedado ao Poder Judiciário interferir nas matérias reservadas aos representantes eleitos pelo povo.

Nesse sentido, Rafael Bicca Machado afirma que as decisões judiciais na seara dos direitos prestacionais maculam o princípio democrático, vez que os juízes, por falta de mandato popular, não poderiam decidir sobre as prioridades orçamentárias.¹⁰

9 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 71-73.

10 MACHADO, Rafael Bicca. *Cada um em seu lugar: cada um com sua função*. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. Revista Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 43.

Paulo de Tarso Brandão entende que a questão deve ser analisada por meio da revisão do conceito de legitimidade democrática, pois não é concebível que, após todas as transformações sociais ocorridas ao longo da evolução do Estado, apenas a representatividade obtida pelo voto popular concentre o poder legítimo de decisão sobre escolhas que repercutem no campo da concretização dos direitos fundamentais.¹¹

Nesse caminho, para o equacionamento do tema, faz-se necessário interpretar o princípio da separação dos poderes em razão do momento histórico de sua formulação. Sabe-se que a origem desse princípio se encontra na obra de Montesquieu, que o concebeu, no século XVIII, com o fim de combater o absolutismo presente na fase inicial do Estado Moderno.

A separação dos poderes cumpriu o seu papel histórico como princípio liberal de oposição e resistência do cidadão frente ao Estado Absolutista. No entanto, o atual estágio de desenvolvimento do sistema constitucional impinge a flexibilização desse dogma para fazer valer a dimensão real dos direitos fundamentais sociais.

Esse princípio liberal deve ser interpretado à luz do sistema constitucional contemporâneo de proeminente matriz social, levando em conta que a separação de poderes não está mais centrada exclusivamente “em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo”.¹²

Andréas Joachim Krell afirma que a revisão do princípio da separação dos poderes, com o conseqüente incremento da atividade jurisdicional, é de fundamental importância para a correção do atual déficit de concretização constitucional, “visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”¹³

11 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento*, in OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.]. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

12 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 65.

13 KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio

Como bem lembra Oswaldo Luiz Palu, “tão importante como a legitimidade democrática de quem governa é a conformação dos atos governamentais com os princípios gerais constitucionais”, sendo que a atividade do Poder Judiciário, na seara dos direitos fundamentais sociais, “é legitimada em parte pela invocação dos direitos da minoria contra a vontade da maioria e em parte pelo argumento de que em algumas raras instâncias a democracia não se corrige sem a intervenção judicial.”¹⁴

O princípio da separação dos poderes, quando em jogo a concretização de direitos fundamentais sociais, vem sendo revisto pelos Tribunais pátrios. Em decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF n. 45, o Ministro Celso de Mello propõe a relativização do princípio da tripartição dos poderes no intuito de preservar condições materiais de existência digna à população.¹⁵

Aventar o princípio da separação dos poderes para obstar a atividade do Poder Judiciário na seara dos direitos prestacionais existenciais equivale a perpetuar a arbitrariedade do Poder Executivo, tornando a função judicial corresponsável pela burla à Constituição e aniquilação do interesse público.

Além da alegação de violação à separação dos poderes, o fato de o Poder Judiciário determinar comportamentos positivos ao administrador público, substituindo o Executivo no exame de tais medidas, suscita, conforme se demonstrará a seguir, discussão acerca da invasão da esfera discricionária da Administração Pública.

2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Nos primórdios do Estado Moderno a discricionariedade administrativa era ampla. Entendia-se que os atos administrativos se situavam em âmbito que os juízes não poderiam adentrar. À medida que o modelo estatal foi se desenvolvendo, surgiu a necessidade de se aprimorar o

Fabris, 2002. p. 22.

14 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004. p. 116.

15 STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Ver também: STF. RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma. DJ 03.02.2006.

controle exercido sobre o mérito administrativo.¹⁶

O paradigma de atuação jurisdicional presente no Estado Liberal refletia o próprio modelo administrativo da época, caracterizado pela atuação social diminuta e ausência de responsabilização dos agentes políticos. No Estado Liberal ainda predominava a ideia de que “não se poderia pretender que o juiz fosse avaliar se a administração tinha bem ou mal curado o interesse público”.¹⁷

Com o surgimento do Estado Social, moldado pelas modernas Constituições, consolidou-se o compromisso da Administração Pública em materializar os direitos fundamentais sociais. Por consequência, limites à discricionariedade administrativa passaram a ser desenvolvidos para combater as omissões estatais.¹⁸

Reconhece-se que a formulação de políticas públicas reside nas esferas funcionais do Poder Legislativo e Executivo, com liberdade de conformação para traçar os meios de cumprir os objetivos sociais constitucionais. No entanto, em bases excepcionais, caracterizadas por violação de direitos ínsitos à dignidade humana, o Poder Judiciário pode intervir para corrigir a distorção do sistema e preservar seu equilíbrio (*cheks and balances*).¹⁹

Em muitos casos, a implementação de direitos prestacionais existenciais esbarra na mera alegação de ofensa à discricionariedade administrativa, aventada pela suposta invasão do Judiciário na liberdade de escolha do administrador público. Isso se constitui em um falso problema, quando na verdade o que pode impedir o Poder Judiciário de atuar em prol da realização de determinados direitos prestacionais é a complexidade técnica que os permeia.²⁰

16 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49.

17 GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1970. vol. I, p. 478. Apud, PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004, p. 217.

18 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 14.

19 STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004.

20 Luiz Palu assevera que “os termos “oportunidade” e “conveniência” – palavras equívocas e quase míticas no Direito Público – devem ser substituídos por um real limite à jurisdição na função de controle de conformidade: desadequação orgânico-funcional para tratar processualmente de certos temas, mais aptos à decisão de governo ou legislativa.” PALU, op. cit., p. 378.

Desse modo, Oswaldo Luiz Palu afirma que a alegação de pretenção infração à discricionariedade administrativa se revela mais como uma desadequação orgânica-funcional do Poder Judiciário em decidir questões de elevado grau técnico para o qual não estaria estruturalmente preparado.²¹

Diante da existência de mais de um meio para a satisfação de direitos prestacionais básicos, identifica-se o espaço de decisão discricionária do administrador público, o que não significa que ele tenha a opção do “não-fazer”. Se assim não for, percebe-se que a omissão estatal se tornará mais vinculativa do que o próprio comando constitucional.²²

Resta claro que o Poder Judiciário, ao determinar a concretização de direitos fundamentais sociais ligados à dignidade humana, em face de omissões administrativas, não está a interferir ilegitimamente na esfera do mérito administrativo. A esse Poder, como guardião da Constituição, cabe assegurar a conformidade da atuação administrativa estatal aos ditames constitucionais.

2.4 RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em caso paradigmático que versou sobre “pedido de um cidadão de que lhe fosse assegurado a liberdade de escolha da profissão com a garantia de vaga no ensino superior público embora não houvesse vagas suficientes.”²³

21 Ibid., p. 241. No mesmo sentido: TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64; GOUVÊA, op. cit., p. 205.

22 Luiz Palu afirma que “se a discricionariedade é um instrumento para que seja adotada a melhor solução para o caso concreto, evidentemente não será eficiente uma conduta omissa ou negligente. O corolário é a possibilidade de constranger uma administração recalcitrante a agir, se presentes a obrigação legal ou valores constitucionais relevantes, nas condições fáticas que forem possíveis no momento.” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004. p. 241.

23 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis

Na ocasião, o Tribunal alemão decidiu pela negativa à prestação reclamada, sob o entendimento de que a possibilidade de concessão de um direito está diretamente relacionada àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito.²⁴

De acordo com o modo em que foi absorvida pela doutrina brasileira, além da escassez de recursos, a cláusula da reserva do possível abarca o obstáculo jurídico representado pela competência parlamentar em matéria de lei orçamentária, que envolve controvérsia acerca da legitimidade do Poder Judiciário para operacionalizar a imediata alocação de recursos por meio de decisões judiciais que concretizam direitos prestacionais.

Nesse sentido, não obstante a existência de recursos financeiros para a satisfação de direitos prestacionais invocados em juízo, a reserva do possível jurídica conduziria à impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nos critérios de alocação de recursos propostos pelo Poder Executivo e votados pelo Legislativo (art. 165 da CR/88), em respeito ao princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária - reflexo do princípio da separação dos poderes.

A programação orçamentária elaborada pelo Poder Executivo (iniciativa e execução) e Legislativo (aprovação e controle), entretanto, não é imune à intervenção judicial quando em causa a proteção de direitos prestacionais diretamente ligados à dignidade humana. Segundo Robert Alexy os direitos fundamentais são posições tão relevantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar nas mãos de maioria parlamentar.²⁵

Nesse caminho, o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado a proteção dos direitos fundamentais sociais existenciais, inclusive em casos de conflito com a cláusula da reserva do possível. Caso paradigmático se encontra na Petição 1.246-1/SC, na qual se discutiu o fornecimento

B de; STRECK, Lenio Luiz (org.); Estudos Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 319.

24 CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450.

de tratamento médico a ser realizado em clínica norte-americana, ao custo de US\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil dólares), a menor de idade portador de *Distrofia Muscular de Duchene*, doença rara caracterizada pela degeneração de células musculares, que ocasiona a morte prematura do paciente.

No caso citado, o Estado de Santa Catarina, além da alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, sustentava que a referida obrigação violava os artigos 100 e 167, incisos I e II da CR/88, que vedam o início de programas e projetos não incluídos em lei orçamentária anual.

O Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência do Tribunal, por despacho singular, manteve a ordem judicial que concedeu o tratamento médico, mesmo diante da inexistência da previsão de recursos orçamentários, com base no argumento de que o “respeito indeclinável à vida” prevalece sobre o “interesse financeiro e secundário do Estado”.²⁶

Da análise da referida decisão, percebe-se que o Ministro Celso de Mello “reconhece que a competência orçamentária não é um princípio absoluto e que, em detrimento deste, os direitos fundamentais sociais podem ter um peso maior”.²⁷

Essa perspectiva sobre o tema resulta na adoção da premissa de que, em casos de omissões administrativas, a exaustão da capacidade orçamentária deve ser comprovada objetivamente, não servindo a mera alegação formal da falta de recursos como subterfúgio para os casos em conflito.²⁸

Sobressai, dessa forma, que a principal barreira para a efetivação dos direitos fundamentais sociais é constituída pela reserva do possível

26 STF. Agravo Regimental em Petição n. 1246-1. Diário Oficial da União de 13.02.1997.

27 LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 121.

28 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 88. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.

fática, “pois as prestações positivas fornecidas pelo Estado encontram limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos.”²⁹

A concretização de direitos prestacionais não pode ser feita sem consideração à cláusula da reserva do possível, pois a limitação do PIB brasileiro não comporta a ampla satisfação de todos os direitos sociais da população. Contudo, se o Poder Judiciário permanecer inerte diante das omissões estatais que frustram o fornecimento de condições materiais mínimas de existência, “reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável”.³⁰

Conforme será demonstrado, a cláusula da reserva do possível deve ser sopesada com o grau de essencialidade material do direito reclamado, de forma que a preponderância da fundamentalidade do direito, no caso concreto, poderá restringir a incidência da reserva do possível.

3 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O presente artigo não objetiva o aprofundamento na análise de direitos fundamentais sociais específicos, tais como o direito à saúde, à educação e à assistência social aos desamparados; em lugar disso, prioriza a busca de critérios e elementos que possam auxiliar na aplicação e concretização dessa categoria de direitos.

29 SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 183.

30 ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro. O poder judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007. p. 22.

3.1 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO UM MANDADO DE OTIMIZAÇÃO

O surgimento do Estado Social trouxe consigo um novo tipo de constitucionalismo, com matriz essencialmente principiológica, mais afinado com diretrizes hermenêuticas de natureza concretista, escoradas no princípio da dignidade humana. Em virtude da Constituição brasileira ostentar natureza compromissária, abarcando ideias por vezes conflitantes, não há como se conceber um sistema autônomo de direitos fundamentais (lógico-dedutivo), pelo contrário, o sistema se apresenta num contexto principiológico - “aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.”³¹

A concepção do sistema normativo como uma estrutura formada por regras e princípios alterou de forma significativa as bases do positivismo jurídico. A nova hermenêutica constitucional, ao mesmo tempo em que incrementa a compreensão dos princípios e valores constitucionais, distancia-se da concepção programática dos direitos fundamentais e “faz com que o polo de tensão do direito constitucional passe dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais.”³²

Robert Alexy desenvolveu a teoria dos direitos fundamentais que se utiliza da distinção qualitativa entre regras e princípios. Segundo o professor alemão, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.³³ A diferença reside no fato de que os princípios atuam como mandados de otimização, ou seja, normas que

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77.

32 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93-94.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. O autor afirma que os princípios e as regras “podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.” *Ibid.*, p. 87.

ordenam a realização de algo na maior medida possível, ao passo que as regras se comportam como normas que ou são cumpridas ou não o são.³⁴

Quando em conflito, os princípios apresentam a dimensão do peso, a prevalência de um princípio sobre outro se fará por meio da técnica da ponderação no caso concreto. Já no caso das regras o conflito, será resolvido pela exclusão (tudo ou nada), com base nos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade.³⁵

Nesse diapasão, o § 1º do artigo 5º da CR/88,³⁶ que determina a autoaplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, pode ser interpretado, no sentido da teoria de Robert Alexy, como uma norma-princípio (mandado de otimização), a ser realizada na maior medida possível, levando-se em conta as “possibilidades econômicas, sociais e administrativas subjacentes ao problema”.³⁷

A interpretação da ‘aplicabilidade imediata’ como um mandado de otimização se mostra adequada para a solução dos conflitos que envolvem a efetivação dos direitos fundamentais sociais,³⁸ pois diante dos óbices representados pelo princípio da separação dos poderes e pela reserva do possível, poder-se-á aferir qual o grau de aplicabilidade imediata desses direitos a fim de possibilitar sua máxima concretização.

34 Ibid., p. 90-91.

35 Ibid., p. 93-94.

36 “Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

37 MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun., 2001. p. 281-282. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 249-250; Ver também: TRF 4ª. Embargos Infringentes em AC n. 1999.04.01.014944-9/RS, Publicado no D.J.U. De 11/05/2005.

38 De acordo com Cláudio Ari Mello, sob essa perspectiva, “a reserva do possível converte-se em um argumento de princípio a ser contraposto e analisado em contraste com o princípio da auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais.” MELLO, op. cit., p. 283.

3.2 APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS - A QUESTÃO REFERENTE À POSITIVAÇÃO EM NORMAS PROGRAMÁTICAS

Muito se discute a respeito da possibilidade de os direitos fundamentais sociais serem exigidos dos Poderes Públicos independentemente de integração legislativa ordinária, ou seja, da hipótese de se reivindicar um direito fundamental social com fundamento direto na Constituição (ex.: direito à saúde – artigo 196 da CR/88).

A problemática acerca da efetividade se encontra sobremaneira na esfera dos direitos prestacionais, já que os direitos de defesa, por dependerem preponderantemente de abstenções do Estado e estarem positivados na maioria dos casos sob a forma de regras, não suscitam maiores controvérsias a respeito de sua aplicação.

Os direitos prestacionais, muitas vezes por estarem positivados em normas-princípio, são concebidos como metas programáticas, o que condicionaria sua concretização à hipótese de interposição legislativa superveniente.

Há que se atentar, no entanto, para o fato de que normas-princípio também podem conter eficácia positiva. Do contrário, percebe-se que a normatividade constitucional restaria esvaziada, não havendo como combater omissões administrativas que vulnerarem direitos fundamentais sociais. Ana Paula de Barcellos ressalta que negar eficácia positiva às normas-princípio equivaleria a “admitir que os governantes não estão vinculados à norma constitucional de forma relevante, podendo simplesmente ignorar seus comandos sem qualquer consequência jurídica.”³⁹

Eros Roberto Grau critica a tripartição clássica das normas constitucionais no ponto em que esta concebe as normas programáticas como exortações destituídas de eficácia positiva. O autor afirma que condicionar a concretização dos direitos fundamentais sociais à edição de normas pelo legislador infraconstitucional constitui uma inversão da hierarquia das normas jurídicas, pois a inércia do legislador ordinário significaria a “revogação de fato” da norma constitucional.⁴⁰

39 BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 204-205.

40 Eros Grau sustenta que “as normas constitucionais programáticas, sobretudo as atributi-

Apesar da respeitável crítica elaborada pelo autor, não se pode negar a existência de direitos fundamentais sociais positivados em normas programáticas que necessitam de mediação legislativa para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, Ingo Sarlet defende que a depender da norma programática, a mediação legislativa poderá ser necessária ou não, caso que será verificado tendo em vista a densidade normativa que avulta do comando constitucional.⁴¹

Assim, ao lado das normas carecedoras de integração legislativa para surtirem efeitos, encontram-se também normas programáticas que definem direitos prestacionais dotados de eficácia positiva e, na forma de normas-princípios, possibilitam a aplicação direta do direito subjetivo previsto no texto constitucional. O caráter principiológico desse tipo de normas propicia a utilização do processo ponderativo como instrumento de densificação de seu conteúdo no caso concreto, de modo a torná-las exigíveis diretamente da Constituição.

Nessa esteira, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais definidos em normas-princípios da Constituição, quando consagrarem direitos subjetivos, não poderão ser cerceados pelo simples argumento de que estão positivados em normas programáticas, destituídas de qualquer eficácia positiva antes de interposição legislativa (*leges imperfectae*). Percebe-se que a utilização genérica dessa argumentação redundaria na impossibilidade de imposição judicial de prestações positivas aos administradores públicos que se omitem na implementação dos direitos fundamentais sociais.⁴²

Percebe-se, dessa forma, que muitos direitos subjetivos, por estarem na forma de normas-princípios, são entendidos como normas programáticas, o que equivaleria inferir que necessitam de integração pelo legislador infraconstitucional, quando na verdade possuem, em muitos casos, eficácia positiva apta a sustentar exigibilidade judicial.

vas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.” GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 126.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 245 e p. 247.

42 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 103-104.

3.3 A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Ingo Sarlet relata que “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”⁴³ foi sustentada pelo jurista alemão Otto Bachof, no início da década de 1950, e, desde então, a noção de garantia fundamental ao mínimo existencial passou a ser reconhecida pela jurisprudência alemã.

A doutrina alemã do Segundo Pós-Guerra se fundou na ideia de que a garantia de “condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.”⁴⁴ Nesse caminho, a atividade jurisprudencial da Corte Constitucional resultou no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia do mínimo existencial.

Não existe definição apriorística do mínimo existencial, posto que pode ser variável no tempo e no espaço, de acordo com o patamar de evolução econômico-social de determinada comunidade, devendo sua interpretação “levar em consideração a realidade circundante (cultura, social, geográfica e climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular.”⁴⁵

A amplitude do conceito de mínimo existencial refletirá o consenso social sobre o núcleo material do princípio da dignidade humana em determinado momento histórico. Além de ser concebido como uma proteção à integridade física do indivíduo, o mínimo existencial representa a obrigação do Estado em propiciar meios que estimulem o desenvolvimento da autonomia do ser humano.⁴⁶

A noção de mínimo existencial constitui um *topoi* que reforça a

43 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

44 *Ibid.*, p. 20.

45 *Ibid.*, p. 22.

46 BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197-198.

tese do reconhecimento judicial de pretensões jurídico-subjetivas a prestações materiais do Estado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões que se fundamentam expressamente na noção de mínimo existencial, como é caso da decisão paradigmática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45, na qual se encampou a possibilidade do controle judicial de políticas públicas quando em causa a proteção ao mínimo existencial.⁴⁷

Ingo Sarlet afirma que a reserva do possível não pode obstar a concretização judicial de direitos prestacionais afetos ao mínimo existencial.⁴⁸ A afirmativa do autor, no sentido de que o mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível, guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social. Contudo, a indeterminação do alcance e conteúdo de proteção do mínimo existencial relativiza esse postulado.⁴⁹

Nesse sentido, Flávio Galdino questiona a corrente que entende ser o mínimo existencial sempre exigível. Segundo o autor, da mesma forma que os demais direitos sociais, a exigibilidade do mínimo existencial está condicionada à limitação de recursos, ressalvando, apenas, que a característica essencial e prioritária inerente ao mínimo existencial torna mais difícil sua restrição pela incidência da cláusula da reserva do possível.⁵⁰

47 STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Conferir também: STF. RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma. DJ 03.02.2006.

48 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37. No mesmo sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 194.

49 SARLET, op. cit., p. 43. Robert Alexy afirma que é difícil precisar as prestações materiais que estão abrangidas no conceito de mínimo existencial. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427-428.

50 GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 248-249. No mesmo sentido: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 185.

Assim, ao reafirmar que não existem direitos absolutos - “nada que custa dinheiro é absoluto”⁵¹ - o autor destaca que os direitos subjetivos básicos variam de acordo com as condições de cada tempo, lugar e recursos, ou seja, “tudo isto influi sobre a configuração dos direitos e a respectiva exigibilidade, parecendo correto acompanhar Sunstein e Holmes quando afirmam que os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos.”⁵²

É intuitivo que a escassez de recursos também deve ser levada a sério. Apesar de o mínimo existencial ser exigível diretamente da Constituição, sem a necessidade de interposição legislativa, não se pode afirmar, com a mesma convicção, que a sua efetivação se fará sem levar em conta as limitações fáticas atinentes à reserva do possível, principalmente em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.⁵³

De outro lado, impende reconhecer que o mínimo existencial não pode deixar de ser concedido por argumentos que se utilizem da desculpa genérica de falta de recursos, sem comprovação objetiva, ou que indiquem a falta de densidade normativa ou falta de integração legislativa infraconstitucional.

Neste passo, mostra-se útil a adoção da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, na qual os direitos prestacionais são considerados direitos subjetivos *prima facie* - mandados de otimização - que poderão ser restringidos no caso concreto, sobretudo, em virtude dos limites de cunho econômico e político.⁵⁴

Percebe-se que a concepção dos direitos prestacionais como posições jurídicas *prima facie*, em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não enfraquece a carga de eficácia daqueles direitos sociais que estão na região fronteiriça do âmbito de proteção do mínimo existencial.

Nesse sentido, o instrumental teórico desenvolvido por Robert

51 GALDINO, op. cit., p. 267.

52 Ibid., p. 267-268.

53 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

54 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 113.

Alexy pode ser utilizado com proveito para a busca da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais no Brasil, sobretudo com vistas à proteção do mínimo existencial, conforme se demonstrará, em linhas gerais, no item seguinte.

3.4 MODELO PONDERATIVO DE ROBERT ALEXY

É certo que quando se está em jogo a efetivação dos direitos prestacionais não há como elaborar dogmas com o intuito de resolver a questão na ideia do tudo ou nada, seja no sentido de negar *a priori* a sindicabilidade de direitos prestacionais “remetendo a uma visão autoritária de mérito do ato administrativo e de separação dos poderes”⁵⁵, seja na adoção de concepção absolutista na qual direitos fundamentais sociais devam ser concretizados pelo Judiciário sem qualquer consideração sobre “restrições orçamentárias, complexidade da matéria, impacto nas políticas gerais de inclusão social, entre outras.”⁵⁶

Frente a esse problema, tendo como norte a efetivação dos direitos sociais fundamentais, Robert Alexy concebeu tais direitos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que podem ser limitadas em graus variados, a depender do caso concreto. A norma-princípio, que abarca inicialmente extenso rol de opções possíveis para sua concretização, será reduzida em exame de ponderação ao alcance que sacrifique em menor escala os interesses colidentes.⁵⁷

O modelo ponderativo formulado pelo professor alemão é muito útil para aferir a exigibilidade, na medida das possibilidades, de direitos fundamentais sociais em face dos princípios jurídicos (separação dos poderes) e limites fáticos (reserva do possível) contrapostos, ou seja,

55 AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 107.

56 CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 199.

57 BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-128.

para averiguar qual princípio tem maior peso.⁵⁸

Conforme descrito em linhas anteriores, a reserva do possível se configura no maior obstáculo à efetivação dos direitos prestacionais. Verifica-se que, em razão de os direitos fundamentais sociais coexistirem dialeticamente com a cláusula da reserva do possível, a ponderação entre eles se efetuará no caso concreto.

O autor alemão defende que, mesmo nos casos em que um direito prestacional estiver positivado na forma de regra, sua posição jurídica será concebida como um princípio para efeitos de ponderação com os limites opostos. Assim, a colisão se fará entre o princípio da liberdade fática, que representa a fundamentalidade do direito prestacional, contraposto com o princípio da separação dos poderes, princípio orçamentário e, também, com a cláusula da reserva do possível.⁵⁹

Desse modo, em vez de cerrar a hipótese de concretização de direitos subjetivos diretamente do texto constitucional, abre-se espaço a um sistema dúctil em prol da maximização dos direitos fundamentais sociais, com possibilidade do reconhecimento judicial destes quando sua satisfação importar em sacrifício menor do que a quebra de seus limites opostos, ocasião em que poderá se tornar um direito definitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do Estado Moderno foi acompanhado da ampliação do rol dos direitos fundamentais. O Estado liberal caracterizado

58 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517. Robert Alexy afirma que “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”. *Ibid.*, p. 296.

59 Robert Alexy sustenta que: “mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.” *Ibid.*, p. 511-512. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 324.

pela consagração dos direitos civis e políticos, cuja efetividade dependia tão-somente da abstenção estatal, deu lugar ao Estado Social, qualificado pelo imperativo constitucional de implementação dos direitos de igualdade, também denominados de direitos fundamentais sociais, que visam à proteção da dignidade da pessoa humana.

A partir de então os direitos fundamentais sociais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas. Contudo, entre o reconhecimento desses direitos e sua efetiva concretização ainda existe um grande vácuo decorrente, sobretudo, do apego à hermenêutica constitucional do Estado Liberal, calcada na separação rígida entre os Poderes.

O princípio liberal da separação dos poderes, com a consequente abstenção dos magistrados em determinarem prestações ao Poder Executivo, não condiz com o Estado Social que se pretende instituir no Brasil com a promulgação da Constituição da República 1988.

O advento do Estado Social trouxe em seu bojo o alargamento das atividades do Estado com o acúmulo de novas funções. Verifica-se que a atuação estatal em áreas vulneráveis da população carente deve ser entendida como obrigação irrenunciável do Poder Executivo.

De fato, as omissões estatais em áreas como a saúde, educação e assistência social, revelam-se como a principal entrave à implementação material do Estado Social. Essa situação se perpetua, sobretudo, pela falta de controle judicial dessas omissões administrativas. Diante desse cenário avulta a importância do Poder Judiciário como partícipe na construção do Estado Social.

A fundamentalidade dos direitos prestacionais importa na garantia de proteção em face de limitações não justificadas por parte do Estado. A tutela jurisdicional deverá garantir, em que pese a discricionariedade política do administrador público, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais – compreendido no conceito de mínimo existencial, assim como um exame preciso de ponderação, racionalidade e proporcionalidade acerca dos óbices levantados pelo Estado na limitação da aplicabilidade desses direitos.

De modo contrário, haveria frustração dos objetivos constitucionais, vez que a omissão do administrador público se tornaria mais eficaz do que a vontade do constituinte, ou seja, a inexistência de prestações positivas por parte do Estado seria mais vinculante do que a própria

norma constitucional.

Não se pode perder de vista que a implementação dos direitos prestacionais se submete à reserva do possível, que limita e condiciona a efetividade desses direitos. Contudo, essa limitação há de ser compreendida de forma dialética por meio da ponderação dos princípios em conflito, não podendo ser utilizada a ideia “tudo ou nada”.

Assim, na esteira da teoria desenvolvida por Robert Alexy, os direitos prestacionais elencados no texto constitucional, independentemente de intermediação legislativa ordinária, hão de ser concebidos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que comportarão graus variados de eficácia a depender do resultado da ponderação com os interesses colidentes no caso concreto, tendo sempre em conta a máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro. O poder judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento*, in OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.]. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas*. In

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis B de; STRECK, Lenio Luiz (org.); Estudos Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHADO, Rafael Bicca. *Cada um em seu lugar: cada um com sua função*. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun., 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A JURISDIÇÃO ESPECIAL ARISTOCRÁTICA - AS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E O SISTEMA CATARINENSE DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Francisco de Paula Fernandes Neto
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina

Marlene de Fátima Pinheiro Coelho
*Advogada e Assistente do Ministério Público do
Estado de Santa Catarina*

“... considera-se MONARQUIA quando o governo tem como representante um só homem, e DEMOCRACIA ou governo popular, se a representação se faz por uma assembléia de todos os que se uniram. É ARISTOCRACIA nos casos em que a assembléia é constituída por apenas uma parte dos homens.” (Thomas Hobbes¹)

Um dos propósitos aparentes da criação constitucional do Sistema de Juizados Especiais foi o de viabilizar o acesso à jurisdição e à sua distribuição aos fatos ilícitos mais corriqueiros - em complexidade, em valor monetário ou em potencial lesividade a bens jurídicos penalmente protegidos - que afligem o cidadão comum.

1 *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Tradução: Rosina D'Angina. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 2003. p. 136.

Partindo da premissa de que inexistente lei estadual *stricto sensu* que houvesse criado o sistema de juizados especiais criminais em Santa Catarina – conforme acadêmicos das faculdades de Direito já vêm debatendo em seus trabalhos de conclusão de curso – vale a pena avaliar se aqueles objetivos estão sendo atingidos.

As questões que se pretende debater neste artigo, basicamente, são:

1) incumbiria ao Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, por algum de seus órgãos, estabelecer normas para organizar, compor e fixar competências, cível ou criminal, de juizados especiais e turmas recursais ou lhe caberia, exclusivamente, a iniciativa para que tais temas fossem legislados?

2) o instrumento normativo existente é adequado e suficiente ao amparo de jurisdição criminal protagonizada pelos Juizados Especiais Criminais e pelas Turmas de Recursos?

3) quais seriam os efeitos dos atos jurisdicionais proferidos por órgão incompetente?

Assim, vamos analisar inicialmente a capacidade normativa do Poder Judiciário Catarinense, dentro do Estado Democrático, tal como vem declarado pela Carta Constitucional de 1988; em seguida, vamos apreciar a compatibilidade do ato legiferante adequado ao fim de criar órgãos jurisdicionais no Estado de Santa Catarina para determinar a sua composição, organizá-los e para lhes atribuir competências. Ao final, discorreremos sobre os efeitos dos atos jurisdicionais exarados pelas Turmas Recursais Estaduais, até mesmo em face da Carta Constitucional do Estado.

O PRODUTO LEGISLATIVO

A Constituição da República, em seu art. 98, inciso I, facultou à União (no Distrito Federal e nos Territórios) e aos Estados a criação 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 potencial ofensivo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o

juizamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau. Cada unidade federativa deveria organizar seu próprio Sistema de Juizados Especiais, conforme a sua peculiar organização política, segundo as regras da respectiva Constituição Estadual.

A União, no exercício da competência privativa gizada em art. 22, inciso I (*legislar, entre outros, sobre direito penal e processual*), da Carta Constitucional, estabeleceu normas gerais relativas às causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo através da Lei n. 9.099, de 26.9.1995.

Posteriormente, no exercício da competência legislativa concorrente aos Estados e Distrito Federal expressa em art. 24, incisos X e XI (*legislar sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e procedimentos em matéria processual*), a União estabeleceu, pela edição da Lei n. 10.259, de 12.7.2001, a organização, competência, composição etc. do sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais. Essa normatização poderia muito bem ser da mesma categoria da lei que o Estado de Santa Catarina deveria ter promulgado para o mesmo fim.

É que, ao legislar sobre as normas gerais de sua exclusiva competência², a União determinou que ‘lei estadual’ dispusesse sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência, fixando o prazo de seis meses para que os Estados, Distrito Federal e Territórios criassem e instalassem os respectivos Juizados Especiais.

No Estado de Santa Catarina, a constituição provincial, desde o ano de 1989, fixara a estrutura legislativa para regular esse tipo de matéria, em seu art. 57, parágrafo único e inciso I: “*Além de outros casos previstos nesta Constituição, serão complementares as leis que dispuserem sobre: I – organização e divisão judiciárias;*” e no seu art. 83, inciso IV, alíneas a e d:

Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:
IV – propor à Assembléia Legislativa, observado o disposto no art. 118: a) a criação ou extinção de tribunais inferiores; (...) d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Então, o curso dos seis meses para que o Poder Judiciário, por

² Nos artigos 93 e 95, da mesma Lei n. 9.099/1995.

seu órgão máximo, tomasse a iniciativa para a deflagração do processo legislativo que organizaria, comporia e deferiria competência aos Juizados Especiais Criminais e às Turmas de Recursos Criminais, expirou-se e a porfiada lei complementar não veio a lume.

Segundo o entendimento unânime da doutrina, durante esse período de seis meses, os Estados poderiam **“omitir ou adiar a criação dessas turmas e, nessa situação, todos os recursos relativos às causas de competência dos Juizados continuarão a ser julgados pelos tribunais existentes”**³; e enquanto não fossem **“criadas e instaladas as turmas de julgamento, o órgão competente para apreciar (a apelação) é o Tribunal de Justiça, ou Tribunal de Alçada, conforme se disponha na lei local.”**⁴. Repita-se: ‘lei local’.

Uma consequência da entrada em vigor da Lei n. 9.099/1995 – de conteúdo processual e de conteúdo material, tratando de matéria cível e de matéria penal – foi a de que as disposições de natureza penal (ação penal, suspensão condicional do processo, v.g.) e aquelas de natureza processual (audiência preliminar, recebimento da denúncia após a apresentação de defesa prévia, interrogatório ao final da instrução, v.g.) *entraram imediatamente em vigor*, juntamente com a própria lei (em 27 de novembro de 1995⁵), sendo aplicáveis às infrações penais de menor potencial ofensivo, quer houvesse a implantação do sistema de juizados especiais, ou não, isto é: mesmo os juízos ditos ‘comuns’ deveriam observar em relação às infrações de menor e de médio potencial ofensivo o *novo rito procedimental*, as *novas condições de procedibilidade* e o *novo direito subjetivo público à transação* e ao *‘sursis’ processual*, desde a entrada em vigor daquela lei, mesmo antes de expirado o semestre fixado para que os Estados se organizassem para implantação do novo sistema.

Durante os quatro meses, contados entre o início da vigência da nova lei e o prazo limite para os Estados organizarem suas jurisdições, especulou-se que os respectivos Tribunais de Justiça pudessem deferir a competência para aplicação das normas contidas na nova lei a órgãos

3 GRINOVER, Ada Pellegrini ...*et alii*. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei n° 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 162.

4 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Ed. Atlas, 1998. p. 127.

5 Publicada no Diário Oficial da União de 27/09/1995, a mesma lei, em seu art. 96, previra sua entrada em vigor após 60 dias desta publicação.

subordinados, por meio de atos normativos de âmbito interno. Nesse sentido foi interpretada a Conclusão n. 6, do V Encontro Nacional do Colégio de Corregedores Gerais de Justiça⁶. Dessa interpretação surgiram outras mais extensivas e, talvez, equivocadas.

Seis meses foi o prazo, afinal, para que os Estados, segundo as respectivas estruturas legislativas, dotadas de autonomia peculiar ao sistema federativo, legislassem sobre *organização, composição e competência dos Juizados Especiais, cíveis ou criminais, e das Turmas Recursais*. De acordo com essas peculiaridades, se num Estado fosse possível legislar sobre a matéria mediante *lei ordinária*, noutra Estado poderia ser exigida *lei complementar*, ou mesmo, num terceiro Estado, essa competência poderia já estar afetada ao Poder Judiciário, cabendo-lhe apenas a expedição do *ato normativo* consentâneo. *O Estado de Santa Catarina reserva tal matéria à categoria de lei complementar, reservando ao Poder Judiciário Estadual a legitimidade exclusiva para a propositura de tal diploma legislativo.*

Consequentemente, a conclusão lógica era a de que *não incumbia ao Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, por qualquer de seus órgãos, estabelecer ele próprio atos normativos e ou administrativos para organizar, compor e fixar competências, cível ou criminal, de juizados especiais e turmas recursais.*

O SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS EM SANTA CATARINA - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

No Estado de Santa Catarina, quando da edição das normas gerais pela Lei n. 9.099/1995, já existiam Turmas de Recursos Cíveis, criadas pela Lei Estadual n. 8.151/1990, com competência para a conciliação, julgamento e execução de *causas cíveis de menor complexidade*, inspiradas na Lei n. 7.244 de 07.11.1984 (que dispunha sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas) e já adotando

6 Seu teor: “6 – Para a aplicação das normas contidas na Lei nº 9.099/95, não há necessidade de instalação formal dos Juizados Especiais, podendo os respectivos deferir a uma ou mais varas privativa ou cumulativa, em especial no que diz respeito à condição de prosseguimento de ação penal (quando se passou a exigir representação da vítima), ou na aplicação dos demais institutos de direito material. A apresentação das partes com a ocorrência policial somente se dará examinando-se caso a caso, atendendo-se às condições de procedimentalidade.”

a nomenclatura (e somente a nomenclatura) assimilada da Carta Magna de 1988, particularmente do art. 98, inciso I, antes referido.

Ao antecipar-se às disposições gerais e processuais de competência privativa da União⁷, o Estado Catarinense definiu no art. 2º o que seriam, afinal de contas, as tais 'causas cíveis de menor complexidade' a que se referia a Carta Constitucional - como se estivesse fazendo uso da competência concorrente derivada do art. 24, incs. X e XI, desta.

Posteriormente, o Estado de Santa Catarina tomou nova iniciativa, promulgando a Lei Complementar n. 77, de 12.1.1993, que dispunha sobre Juizados Especiais de Causas Cíveis e as respectivas Turmas de Recursos [cíveis], ao mesmo tempo em que criou Juizados de Pequenas Causas. Assim, o legislador constitucional do Estado insistiu em estabelecer o que seriam "*Causas Cíveis de Menor Complexidade*"⁸ e aproveitou a ocasião para também estabelecer o que seriam "*Causas Cíveis de Pequeno Valor*"⁹. À época, a pluralidade de conceituações e, por conseguinte, a possibilidade de se optar por um ou outro rito, por um ou outro órgão jurisdicional, conforme o caso concreto em discussão, gerou certa confusão no espírito dos operadores jurídicos. Pareciam confundir temas idênticos sob designações diversas. Pode-se, hoje, afirmar que o sistema especial cível ali fixado, pelo Estado, não guardou coerência com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, nas questões que lhe foram submetidas.

Por tratarem exclusivamente de matéria cível, *em momento algum qualquer desses diplomas legais mencionou matéria afeta à jurisdição penal.*

Com a promulgação da Lei n. 9.099/1995, a lei federal que tratava da criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas¹⁰ foi expressamente revogada - como consta do art. 97, de suas Disposições Finais Comuns. A Política Cível nacional plasmava-se, aparentemente, pela unificação de expressões: as 'Pequenas Causas' e as 'Causas Cíveis de Menor Complexidade' submeter-se-iam doravante aos mesmos procedimentos previstos para essas últimas, nos Juizados Especiais Cíveis. Com a nova sistemática, restou óbvio que *a lei Complementar Estadual n.*

7 CF art. 22, inciso I (*legislar, entre outros, sobre direito civil e processual*).

8 Expressão trazida do art. 98, I, da Constituição de República.

9 Expressão trazida da então vigente Lei Federal n. 7.244/84.

10 Lei n. 7.244, de 7.11.1984.

77/1993 não foi recepcionada pela nova ordem especial.

Porém, não foi essa a percepção dos legisladores locais e, principalmente, dos magistrados barrigas-verdes. Após a promulgação da Lei n. 9.099/1995, e dentro do semestre *pro legiferante*, o órgão pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina expediu ato normativo (portanto de natureza e alcance exclusivamente administrativos, isto é: *interna corporis*): a Resolução n. 006/95-TJ.

Por meio dessa Resolução, manteve-se com sobrevida artificial os Juizados de Pequenas Causas, atribuindo-lhe e aos Juizados Especiais de Causas Cíveis as funções estabelecidas na Lei n. 9.099/1995. A Justiça Catarinense, portanto, se dispunha a prosseguir dando tratamento especial às pequenas causas (art. 24, inc. X, CF) e, também, às causas cíveis de menor complexidade (art. 98, inc. I, CF), mas através de “Sistemas Jurisdicionais” formalmente diferenciados.

Na mesma Resolução, em seu artigo 2º, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina *atribuiu aos Juizados Comuns* (por seus juízes de direito e juízes substitutos), que já detivessem competência criminal, *também a competência para exercerem as funções estabelecidas na Lei n. 9.099/1995 em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo*, cuja competência aquela lei originalmente destinara aos Juizados Especiais Criminais.

E mais, às Turmas de Recursos, criadas para o julgamento de apelos contra sentenças proferidas pelos juízes dos ‘sistemas’ Juizados Especiais Cíveis e Juizados de Pequenas Causas, a mesma Resolução atribuiu competência também para conhecer e julgar os recursos previstos nos arts. 41 e 82, da Lei n. 9.099/1995. Os apelos criminais, decorrentes de recusa à queixa ou denúncia (art. 82 da Lei n. 9.099/1995), estariam passando a ser da competência de Turmas de Recursos [cíveis]. Vale dizer: *fixaram-se novas competências aos organismos recursais cíveis, que já existiam legalmente, mas por via normativa de natureza administrativa e não ‘legislativa’*.

Embora se possa ainda hoje saudar o descortino dos decididos desembargadores de 1995 (afinal de contas, poderiam ter cometido a função de instância recursal criminal especial aos órgãos colegiados militares, também compostos por juízes togado e leigos, também pré-existentes à Lei n. 9.099/1995, e afeitos ao trato exclusivo de matéria penal e proces-

sual penal militar), *ainda assim não restariam dúvidas quanto à necessidade de lei infraconstitucional* para organizar, distribuir competência, compor e regular o funcionamento dos Juizados Especiais e das Turmas de Recursos em matéria criminal – ainda inexistentes no Estado.

Encerrou-se o semestre estipulado no art. 95 da Lei n. 9.099/1995, sem que lei alguma (complementar ou ordinária) fosse promulgada para atender ao mandamento do seu art. 93.

Talvez pela expectativa positiva acerca da agilidade prometida pelo sistema de juizados especiais, ou quem sabe pelos benefícios trazidos pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os protagonistas da atividade jurisdicional aceitaram maciçamente a ordenação administrativa, submetendo-se aos novos ditames *sem dispensar atenção à inexistência (i)legal* das Turmas de Recursos Criminais e da quase totalidade dos Juizados Especiais Criminais – estes, aliás, funcionando sem que ao menos lhes correspondesse um cargo de juiz titular para seu provimento.¹¹

Passados dez anos, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 42¹², que se destinava a introduzir no ordenamento jurídico estadual as reformas do Poder Judiciário por força da EC n. 45 (federal), aproveitou-se o azo para também alterar, entre outros, os arts. 77 e 91 da Carta Constitucional Barriga-Verde, incluindo as Turmas de Recursos como órgãos do Poder Judiciário, no inciso V, daquele artigo, e dando a seguinte redação ao art. 91:

A organização e distribuição da competência, a composição e o funcionamento dos Juizados Especiais de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como das respectivas Turmas de Recursos, serão determinados na lei de organização judiciária.

A Constituição Barriga Verde, desta forma, e por vez primeira, pretendeu cristalizar, em texto de lei, o sistema de juizados especiais no

11 Para não fugir ao espectro estadual do tema abordado, propositadamente não se abordou a edição da Lei Complementar Estadual n. 230, de 19/04/2002, pela qual se ‘convalidou’ a criação do Juizado Especial Criminal na Comarca da Capital sem que, contudo, fossem atribuídas competência e composição a esse órgão jurisdicional *sui generis*.

12 Publicada em Diário Oficial n. 17.759, de 10.11.2005.

Estado. Sem sobra de dúvidas, mais outra vez o legislador constitucional determinou-se a remeter a organização e distribuição da competência, composição e funcionamento do sistema de juizados especiais à lei de organização judiciária. Portanto, remeteu à lei complementar [Código de Organização] que, até aquela ocasião, nada tratava sobre a matéria Sistema de Juizados Especiais.¹³

Foi medida que veio a suprir imensa e sentida lacuna no sistema legislativo-judiciário do Estado; ao mesmo tempo, evidenciava cabalmente que aquele tratamento constitucional era necessário, indispensável mesmo, para a validação do Sistema de Juizados Especiais. E que, pela lógica causal inversa, *no decênio anterior, os órgãos integrantes do mesmo sistema* (Juizados Especiais Criminais e Turmas de Recursos Criminais) *não tiveram existência, nalguns casos, nem competência criminal*, em todos os casos, calcadas em lei formal válida. E tal incumbência, na dicção constitucional, *fora remetida à futura lei de organização judiciária*.

Supor o contrário, seria adjetivar como sendo abundante, e portanto supérflua, a Emenda Constitucional n. 42/2005.

Em 8 de março de 2006, foi sancionada a Lei Complementar Estadual n. 339/2006, que tinha a pretensão de dispor sobre a Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina. Mas ela nada fixou em relação aos Juizados Especiais Criminais e Turmas de Recursos Criminais, delegando indevidamente¹⁴ a instalação e funcionamento de tais órgãos ao exercício da competência administrativa do Tribunal de Justiça do Estado (art. 48), na medida em que contrariava a dicção original da própria Constituição do Estado. Sua incongruência, note-se bem, afronta diretamente a norma da Constituição do Estado, em vários de seus dispositivos. Um remendo, não uma emenda.

Não obstante, mesmo depois do advento da “lei de organização judiciária”, *nada foi tratado sobre competência, organização e funcionamento desses órgãos em solo catarinense*. E o que poderia ter sido a sua gênese legal, recebeu feição inadequada ao modelo constitucional estadual, desconforme às diretrizes legais federais, contrária aos fundamentos

13 Constituição Estadual de 1989, art. 57, Parágrafo único, inciso I, já mencionado anteriormente.

14 A inconstitucionalidade mencionada, deve-se à expressa vedação contida na Constituição Estadual, em seu art. 56, §1º; em simetria com o disposto em art. 68, §1º, inciso I, da Carta Magna da República.

constitucionais e democráticos.

Consequentemente, ainda hoje, no Estado de Santa Catarina existem pelo menos uma dezena de Juizados Especiais Criminais, nos maiores municípios e comarcas, que continuam processando e julgando infrações penais de menor potencial ofensivo, sem que tenham sido criados por lei; sem que existam cargos de juízes de direito para o exercício do mister jurisdicional; por conseguinte, sem que o jurisdicionado possa saber de antemão por quem poderá vir a ser julgado.

Nesses mesmos municípios e comarcas, existem pelo menos uma dezena de Turmas de Recursos, processando e julgando não só os apelos por rejeição à queixa-crime ou denúncia, mas a qualquer matéria penal (até mesmo pela via de *habeas corpus*) que tenha sido examinada em instância ordinária por juízos comuns, legalmente investidos, ou por juizados especiais criminais juridicamente inexistentes.

Seria um sistema jurisdicional putativo, desde que se supusesse um fenômeno derivado da *errônea suposição de situação de fato* (lei complementar anterior) que, se existisse, tornaria constitucional a jurisdição vigente.

A Emenda Constitucional n. 42/2005 e a Lei Complementar n. 339/2006 pareceram ser manifestações objetivas da tomada de consciência sobre a precariedade legislativa sobre a qual procurava se equilibrar o pseudo-sistema de juizados especiais barriga-verde. Mas seus efeitos práticos demonstram claramente o desinteresse dos atores jurisdicionais em se adequarem ao modelo de um Estado Democrático de Direito.

A conclusão inarredável é de que *o instrumento normativo existente é legislativamente inadequado e pragmaticamente insuficiente ao amparo de jurisdição criminal protagonizada pelos Juizados Especiais Criminais e pelas Turmas de Recursos*. Esse equívoco em sua concepção contribui para a sobrecarga processual e para a ineficácia no alcance dos objetivos previstos para o sistema especial, em estudo.

A JURISDIÇÃO SEM A LEI...

Consequência da matéria retroexaminada, exercer jurisdição ao desabrigo de lei e coactar cidadãos (valendo-se da aparente autoridade

jurisdicional do Estado) a omitir atos, a que não estariam obrigados senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II, Carta Magna), ou exercer jurisdição em regime de exceção (art. 5º, inc. XXXVII, *idem*), afronta a *garantia* de que *ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente* (art. 5º, inc. LIII, *ibidem*) e vulnera, de forma incipiente, a garantia que *assegura o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes* (art. 5º, inc. LV, *idem ibidem*).

Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato será a consequência que decorrerá da própria Constituição (prejuízo). Assim, o processo desenvolvido perante tribunal distinto do pré-constituído segundo a Constituição e a lei infringe a garantia do art. 5º, inc. XXXVII, CRF, e importa a inexistência do processo, ou sua nulidade *ab ovo*, por ser o juiz natural verdadeiro pressuposto de existência da relação jurídico-processual. É que as garantias constitucionais-processuais visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.¹⁵

Sem pretendermos adentrar as searas cível e processual civil, consideramos relevante anotar que o sistema de juizados para a jurisdição em causas cíveis de menor complexidade e o sistema de juizados para a jurisdição em infrações penais de menor potencial ofensivo não se devem confundir. São distintos quanto à matéria, quanto à natureza de suas normas, quanto aos procedimentos e quanto aos resultados finais. A existência de um não implica, necessariamente, a coexistência geminada do outro, muito embora o legislador tenha preferido expedir normas gerais em relação aos mesmos, valendo-se de uma única (vale o pleonasma) lei: a Lei n. 9.099/1995. Ainda assim, o legislador cuidou de tratar das distintas matérias, em diferentes capítulos: o Capítulo II, tratando dos Juizados Especiais Criminais, e o Capítulo III, relativo aos Juizados Especiais Criminais.

Na esfera cível, o ordenamento jurídico nativo já contava com diplomas legais apropriados ao julgamento de ‘pequenas causas’¹⁶, que guardava afinidades quase genéticas com o sistema de Juizados Especiais Cíveis. Devido à semelhança teleológica, alguns operadores

15 Neste sentido GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As nulidades no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.20 e 21.

16 Lei n. 7.244 de 07.11.1984

jurídicos chegaram a supor que as leis reguladoras dos denominados Juizados de Pequenas Causas teriam sido recepcionadas pelo regime geral instituído pela Lei n. 9.099/1995. Ledo engano.

Para esclarecer a matéria mencionada, já se decidiu, cuidando por distinguir o regime jurídico de cada um daqueles órgãos jurisdicionais:

Os critérios de identificação das 'causas cíveis de menor complexidade' e dos 'crimes de menor potencial ofensivo', a serem confiados aos Juizados Especiais, constitui matéria de Direito Processual, da competência legislativa privativa da União. Dada a distinção conceitual entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas (cf. STF, ADI 1.127, cautelar, 28/09/94, Brossard), aos primeiros não se aplica o art. 24, X, da Constituição, que outorga competência concorrente ao Estado-Membro para legislar sobre o processo perante os últimos. Conseqüente plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de lei estadual que, antes da Lei federal nº 9.099, outorga competência a juizados especiais, já afirmada em casos concretos. (ADI 1.807-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/06/98)

Num silogismo singelo, a partir da *premissa maior*: o mandamento contido no art. 98, inc. I, da Carta Magna, exigindo a existência de lei para ser conferida competência jurisdicional a qualquer órgão; *seguida da premissa menor*: essa Turma de Recursos foi criada pela Lei Complementar n. 077/1993, com competência para jurisdição *exclusivamente* em relação a *causas cíveis* de menor complexidade; leva à *conclusão* única e inafastável de que a pretensão de exercer jurisdição em *matéria criminal*, com arrimo nesta, é *flagrantemente inconstitucional*.

A partir dessa inconstitucionalidade original, são geradas outras ofensas aos direitos individuais e garantias asseguradas pela carta angular do Estado Democrático de Direito, como exemplo concreto da recorrente metáfora “a árvore que gera frutos envenenados”.

Na órbita constitucional federal é sabido: nem se pode admitir que fosse delegada pelo Poder Legislativo a competência a outro Poder para a prática de atos normatizadores de matéria reservada à lei complementar

ou que trate da organização do Poder Judiciário¹⁷.

Em perfeita simetria, também na órbita estadual, repete-se a expressa vedação constitucional¹⁸ à delegação normativa.

À margem de se discutir sobre a regularidade dos sistemas cíveis na época adotados ('pequenas causas' e ou 'causas cíveis de menor complexidade'), resulta inarredável concluir que *as normas administrativas ou mesmo as leis, stricto sensu, que pré-existiam à Lei n. 9.099/1995 referiam-se exclusivamente à matéria cível, não se podendo invocar como suporte legal para o exercício jurisdicional criminal, de primeira ou segunda instância. Igual destino é reservado às normas administrativas e leis ordinárias que, embora sucedendo à mencionada lei, não encontram suporte direto em texto de lei complementar.*

... E A LEI SEM JURISDIÇÃO

Que prejuízos podem decorrer da situação acima descrita?

Ganha especial relevo o perigo da demora decorrente do processamento de causas por órgão judicante inexistente ou incompetente, quando seguido da necessária interposição de recursos por parte do Ministério Público, configurado pela **certeza da prescrição do direito de ação**, face à natureza de menor potencial ofensivo das infrações penais sujeitas à jurisdição especial; além, **e principalmente**, do abalo da ordem jurídica, na medida em que desacredita a jurisdição local, esboroa o prestígio do Tribunal de Justiça, se converte em potencial gerador de impunidade e cria um ambiente de insegurança jurídica pela recusa na aplicação da lei penal em vigor em nosso país. Frustra, por completo, todos os propósitos de jurisdição célere e distributiva, acessível à maior parcela da população e de suas demandas.

Mas o que nos interessa, realmente, neste artigo é indagar sobre aspectos **criminais** e **penais** no sistema de Juizados Especiais.

Nunca será demais lembrar que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

17 Art. 68, §1º e seu inciso I, da Constituição da República

18 Art. 56, §1º c/c art. 57, Parágrafo único, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina

sociais e individuais indisponíveis.¹⁹

A defesa da ordem jurídica e a preservação do regime democrático não ocorrem pontual e exclusivamente por ocasião dos grandes pleitos eleitorais, que causam comoção e estremecimento na pátria. Também se estará defendendo a ordem jurídica com a promoção do efetivo respeito às normas constitucionais, na busca de que a vontade popular representada venha a ser realmente acatada e observada, aí incluindo a existência de poderes de Estado independentes e harmônicos entre si, a defesa dos direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos. Tais temas são interligados a ponto de que a derrocada de um, necessariamente, implicará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.²⁰

A Constituição deve possuir supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, no âmbito de todos os poderes do Estado.

A repercussão danosa e geral desse exercício de jurisdição, na forma inconstitucional e de conteúdo equivocado, além do grave precedente de desprezo ao texto constitucional, configura-se pela *ausência* – no sistema vigente – *de remédio processual que permita a correção pela própria via jurisdicional, desses equívocos ou de outros, possíveis de ocorrer nas decisões de mérito*. Não são aceitos recursos ordinários em *habeas corpus* ou mandado de segurança decididos em única instância pelas Turmas; nem recursos extraordinários, quando a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição Federal ou declara inconstitucional de dispositivo de lei federal; nem recurso especial às causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida nega vigência a dispositivo de lei federal, ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído qualquer outro tribunal.

Inexistindo instrumentos que permitam a recorribilidade das decisões das Turmas de Recursos, cristaliza-se a existência de um corpo estranho ao sistema de duplo grau de jurisdição, com impedimentos formais para que se busque a adequação de seus julgados à coerência

19 Art. 127 da Constituição da República

20 Nesse sentido, os ensinamentos do festejado autor e sua obra MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73.

jurisdicional estadual e nacional, e assim mitigam indevidamente a segurança jurídica aos jurisdicionados catarinenses.

Considerando-se que inexistente previsão legal ou normatização administrativa que permita a rediscussão da matéria ou a unificação de decisões divergentes, no âmbito do Sistema de Juizados Especiais no Estado de Santa Catarina, só restaria a alternativa do Recurso Extraordinário.

Por serem *atos de execução* praticados por *órgão do Poder Público*, suas decisões não são passíveis de ação direta de inconstitucionalidade; face à peculiar natureza do órgão, não são sequer passíveis de reexame pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nem pelo Superior Tribunal de Justiça. É completa e absoluta a ausência de recursos das decisões de mérito, proferidas pelos três juízes reunidos e jamais investidos em competência recursal criminal²¹.

A vulneração aos preceitos fundamentais constitucionais é evidente, hialina, constrangedoramente perceptível por qualquer operador do Direito. Muito além da ilegitimidade formal, os cidadãos padecem qualitativamente de solução adequada às lides em que se veem comprometidos, exemplificativamente, como a supressão de instância e nas declarações negativas de vigência à lei federal²², as quais não se pode discutir no âmbito de recursos especiais.

Daí a dificuldade em se adequar o enfoque jurídico-constitucional a essa situação *sui generis* de jurisdição, fugindo aos precedentes até então debatidos e exigindo uma nova metodologia para aferição do alcance dos prejuízos causados à ordem jurídica, à segurança jurídica e à cidadania barriga-verde, sob pena do aviltamento axiológico dos preceitos constitucionais.

A mais disto, alguns desses julgadores vêm interpretando a lei penal com teses absolutamente dissonantes da jurisprudência nacional, gerando a existência fática de um “território livre e autônomo”, sob a ótica jurisdicional. Uma bolha, dentro do sistema jurisdicional.

De acordo com o modelo atual, mesmo as decisões desconformes

21 No sentido de que foram investidos pelo próprio Poder Judiciário Estadual, sem a legitimação de processo legislativo-representativo.

22 Até mediante declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal (v.g., art. 2º, da Lei n. 8.137/1990).

com futuras súmulas de caráter vinculante restarão insuscetíveis de reforma no âmbito criminal, criando-se um gueto jurisdicional dentro de nossa sociedade, a salvo de qualquer meio recursal que possa permitir sua adequação ao modelo jurisdicional nacional.

Essas limitações afligem diretamente aos órgãos do Ministério Público e ao interesse público, menos do que ao acusado, que sempre terá aceito, nas instâncias superiores e extraordinárias, seus reclamos, quando se tratarem de evidentes garantias constitucionais ofendidas ou ameaçadas. Esquecemos, todavia, que o Ministério Público, em sua atuação, também está protegendo os direitos das vítimas, além da própria afirmação da lei penal, o que vale dizer, está plasmando a prevenção geral e a segurança jurídica. Nem assim, seu acesso aos tribunais superiores é bem recebida.

A questão agitada não se limita à interpretação literal ou contextual de determinada norma, seu alcance e utilidade diante dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional. O que estarrece é a pretensão de órgãos desprovidos de legitimidade – em afronta à Constituição Federal, bem como à lei federal de regência – em se autoerigirem à fonte legiferante e em se autoinvestirem de competência criminal, em substituição aos representantes do povo catarinense e em contrariedade aos mecanismos estabelecidos pelos representantes do povo brasileiro.

Daí a certeza de nulidade absoluta dos atos praticados pelas Turmas de Recursos Cíveis em matéria criminal, aos quais é submetida a população barriga-verde.

Nosso modelo constitucional consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental, mas exige também que os atos do Poder Público observem os limites estabelecidos pela lei (art. 84, inc. IV, CR). Essa conclusão revela-se tanto mais plausível quando se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CR, art. 5º, §1º).²³

Aparentemente é improvável a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade e os recursos ordinários e extraordinários ende-

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Processo nos Tribunais Superiores*. Coord. Marcelo Andrade Feres e Paulo Gustavo M. Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 521 e 534.

reçados às instâncias presumivelmente superiores às Turmas Recursais têm se esboroadado em questões de forma, incorrendo até um meio jurisdicional apto para solver a controvérsia constitucional relevante, de forma ampla, geral e imediata que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Só restaria a solução conformista e melancólica de que “o que não tem remédio, remediado está”. Mas o conformismo popular não tem sido o principal conselheiro do Direito e das evoluções sociais.

OS *HABEAS CORPUS* IMPETRADOS CONTRA ATOS JUDICIAIS DE 1ª INSTÂNCIA

Afirmamos, antes, que existem pelo menos uma dezena de Turmas de Recursos processando e julgando não só os apelos por rejeição à queixa-crime ou denúncia, mas a qualquer matéria penal (até mesmo pela via de *habeas corpus*) que tenha sido examinada em instância ordinária por juízos comuns, legalmente investidos, ou por juizados especiais criminais juridicamente inexistentes. Esse tema merece particular e especial reflexão.

É que não só as Turmas de Recursos catarinenses não têm previsto em lei qualquer rol de competência jurisdicional criminal, como ainda vêm exercendo competência privativa de outro órgão jurisdicional: o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

No que concerne à competência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado para processar e julgar “*habeas corpus*” face à condição pessoal do coator (juiz de primeiro grau), esta é originária e privativa, consoante se lê no artigo 83, inciso XI, alínea *d* (remissiva à *c*), da Constituição do Estado, portanto indelegável. Quando se maneja remédio heroico, que pretenda apontar flagrante ilegalidade e abuso de poder à autoria de autoridade judiciária, o juiz de direito, há que se observar a prerrogativa de foro expressamente prevista na Carta Constitucional do Estado de Santa Catarina.

A racionalidade deste mandamento constitucional (que não é mero adorno legiferante) repousa justamente na circunstância de que ao Tribunal, e às atividades essenciais à jurisdição que o acompanham,

incumbe o reconhecer e o conhecer de eventuais ilegalidades ou abusos praticados por esse tipo especial de agente político (juiz de direito) para, de ofício, promover-lhes a apuração e correção – como consequência prática, por exemplo, para a aplicação do art. 653 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

Essa é a racionalidade da competência originária *ratione muneris* atribuída ao Egrégio Sodalício, diferente daquela decorrente do potencial ofensivo da infração penal (*ratione materia*).

Saliente-se que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a competência para o julgamento de *habeas corpus* contra ato de autoridade (excetuado o Ministro de Estado) incumbe ao Tribunal a que couber a apreciação da ação penal contra essa mesma autoridade.²⁴

Naturalmente, a competência estabelecida em regras constitucionais – inclusive estadual – é improrrogável, não comportando modificação de qualquer natureza, inexistindo qualquer dúvida de que o exercício da jurisdição sem adequação ao disposto naquelas regras acarreta a incompetência absoluta do magistrado ou grupo de magistrados que assim atue. Implica violação da garantia do juiz natural e, portanto, em violação à fórmula do devido processo legal, repercutindo a inidoneidade dos atos realizados pelo juiz incompetente sobre todo o processo, impondo a declaração de inexistência ou da nulidade dos atos decisórios e de todo o processado. Esse deveria ser o destino de todo e qualquer *habeas corpus*, contra ato de juiz de direito, que fosse submetido à jurisdição de Turma de Recursos – ainda que Criminal – em vez de ser levado ao Tribunal competente.

As regras constitucionais que estabelecem a competência de um órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais, assim legitimando sua atuação em um dado processo, necessariamente afastam a competência dos demais órgãos jurisdicionais, *não sendo admissível a possibilidade de existirem órgãos diversos com competência concorrente*.

Existindo expressa disposição na Constituição Estadual, não há falar em “competência deduzida”. Muito menos supor justificável a falta

24 Precedentes citados: RE 141209/SP (DJU de 10.2.92); HC 73801/MG (DJU de 27.6.97); RE 315010/DF (DJU de 31.5.2002); RE 352660/DF (DJU 23.6.2003); RE 340086/DF (DJU 1º.7.2002) e, mais recentemente, RE 418852/DF de 6.12.2005.

de previsão legal (por omissão do Poder Judiciário, fraudando a expectativa enunciada nos arts. 93 e 95 da Lei n. 9.099/1995) para legitimar a flagrante ilegalidade, sob a absurda aparência de “juízo natural”. Seria um abastardamento de tão importante princípio jurídico.

Assim, só se pode concluir, por dedução, como possível (e ainda assim, sem expressa previsão legal) o exame de *habeas corpus* por uma Turma de Recursos Criminais quando o ato abusivo ou ilegal fosse de menor potencial ofensivo e de autoria atribuída à autoridade pública que não detivesse prerrogativa de foro, além, é óbvio, da perspectiva de que fosse de menor potencial ofensivo também o ato sob investigação ou que servisse de pretexto para o agir do coator.

CONCLUSÕES

Jurisdição é função estatal, indeclinável, e somente pode ser exercida, caso a caso, pelo juiz natural: *aquele julgador cuja competência foi abstratamente fixada por regra legal prévia*. Portanto, em se tratando de ato administrativo de natureza pública, o exercício de jurisdição exige que a competência esteja clara e expressamente fixada por lei, roborando o primado de que, *na administração pública, o que não for permitido em lei, é proibido, ao contrário dos atos privados, quando aquilo que não for proibido pela lei, será permitido*.

Segundo as argumentações e fatos antes expostos, pode-se concluir que da leitura do artigo 98, inciso I, da Magna Carta, em simetria com o que dispõe o artigo 93 da Lei n. 9.099/1995²⁵, é *imprescindível* a existência de lei *‘stricto sensu’* para disciplinar, organizar e conferir competência às Turmas de Juízes de 1º Grau *para julgar os recursos na esfera criminal*, tal como facultado no artigo 82 daquela mesma Lei Federal.

Ao Poder Judiciário cabe a iniciativa para propor ao Poder Legislativo as normas legais que concretizem o sistema de juizados especiais no Estado de Santa Catarina, falecendo-lhe competência legal para, ele próprio, estabelecer normas (através de resolução, portaria, ato conjunto, etc.) administrativas para organizar, compor e fixar competências, cível

25 Assim dispõe: “Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência.”

ou criminal, de juizados especiais e turmas recursais.

Conforme recentemente veio dispor a Emenda Constitucional (Estadual) n. 42, de 10.11.2005, restou aclarado que “a organização e distribuição da competência, a composição e o funcionamento das respectivas Turmas de Recursos serão determinados na lei de organização judiciária”.

A Lei Complementar Estadual n. 339/2006, com a pretensão de dispor sobre a Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, porém, nada fixou em relação aos Juizados Especiais Criminais e Turmas de Recursos Criminais, *delegando inconstitucionalmente*²⁶ a instalação e funcionamento de tais órgãos ao Tribunal de Justiça do Estado, através de seu artigo 48. Logo, mesmo depois da lei de organização, nada foi tratado sobre competência, organização e funcionamento desses órgãos.

Até a presente data, não há lei, complementar ou ordinária, dispondo especificamente sobre essas matérias e a inexistência de lei *stricto sensu* criando os órgãos “Juizado Especial Criminal” (exclusivamente nas comarcas maiores) e “Turma de Recursos Criminais”, ou atribuindo competência *criminal* às “Turmas de Recursos Cíveis” para promoverem o julgamento de recursos *de matéria criminal*, torna inválida, no plano da existência, qualquer julgamento sobre matéria criminal a ser proferida por juízo absolutamente incompetente, vulnerando o preceito constitucional, antes mencionado, *além de ofender as garantias constitucionais* em relação aos cidadãos catarinenses em geral, e às partes de cada processo, em particular. A conclusão insofismável seria a de que inexistente instrumento normativo adequado e suficiente ao amparo de jurisdição criminal protagonizada pelos Juizados Especiais Criminais e pelas Turmas de Recursos em nosso Estado.

Em outras palavras: embora verdadeira a assertiva de que incumba às Turmas de Recursos julgar recursos sobre infração penal de menor potencial ofensivo, *não é verdadeira* a conclusão de que *exista juridicamente*, em território catarinense, Juizado Especial Criminal ou Turma de Recurso com competência criminal para julgar irresignações sobre matéria penal; falta-lhe o toque legitimador, derivado de um Estado Democrático de Direito: a lei.

26 A inconstitucionalidade mencionada, deve-se à expressa vedação contida na Constituição Estadual, em seu art. 56, §1º; em simetria com o disposto em art. 68, §1º, inciso I, da Carta Magna da República.

Até mesmo os Regimentos Internos das Turmas de Recursos, editados em 6/2/1991, atribuem-se competência para processar e julgar *habeas corpus*, exclusivamente *quando a prisão for civil* (artigo 13, inciso I, alínea e)!

Apesar do respeitável entendimento dos integrantes dessas Turmas de Recursos, segundo os quais *a competência criminal* teria sido pretensamente estendida às mesmas (criadas pela Lei Estadual n. 8.151/1990 e mantidas pelo art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 77/1993), *através de ato normativo de natureza e alcance administrativos*: a Resolução n. 006/95-TJ.

Será inédito na história da humanidade que uma normatização seguindo um processo aristocrático (Hobbes, citado em prólogo) venha realmente beneficiar a população em geral, usualmente mais identificada com a figura de plebe.

Nota final: após a elaboração deste artigo, obteve-se decisão de órgão do Supremo Tribunal Federal, cujo teor informativo, transcrevemos a seguir para crítica análise, sem qualquer comentário:

Turmas Recursais e Competência em Matéria Criminal

A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia se as Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina seriam competentes para processar e julgar recursos em matéria criminal, inclusive *habeas corpus*, em decorrência da edição de resolução daquela Corte. O recorrente alegava ofensa ao princípio do juiz natural e a configuração de juízo de exceção, haja vista a inexistência de legislação estabelecendo competência criminal àquelas turmas recursais. Sustentava, ainda, que tais turmas possuiriam apenas competência para julgamento de recursos cíveis e que a referida resolução violaria o art. 98, I, da CF (*"Art. 98. 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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"*). Entendeu-se que a citada resolução do tribunal local apenas regulamentara a atuação das turmas recursais dos juizados especiais cíveis que já existiam anteriormente à Lei 9.099/95, por força

da Lei Complementar estadual 77/93. Enfatizou-se que, considerando a necessidade de as causas criminais envolvendo delitos de menor potencial ofensivo ser processadas de acordo com o rito da Lei 9.099/95 e tendo em vista que não sobreviera nova lei estadual no prazo definido no art. 95 dessa mesma lei, o tribunal de justiça, observando os princípios constitucionais e legais que determinaram a criação dos juizados de pequenas causas, declarou que os juizados especiais e as turmas recursais julgariam também causas criminais, e não apenas cíveis. Dessa forma, asseverou-se que não faria sentido exigir daquele Estado-membro outra lei para dispor sobre o que previsto na Lei 9.099/95. Concluiu-se que seria legítima, portanto, a resolução do tribunal que, pautada nos objetivos da Lei 9.099/95 e com base nos já existentes juizados especiais, regulamentou o julgamento das causas criminais por aqueles órgãos.

RE 463560/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 29.4.2008. (RE-463560)

O TRÁGICO PANORAMA DA HISTÓRIA DA FILOSOFIA DO DIREITO

Gilberto Callado de Oliveira

Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina

Pós-Doutorado pela Universidade de Navarra, na Espanha

As influentes propostas filosóficas para o problema jurídico, desenvolvidas a partir do final do século XVIII, vêm do indisfarçável espírito humano deste século das luzes. Embora remontem a movimentos científicos anteriores, como a Renascença, elas incrementaram-se notoriamente nas últimas centúrias, numa tentativa incessante de estabelecer um conceito de juridicidade autônomo, desligado de qualquer Ser transcendente a que deva sua criação. Fiando-se da razão, e desafiando a tradição jurídica europeia desde a Antiguidade, os filósofos do direito se ufanaram de poder para atingir a melhor ordem social, com o simples progresso da ciência, não admitindo, em seu contexto histórico, que a Providência dirigesse, sem cessar, as sociedades para a realização de um destino comum e que o mundo do direito em toda a sua verdade e extensão possuisse uma unidade histórica e filosófica, formada por fatores naturais e fatores positivos.

Da ditadura científica de Augusto Comte ao socialismo coletivista de Marx, quase todas as ideias sobre o direito concentraram-se exclusivamente em um sistema jurídico sem Deus, de modo que a ordem posta, sob um progresso fatal e contínuo, é a única ordem possível, assim como o direito posto esgota toda a juridicidade da pessoa humana. Direito posto pelo homem – entenda-se – com suas potências superiores voltadas a estabelecer uma contínua e indefinida fluência de normas reguladoras

das múltiplas relações sociais.

O positivismo foi a proposta filosófica mais saliente. Tomou roupagens distintas, para melhor adaptar-se à evolução histórica de seus princípios, ora assumindo um jusnaturalismo de cariz racionalista, ora arrostando o próprio jusnaturalismo no seu fundamento metafísico, ora ainda dando ao jusnaturalismo uma feição meramente historicista. E, assim, de suas proposições sobre o direito como uma visão rematada e geométrica da realidade, ou como puro fato social ou histórico, relativizou-se a realidade jurídica: não há critérios objetivos nem fatores permanentes de moralidade e de juridicidade, sendo a moral e o direito dois mundos estanques; tudo é histórico e relativo; o direito não pode existir para além da efusão positiva da liberdade humana. Ainda que certas correntes positivistas tenham reconhecido a existência de conexões entre o direito e a moral, como o faz, por exemplo, Hart, ao admitir a influência, na vida jurídica, da ética social e de ideais éticos mais amplos¹, todas elas caem debaixo de um certo historicismo relativista, que admite formas difusas de pensamento moral na progressiva evolução das sociedades, mas em todo o tempo traduzidas numa estimativa social subjetiva.

A extensão desses postulados leva evidentemente ao ateísmo, à negação das causas superiores à natureza e ao próprio homem. No insuspeito conceito de Farias Brito, “efetivamente ateísmo é o que é o positivismo, nem outra coisa se deve compreender quando os positivistas nos falam de uma nova organização da sociedade sem Deus”².

No contexto histórico da filosofia jurídica o processo de desnaturalização do direito desenvolveu-se não raramente com rupturas quase impalpáveis, identificadas pela transposição dos seus fundamentos gnosiológicos. Diante da indagação metafísica sobre o *que é o direito*, até o pensamento de Santo Tomás de Aquino adotou-se uma postura basicamente realista, calcada no vastíssimo mundo das coisas inteligíveis. Conhecer o direito, na longa tradição do pensamento jurídico ocidental, significava estabelecer uma perfeita adequação entre o que o sujeito cognoscente expressa como justo e o que a realidade cognoscível

1 V. Herbert Lionel Adolphus Hart, *El concepto de derecho*. trad. Genaro R. Garrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. p. 251.

2 Raimundo de Farias Brito, *Finalidade do Mundo*. Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1953. p. 19.

também apresenta como justo. A inteligência encontra-se perfeitamente sintonizada com o direito, como uma coisa em si, como uma coisa inteligível que é, do mesmo modo que o entendimento humano não tem em si a medida da verdade, mas é medido pela realidade das coisas. Surge daí extenso e variado volume de conceitos e juízos que permitem ao jurista acessar naturalmente a realidade jurídica, reproduzindo-a mentalmente nas variadas situações e relações que ela pode oferecer. Também se reconheceu, nessa tradição, um núcleo de juridicidade natural, que não procede do engenho, do poder e da decisão humanas e está na base e no fundamento de todo o sistema jurídico; é como um dado que aparece diante da consciência jurídica da humanidade, constatado pelos juristas e interpretado pelos filósofos, segundo a perspectiva e método próprios de cada saber.

Mas, num esforço articulado para desligar o conceito de direito de sua íntima realidade, sucederam-se as rupturas, muitas das quais não aceitas explicitamente por seus artífices, que também não puderam desmenti-las. Só o excesso de orgulho dos jusfilósofos pode explicá-las, orgulho de só aprenderem de si próprios todo e qualquer fundamento jurídico, e de não reconhecerem nenhum princípio de autoridade que seja estranho à discussão racional. Agem intelectualmente, *etiamsi daremus non esse Deum*. Mas o próprio Deus já os julgou com esta sentença: *Qui a semetipso loquitur, gloriam propriam quaerit*³. E esse desejo ufano deu origem ao espírito de dúvida, ao livre exame da lei, a um pessimismo antropológico de que a única fonte do direito só pode vir do próprio homem.

O protestantismo bem retrata, com a tese da *natura corrupta* (integridade natural do homem destruída pelo pecado), a radical separação do elemento natural do direito e o seu elemento sobrenatural, acarretando profundas consequências na filosofia jurídica, que passou a conceber o direito pelas vias racionalista e panteísta. No século XVI, reedita-se a hierática tragédia de um novo Creonte e de uma nova Antígona, com o mesmo drama da proclamação jusnaturalista – transmitida por Sófocles e pelo mundo greco-romano – contra a vontade arbitrária do Estado. Margarida, filha do justicado São Tomas Moro, desafia o poder despótico de Henrique VIII para dar sepultura ao seu pai, reafirmando, a exemplo de Antígona, que o mundo está presidido por altíssimas leis, engendra-

3 Eph, 2, 20.

das “nas etéreas regiões dos céus”. Não faltaram ideias filosóficas que corroboraram as razões ideológicas de Creonte e de Henrique VIII e desenvolveram-se à margem do jusnaturalismo clássico.

O ponto de ruptura com a tradição escolástica – devida em grande medida à influência protestante – está na mais alta esfera epistemológica, a teológica, na qual se indaga da transcendência do direito, de suas últimas causas. Do objetivismo extremado do século XV, surge um dos primeiros vestígios de enfraquecimento da ideia de transcendência na tese de Gregório de Rímíni, e na de outros filósofos nominalistas que o seguiram, quando se inaugura uma hipótese absurda, mas de valor meramente metodológico e didático, de vincular a lei eterna à razão divina não por ser divina, mas por ser reta, de modo que, se por algo impossível Deus não existisse, ou sua razão não fosse reta, a regra normativa teria sua razão de ser na retidão humana, como reta razão. A lei eterna aparece, então, em sua raiz hipotética, com independência de Deus.

Essa postura terá eco na doutrina dos teólogos-juristas da Escola espanhola de direito natural, notadamente no voluntarismo moderado de Francisco Suárez, que, invertendo a baliza intelectualista do Aquinate, define a lei como um ato de vontade, suposto o ato do entendimento. E, quanto ao direito, retira-lhe a realidade primária de coisa justa, objetivamente exigida pela Justiça e devida a seu titular, para transformá-lo em *facultas moralis*, isto é, em direito *sobre a coisa*. Daí não seria difícil entender que a ordem jurídica, calcada no poder absoluto da vontade, não encontra nenhuma necessidade racional. Toda a criação ou interpretação jurídica depende inteiramente da vontade ou do arbítrio do jurista, assim como a lei é um ato de vontade do legislador.

Inaugurou-se com Hugo Grocio o rumo inevitável ao jusnaturalismo moderno e ao definitivo abandono de suas raízes teológicas que o sustentaram durante toda a Idade Média. Sua hipótese *etiamsi daremus* traduz a absoluta autonomia do direito natural como sistema de regras lógicas e imanentes à razão humana, distanciando-se dessa forma da própria Moral. Essa doutrina laicizante foi depois sistematizada e difundida amplamente nas cátedras universitárias da Alemanha por Pufendorf, Thomasio e Wolff.

Na sucessão de doutrinas afins, por trazerem em seu âmago a mesma fonte agnóstica e puramente especulativa, embora aparentemen-

te díspares, reclamam-se diferentes perspectivas de origem do direito. Hobbes entregou-o às mãos do *Leviatã*, do Estado Absoluto, por uma delegação incondicional de poderes de homens até então originariamente livres com direitos ilimitados. Bentham, com o seu utilitarismo, reduziu-o a um valor fundante de mera fruição de bens suscetíveis de satisfazer aos desejos e às exigências do homem em sociedade. Vico transformou-o em mero devir histórico. Rousseau confiou-o às cláusulas de um contrato que deu origem à sociedade. Kant construiu-o na própria razão humana, que define os deveres jurídicos de acordo com as proposições do imperativo categórico. São intermináveis, enfim, as teorias encadeadas pelo mesmo fio condutor de proclamar terminantemente que o direito é uma construção humana. O poder invisível de tantas proezas intelectuais só pode vir de um profundo e duradouro ódio a tudo o que concerne à superior jurisdição da metafísica, e, através dela, à razão de ser de todo o direito e de toda a lei. Ódio fincado em um mundo que é sempre igual a si mesmo, como nos lembra Leão XIII: “Junto aos filhos de Deus se encontram constantemente satélites daquele grande adversário do gênero humano, que, rebelde ao altíssimo desde o princípio, está assinalado no Evangelho como o príncipe deste mundo”⁴.

O desenvolvimento extremo dos erros de ilustrados e racionalistas veio atingir o próprio princípio de contradição, reduzindo o ser do direito à subjetividade de quem o concebe, ou melhor, à subjetividade de seus agentes ideológicos.

De considerável influência na evolução do espírito alemão e, especialmente, no pensamento jurídico contemporâneo, o ateísmo metafísico de Hegel bem descreve as ideias transformadoras dos fundamentos e da íntima essência da realidade jurídica. Suas ideias recusam a noção primeira e intuitiva do *ser*, e se projetam no mundo do direito para negar-lhe a vigorosa aplicação do princípio de contradição. Elas destroem toda a essência do direito, todos os conceitos que aproveitam aos juristas, e enfraquecem os argumentos lógicos que seria necessário utilizar para o correto cumprimento da Justiça. Não é preciso dizer que essa dialética obteve uma das mais importantes e nefastas projeções no materialismo histórico de Karl Marx – posteriormente aplicado à Rússia por Lênin – o qual, por meio da tese, antítese e síntese, aplicadas à práxis da luta de classes, explica toda a história da humanidade como caminho

4 Leão XIII, *Annum Ingressi*, em *Doctrina Pontificia*. Madri, Bac, 1958. p. 350.

irreversível para uma repartição, cada vez mais igualitária da riqueza e para um prometido “paraíso comunista” de bem estar econômico. A projeção prática dessa doutrina ao rumo político dos numerosos Estados socialistas, oriundos do cataclismo revolucionário de 1917, criou uma ordem jurídica absolutamente transformadora da economia e das relações sociais, abolindo a propriedade privada e as classes em geral, transformando os meios de produção em propriedade social, restringindo ou proibindo o exercício de direitos naturais, absolutamente necessários aos cidadãos, e sobretudo coarctando o conhecimento e a prática da verdadeira Religião. Durante décadas manteve-se, nessas sociedades, sob o signo das baionetas, uma artificial estabilidade jurídica, mas absolutamente contaminada pelas toxinas do sistema totalitário e absorvente. O regime nelas imposto era intrinsecamente criminoso e genocida, fator do calvário sofrido por milhões de homens, com milhões e milhões de mortos⁵, e de uma imensa tragédia que vai continuar a marcar a história mundial pelas décadas vindouras.

No campo do direito, esse materialismo gestado na filosofia hegeliana da história e desenvolvido nos esgares marxistas contra a superior hierarquia do direito natural transforma-se em *materialismo jurídico*, com os vários aspectos de suas representações ideológicas. O direito passa a ser instrumento de um processo dialético, para quebrar aquela hierarquia e favorecer a luta de classes; e quando se alcançar a síntese de todas as lutas e de todas as injustiças, o subjacente espírito de orgulho voltar-se-á a si mesmo e estabelecerá o tão sonhado paraíso de uma sociedade sem classes: um desígnio utópico e anarquista de destruir o próprio direito.

A última vertente teórica do materialismo jurídico, apregoada pela estratégia gradualista de Antonio Gramsci, é o chamado *garantismo jurídico*, que busca como artifício discursivo a defesa dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, mas assume em suas entranhas um modelo hermenêutico de permanente resistência ao Estado para formar e garantir a luta hegemônica das classes subalternas. O direito transforma-se em instrumento de um processo dialético e revolucionário, que, levando até as últimas consequências as premissas teóricas do marxismo, será o seu próprio aniquilamento.

Da identificação do justo com o nada, subscrita por Hegel e trans-

5 Stéphane Courtois, *Le livre noir du communisme*. Paris, Robert Laffont, 1997. p. 846.

portada para o campo estritamente prático e histórico por Marx, só pode redundar a negação da realidade jurídica e de direitos inerentes à pessoa humana. O homem fica a mercê dos avatares da história, caminhando através de uma ansiedade insurrecional que nunca acaba e em direção a uma realidade ideal nunca atingida. Sem critério normativo objetivo de conduta para conduzir-se à sua perfeição ontológica, ele esvazia-se de sua eminência de ser, de sua dignidade, porque é incapaz de transpor o mundo sensível. Ele vê a vida e a liberdade esfumarem-se no paroxismo daquele processo dialético. O direito torna-se uma quimera. E a liberdade humana, outrora instruída pela *ratio naturalis*, sucumbe sem poder de reação aos limites impostos pela vontade positivada dos ideólogos da barbárie.

COMPREENSÃO DA VONTADE DO DIREITO: UM PROBLEMA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra*

O fenômeno linguístico é, sob qualquer ângulo pelo qual observemos sua constituição, o que melhor substancia a complexidade da psique humana, expondo através dos signos (linguísticos) o infindável encadeamento de percepções, que se equilibram numa corda bamba entre o falso e o iludível, mas nunca se manifestando como algo precisamente determinável e insuscetível de múltiplas interpretações: cada palavra, cada significante, mesmo que reduzido ao atomismo de um morfema, poderá conter uma pluralidade de significados: se pronunciar um /ah!/ com diferentes entonações, o emissor da mensagem tanto poderá expressar uma surpresa, como uma dor aguda, ou, ainda, um suspiro de desânimo, ou sentimento de decepção; ainda que agrupando os vocábulos, a mensagem adquirirá variados significados, de maneira que a expressão /passa uma borracha/ tanto representará uma ordem para a entrega do objeto, como um conselho para esquecer-se de algo. A palavra, para o aquinatense, é sempre *ratio* da coisa conhecida ou representada: para o entendimento de qualquer realidade intelectual, o homem – o cognoscente – tem de formar palavras, ou um grupo delas. No entanto, Tomás assevera que a palavra não é mera etiqueta para denominar as coisas, e nem podemos expressar o que vai intimamente em nós pelo uso de uma única, o que já evidencia a imperfeição da comunicação humana, diferentemente da Palavra de D’us, a própria

perfeição. E por mais que estudiosos tenham pretendido encontrar nas línguas adâmicas as matrizes dos idiomas modernos (que por isso deveriam ser o menos possível contaminadas pela polissemia), como foi voga entre a baixa Idade Média e o período renascentista, daí tendo os linguistas forjado instrumentos sintéticos de comunicação com a pretensão de serem perfeitos, esbarraram, por um lado, no aspecto da inefabilidade de certas percepções – de difícil verbalização – e, por outro lado, como aspecto decorrente do primeiro, o âmbito restrito das línguas artificiais. É certo, como refere Eco, que algumas línguas possuem o caráter da efabilidade, como é o caso do hebraico, mas mesmo exprimindo o intangível, o metafísico, o não corpóreo, dão azo a extensas interpretações (basta meditar-se sobre os dois vocábulos hebraicos que exprimem espírito, *neshamah*, *néfesh*, que Maimônides deu largas em algumas páginas de seu **Mishné Torah**, mas que a literatura cabalista da Idade Média amplia para abundante discussão)¹.

Se considerarmos que a ciência jurídica se serve única e exclusivamente da linguagem para o escrutínio dos fenômenos humanos inseridos no *universum* jurídico, portanto, aqueles que provocam um

1 Deixamos de incluir notas de rodapé para que a leitura seja fluida e para evitar o caráter acadêmico ao texto. Mas aqui deixamos algumas sugestões de leitura. Sobre filosofia da linguagem: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002 (há boas edições brasileiras das *Investigações filosóficas*); ECO, Umberto. *A busca da língua perfeita*. Trad. de Antonio Angonese. 2ª ed. São Paulo: EDUSC, 2002; do mesmo autor, *Semiótica e filosofia da linguagem*. Trad. de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Sobre a visão tomista da palavra: TOMÁS DE AQUINO. *Verdade e conhecimento*. Trad. de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Sobre semiótica: BARTHES, Roland. *Elementos de semiótica*. Trad. de Izidoro Blikstein. 16ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006; ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. 4ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007; CAMPOS, Haroldo de. *Metalinguagem & outras metas*. São Paulo: Perspectiva, 2006. Sobre a perspectiva judaica: MAIMÔNIDES. *Mishné Torá*. O livro da sabedoria. Trad. do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992; BENSION, Ariel (organizador). *O Zohar*. Trad. de Rosie Mehoudar. São Paulo: Polar, 2006; ANÔNIMO. *Sefer ha-Bahir*. Trad. para o espanhol de Mario Satz. Barcelona: Obelisco, 1985 (há vasta obra traduzida para o português e o espanhol sobre literatura talmúdica e cabalista). Sobre a semântica do direito: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. Já tratamos das aproximações do direito aos jogos de linguagem de Wittgenstein: SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 862, p. 69-92, ago. 2007.

agir do direito ou seu interesse, embora por derivação, então chegaremos a uma conclusão muito parecida com a de Alf Ross, e diremos que o jurista, ele próprio um obstinado que tenta seguir um *iter directum*, involuntariamente percorre caminhos tortos, que transformam o objetivo do direito – ao qual pretendem lograr aqueles caminhos – numa miragem, num efeito óptico que altera nossas percepções a cada curva: a imprecisão da linguagem, a impossibilidade de estabelecermos as questões jurídicas a partir de um simples processo de nominar fatos, a carga semântico-ideológica presente nas formulações legais de cada *hic et nunc* histórico-jurídico e, ainda, a natural polissemia dos termos do jargão jurídico, dificultam a compreensão do direito como algo não tergiversável. Entenderemos, então, que grande parte dos problemas jurídicos pode reconduzir-se à dissolução *filolinguística*, ou, se se preferir, à apreciação analítica, por um extenso processo que inclui a submissão de fórmulas jurídicas – as expressões jurídicas – ao equacionamento semântico, filológico, semiótico, onde a procura da metalinguagem ajudará – e admitimos apenas isso – a desnudar a mítica *vontade do direito*.

As indagações filosóficas sobre a linguagem não são novas e remontam ao classicismo helênico; e aos antigos que lhes seguiram as pegadas, como o caso de S. Agostinho quem, em suas **Confissões**, ao referir que o aprendizado da língua estava associado ao conhecimento dos signos, deixa implícito o entendimento de que as palavras servem para designar coisas; noção que mais tarde será ampliada por Tomás de Aquino, que assinala as imperfeições da comunicação humana; e, ainda, os talmudistas e cabalistas que emprestam um sentido mítico não só à Palavra, *Dabar* (vocábulo de duplice sentido, uma vez que conota com ação e, portanto, a *palavra* será já fonte de *realização*, como se depreende do Gênesis), mas às próprias letras do alfabeto hebraico, como se elas tivessem espírito e represassem sentidos não diretamente revelados. Mas é com Wittgenstein que a filosofia da linguagem desloca seu eixo, dando-se início ao que o pensador alemão chamou de terapia da “doença filosófica”: em suas **Investigações filosóficas**, o problema estava não no objeto filosofado, o que integra a *philosophia perennis*, mas na linguagem filosófica; e, abordando-a, haveria um princípio de dissolução das questões filosóficas.

O sistema wittgensteiniano é aberto, deixando, apenas, à amostra

as dificuldades do uso da linguagem: à medida que se pensa numa dissolução, encontra-se uma nova via problemática e assim sucessivamente, como se estivéssemos a percorrer um longo corredor com inúmeras portas a serem abertas, sem que cheguemos, no entanto, a um destino final. Isto, só por si, é uma forma sutil que o filósofo encontrou para expressar a falibilidade da comunicação humana; a imperfeição da linguagem escrita e falada; e a riqueza polissêmica nas fórmulas a que reduzimos nossa pretensão de comunicar algo a um interlocutor. É lógico que existem instrumentos linguísticos aptos a mitigar as dificuldades de comunicação, *v.g.*, quando a estabelecemos dentro de jogos de linguagem, com regras conhecidas pelos interlocutores. Assim, se a comunicação entre um pedreiro e um jurista é incompreensível na medida em que um interlocutor não domina as regras conhecidas pelo outro, no *diálogo* que se opera entre juristas haverá já um princípio razoável de inteligibilidade. E apenas isso: o conhecimento das regras não é garantia de que se estabeleça uma comunicação perfeita, pois que as palavras, ou o agrupamento delas, em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, *v.g.*, segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sociolinguísticas).

Há, partindo dessas dificuldades (e obviamente, muitas mais), como se sustentar, à guisa do que normalmente se diz, um *comando* da Lei? Por outras palavras, dentro da experiência jurídico-jurisprudencial, aquela que de fato põe em execução o direito como impulso de materialização da Justiça numa regra normativo-casuística – a sentença –, podem seus operadores arrancar prioritariamente da interpretação do texto legal?

É intrigante ler em compêndios de direito nacionais (que a bem da verdade não ultrapassam os limites da pura e simples interpretação de normas) a expressão *comando* legal. Ela denuncia um arraigado

juspositivismo de linhagem kelseniana – expressão da ciência jurídica que não mais se justifica nos dias em que se aceita a imanência do direito de esferas distintas da legislativa e quando se admite a própria realização do direito fora dos domínios da judicialização – refletindo-se no compromisso de doutrinadores – *dogmatizadores* – de interpretar o *lóghos* jurídico-legal, ou, como também dizem, a *vontade do legislador* inerente às normas legais, as do direito positivo, mas com um grande reducionismo que os remete para o século da *École de l'exégèse*, ficando suas lições na interpretação mais elementar, a gramatical, descurando, portanto, da ampla circunstância que envolve o direito: o direito, evidentemente, que transcende à norma *normada* emergida do processo legislativo. Expliquemos: o direito puro, sem influências metajurídicas, descendente, segundo o sistema de Kelsen, de uma *Grundnorm*, a norma fundamental de caráter hipotético, não parece ser autojustificante nem apto a ultrapassar o rigoroso âmbito conceptual para atingir o mundo prático-jurídico. Com isso quer-se dizer que a norma positiva do direito está contaminada, irremediavelmente, por aspectos estranhos ao conceito de pureza, que são da ordem da moral social, das contingências políticas, econômicas, culturais, etc. Mas a admissão disso não implica reconhecer que a norma legislada configura, só por si, a vontade do direito, nem podemos categorizar como a síntese das variadas instâncias, inclusive *metajurídicas*, ou, como já fora dito, uma decorrência do *Volksgeist*: há outros elementos nela entranhados, inclusive de ordem pessoal do legislador, que não nos permite depreender diretamente uma autêntica e autônoma *vontade* do direito. Dessa forma, se ainda persistíssemos em sua descoberta, teríamos também que investigar a *léxis* do legislador, conhecendo a gramática de que é feita, cujas variantes de suas normas dependem da circunstância pessoal, ideológica, política, religiosa, etc. que o envolve, uma vez que, como *homo politicus*, é ele também, necessário e anteriormente, um *homo phaenomenon*, ou o resultado integral de sua circunstância humana. E quanto ao intérprete, seja como jurista, seja o que está na condição de operador do direito? O que diremos dele?

Ora, aquele que se diz intérprete do *comando* legal não estará, como a princípio se poderia inferir do signo linguístico, se submetendo à mais nobre *vontade* do direito equivalente a um imperativo categórico, mas, nem sempre por deliberada rebeldia, estará refletindo o que ele próprio é: a gramática da linguagem do intérprete jurídico dará à sua

l xis a extensão do que ele   como homem, um ser sujeito a idiossincrasias e de percep es oriundas de seu complexo mundo, que   o da psique. Quantas vezes já nos deparamos com um civilista ou penalista em empertigada contenda contra uma única palavra, como ocorreu em rela o   *individualiza o* da pena no contexto do regime legal dos crimes hediondos, pondo nisso suas convic es mais ótimas?

  possível depreender um *direito puro*, não contaminado pelas idiossincrasias, da norma legal e nisso estabelecer o *iter directum* para a realiza o da Justiça? Entendemos que não, que   difícil, dif c lmo. E por mais que se depure o *comando* legal, abstraindo a norma de todos os fatores datados que ingressaram quando de sua feitura, ainda assim persistir  o sentido poliss mico do direito determinado pelo que o intérprete, como homem integral,  : ver-se-  na sentença de um juiz, por mais imparcial que pretenda – e deva – ser, o homem que  , sobressaindo na sua fundamenta o, nos argumentos lógico-jurídicos, os matizes predominantes de sua constitui o pessoal; se politicamente orientado   esquerda, a determina o que emanar da sentença sofrerá esse influxo; se conservador, leremos nela ordem e disciplina fundados, talvez, na preserva o da esfera individual do homem. Mas se as coisas são assim, se o discurso jurídico apenas reproduz, por escalas associativas de *ideolinguagem*, os postulados fundamentais das correntes em disputa pela hegemonia social, teremos no direito uma expressão tendenciosa das forças sociais e a nega o de sua posi o equidistante? Se, por outro lado, o ambiente sociocultural em que isso se opera for maciçamente homogêneo (e as demais expressões constituírem minorias), haverá uma ditadura do direito imediatizada pelas instâncias interpretativas e executórias?

  verdade que em vários episódios históricos o direito foi funcionalizado para servir a uma expressão de poder político, como ocorreu durante o *III Reich*, quando seu Código Penal estava repleto de normas em branco, que podiam ser preenchidas com os princípios da boa moral do homem alemão (logicamente, contrárias às minorias e aos não arianos); ou quando, ainda nos dias que correm, o direito, sob o pretexto de nacionalismo, interv m diretamente na limita o da propriedade industrial, dando arrimo, em verdade,   determinada ideologia política, no que, sem d vida, os marcos do estruturalismo de Foucault serviriam para aí identificar um discurso guiado pela técnica do poder, estabelecendo-se, de um lado, o dominador, do outro, o dominado. Mas não acreditamos

que dentro dos limites democráticos, em que o pluralismo prevalece, o direito seja urdido como instrumento de poder de um *establishment*: ele prevalecerá como poder, sim, mas do próprio povo, com todas as contradições a ele inerentes, que são afloradas com possibilidade de correção no encadeamento discursivo. Daí que os processos *filolinguísticos*, como vias sempre abertas e inesgotáveis, se estabeleçam como discursos éticos que corrigem os erros mais acentuados do direito.

.

PRESCRIÇÃO E ATO INFRACIONAL. UM PANO DE FUNDO PARA A DISCUSSÃO SOBRE O CURTO E O LONGO PRAZO DO DISCURSO INFRACIONAL

Paulo César Busato

Promotor de Justiça do Estado do Paraná

*Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo
de Olavide, na Espanha*

Silvia de Freitas Mendes

Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela

Universidade Estadual de Ponta Grossa

RESUMO

No presente artigo se faz a defesa da aplicação da prescrição ao ato infracional, como um exemplo a ser tomado em conta para a aplicação genérica das garantias conquistadas no âmbito penal à esfera do direito infracional. Nesse caminho, se procura desvendar os eufemismos empregados no âmbito da doutrina infracional, os quais, disfarçados na falsa ideia da proteção integral, servem de pálio ao abuso ainda perpetrado pelo emprego do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Mais ainda, procura-se a abertura de uma senda “emergencial” de garantias que não pretenda se contrapor à ideia de um futuro absolutamente abolicionista da instância de imputação às crianças e adolescentes, mas que não se conforme em apenas deitar em berço esplêndido, aguardando aquele incrível dia que nunca chegará.

PALAVRAS CHAVE: doutrina da proteção integral; medidas socioeducativas; prescrição penal.

INTRODUÇÃO

Há muito tempo temos debatido com os Promotores de Justiça, Juízes, advogados e professores que atuam na área da Infância e Juventude a respeito do que ousamos qualificar de “a questão penal”.

É sabido que a estrutura do Estatuto da Infância e Juventude (Lei n. 8069/1990) equilibra-se no princípio da proteção integral¹ e é com base nesse argumento fundamental que geralmente² se tenta afastar do âmbito da infância e juventude os conceitos e a terminologia própria do Direito Penal. Pretende-se, com isso, obviamente afastar tal coeficiente simbólico do Direito penal e todos os seus efeitos deletérios tão bem identificados pela Sociologia Criminal norte-americana e postos à mostra pela Criminologia Crítica. Evidências, como o processo de etiquetamento (*labeling approach*³) ou os processos de criminalização pelo estereótipo,

-
- 1 A proteção integral “é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.” LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991, p. 02. Ainda sobre doutrina da proteção integral vide NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12.
 - 2 Exceção honrosa se faça à excelente obra *Introdução Crítica ao Ato Infracional*, de Alexandre Morais da Rosa.
 - 3 “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquentes pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinqüente’. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juizes.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002, p. 86. Vide também HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la*

claramente perniciosos.

Assim, ao adotar – voltamos a frisar: ao amparo do princípio de proteção integral – terminologia frontalmente diversa da penal, por exemplo, “ato infracional” ao invés de “delito”, “representação” ao invés de “denúncia”, “medidas socioeducativas” ao invés de “penas”, “internamento” ao invés de “prisão”, o objetivo era afastar o estigma penal do adolescente de modo a evitar o etiquetamento e o processo de criminalização pelo estereótipo.

Pensamos, e nisso o nosso confronto com os operadores jurídicos mais afetos à área, que é chegado o momento de refletir sobre se esta providência meramente terminológica efetivamente logrou os objetivos pretendidos e, mais do que isso, se diante da evolução dos conceitos e da própria hermenêutica penal, ainda vale a pena ou se justifica a negação à evidência de que, no campo infracional, estamos tratando de aplicar, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, um “Direito penal do menor”. Mais ainda, é necessário refletir sobre as evidentes diferenças entre a adoção do princípio de proteção integral e a perspectiva correccionalista inspirada por um modelo de prevenção especial. Isso porque há uma contínua tendência de confundir as duas perspectivas, tratando-as de modo siamês algo se obriga ao uso de medidas próprias da prevenção especial sob o pálio da ideia de proteção integral e se rejeita as críticas ao modelo correccionalista através daquele mesmo princípio.

Com isso não queremos dizer, obviamente, que compactuamos com a proposição de uso de Direito penal como a melhor solução para os atos infracionais praticados pelos adolescentes. Apenas colocamos a lume que não é razoável esconder-se por trás de uma fraude de etiquetas a realidade forense do enfrentamento da questão e dar por justificada a vedação de uma série de garantias já oferecidas no âmbito penal aos adultos, sob o conveniente pálio da pretensão utópica abolicionista. Estamos de acordo com a manutenção de uma pretensão abolicionista no que tange aos atos infracionais a longo prazo. No mesmo sentido já vaticinava Radbruch, ao dizer que o futuro do Direito penal não está em um Direito penal melhor, mas em algo melhor que o Direito penal,

Criminologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.161-162; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 39 e ss.

algo mais humano e mais justo do que ele⁴. Porém, é necessário não descurar de atitudes a curto prazo. Há uma série de atos infracionais sendo julgados agora mesmo, ao amparo de uma estrutura legislativa que principiologicamente viola garantias fundamentais do ser humano. É necessário atentarmos também para isso.

O tema vem a lume a propósito, especialmente, de estar acesa a discussão sobre a aplicação de algumas garantias penais aos casos de atos infracionais, cuja possibilidade depende, essencialmente, do reconhecimento do seu caráter penal. Referimo-nos aqui, tomado como um exemplo, à aplicação da regra de extinção da punibilidade da prescrição, recém reconhecida pela súmula 338 do STJ. Ao reconhecer textualmente que “a prescrição é aplicável às medidas sócio-educativas”, o Tribunal tomou uma atitude direta de reação contra os abusos diariamente cometidos contra os adolescentes e abriu, novamente, a discussão sobre os termos em que se há de considerar a matéria do ato infracional.

1 DOS FUNDAMENTOS PENAIIS DA PRESCRIÇÃO

Os fundamentos que a doutrina apresenta para justificar a existência do instituto da prescrição estão todos associados à ideia de punibilidade.

Comenta Eduardo Reale Ferrari⁵ que, malgrado hajam inúmeros fundamentos pelos quais se procura doutrinariamente justificar a prescrição, eles podem ser agrupados fundamentalmente sob nove distintas teorias: do esquecimento, do arrependimento, da piedade, da prova, da emenda, da alteração psicológica, político-criminal, da presunção de negligência e, finalmente, da exclusão do ilícito.

A teoria do esquecimento justifica a prescrição pelo fato de que a

4 “[...] o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio Direito penal. Nesse dia, sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um direito penal *melhor* do que o actual, mas na dum direito de *melhoria* e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o Direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 324.

5 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 25.

sociedade esqueceu do fato criminoso, razão pela qual a punibilidade deve também ser esquecida⁶. A teoria da expiação do criminoso justifica a prescrição pelo castigo que já sofre o criminoso ao enfrentar-se com a longa e penosa tramitação do processo⁷. A teoria da piedade, subsidiária da do esquecimento, sustenta que a prescrição deriva de que o tempo faz despertar compaixão na sociedade com aquele cuja pena se persegue⁸. A teoria da dispersão das provas justifica a prescrição pela falibilidade da prova incriminadora, obtida muito tempo depois do fato, o que torna duvidosa a justiça da sentença nela apoiada⁹. A teoria da emenda sustenta que durante o andamento do processo é dado ao réu a oportunidade de redimir o mal praticado, sendo desnecessária a imposição de sanção com finalidade de ressocialização¹⁰, principalmente, se nesse período, o réu não voltou a delinquir¹¹. A teoria psicológica, que encontra raízes na Criminologia Sociológica de Gabriel Tarde, entende que a passagem do tempo com o peso do processo fará com que o réu se converta em outra pessoa, psicologicamente alterada em face daquela que cometeu o crime, pelo que, não se justificaria mais a punição¹². A teoria orientada por princípios de política criminal entende que a prescrição é um instrumento que auxilia na diminuição da criminalidade, atuando através da não punição tardia de condutas¹³. A teoria da presunção de negligência é aquela segundo a qual a prescrição se justifica por ser ela

6 Nesse sentido, entre outros ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 209; FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 25 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 716.

7 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 27.

8 ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 28.

9 ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p. 781; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 677 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 29; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado ...cit.*, p. 717.

10 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 31; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...cit.*, p. 677; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...cit.*, p. 781 e ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, p. 716.

12 ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 32.

13 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 33.

mesma uma espécie de punição contra a estrutura persecutória, que não deu conta de perseguir o criminoso em tempo hábil¹⁴. Finalmente, a teoria da exclusão do ilícito entende que, após muitos anos, o bem jurídico afligido pela conduta criminosa deixa de ter relevância social, de modo que materialmente perde sentido a punição¹⁵.

Como é fácil notar, todos os fundamentos que se apresentam como justificadores da prescrição são vinculados, de algum modo, aos fins da pena, especialmente às ideias de prevenção especial e retribuição. Isso porque as próprias modalidades de prescrição existentes são vinculadas a duas pretensões essenciais do Estado: a pretensão *punitiva* e a pretensão *executória da pena*. Isso só já faz denotar o caráter penal da prescrição¹⁶.

Dessa forma, o Estado não pode ter a possibilidade de punir alguém eternamente. Há que se ter um limitador para que o Estado saiba qual é o seu prazo para aplicar a pena. Isso faz com que o indivíduo que está sujeito a um inquérito policial ou a uma ação penal saiba que o detentor do *jus puniendi* terá que lhe dar uma resposta dentro de um lapso temporal, e não o fazendo perderá esse direito.

Em sendo assim, é óbvio que a prescrição se justifica como um instituto controlador da pretensão de aplicação e de execução de pena. Sua existência depende do reconhecimento de uma pretensão de controle social do intolerável através da aplicação de uma sanção¹⁷.

14 ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209; FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 34, no mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado ...cit.*, p. 717.

15 FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 35-36.

16 Por todos BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, pp. 715-718. “Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a *gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada [...] com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória”.

17 “Com efeito, convém destacar que o Estado, em um dado momento, busca intervir nas relações sociais para controlá-las. E Estado, sim, é o agente do Direito Penal, o que leva a efeito a pena, ainda que se trate de uma ação penal de iniciativa privada. O conhecimento sobre quem intervém torna possível conhecer suas motivações. O Estado é uma figura criada com um propósito fundamental e absolutamente claro: o de

A questão de sua aplicação ao ato infracional faria parecer, a partir de tais considerações, que se estaria dando simploriamente uma *tratativa penal* à questão do adolescente autor de ato infracional.

Parece-nos, no entanto, que a questão não é tão simples assim. Isso porque, por um lado, a transferência de garantias para a seara do ato infracional não tem porque levar junto a estigmatização penal. O penal, no caso, serve apenas de exemplo delimitador. Vale dizer que até mesmo no mecanismo mais recrudesciente de controle social existe um processo limitador pela prescrição, uma vez que esse mesmo instituto não se haveria de aplicar a outras formas de controle social. Por outro lado, é necessário somar a isso que, no âmbito do ato infracional a prescrição como instituto pode justificar-se sob outro fundamento que não o mesmo empregado no sistema penal. Ou seja, se no sistema penal a justificação da prescrição deriva dos fins da pena, no sistema de controle social destinado ao ato infracional não há porque justificar-se sob os mesmos fundamentos.

Assim, não há qualquer justificativa crítica cabível à distensão oriunda da matéria sumulada.

2 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR MEIO DO ATO INFRACIONAL

O controle social de práticas de atos infracionais derivado do Estatuto da Criança e do Adolescente merece cuidadosa análise de dois pontos de vista, pelo menos. Em primeiro lugar, é necessário evidenciar os pontos de contato entre os sistemas penal e infracional, pondo a lume a evidência de que, malgrado haja uma evidente evolução legislativa nos institutos que tratam da matéria no Brasil, ainda estamos muito longe de apresentar verdadeiramente um modelo de garantias. Depois, é também fundamental deixar claro que a opção pelo princípio de proteção integral não implica a adoção de uma perspectiva de prevenção

manter viva a sociedade. Ao Estado pertence a atribuição fundamental de regular as inter-relações sociais de um modo tal que tal que impeça a autodestruição desta mesma sociedade. O Estado tem início como uma figura cujo dever único e absoluto é manter a sociedade sob controle.” BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207.

especial no campo do ato infracional, senão todo o contrário.

2.1 A FRAUDE DE ETIQUETAS. A NOCIVIDADE DO EUFEMISMO EM MATÉRIA PENAL JUVENIL

Conquanto a doutrina brasileira no âmbito dos estudos jurídicos sobre a criança e o adolescente mantenha-se prevalentemente posicionada contra o reconhecimento da dimensão penal da intervenção na seara do ato infracional, é impossível deixar de reconhecer tratar-se de um mecanismo estatal-jurídico de controle social.

Nesse sentido, vale citar a lúcida crítica de Alexandre Morais da Rosa, no sentido de que “é preciso respeitar-se as opções do adolescente. Para isso é necessário que se o respeite como sujeito, abjurando a posição de inferioridade, para o tomar como outro”¹⁸. cremos firmemente que a inclusão do outro é a base de qualquer sistema discursivo que se pretenda minimamente justo.

2.1.1 A DISTORÇÃO DOGMÁTICA

É necessário reconhecer, porém, que o Estado interfere nesses casos somente a partir da prática do ato infracional. Ou seja, o comportamento de um adolescente, tipificado na esfera penal, é o gatilho que deflagra a intervenção estatal em sua vida. Evidentemente existe uma relação entre o fato e a intervenção. Uma contraposição própria do esquema norma-processo-sanção. Tanto é verdade que as medidas socioeducativas não podem ser aplicadas senão através de um procedimento apuratório de ato infracional que, por sua vez, depende da existência prévia da prática de um fato delitivo praticado por criança ou adolescente.

O problema é que essa regra, evidentemente estigmatizante, é tomada somente pelo lado simbólico-deletério e completamente abandonada em sua perspectiva de proporcionalidade ou do ponto de vista da delimitação negativa através da afirmação de garantias. Na verdade,

18 ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 2.

deflagrado o ato infracional, “a bondade que movimentada as ações na seara da infância e juventude é totalitária”¹⁹.

É que a delimitação negativa pela afirmação material (princípio de intervenção mínima) e formal (princípio de legalidade) não entram em discussão na seara da infância e juventude, mediante a simplória alegação de que “aqui não se está tratando de direito penal”. Esse simplesmente não é o perfil teórico que o Estatuto da Criança e do Adolescente pretende dar àquilo que eufemisticamente chama de “medidas socioeducativas”. Teoricamente, tais medidas estão presentes, tão-somente como atitudes protetivas-correcionais-educativas por parte do Estado. Ou seja, sua razão de existir jamais se coaduna com outra pretensão para além da mera sociabilização e educação. Não há, nem pode haver, qualquer caráter sancionatório ou vinculado à ideia de controle social. A respeito do fundamento das medidas socioeducativas:

As medidas sócio-educativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento tutelar empreendido, afim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social.²⁰

Nesse sentido, ainda:

Sob o ângulo das ciências humanas, as medidas sócio-educativas vão constituir o tratamento tutelar,

O tratamento tutelar define-se como uma ação sócio-educativa empreendida junto à personalidade do menor, com o objetivo de modelá-la para alcançar a integração social e evitar a recidiva.²¹

Em virtude deste perfil, justificado com ao amparo da ideia de proteção integral, o fundamento da prescrição e de uma série de outras garantias penais, como a função garantidora da tipicidade, o princípio

19 idem, p. 2.

20 LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto...cit.*, p. 55.

21 ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991. p. 121.

de intervenção mínima, as causas de exclusão da culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude, a decadência, o perdão judicial, a renúncia ao direito de queixa, a representação como condição de procedibilidade, etc., resultam deslocadas da instância infracional. Como resultado, “o autismo da ‘pretensão pedagógica’ da medida sócio-educativa produz vítimas, a todo momento”²².

É nesse ponto, em busca quicá dos mesmos fundamentos e garantias, que cremos não ser possível partilhar – sem desconhecer o valor que algum ponto de vista possui – a constatação daqueles que entendem a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, já ter havido uma verdadeira autonomia do Direito infracional²³. Com efeito, não cremos que esse marco legislativo represente, por si só, qualquer sorte de autonomia. Senão todo o contrário. Acreditamos, isso sim, que o Direito Infracional, como disciplina demanda ainda ser iniciado no Brasil e passa pela necessária transformação dos Juizados da Infância e Juventude do país²⁴. A pretensão de estabelecer garantias a partir de um Direito infracional desprezando completamente a referência penal proposta de boa intenção por alguns²⁵, resvala para o mesmo problema que as vertentes radicais abolicionistas penais, ou seja, para o âmbito de um sistema de controle social **que não contempla as garantias penais e que é muito mais intervencionista do que aquele**. Iconoclastia parnasiana nunca construiu soluções. A postura de insistir na aplicação das garantias penais não pode ser levemente classificada de “deficiência criminológica”²⁶, salvo se pregue a suficiência dessas mesmas garantias.

22 ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 5.

23 Veja-se, neste sentido, por todas, a opinião de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 5.

24 Nesse sentido o reconhecimento de Alexandre Morais da Rosa em *idem*, p. 6.

25 Acreditamos ser utópico – ainda que nobre – pensar que “não se precisa aproximar tanto o Direito penal do Direito Infracional para que ele se torne garantista. Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito penal”. *Idem*, p. 13. Acreditamos que o Direito Infracional precisa de um ponto de partida em termos de garantias. A existência de um perfil marcadamente penal no que tange à forma de intervenção está a **exigir e não apenas recomendar** a aplicação das garantias penais. Isso sem prejuízo, obviamente, do acréscimo de um novo perfil especializante que adicione novas garantias.

26 A observação crítica de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução ...cit.*, p. 9 aqui fica curta.

É, sem dúvida, necessário afirmar garantias no âmbito infracional para além das garantias penais. O que não é lógico, nem muito menos digno das posturas garantistas é voltar as costas às garantias penais no afã de – um dia, quem sabe – afirmar outras.

É preciso denunciar que persiste no Estatuto a utilização de categorias abertas, de cunho estigmatizante e intervencionista, como “situação irregular”, “necessidade imperiosa da medida” e mesmo “proteção integral”, as quais favorecem “a construção de um sistema paralelo, mais agudo que o sistema penal”²⁷.

Acreditamos, como entende a parcela mais cética – e não por isso menos crítica da doutrina, que as benesses que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no âmbito da matéria infracional são justamente “a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei”²⁸ ou seja, “trata-se do direito penal juvenil, que se constrói a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente”²⁹.

É curioso notar que um dos maiores ganhos para o adolescente infrator com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente foi justamente o estabelecimento de um processo³⁰, ou seja, a garantia da produção probatória em âmbito contraditório, em um verdadeiro processo penal! Ou seja, não há quem se atreva a medir diferenças essenciais entre uma representação e uma denúncia, entre o formato da instrução de ato infracional e do rito sumário do processo penal, da remissão e da transação da Lei n. 9.099/1995.

Entretanto, ainda que essa conquista seja um avanço significativo, “a resistência em reconhecer a natureza penal das medidas e do proce-

27 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 194.

28 Nesse sentido a relevante opinião de Karyna Sposato, não por acaso representante do ILANUD, em São Paulo durante largo período, expressada na obra SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 62.

29 Idem, p. 62.

30 No sentido da aplicação das garantias processuais aos adolescentes: CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.64; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto...cit.*, p. 135-136; PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995. p. 49-54.

dimento de sua imposição, faz que muitas garantias hoje consolidadas no campo do direito penal não sejam estendidas aos adolescentes”³¹. É necessária, nesse momento, “a construção de uma ‘dogmática processual infracional garantista’ como propugna Salo de Carvalho em relação ao Direito penal”³², vale dizer, é nas garantias exigidas contra a intervenção discriminatória penal que se deve buscar o ponto de partida para a criação de um sistema de garantias na seara infracional.

Seria de perguntar por que existe garantia de produção probatória da existência de um fato, cujo enquadramento legal estampado na representação é buscado justamente na lei penal incriminadora, se ao final as medidas aplicáveis serão fundamentadas tão-somente na necessidade de proteção do adolescente. Em que a existência ou não de fato típico e antijurídico altera a necessidade de educação e reinserção do adolescente? Se não altera em nada, por que submetê-lo ao processo? Se, ao contrário, for reconhecida a necessidade de existência de fato típico e antijurídico para a aplicação da medida, como negar que seu fundamento transcende a mera pretensão protetiva?

2.1.2 A DISTORÇÃO CRIMINOLÓGICA

Esse paradoxo não se revela unicamente pela via de uma análise meramente processual ou mesmo dogmática, mas também criminológica. Refiro-me à cifra negra. É de todos sabido que a criminalidade real é muitos números superior àquela registrada e que a passagem pelas agências de controle social penal judicial e penitenciária não correspondem à realidade da prática delituosa. Hassemer e Muñoz Conde referem que “há um bom número de delitos e delinquentes que não chegam a ser descobertos ou condenados. É o que constitui a chamada cifra negra, ou zona obscura da criminalidade”³³. Não há razão para crer que entre os adolescentes os índices sejam completamente diferentes. Senão, todo o contrário. Isso porque, conforme já largamente demons-

31 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...*cit., p. 194.

32 ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...*cit., p. 162.

33 HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología...*cit., p. 137. No Brasil, veja-se THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-20.

trado pela criminologia crítica, em sendo o crime uma criação humana, a eleição de condutas em um processo de criminalização, não se pode negar que o mesmo perfil se adote em outras dimensões do controle social. Assim também no âmbito infracional. Tanto é assim que o que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz é estabelecer uma relação direta entre intervenção estatal e a prática justamente daquelas condutas elencadas no catálogo penal. Assim, a “cifra negra” criminal se repete, nos mesmos padrões discriminatórios no âmbito infracional. É o que demonstra, justamente o estudo empírico realizado pelo ILANUD³⁴, em São Paulo.

Os estudos desenvolvidos no Instituto demonstraram, por exemplo, a repetição, no âmbito da seara infracional, dos preconceitos arraigados no sistema penal, em face de certos grupos, como os negros, os moradores de rua, os moradores da periferia, preferencialmente do sexo masculino. É que a pesquisa evidenciou flagrante disparidade entre o perfil social daqueles que sofriam a intervenção da justiça da infância e do adolescente e aqueles que em uma técnica de *self report crime* admitiam ter praticado algum ato infracional. Daí que os dados oficiais que se reportam unicamente às estatísticas judiciais formam a imagem distorcida de que a atividade infracional corresponde à prática de tipos penais considerados graves. Em resumo: os dados estatísticos revelam que o perfil da justiça infracional – **baseada na proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente** – obedece o mesmo perfil estigmatizante e discriminatório da instância penal.

De ser assim, é possível concluir que, de um lado, a instância penal não exerce efetivo controle social do intolerável, porque não alcança a realidade do crime, assim como a instância da infância e juventude não cumpre o seu papel reeducador e sociabilizante, já que não trabalha com índices reais de práticas de “atos infracionais”.

E isso ainda não é o pior. É possível afirmar, com alguma segurança, que sequer a justificativa fundamental do afastamento entre o

34 O ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente é um organismo técnico voltado à realização de pesquisa, produção de conhecimento e difusão de informações nas áreas da justiça criminal, prevenção e controle do crime, tratamento do delinquente e promoção dos Direitos Humanos, especialmente focado na questão da prática do ato infracional. A revista número 22 do Instituto publicou interessante trabalho sociológico e estatístico relacionado ao tema do ato infracional.

Direito Penal e o Direito da Infância e Juventude foi alcançada. Ou seja, o objetivo de evitar a estigmatização e o etiquetamento não só não foram logrados, mas também sensivelmente piorados, já que os objetivos de socialização e educação não estão sendo atingidos³⁵. Basta verificar entre os casais pretendentes à adoção, quantos estariam dispostos a receber uma criança ou adolescente infrator em suas famílias e quantas pessoas ao oferecer vagas de estágio de ensino médio optariam por um adolescente egresso de uma internação por prática de ato infracional.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para perceber o quanto o estigma e o preconceito resistiram à retórica e à terminologia eufemística³⁶. Além disso, houve um efeito colateral agravante: como o discurso visa a afastar a dimensão simbólica penal, a carga de controle social inserida no estatuto – certamente mais grave, em alguns casos³⁷, do que o penal – não é percebida pela população em geral, que tem a falsa ideia de que “com menor não acontece nada”. O efeito pernicioso disso é uma falsa sensação de inoperância do sistema infracional, que leva as pessoas a não acionarem os mecanismos de controle judiciais da infância e juventude e procurarem elas mesmas por odiosas iniciativas

35 “Na verdade, ainda que essas finalidades sejam próprias da internação, cujo objetivo deveria ser realmente a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, o que impossibilita a educação ou recuperação de qualquer infrator que venha a ser internado.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto...cit.*, p. 163.

36 “As ideologias de reeducação e substituição do conceito de pena pelo de medida de segurança permitiram, no mundo da infanto-adolescência, a criação de uma semântica ocultadora das conseqüências e sofrimentos reais, muitas vezes idênticos aos imperantes no mundo dos adultos.” GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina*. CBIA: Brasília, 1991, p. 42.

37 Em determinadas hipóteses a penalidade prevista no estatuto pode ter conseqüências mais graves que as provenientes das conseqüências penais aplicáveis aos adultos. Pois bem, dada a imprecisão na aplicação das medidas socioeducativas pode-se aplicar uma penalidade mais gravosa a um adolescente que cometeu um ato infracional não tão grave do que outro adolescente que cometeu um mais grave. Outro ponto a ser destacado é que com o que deveria ser uma grande mudança decorrente do Estatuto não se vê na prática: o respeito das garantias processuais. Nesse caso, é possível mencionar que a ampla defesa em muitos casos não resta efetivada, já que ao adolescente não é garantida uma entrevista com o advogado ou em audiência não está acompanhado do mencionado profissional. O contraditório também se vê suprido, pois em função da socialização e educação decorrentes da doutrina da proteção integral, argumentos defensivos não são aceitos em prol de tais finalidades.

de vingança privada.

Isso contribui por um lado para o incremento da cifra negra no âmbito infracional e, por outro, para um reforço do processo de estigmatização/etiquetamento, já que qualquer medida aplicada pela Vara da Infância e Juventude sempre parecerá, aos olhos do leigo, insuficiente. Esse descrédito em relação à atuação das Varas da Infância e Juventude aumenta consideravelmente quando a comunidade tem conhecimento de um ato infracional cometido por adolescente e sabe que esse é o estopim que deflagra um procedimento na Vara da Infância e Juventude. No entanto, não compreende o alcance do que deve ser a instância protetiva do adolescente e, esperando uma mera reação punitiva - já que, a seus olhos, o ponto de partida da intervenção foi a existência de um delito - o vê livre, quando foi determinada em sentença a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação³⁸.

Ou seja, uma mera substituição terminológica, sem mudança na essência, não conduz à evolução alguma. Nossa atuação na área infracional ainda é tímida, não ousa abandonar a instância penal, promover uma ruptura definitiva e, pior ainda, sequer se ocupa de - ao menos por ora - tratar de aplicar a dimensão limitadora do próprio direito penal. Na verdade, a imposição de medidas socioeducativas tem caráter seletivo e discriminatório, bem como um efeito simbólico de reprovação social, interferindo diretamente na esfera de liberdade dos adolescentes³⁹, exatamente como funcionam o sistema penal. No entanto, as garantias e princípios limitadores não estão presentes.

Enfim, o Estatuto da Criança e do Adolescente preserva uma vertente interventora, mascara seu próprio caráter penal e recorta, apoiado em um discurso retórico, as mínimas garantias oferecidas pelo sistema criminal. Nesse sentido, afirma Karyna Sposato:

O estudo da construção do direito da criança e do

38 D'AGOSTINI afirma que "Os meios de comunicação de massa dão um caráter sensacionalista à questão da prática de atos infracionais por crianças e adolescentes gerando uma 'histeria social' que acaba legitimando no imaginário social uma resposta violenta aos adolescentes ou mesmo às crianças que venham a cometer uma infração legal, *'indo desde a redução da responsabilidade até a pena de morte.'*" D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

39 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 193.

adolescente, da organização do sistema de justiça da infância e da juventude brasileira e da matéria pertinente à responsabilização de adolescentes autores de ato infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente apontam para a existência de um direito penal juvenil brasileiro.

Desde as primeiras disposições pelos Códigos Penais retribucionistas, passando pelas legislações de menores, até a entrada em vigor da Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a disciplina sobre o exercício do poder punitivo do Estado diante do cometimento de delitos por menores de 18 anos **tem-se utilizado de conceitos neutralizadores de sua natureza penal, garantindo, no entanto, maior controle.**

A discricionariedade, característica marcante historicamente do funcionamento da justiça da infância e juventude em nosso país, especialmente no que tange à atribuição da autoria de atos infracionais aos adolescentes e conseqüente imposição de medidas socioeducativas, revela um sistema altamente arbitrário e totalizante, em nome de suposta 'proteção'⁴⁰.

Por isso, sem perder de vista a necessidade de afirmação de um direito infracional de futuro completamente descolado da instância penal, resulta imprescindível a afirmação, agora, ao menos das garantias penais contra o desbordo do estado de coisas, deixando de lado a hipocrisia e reconhecendo que o que vivemos legislativamente e na instância forense é um "Direito penal do menor" ou "Direito penal juvenil". O reconhecimento disso serve para afirmar garantias mínimas e não tem porque inviabilizar o avanço para um modelo independente e próprio de tratativa do tema. É necessário romper com a fraude de etiquetas para afirmar garantias.

"A desmitificação dessa realidade punitiva tem como conseqüência, de um lado, o reconheci-

40 Idem, p. 193.

to para os adolescentes de garantias e princípios essenciais ao Estado democrático e social e direito, presentes na aplicação do chamado direito penal de adultos e, de outro, a consolidação de princípios especiais, constitucionalmente previstos”⁴¹.

É muito importante, contudo, ressaltar que com isso não se pretende confirmar uma estigmatização que pré-existe, mas sim emprestar ao âmbito da apuração de ato infracional todas as garantias que são hoje em dia aplicáveis ao Direito Penal e ao Processo Penal⁴².

Aliás, como antes aventado, é justamente a garantia do processo penal – que é parte do sistema penal – um dos logros mais importantes do Estatuto da Criança e do Adolescente na superação do nefasto Código de Menores.

Pois bem. Hoje em dia é voz corrente na seara penal que o conceito de ciência penal ou de Direito Penal em sentido amplo abrange também o Processo Penal. Ambos hão de ser instâncias garantidoras. Institutos como o princípio de inocência, o princípio de culpabilidade, o princípio de legalidade, o princípio de intervenção mínima e as causas extintivas de punibilidade são absolutamente compartilhados pelo Direito Penal e o Processo Penal. Desse modo, ao defender o reconhecimento das garantias penais para o adolescente infrator, o fazemos pela via da conexão inquestionável do processo penal. E justamente incorporando essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro editou recentemente a súmula 338, a qual admite a aplicação da prescrição às medidas socioeducativas⁴³.

Obviamente, o avanço das garantias na seara infracional não há de parar por aí, ou seja, não deve limitar-se à importação pura e simples do modelo penal. Até porque, essa sim seria uma postura altamente criticável. O modelo deve avançar. Esse avanço, a nosso sentir, ronda uma questão essencial e de fundo: a necessidade de dissociação da hermenêutica do modelo de proteção integral no âmbito infracional

41 Idem, p. 193.

42 Partilhamos, pois, a pretensão de que um elenco de garantias penais e processuais penais tão amplo quanto aquele apresentado em ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução...* cit., p. 163-168 seja implantado no âmbito infracional.

43 Súmula 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.”

da ideia de prevenção especial. Ou seja, a necessidade de abandono do modelo pedagógico.

2.2 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E SUA DESVINCULAÇÃO DA PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO ESPECIAL.

Há uma crítica fundamental em que coincidimos com a perspectiva mais lúcida dos críticos de uma aproximação do Direito Infracional das garantias penais⁴⁴: é o fato inarredável de que o perfil antigarantista do modelo de controle social infracional reside na postura pedagógica, na ideia de associação entre prevenção especial e proteção integral. Na verdade, somente um perfil democrático que não guarde pretensão de moldar o adolescente infrator, que o respeite como afirmação de sua individualidade, pode pretender ter alguma legitimidade.

Importa destacar que o princípio de proteção integral diz respeito à necessidade de filtrar os conteúdos de regras (normas) à criança e ao adolescente segundo uma perspectiva mais benéfica possível para eles, especialmente no que se refere a situações conflituosas. Isso não quer dizer que, quando se trata de aplicação de medidas socioeducativas, elas devam ser aplicadas segundo uma dinâmica de prevenção especial, em sentido curativo.

Aliás, essa é justamente uma perspectiva ultrapassada⁴⁵ associada à doutrina da situação irregular, oriunda de Platão e acolhida mais tarde por São Tomás de Aquino, baseada na ideia de livre arbítrio e que a sanção deve ser uma *poena medicinalis*, ou seja, o Estado não deve apenas castigar o delinquente, mas sim constrangê-lo a tornar-se bom⁴⁶.

Essa ideia de pena pedagógica, totalmente acolhida pelo modelo infracional pedagógico, estava no pensamento de Thomas More, Giambattista Vico, Hobbes, Grotius, Pufendorf Thomasius e Bentham⁴⁷

44 Referimo-nos a ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 14.

45 ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica acerca das finalidades das medidas sócio-educativas”, in *Boletim do IBCCrim*, ano 15, n. 185, abril de 2008. São Paulo: IBCCrim, 2008. p. 13.

46 FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 195.

47 Idem, p. 196.

e acabou formando a escola correcionalista Alemã, através de Karl David August Röder, que “considera o delinquente um ser incapaz de fazer bom uso de sua liberdade exterior. Por isso deve ser educado e emendado moralmente, para que recobre esta capacidade”⁴⁸. Assim também derivou do mesmo pensamento a escola correcionalista espanhola com Francisco Giner de los Rios, Luís Silvela, Concepción Arenal e principalmente Pedro Dorado Montero, que propunha um “direito de proteção dos criminosos”⁴⁹. O que se sugeria era o abandono da idéia de castigo aos delinquentes para a adoção simplesmente de medidas de proteção tutelar⁵⁰.

Essa lógica da tutela em matéria criminal foi justamente o modelo adotado pelas primeiras legislações que cuidaram dos delitos praticados por adolescentes no Brasil. Tratava-se de perspectivas “fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil”⁵¹. “A Doutrina da Situação Irregular foi inaugurada no ano de 1927, com o Código Mello Matos, sendo também adotada pela Lei n. 6.697/1979, o chamado Código de Menores”⁵².

A adoção de uma perspectiva correcional fez com que estivessem justificadas todas as intervenções praticadas em relação às crianças e aos adolescentes, ainda que, para tanto, se estivesse cerceando direitos e garantias fundamentais. Desde modo, “como as medidas eram consideradas benéficas, ou seja, uma oportunidade dada ao jovem de reeducar-se, afastavam-se de sua aplicação quaisquer garantias, utilizando-se o jovem como mero instrumento da vontade Estatal”⁵³. O ato ilícito aplicado não era considerado um fato delitivo isolado que merecia resposta proporcional e a ele vinculada, mas sim um sintoma de falta de adaptação social, apto a justificar uma intervenção sem limites de proporção nem quanto ao tempo, nem quanto à intensidade.

Com projeto do novo Estatuto da Criança e do Adolescente, a proposta de proteção integral deveria se contrapor frontalmente ao

48 Idem, p. 196.

49 Idem, p. 196-197.

50 Idem, p. 197.

51 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 26.

52 Nesse sentido ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit.”, p. 13.

53 idem, p. 13.

modelo incriminatório, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, titulares de garantias positivas⁵⁴. O Estatuto da criança e do adolescente deveria, portanto, ser interpretado sistematicamente de modo a atingir o modelo infracional. Ou seja, a parte do Direito da Infância e Juventude que cuida do ato infracional deveria considerar este ato “como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do direito penal”.

Não é isso que se fez e se faz no âmbito da criminalização primária, nem secundária. Do ponto de vista da criminalização primária, o Estatuto continua se servindo do catálogo penal para contrapor a interposição de medidas socioeducativas e utiliza uma contraposição processual equivalente ao processo penal. No ponto de vista da criminalização secundária, a postura forense continua herdeira de um modelo correcionalista baseado no “bom senso” didático do “Juiz de Menores”.

Obviamente, essa realidade interventiva desmedida não representa senão uma contraposição com a ideia de prevenção integral e não seu corolário.

De modo contrário, a perspectiva penal que arranca do pós-guerra em todas as democracias ocidentais a ideia primordial de valoração de direitos humanos converte-se em filtro hermenêutico penal, que fica ainda mais evidente a partir da ideia de Roxin⁵⁵ de aproximação entre a política criminal e a dogmática, visando à correção das distorções legislativas, tudo com o fito de afirmar as garantias fundamentais no âmbito criminal.

Assim, não é admissível que as garantias já oferecidas e afirmadas no âmbito penal não transcendam ao modelo infracional sob o pretexto de gerar estigmatização e sob o argumento de incompatibilidade entre a ideia de proteção integral e o oferecimento das garantias derivadas do sistema penal democraticamente concebido. Isso porque, como visto, a estigmatização existe à margem do sistema penal e mesmo sem aproximação dele e o sistema infracional, no modo como é concebido, emprega boa parte da carga seletiva e discriminatória do sistema penal, sem levar consigo um mínimo de garantia.

54 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 49.

55 Veja-se ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002, tradução da clássica obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

O rompimento ditado pelos tratados internacionais⁵⁶ e pela própria Constituição Federal⁵⁷, plasmado finalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸, não é uma rasa negativa da dimensão penal, senão um caminhar na direção daquele âmbito e que, por errado, deve, do mesmo modo que o sistema penal, ser contraposto às garantias fundamentais até que se possa afastar definitivamente qualquer relação com ele e afirmar sua superação por um modelo menos intervencionista.

É claro que não se há de exigir dos menores o mesmo nível de responsabilidade penal, nem mesmo uma idêntica resposta de parte do Estado, mas sim a adoção de uma relação limitada com o ato infracional e principalmente de transposição de garantias penais para as medidas socioeducativas como medida de emergência, como paliativo para o que acontece agora. Isso não significa o abandono de prosseguir na senda afirmativa de superação do modelo penal. Tal recomendação é dirigida também ao próprio sistema penal, posto que a história do Direito Penal – malgrado sobressaltos e passos atrás – foi e há de ser a história progressiva da sua saída de cena.

Assim, é preciso reconhecer que “negar o caráter repressor das reprimendas destinadas aos jovens e fazê-lo significa regredir a um período no qual a autonomia das crianças e adolescentes foi suprimida e negligenciada”⁵⁹. É fundamental a adoção de uma perspectiva garantista, que vise a afastar do cotidiano do adolescente infrator um modelo tutelar que se traduz literalmente em um Direito penal do autor⁶⁰, posto que igualmente às penas, as medidas socioeducativas não podem ser fundamentadas em algo que, em realidade, não é mais do que uma faceta dos seus efeitos. Vale dizer que é necessário afastar a ideia de ressocialização ou re-educação, enfim, a proposta *pedagógica*, posto que, ainda que se produza, não é mais do que um efeito, não necessariamente (inclusive raramente) ocorrente e, como tal, não tem o condão de servir

56 Referimo-nos, aqui, à Convenção sobre os Direitos da Criança, Diretrizes de Riad para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Regras das Nações Unidas para os Menores Privados de Liberdade e Regras de Beijing ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores. Cf. ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit., p. 14.

57 Art. 227.

58 Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990.

59 ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit., p. 14.

60 Cf. *idem*, p. 14.

como fundamento justificador de algo⁶¹.

A atividade de controle social referida a ato infracional há de obedecer a ideia de intervenção mínima ou de controle social reservado apenas para o intolerável. Sendo assim, as garantias penais que impedem que uma acusação tenha transcendência para além dos limites do tempo têm também aplicabilidade à situação de ato infracional.

3 A PRESCRIÇÃO EM ATO INFRACIONAL.

E aí se chega ao pano de fundo do presente escrito: a afirmação da transmissão à seara infracional, dos direitos e garantias penais, entre eles a da prescrição. O reconhecimento do caráter marcadamente penal do sistema infracional requer, em sentido emergencial, o controle de um sistema de garantias. Nesse sentido:

O não reconhecimento da prescrição, a cumulação de medidas, a falta de proporção e humanidade das sanções, e a ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade são exemplos cotidianos no nosso sistema. Sem mencionar a brutalidade da execução das medidas socioeducativas, cujo conteúdo pedagógico é sistematicamente vilipendiado pela violência das instituições.

Portanto, esta é nossa primeira e mais desafiante tentativa: destacar que no texto da Lei 8.069/1990 encontram-se disposições penais e sanções que, aplicadas, produzem os mesmo efeitos das penas.

Daí a necessidade de introduzir, na aplicação das regras e princípios que norteiam a imposição das medidas socioeducativas, critérios de política cri-

61 Nesse sentido, refere Fernanda Araújo ser “evidente que se da reprimenda surge algum benefício para o adolescente isso é apenas um valor agregado à sanção e não mais seu fundamento ou justificação, tal qual ocorria no modelo anterior”. Idem, p. 14. No que tange às penas, a identificação da prevenção especial como um mero efeito e não como fundamento veja-se, em detalhes, BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, p. 205 e ss.

minal, e sobretudo construir bases científicas mais sólidas sobre a matéria.

Assim como o ato infracional é crime, a medida socioeducativa é sanção jurídico-penal. Resta, portanto, fazer valer também para os adolescentes brasileiros as regras democráticas do devido processo legal⁶².

Nossa pretensão hermenêutica, em razão dos argumentos acima transcritos, de reconhecimento do caráter penal da interferência das Varas da Infância e Juventude, em casos de atos infracionais, conduz inarredavelmente ao reconhecimento da prescrição em tais situações. É que o controle social exercido através das medidas socioeducativas não pode ser perpétuo, posto que perde qualquer sentido e fundamento. As ideias de prevenção e socialização – pretensões tão-somente discursivas – se perdem. De outro lado, a afirmação de um controle social subordinado a regras de garantia, igualmente se dilui diante da passagem do tempo, pela própria acomodação social.

Em resumo: a passagem do tempo esgota o sentido da medida socioeducativa quer se considere de um ponto de vista da proposição retórica do Estatuto, quer se considere diante da realidade intervencionista e estigmatizante efetivamente produzida. Ou seja, mesmo os arautos da pretensão pedagógica ou os arautos do modelo de lei e ordem não têm argumentos lógicos para perseguir a não aplicação da prescrição ao Direito Infracional.

Resta apenas o vazio discurso das etiquetas. A crítica cabível se reduz à negativa meramente retórica e totalmente cega da nocividade da aplicação de garantias penais ao Direito infracional. Se isso não pode ser negado, por constituir garantias, chega-se ao impasse.

Se considerarmos que as garantias processuais e penais devem ser aplicadas no âmbito do Direito infracional, não podemos afastar a extinção da punibilidade pela via da prescrição. Inadmissível pretender eternizar um direito de intervenção estatal, afirmando-se que aos adolescentes infratores não se aplicam penas determinadas, mas sim medidas que visam a sua recuperação ou socialização, graças ao discurso fundado na proteção integral.

62 SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 194-195.

A súmula é, portanto, bem-vinda, lúcida e apropriada. Mas apenas um pequeno passo da longa estrada a ser percorrida para a afirmação da identidade do menor como sujeito. O que não se pode negar é que esse passo dado é um passo adiante!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica acerca das finalidades das medias sócio-educativas”, in *Boletim do IBCCrim*, ano 15, n. 185, abril de 2008. São Paulo: IBCCrim, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

D’AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina*. CBIA: Brasília, 1991.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

- LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ORTS BERENQUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.
- SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O FENÔMENO *BULLYING*: DO CONCEITO AO COMBATE E À PREVENÇÃO

Priscilla Linhares Albino

*Promotora de Justiça do Estado de Santa Catarina
Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela UNIVILLE*

Marlos Gonçalves Terêncio

*Psicólogo do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude / MPSC
Mestre e Doutorando em Psicologia pela UFSC*

SUMÁRIO

Introdução - 1 Muito Além de Brincadeiras Pueris... - 2 Dados Sobre Prevalência - 3 Problematizando o Conceito - 4 Estrangeirismo e Alienação - 5 Intolerância e Preconceito - 6 Aspectos Jurídicos - 7 Prevenção Sob um Enfoque Sistêmico - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

Este artigo se presta a uma análise jurídica e psicológica do fenômeno conhecido como *bullying*, com vistas ao seu combate e prevenção. Para tanto, verifica-se o histórico recente do fenômeno e analisa-se criticamente seu conceito, o qual deve ser ligado a amplas problemáticas sociais, como a intolerância e o preconceito, cujas raízes psicossociais resistem a soluções simplistas para sua dissolução. São abordadas, também, as relações entre o *bullying*, o ato de disciplina e

o ato infracional, atentando-se para a necessidade de estabelecimento de um novo equilíbrio entre a responsabilidade escolar e a judicial no que tange ao combate desse mal. Finalmente, analisam-se as diferentes propostas para sua prevenção, apontando para a necessidade de intervenções em âmbito sistêmico, dentre as quais se enquadra a Campanha do Ministério Público Catarinense, “Bullying, isso não é brincadeira”.

PALAVRAS-CHAVE: bullying, violência escolar, combate, prevenção.

INTRODUÇÃO

O presente texto não tem o condão de esgotar o assunto, mas trazer reflexões sobre um fenômeno cuja denominação – *bullying* – define todas as atitudes agressivas, intencionais e repetitivas adotadas por uma pessoa ou um grupo contra outro(s), causando dor, angústia e sofrimento. Tal forma de violência ocorre em uma relação desigual de poder, caracterizando uma real situação de desvantagem para a vítima.

Referida denominação, estranha aos brasileiros, ainda demanda esclarecimentos. Importada da língua inglesa, aparentemente ganhou o sentido hoje usado a partir das pesquisas do Professor Dan Olweus, na Universidade de Bergen – Noruega, iniciadas no fim da década de setenta. Esse pesquisador desenvolveu a primeira grande investigação sistemática sobre o tema, tendo publicado seus resultados na obra *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*¹.

Por um período considerável de tempo, até próximo dos anos 90, pouco interesse internacional despertou em relação ao problema. Atualmente, além da Noruega, os Estados Unidos, Portugal e Espanha são os países com maior desenvolvimento de pesquisas sobre o tema.

Muitas definições correntes sobre o *bullying* têm afirmado que sua incidência ocorre unicamente entre crianças e adolescentes e, especificamente, em contextos escolares. Cabe lembrar, contudo, que o conceito é mais amplo, podendo abranger os comportamentos da relação pro-

1 OLWEUS, D. *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*. Washington: Hemisphere Pub. Corp.; New York: Halsted Press, 1978.

fessores-alunos², assim como de adultos em um ambiente profissional qualquer. Nessa última situação, é mais comum que o problema seja definido como “assédio moral”, cujo conceito envolve a exposição de trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, podendo fazer até mesmo com que a vítima desista de seu emprego.

Martins (2005)³ classifica três grandes formas de *bullying*. A primeira envolve comportamentos “diretos e físicos”, o que inclui atos como agredir fisicamente, roubar ou estragar objetos alheios, extorquir dinheiro, forçar comportamentos sexuais, obrigar a realização de atividades servis, ou a ameaça desses itens. A segunda forma inclui comportamentos “diretos e verbais”, como insultar, apelidar, “tirar sarro”, fazer comentários racistas, homofóbicos ou que digam respeito a qualquer diferença no outro. Por último, há os comportamentos “indiretos” de *bullying*, como excluir sistematicamente uma pessoa, fazer fofocas ou espalhar boatos, ameaçar excluir alguém de um grupo para obter algum favorecimento ou, de maneira geral, manipular a vida social de outrem.

Há que se atentar, também, para uma forma mais recente de intimidação, chamada *cyberbullying*, que se concretiza pela utilização de tecnologias de comunicação, como computadores e celulares ligados à Internet, para realização dessas violências⁴. No Brasil, o *cyberbullying* é muito comum nas redes de relacionamento social, nas quais mensagens injuriosas são disseminadas rapidamente. É certo que a falsa sensação de anonimato e impunidade, características da internet, estimula muito esse tipo de comportamento.

Contudo, independente da forma como se manifesta, deve-se reconhecer que o *bullying* é um importante aspecto da violência social e escolar, cujo crescimento vem despertando atenção à necessidade de seu enfrentamento.

2 PALACIOS, Maria & REGO, Sérgio. Bullying: mais uma epidemia invisível? *Revista Brasileira de Educação Médica*, 30 (1), 3-5, 2006.

3 MARTINS, Maria José. O problema da violência escolar: uma clarificação e diferenciação de vários conceitos relacionados. *Revista Portuguesa de Educação*, 18 (1), 93-105, 2005.

4 LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria*, 81 (5), 164-172, 2005.

1 MUITO ALÉM DE BRINCADEIRAS PUERIS...

Até pouco tempo atrás, a prática do *bullying* escolar costumava ser vista pelos adultos, inclusive pais, professores e diretores, como brincadeiras pueris, próprias à idade infantil ou adolescente. Falava-se, inclusive, em ser algo que faz parte da iniciação à vida adulta⁵, comparável até mesmo a um rito de passagem.

Afinal, quem nunca sofreu ou praticou gozações em seus anos escolares? Quem nunca apelidou ou recebeu apelidos? As várias pesquisas que se acumularam sobre o tema, contudo, demonstraram que as consequências dessa prática, especialmente para as vítimas, são demasiadamente graves para continuarmos supondo serem simples gracejos e divertimento mútuo.

São, assim, consequências comuns àqueles repetidamente vitimados pelo *bullying*: baixa autoestima, baixo rendimento e evasão escolar, estresse, ansiedade e agressividade. Nesse sentido, a presença ou não de um bom suporte familiar pode ser decisivo para que o infante supere as situações traumáticas vivenciadas ou, ao contrário, entregue-se ao isolamento social como uma forma de fuga e proteção contra as agressões. A situação pode, então, progredir para transtornos psicopatológicos graves, como fobias, depressões, idéias suicidas e desejos intensos de vingança.

Ressalte-se, a propósito, que os fatos desencadeadores de interesse governamental e social sobre essa problemática foram grandes tragédias, as quais, infelizmente, demonstraram os atos de violência extremada que o *bullying* pode induzir, ainda que lentamente.

Um dos primeiros casos com repercussão internacional sobre o tema aconteceu na Noruega, em 1983, quando três adolescentes que sofriam *bullying* severo de colegas acabaram cometendo suicídio. O caso chamou a atenção do Ministério da Educação daquele país, que iniciou uma campanha nacional contra o *bullying* escolar.

Nos EUA, atos de extrema violência, sobre os quais há fortes

5 LOPES NETO, Aramis A. op.cit., 2005. MASCARENHAS, Suely. Gestão do bullying e da indisciplina e qualidade do bem-estar psicossocial de docentes e discentes do Brasil (Rondônia). *Psicologia, Saúde & Doenças*, 7 (1), 95-107, 2006.

indícios de motivação por *bullying*, passaram a ser algo comum. Em 1999, dois adolescentes foram responsáveis por um grande massacre no Instituto Columbine do Estado do Colorado. Eles mataram a tiros 13 pessoas e deixaram mais 21 feridos para então cometerem suicídio. Há relatos de que ambos não eram bem quistos na escola: sofriam com ridicularizações e remoíam planos de vingança, os quais foram publicados em um *blog* na internet.

Já em 2007, um jovem de 23 anos promoveu novo massacre nos EUA, assassinando 32 pessoas e ferindo outras 23, com subsequente suicídio no Instituto Politécnico da Virgínia (Virginia Tech). O estudante sul-coreano de 23 anos documentou, abundantemente, no manifesto que fez chegar à emissora NBC, as práticas de *bullying* a que teria sido submetido na universidade. Essas práticas incluíram, nomeadamente, críticas à sua maneira de vestir, considerada antiquada pelos colegas, à sua maneira de falar, ao seu aspecto físico e às suas origens étnicas.

Vale realçar que há traços comuns nos autores de ambos os massacres: a) foram vítimas de *bullying*; b) tiveram acesso fácil a armas de fogo; c) viviam isolados dos colegas e; d) foram expostos durante a adolescência a jogos eletrônicos e filmes de extrema violência e crueldade.

Ainda neste ano de 2009, dois garotos de 11 anos, estudantes dos Estados de Massachusetts e Geórgia, também nos EUA, suicidaram-se por motivos relacionados ao *bullying* em um intervalo aproximado de duas semanas. Importa notar que os Estados em questão possuíam leis antibullying e aplicavam programas de prevenção nas escolas envolvidas.

Para não pensarmos que esse tipo de situação extremada acontece somente nos EUA e em países europeus, lembremos que, em 2003, um jovem de 18 anos invadiu a escola onde estudou na pequena cidade de Taiuva (São Paulo) e feriu a tiros seis estudantes, uma professora e o zelador, para em seguida tirar a própria vida. Alunos da escola e familiares do rapaz disseram à polícia que várias pessoas teriam humilhado o estudante – durante anos – com apelidos pejorativos por ter sido obeso. As chacotas teriam continuado mesmo após ele emagrecer quase 30 quilos.

Outra violência como essa ocorreu na cidade de Remanso em 2004, no estado da Bahia, quando um adolescente de 17 anos matou a

tiros duas pessoas, deixando outras três feridas. Após o fato, também tentou suicídio mas foi impedido. O jovem era humilhado pelos colegas na escola e cometeu os crimes após ter tomado um banho de lama dos colegas enquanto andava de bicicleta pelas ruas do município.

Finalmente, há também o curioso caso do estudante de João Pessoa (Paraíba) que, em 2007, publicou ameaças em uma rede de relacionamento virtual, segundo as quais provocaria violência com armas de fogo em seu colégio caso a direção permanecesse omissa em relação ao bullying que sofria há cerca de três anos. No ano seguinte, o mesmo estudante publicou vídeos na internet e forjou seu próprio sequestro, tudo para chamar a atenção das autoridades em relação ao bullying que, em sua opinião, continuava acontecendo no estabelecimento de ensino. O caso chamou a atenção do Ministério Público Estadual para a necessidade de campanhas de prevenção a essa problemática.

Deste modo, ainda que alguns objetem acerca da relativa raridade de eventos trágicos ou polêmicos como os supracitados, cabe salientar que eles devem nos servir como alertas, pois constituem apenas a “ponta do iceberg” de um fenômeno extremamente comum e que ocorre, muitas vezes, de forma quase silenciosa⁶.

2 DADOS SOBRE PREVALÊNCIA

A prevalência do *bullying*, tanto no Brasil como no mundo, é um dado controverso, uma vez que depende diretamente da definição e da frequência dos atos agressivos que cada pesquisa utiliza para circunscrever a ocorrência ou não do fenômeno.

Em uma pesquisa comparativa internacional envolvendo 113.200 estudantes de 25 países, Nansel *et al.* (2004)⁷ observou que a percentagem de escolares envolvidos em *bullying* tinha grandes variações, começando em 9% na Suécia até chegar em 54% na Lituânia. Como vítimas,

6 GOMES, A.; GALA, F.; LUPIANI, M.; BERNALTE, A.; MIRET, M.; LUPIANI, S.; BARRETO, M. El “bullying” y otras formas de violencia adolescente. *Cuadernos de Medicina Forense*, 13 (48/49), 165-177, 2007.

7 NANSEL, T.R.; CRAIG, W.; OVERPECK, M.D.; SALUDA, G.; RUAN, J. Cross-national consistency in the relationship between bullying behaviors and psychosocial adjustment. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 156, 730-6, 2004.

a proporção ia de 5% na Suécia até 20% na Lituânia, com uma média internacional de 11%. Como agressores, obteve-se desde 3% na Suécia até 20% na Dinamarca, com uma média internacional de 10%. O papel duplo de agressor e vítima (*bully-vítima*) variou desde 1% na Suécia até 20% na Lituânia, sendo a média de todos os países igual a 6%.

No Brasil, o primeiro grande levantamento foi realizado pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Juventude - ABRAPIA, entre 2002 e 2003⁸. A pesquisa, que envolveu 5.875 estudantes de 5^a a 8^a séries de onze escolas cariocas, revelou que 40,5% desses alunos admitiram ter estado diretamente envolvidos em atos de bullying, naquele período, sendo 16,9% vítimas (ou alvos), 10,9% alvos/autores (ou “bully/vítimas”) e 12,7% agressores (ou autores de bullying).

Importante destacar, também, uma pesquisa muito recente sobre preconceito e discriminação em contexto escolar, realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) em convênio com o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC). A pesquisa⁹ abrangeu 18.599 respondentes em 501 escolas de 27 Estados, incluindo estudantes, professores, diretores, demais profissionais de educação e pais ou responsáveis. Os resultados indicam que o preconceito e a discriminação latentes nas escolas resultam muitas vezes em situações em que pessoas são humilhadas, agredidas ou acusadas de forma injusta – simplesmente pelo fato de fazerem parte de algum grupo social específico.

Ainda segundo a pesquisa (FIPE/INEP, 2009), as práticas discriminatórias no ambiente escolar (*bullying*) têm como principais vítimas os alunos, porém atingem também professores e funcionários. Entre alunos, os respondentes declaram conhecer mais práticas discriminatórias motivadas pelo fato de serem as vítimas negras (19%), em seguida por serem pobres (18,2%) e, em terceiro lugar, por serem homossexuais (17,4%). Já entre professores, as principais vítimas de

8 LOPES NETO, A.; SAAVEDRA, L.H. *Diga não para o bullying: Programa de Redução do Comportamento Agressivo entre Estudantes*. Rio de Janeiro: ABRAPIA, 2003.

9 FIPE/MEC/INEP. *Projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico racial, gênero, orientação sexual, geracional, territorial, de necessidade especiais e socioeconômica: sumário dos resultados da pesquisa*. Brasília, 2009.

tais situações são os mais velhos (8,9%), os homossexuais (8,1%) e as mulheres (8%).

Algumas outras variáveis importantes sobre a prevalência do *bullying* escolar são a idade dos alunos, o sexo e os locais de ocorrência. Uma série de estudos tem apontado que o *bullying* é mais frequente quanto menor a idade dos jovens¹⁰. No Brasil, Francisco e Libório (2009)¹¹ identificaram uma diferença no tipo de comportamento de *bullying* em relação à idade e à escolaridade dos entrevistados: em alunos de 5ª série, as formas de violência se manifestaram mais por meio de ameaças físicas. Por sua vez, em discentes da 8ª série destacaram-se os insultos e as provocações.

Em relação ao sexo, a maioria das pesquisas revela que os meninos vitimizam mais que as meninas, além de se utilizarem mais da agressão física e verbal. As meninas, por seu turno, usariam mais a agressão indireta relacional, tal como espalhar rumores (fofocas) ou realizar exclusão social¹². Gomes *et al.* (2007)¹³, ao realizarem uma análise da literatura sobre o tema, constataram que os meninos costumam ser mais agredidos somente por meninos, enquanto as meninas podem ser agredidas tanto por meninos quanto por meninas. É certo que se deve considerar nesses resultados a grande influência dos papéis de gênero, ou seja, da construção histórica e social da masculinidade e da feminilidade, uma vez que os meninos costumam ser incentivados socialmente a assumir posições fisicamente violentas, enquanto às meninas restam formas mais sutis de agressão.

10 OLWEUS, D. Bully/victim problems among schoolchildren: basic factors and effects of a school-based intervention program. In: PEPLER, Debra & RUBIN, Kenneth. *The development and treatment of childhood aggression*. Philadelphia: Lawrence Erlbaum, 2001. NANSEL, T.R.; CRAIG, W.; OVERPECK, M.D.; SALUDA, G.; RUAN, J. Cross-national consistency in the relationship between bullying behaviors and psychosocial adjustment. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 156, 730-6, 2004.

11 FRANCISCO, Marcos Vinicius & LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra. Um estudo sobre bullying entre escolares do ensino fundamental. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 22 (2), 200-207, 2009.

12 TRAUTMANN, Alberto. Maltrato entre pares o "bullying". Uma visión actual. *Revista Chilena de Pediatría*, 79 (1), 13-20, 2008.

13 GOMES, A.; GALA, F.; LUPIANI, M.; BERNALTE, A.; MIRET, M.; LUPIANI, S.; BARRETO, M. El "bullying" y otras formas de violencia adolescente. *Cuadernos de Medicina Forense*, 13 (48/49), 165-177, 2007.

No que tange aos lugares de ocorrência do *bullying*, indica-se que ele é mais comum nos pátios dos colégios e, especificamente, nos horários de recreio, nos quais não se costuma encontrar supervisão de adultos. Também é frequente o *bullying* diretamente nas salas de aula, inclusive com a presença de professores, situação que indica ser ainda comum a omissão desses profissionais no que se refere ao combate dessa forma de violência.

3 PROBLEMATIZANDO O CONCEITO

Um aspecto polêmico da conceituação do *bullying* se refere à afirmação comum de que essa forma de comportamento agressivo é realizada “sem causa ou motivo aparente”. Ainda que se possa compreender ou supor o sentido dessa expressão, a adequação de seu uso é questionável, pois todo agressor acredita piamente ter razões ou causas suficientes para aquilo que faz. São, sem dúvida, razões preconceituosas; entretanto, não se pode subestimar seu forte poder de motivar o comportamento violento.

Outrossim, sabe-se que os papéis sociais dos envolvidos no *bullying* escolar vêm sendo frequentemente citados na bibliografia sobre o tema. Fala-se em vítimas, agressores (ou *bullies*) e testemunhas (ou espectadores)¹⁴. É importante um olhar crítico e sistêmico sobre essas categorias, haja vista que elas tendem a apresentar perfis altamente estanques e estereotipados dos sujeitos envolvidos e da dinâmica do problema.

Os agressores, por exemplo, são comumente caracterizados como “fisicamente mais fortes que seus pares, dominantes, impulsivos, não seguem regras, baixa tolerância à frustração, desafiantes à autoridade, boa autoestima”, etc. As vítimas, por seu turno, seriam “inseguras, sensíveis, pouco assertivas, fisicamente mais débeis, com poucas habilidades sociais e com poucos amigos. Em geral, bons alunos”¹⁵. Finalmente, existem as testemunhas, aquelas que assistem ao drama silenciosamente,

14 FANTE, Cléo. *Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. Campinas: VERUS, 2005. LOPES NETO, Aramis A. op.cit., 2005.

15 TRAUTMANN, Alberto. Maltrato entre pares o “bullying”. Uma visión actual. *Revista Chilena de Pediatría*, 79 (1), 13-20, 2008. p.14.

com medo de serem as próximas vítimas.

Ao imaginar o quadro descrito acima, fica-se com impressão de estar assistindo a um típico filme norteamericano sobre colegas: há os “populares”, os “nerds”¹⁶ e os espectadores amedrontados. Será que a realidade brasileira reproduz essa imagem? É provável que não, porquanto em situações da vida cotidiana os papéis nunca são tão fixos como essas categorias fazem crer. O bullying costuma provocar um ciclo perverso, no qual muitas vítimas em uma dada situação acabam se tornando os agressores de novos sujeitos em outras oportunidades, gerando uma progressão crescente da violência. Não por acaso, alguns autores incluem a tipologia “bully-vítima” ou “alvos/autores”¹⁷ para ressaltar que os papéis podem ser intercambiáveis, dependendo da situação e das pessoas envolvidas.

Ressalte-se, ainda, que as chamadas “testemunhas” têm um papel importante no fenômeno, muito mais que se supunha a princípio. É simplista pensar que a maior parte dos envolvidos somente assiste a esse espetáculo cruel, em um misto de resignação – frente a uma forma de violência banalizada –, e o temor de ingressar, como vítima, nesse triste palco. Segundo vem se percebendo, as testemunhas influenciam diretamente na inibição ou estímulo ao agressor. E nesse sentido, é importante que os programas de prevenção ao *bullying* tenham esse grupo como um dos principais públicos-alvo.

Vale notar, outrossim, que o uso de estereótipos é uma característica própria do comportamento de “bullies” (apelidar, fazer gozações é um comportamento que demanda a criação de estereótipos). É certo supor, então, que um trabalho de conscientização contra o *bullying* em salas de aula e em outros contextos, feito sob a ótica de tipologias (tais como o binarismo “agressores populares” contra “vítimas *nerds*”), acabará reproduzindo as estereótipos que alimentam o *bullying* e, por conseguinte, surtindo o efeito contrário ao desejado, na medida em

16 Termo norteamericano que descreve, de forma estereotipada e depreciativa, uma pessoa que costuma exercer atividades intelectuais em detrimento de atividades físicas e outras ditas mais populares. Por essa razão, um *nerd* é muitas vezes excluído de atividades físicas e considerado um solitário pelos seus pares. Pode descrever uma pessoa que tenha dificuldades de integração social e seja atrapalhada, mas que nutre grande fascínio por conhecimentos ou tecnologia. No Brasil, o termo é associado a outro de procedência nacional – o “CDF”.

17 TRAUTMANN, op.cit, 2008. LOPES NETO & SAAVEDRA, op.cit, 2003.

que sustentará a identificação infantojuvenil a modelos que induzem à segregação e ao preconceito.

Por outro lado, as estereotípias também alimentam a compreensão dicotômica e simplista do problema, como ainda é comum no mundo jurídico, ao separar agressores a serem punidos, de um lado, e vítimas a serem auxiliadas, de outro. Na verdade, todos os atores envolvidos, sem exceção, precisam de orientação e auxílio.

4 ESTRANGEIRISMO E ALIENAÇÃO

Continuando uma análise crítica do conceito em tela, vale questionar o hábito, cada vez mais comum, de se cunhar novos nomes a fenômenos antigos. Se, por um lado, essa atitude traz evidência e destaque ao que queremos compreender, por outro, também pode dificultar a visualização do problema em um contexto mais amplo. É possível aplicar essa reflexão ao fenômeno do bullying.

Antunes & Zuin (2008)¹⁸ alertam para o fato de que o conceito de *bullying*, tal como utilizado na maioria dos estudos baseados tão-somente em dados estatísticos e no diagnóstico de sua ocorrência, faz parte de uma ciência instrumentalizada e a serviço da adaptação das pessoas para a manutenção de uma ordem social desigual. Para os autores, a expressão *bullying*, prontamente importada da literatura internacional para o quadro de estudos brasileiros, pode representar uma tipologia da violência que, na verdade, mascara os processos sociais responsáveis pela sua eclosão – seria, pois, uma forma de alienação. Nesse ponto, vale uma citação oportuna de um dos expoentes da chamada Escola de Frankfurt, o sociólogo Theodor Adorno: “Por vezes o fundamental é falseado, quando não completamente ocultado, pelas definições obtidas pelo meio da abstração”¹⁹.

Nessa ótica, entende-se que a maioria dos pesquisadores acaba não problematizando as supostas causas do *bullying*, contentando-se em citar os fatores econômicos, sociais, culturais e individuais que lhe dão

18 ANTUNES, Deborah Christina & ZUIN, Antônio Álvaro Soares. *Do bullying ao preconceito: os desafios da barbárie à educação*. Psicologia & Sociedade, 20 (1), 33-42, 2008.

19 ADORNO, T. *apud* Antunes & Zuin, 2008. p.35.

base. “Desta forma, as influências familiares, de colegas, da escola e da comunidade, as relações de desigualdade e de poder, a relação negativa com os pais e o clima emocional frio em casa parecem considerados naturais e apartados das contradições culturais que os produziram”²⁰. A consequência lógica é que os programas de prevenção e combate ao problema são vistos em um contexto limitado, desembocando geralmente em imperativos morais ou na defesa genérica do “educar para a paz”.

Assim, apesar da expressão *bullying* ser ainda novidade para muitos, vale ressaltar que este fenômeno é muito antigo, sendo mais uma faceta da violência que impregna as relações humanas em todas as sociedades e estando, portanto, intrinsecamente relacionado à intolerância e ao preconceito.

5 INTOLERÂNCIA E PRECONCEITO

A intolerância é definida por Sérgio Paulo Rouanet (2003)²¹ como a atitude de ódio sistemático e de agressividade irracional com relação a indivíduos e grupos específicos, a sua maneira de ser, a seu estilo de vida e às suas crenças e convicções. Essa atitude genérica se manifesta por meio da discriminação de caráter religioso, nacional, racial, sexual, étnico e de classe, entre outros. Ou ainda, cabe acrescentar, pela simples aparência física “diferente” e fora de determinados padrões estéticos e comportamentais valorizados, como é comum no âmbito do *bullying* escolar.

O preconceito, por seu turno, é caracterizado por uma “atitude de hostilidade nas relações interpessoais, dirigida contra um grupo inteiro ou contra os indivíduos pertencentes a ele, e que preenche uma função irracional definida dentro da personalidade”²². Veja-se que a função do preconceito é tida como “irracional” porque o mesmo advém de julgamentos ou opiniões formadas sem levar em conta fatos que os

20 ANTUNES & ZUIN, op.cit., 2008. p.36.

21 ROUANET, Sergio Paulo. O Eros das diferenças. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, nº 22, março de 2003. [online] Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/022/22crouanet.htm> [Acesso em 25/02/2009].

22 JAHODA, M. & ACKERMAN, N. W. *Distúrbios emocionais e anti-semitismo*. São Paulo: Perspectiva, 1969, p.27.

contestem.

Intolerância e preconceito são, assim, conceitos são muito próximos. Na verdade, pode-se pensar que o preconceito diz respeito às raízes psíquicas de uma atitude que, quando manifesta, surge como intolerância. E não obstante ser a manifestação do preconceito individual, isso não equivale a dizer que suas raízes sejam puramente psicológicas – uma vez que ele surge no processo de socialização de cada sujeito.

Extremamente difícil é abandonar o campo da intolerância e do preconceito – fenômenos demasiado humanos que alimentam problemas aparentemente tão diversos como o *bullying* escolar, por um lado, e o Holocausto da história mundial recente, por outro. São perpassados por dimensões sociais, históricas, políticas e psicológicas extremamente difíceis de serem agrupadas em uma compreensão unívoca ou integral. E diga-se, não de passagem, que em um país como o Brasil essa forma de violência estará sempre atrelada à imensa problemática caracterizada pela desigualdade e exclusão social.

Por outro lado, assumindo os riscos de uma análise psicológica e psicanalítica, é notório que os germes do preconceito e da intolerância podem ser localizados em cada ser humano, sem exceção. Em termos lógicos, se todos têm um “eu” – um “self” ou imagem de si –, é porque essa identidade construiu suas fronteiras em delimitação a um “outro” e, a partir disso, basta apenas mais um passo para se imaginar esse outro como intrinsecamente mau e rechaçá-lo. A psicanálise, diga-se a propósito, demonstra que é exercício comum atribuir ao “outro” todas as características supostamente ruins que rejeitamos em nós mesmos – trata-se do mecanismo de defesa psíquica denominado “projeção”. Não por acaso, Freud demonstrou, em conhecido artigo²³, que o “estranho” é, paradoxalmente, aquilo que temos de mais íntimo.

Em uma leitura psicanalítica do processo civilizatório, entende-se que cada ser humano é obrigado a renunciar grande parte de suas tendências pulsionais – amorosas ou agressivas – em prol da constituição de um “bem maior”, qual a seja, a esfera da vida social e do mundo da cultura. Mas é certo, segundo dizia Freud, que há um “mal-estar na

23 FREUD, Sigmund. Lo Ominoso (“O Estranho”) (1919). In: *Obras Completas* (v. 17). Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

civilização”²⁴, pois essa “troca” nunca é plenamente satisfatória para cada homem ou mulher: seus impulsos mais íntimos buscam expressão de alguma forma, apesar de toda a reprovação social. Nesse sentido, o sofrimento é inevitável, e uma forma simples de tentar aplacá-lo se relaciona com a projeção na base do preconceito: ao não reconhecer em minha pessoa os pensamentos e sentimentos que julgo negativos, projeto-os no “outro”, que passa a ser merecedor de meu ódio e desdém.

Em tal linha de raciocínio, considera-se que a criação de identidades pessoais e sociais é, essencialmente, um fenômeno narcísico, ou seja, voltado para processos egocêntricos que resistem ao reconhecimento da alteridade em sua irreduzível diferença. Dessarte, a diversidade do outro pode até mesmo ser reconhecida, mas geralmente é vista, comparativamente, como inferior ou abjeta.

Saindo do campo conceitual, vale considerar que na sociedade contemporânea, cujos principais valores cultuados são padrões estéticos e de consumo, é deveras tentador, para crianças e adolescentes, afirmarem suas identidades (formações narcísicas) pela exclusão dos colegas que supostamente não refletem esses modelos, ao invés de observarem, nelas mesmas, a angústia e a insegurança de nunca poderem corresponder, total e plenamente, a tais padrões perversos.

Apesar da forte tendência humana ao preconceito e à intolerância, é incontestável que as sociedades são, cada vez mais, fragmentadas por identidades dissonantes, responsáveis por uma explosão da diversidade em vários âmbitos (fenômeno conhecido nos meios acadêmicos como a “fragmentação/descentramento do sujeito moderno”²⁵). Nesse sentido, o exercício da tolerância e do respeito tornam-se fundamentais. Exercício difícil, até mesmo doloroso, pois implica em certa relativização de nossos valores morais, nossas crenças e, saliente-se, em uma atenuação de nosso narcisismo, diante da diversidade das experiências humanas – nenhuma melhor ou pior do que as outras.

24 FREUD, Sigmund. El malestar en la cultura (1930). In: *Obras Completas* (v. 21). Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

25 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

6 ASPECTOS JURÍDICOS

Diante do contextualizado acima, é importante trazer a lume considerações, mesmo que breves, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana – o qual se constitui em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito –, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Para Nery Jr. & Nery (2009) “esse princípio, estatuído na norma comentada, tem a finalidade de impedir que o ser humano seja utilizado como objeto nos procedimentos estatais”²⁶.

Nesse sentido, a CRFB/88 traz para o Brasil um novo paradigma na seara da infância e juventude, na qual crianças e adolescentes passam a ser considerados sujeitos de direitos, não mais figurando como propriedade da família ou objeto de tutela do Estado, fazendo *jus* à proteção integral, tendo o ordenamento jurídico brasileiro, segundo Seda (1993), “acolhido crianças e adolescentes para o mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania”²⁷.

Delineando um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a Doutrina da Proteção Integral, para a quase integralidade dos autores, vem traduzida pelo artigo 227 da CRFB/88²⁸, absorvendo os valores delineados na Convenção dos Direitos da Criança, garantindo ao público infantojuvenil, além dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando a sua liberdade e a sua dignidade.

A Lei n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por sua vez, ao pormenorizar a Doutrina da Proteção Integral, ratificou

26 NERY Jr., Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 151.

27 SEDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.25-6.

28 Contudo, na concepção de Martha de Toledo Machado (2003), a Doutrina da Proteção Integral vem consubstanciada não somente no art. 227 da CRFB/88, mas também no art. 228 da CRFB/88, e em disposições outras, como o art. 226, *caput*, e §§ 3º, 4º, 5º e 8º do mesmo diploma legal.

a absoluta prioridade (art. 4º) com que devem ser tratadas essas pessoas em desenvolvimento (art. 6º), estabelecendo a primazia no atendimento em qualquer esfera de interesses, seja ela judicial, extrajudicial, administrativa, social ou familiar. Impõe, nesse contexto, o dever à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao Poder Público de assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Dentre esses direitos, o presente artigo se atem precipuamente aos da educação, da dignidade e do respeito.

Registre-se que o primeiro deles foi erigido a direito social pela Carta Magna de 1988 (art. 6º) e estabelecido no art. 205 como direito de todos e dever do Estado, devendo ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Considerando que a educação está inserida na categoria de direito fundamental, porquanto se trata de elemento indissociável ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana – fundamentos do Estado brasileiro –, o direito ao acesso, à permanência e ao sucesso do processo educacional deve ser assegurado às crianças e aos adolescentes de maneira indiscriminada e universal.

O direito ao respeito consiste, segundo o art. 17 do ECA, “na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Reiterando o princípio geral estabelecido no ECA, art. 4º, o direito à dignidade é conceituado no art. 18 como sendo o “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Entretanto, conforme já delineado, o âmbito dos estabelecimentos de ensino tem sido prenhe na prática de condutas incompatíveis com as suas finalidades, dentre elas atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que bem caracterizam o fenômeno do *bullying*.

Perguntam-se os profissionais da educação, assim como os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos, o que fazer para combater esse mal. Invariavelmente, suas respostas precisam desembocar na classificação dos comportamentos agressivos dentro da esfera dos atos de indisciplina e/ou na dos atos infracionais, cuja distinção gera grandes mal-entendidos e favorece a adoção, inúmeras vezes, de medidas que contrariam a Lei n. 8.069/1990.

O ato infracional se distingue da infração disciplinar justamente porque, de um lado, a prática do primeiro se equipara ao crime ou à contravenção penal (art. 103, ECA) previstos no Código Penal ou nas leis penais esparsas, enquanto a caracterização da segunda, de outro, depende unicamente das normas e diretrizes fixadas pelo regimento escolar.

Salienta-se que, no cotidiano escolar, duas atitudes diametralmente opostas tem sido adotadas em relação às situações que se enquadram no fenômeno descrito como *bullying*. Por um lado, observa-se excessiva permissividade por parte de professores e dirigentes das escolas, os quais tendem a tratar tais atos de violência como corriqueiros e sem maior importância – “brincadeiras próprias da infância”. D’outro vértice, há também atitudes de rigor excessivo quando se busca punição via boletim de ocorrência circunstanciada (na Delegacia de Polícia mais próxima) para atos que poderiam ser resolvidos tão-somente no âmbito escolar. Nesse caso, uma atitude juvenil que deveria ser tratada como ato de indisciplina é direcionada para o campo do ato infracional sendo, a partir deste ponto, todo o enfoque do problema voltado para o âmbito puramente punitivo, olvidando-se de que todos os envolvidos – sejam vítimas ou agressores – devem receber orientação e auxílio especializado a fim de que as atitudes perpetradas não voltem a ocorrer.

O que se questiona, no cenário apresentado, é se não seria por demais temerário delegar ao Judiciário, que possui força estatal, a intervenção na tentativa de resgatar conceitos elementares de vida em sociedade. A situação alerta para uma mudança de olhar, por parte dos operadores do Direito e da rede de proteção, que se torna imprescindível nesse contexto, ensejando repensar não só os princípios básicos de Direito, mas também aqueles referentes à condição humana.

Não deve ser olvidado que a relação estabelecida entre o adolescente, o ato infracional e/ou infração disciplinar e a escola merecem

atenção especial, sendo ponto fundamental para o encaminhamento de políticas públicas voltadas à questão social e educacional, possibilitando, assim, uma atuação preventiva, direcionada para os problemas detectados. Entretanto, é importante que se diga que esse não é o único viés do problema.

Cumpra registrar que todo ato de *bullying* é um ato ilícito, causando lesão à dignidade da pessoa humana, estando todos (poder público e cidadãos) obrigados a respeitar este direito constitucional, sob pena de responsabilização nas esferas cível e criminal.

Os atos infracionais mais comuns, originários do *bullying*, são aqueles equiparados à injúria, à calúnia, à difamação, à ameaça, às lesões corporais e ao racismo. Entretanto, podem ocorrer violências outras que caracterizem o fenômeno, consoante se depreende do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ROUBO E POSTERIOR EXTORSÃO CONTINUADA. CREDIBILIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA. AFASTADA A CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA MANTIDA

1. A vítima, um garoto com apenas quatorze anos de idade, foi submetida ao que a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência denomina de *bullying*. Seu sofrimento começou a partir de uma tentativa frustrada de roubo, quando gritou por socorro e o réu se afastou, temendo a reação dos transeuntes. Desde então, passou a importuná-la no caminho da escola, exigindo-lhe dinheiro. As ameaças de morte a si e aos familiares levavam-na a entregar ao extorsionatário todo o dinheiro que ganhava dos pais, passando também a vender seus pertences a fim de atender a essas exigências. Diante do clima de terror que lhe infundia o algoz, desenvolveu grave distúrbio psicológico que prejudicaram seu desempenho escolar e a obrigaram a tratamento especializado, passando a ser medicada com psicotrópicos. (Apelação Criminal

n. 2004091011545-4APR – DF, 13.10.2008)

O Poder Judiciário poderá responsabilizar, ainda, o autor de *bullying*, o seu responsável legal e o estabelecimento de ensino a uma indenização por danos materiais, morais e estéticos, com fulcro em dispositivos do Código Civil.

A teoria da responsabilidade civil está baseada em três elementos fundamentais: a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente deve autorizar a reparação; o dano, que se traduz na lesão provocada ao patrimônio da vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente, derivando dessa composição a permissibilidade jurídica para a obtenção da indenização moral, no caso de violação do direito alheio por ato omissivo ou comissivo do agente infrator.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os desembargadores, por unanimidade, condenaram uma instituição de ensino a indenizar uma criança pelos abalos psicológicos decorrentes de violência escolar praticada por outros alunos, tendo em vista a ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR. *BULLYING*. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO DO COLÉGIO. VALOR MÓDICO ATENDENDO-SE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. (Apelação Cível n. 2006.03.1.008331-2 – DF, j. 7/8/2008)

E numa análise clara da responsabilidade da escola, Rui Stoco (1994)²⁹ afirma que:

ao receber o estudante ‘menor’, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade de ensino é investida no dever de guar-

29 STOCO, Rui. O ministério público e o estatuto da criança e do adolescente. *Revista dos Tribunais*, ano 80, – vol. 671, setembro de 1991.

da e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar". Desse modo, "responderá no plano reparatório se, durante a permanência no interior da escola o aluno sofrer violência física por inconsiderada atitude do colega, do professor ou de terceiros, ou, ainda, de qualquer atitude comissiva ou omissiva da direção do estabelecimento, se lhe sobrevierem lesões que exijam reparação e emerge daí uma ação ou omissão (p. 321).

Da mesma forma, a prática do *cyberbullying*, uma das modalidades mais nocivas do fenômeno em razão da rapidez com que se difunde o conteúdo eletrônico na Internet, tem sido alvo de análises e decisões judiciais, consoante se constata no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. GRUPO DE RELACIONAMENTO. ORKUT. CRIAÇÃO DE COMUNIDADE E DE PERFIL FALSO. CONTEÚDO DIFAMATÓRIO. DEVER DO PROVEDOR DE CESSAR AS OFENSAS APÓS A CIENTIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA-RÉ CONFIGURADA. REPARAÇÃO CIVIL DEVIDA. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. (Apelação Cível n. 1.0145.08.450392-2/001 - MG, 19.1.2009)

Diante do contexto jurídico supramencionado, há que se salientar que a visão equivocada e amplamente manifesta no âmbito do senso comum, de que o ECA contemplaria apenas direitos a crianças e adolescentes, omitindo qualquer dever a este público e que, de certo modo, teria contribuído para o aumento dos atos de indisciplina e infracionais ocorridos nas escolas, merece ser superada.

O estabelecimento de ensino deve não só desenvolver regras e normas claras e democraticamente definidas de combate aos excessos

por parte dos alunos, mas também observá-las e cumpri-las, chamando a família à sua responsabilidade. É fundamental, contudo, a tentativa de mediação entre os envolvidos, e a real fiscalização dos dirigentes das escolas nos locais e horários predestinados à prática do fenômeno, anteriormente à judicialização do conflito.

D'outro vértice, os profissionais que atuam no sistema de garantias (Promotor de Justiça, Juiz de Direito, Advogado, Delegado de Polícia, entre outros) poderão tomar conhecimento da prática do *bullying* não só por meio do boletim de ocorrência circunstanciada, mas, sobretudo, por representação de membro do Conselho Tutelar e, até mesmo, por comunicação da direção da escola, desempenhando papel fundamental no reconhecimento da questão, porquanto, agindo preventivamente, evitarão as consequências do fenômeno, tais como abandono escolar e lesões corporais, e também, a desaconselhável intervenção estatal em uma fase tão sensível do desenvolvimento humano.

É na tentativa de sensibilizar para a necessidade de enfrentamento e resolução do problema em sua fase embrionária que se afirma que o Promotor de Justiça pode, mormente em cidades de pequeno e médio porte, ter desempenho fundamental no combate ao fenômeno por meio de participação em debates, palestras e campanhas desencadeadas não só nos ambientes escolares, mas em toda a comunidade.

O Ministério Público guarda, segundo Mazzilli (1991)³⁰, estreita ligação com as normas de proteção à criança e ao adolescente, haja vista se tratar de interesses sociais e individuais indisponíveis. Trata-se de instituição constitucionalmente incumbida da defesa dos interesses da sociedade, sejam eles coletivos, difusos ou individuais indisponíveis, e que, pelo texto estatutário, assumiu obrigações que lhe colocam na qualidade de verdadeiro curador da infância e adolescência.

“Com o novo regime constitucional”, segundo Bordalho (2007)³¹, “o Ministério Público passou a ter uma fisionomia muito mais voltada para a solução dos problemas sociais, deixando de lado a antiga postura de instituição direcionada unicamente para a persecução criminal”.

30 MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Revista dos Tribunais, v. 671, ano 80, set. 1991.

31 BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 377.

E continua o mencionado autor afirmando que em face de inúmeras violações perpetradas pelo Poder Público, faz-se necessária a existência de uma instituição destinada primordialmente à defesa dos interesses da sociedade.

Nesse sentido, é imprescindível a atuação socialmente engajada dos membros do Ministério Público no sentido de coibir os excessos que tem ocorrido dentro de alguns estabelecimentos de ensino, mostrando que o 'caminho do meio' ainda é o melhor a ser trilhado, deixando claro, entretanto, que não se quer evitar a responsabilização daquele que descumpriu o seu dever na sociedade educacional, mas que também, inúmeras vezes, é ali que os conflitos devem ser solucionados.

As estratégias de esclarecimento e de prevenção se afiguram, deste modo, em importantes alternativas a fim de evitar uma excessiva judicialização de conflitos escolares, frequentemente causadas por ausência da devida intervenção da própria escola e da família, que falham no ensino das regras mais elementares de convivência social. Nesse vértice, em Santa Catarina, a Lei Estadual n. 14.651/2009 autorizou a instituição do Programa de Combate ao Bullying, por meio de ação intedisciplinar e de participação comunitária nas escolas públicas e privadas do Estado.

O Ministério Público catarinense, por sua vez, com fulcro na referida legislação, e considerando a grande incidência do problema vivenciado em escolas – os quais repercutem diretamente nas Promotorias de Justiça do Estado –, idealizou a campanha "*Bullying*, isso não é brincadeira", desenvolvendo folders, cartazes, gibis, marcadores de página e vídeos, no intuito de esclarecer crianças, adolescentes, pais, responsáveis, professores, diretores e sociedade em geral acerca da caracterização e das consequências do fenômeno, visando, assim, a contribuir para o combate e a prevenção desse mal.

7 PREVENÇÃO SOB UM ENFOQUE SISTÊMICO

Trautmann (2008) apresenta um interessante panorama dos programas de intervenções preventivas em relação ao bullying, classificando-os em três principais tipos. Há as intervenções individuais, em que crianças e jovens aprendem habilidades sociais em uma forma que se assemelha a terapias cognitivo-comportamentais. Segundo análise

do estado-da-arte de pesquisas avaliativas³², apesar de haver alguns resultados positivos em crianças pequenas e especialmente nas vítimas, claramente não se reduziu o problema do bullying escolar.

Um outro tipo de intervenção é a curricular: desenhada para promover a atitude antibullying em sala de aula, com uso de vídeos, grupos de reflexão, aquisição de valores e habilidades sociais, ensino de assertividade para agressores e de atitudes proativas por parte das testemunhas. Imaginar-se-ia que esse enfoque obteria sucesso, contudo, algumas pesquisas indicam que tal tipo de intervenção não reduziu o problema, e que os menos beneficiados são as crianças menores³³. A razão do fracasso seria o fato de que o bullying é um processo sistêmico, sendo improvável que a intervenção em apenas um único nível (no caso, entre alunos) tenha algum impacto realmente efetivo.

Finalmente, existem as propostas de intervenção integral: são multidisciplinares e se realizam em distintos níveis da organização do colégio, extrapolando as atividades em classe. Buscam desenvolver trabalhos em todos os âmbitos que o bullying perpassa, incluindo alunos, professores, direção, pais, ambiente escolar e comunidade em geral. O maior sucesso dessas modalidades de programas preventivos indica que o problema se origina, de fato, em processos amplos de interação social, e não somente na relação entre alunos. Contudo, há também limitações: na Noruega, por exemplo, o programa preventivo do Professor Dan Olweus é considerado bastante exitoso. Não obstante, sua importação por escolas de outros países tem sido considerada de efeito nulo ou negativo³⁴. O êxito depende muito de fatores como a duração do programa, o compromisso e a participação de todas as esferas sociais relacionadas com o problema e, acrescenta-se, da correta adaptação de um determinado programa para a realidade sociocultural de cada país ou localidade.

32 VREEMAN, R.C. & CARROL, A.E. A systematic review of school-based interventions to prevent bullying. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 161, 78-88, 2007.

33 VREEMAN & CARROL, op. cit., 2007.
SMITH, J.D.; SCHNEIDER, B.H.; SMITH, P.K.; ANANIADOU, K. The effectiveness of whole-school antibullying programs: a synthesis of evaluation research. *School Psychology Review*, 33, 547-60, 2004.

34 VREEMAN & CARROL, op. cit., 2007.

Vale enfatizar que as reflexões promovidas pela UNESCO³⁵ sobre o tema da violência escolar no Brasil apontam recomendações compatíveis com as propostas de intervenção integral, tais como: pensar em uma política pública global que abranja as várias áreas envolvidas nas questões referentes à educação, à qualidade de ensino, à convivência e às violências nas escolas; realizar diagnósticos locais sobre a situação de cada escola e de seu cotidiano; propor novas regras de convivência escolar; romper com a lei do silêncio (“política de avestruz”) que se constrói em torno da violência; discutir com alunos e corpo técnico-pedagógico sobre os conflitos e violências; adotar medidas para a efetiva democratização do ambiente escolar, possibilitando a participação dos alunos, inclusive, na elaboração das regras e normas escolares (atitude que facilita a adesão espontânea ao regimento escolar e evita os atos de indisciplina e infracionais); integrar os pais e a comunidade no cotidiano escolar e adotar programas de mediação de conflitos nas escolas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É buscando constituir uma alternativa de prevenção integral que o Ministério Público de Santa Catarina lançará, em 2010, sua campanha de combate ao *bullying* escolar – “*Bullying*, isso não é brincadeira!”, com ampla parceria da Secretaria Estadual de Educação, da Assembléia Legislativa, de inúmeras Secretarias Municipais e do Sindicato dos Estabelecimentos Privados de Ensino de Santa Catarina. Com o lema “Seja amigo: respeite as diferenças. Somos todos diferentes, mas com direitos iguais”, pretende-se fomentar no público infantojuvenil o respeito às diferenças entre as pessoas, sejam quais forem: de pensamento, valores, culturas, cor, raça, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual, etc.

É importante dizer que não se pretende, com o exercício da tolerância, a aceitação passiva de tudo o que acontece, porquanto ninguém precisa abrir mão de sua própria individualidade. No entanto, é necessário consentir que os outros tenham direito de pensar, de agir e de se apresentar de maneiras diversificadas, tal como já expressa nossa

35 ABRAMOVAY, Miriam (coord.). *Cotidiano das escolas: entre violências*. Brasília: UNESCO, 2006.

CRFB/88.

É necessária a compreensão de que grande parte da riqueza humana é justamente sua diversidade, e que todos têm direito de viver com dignidade. Trata-se de fomentar uma atitude de cooperação, reciprocidade e respeito mútuo, necessária a uma Educação para a Cidadania para a Democracia e para o respeito aos Direitos Humanos.

Realça-se que tal conscientização passa, necessariamente, pelos pais, professores e por todos aqueles de alguma forma envolvidos com a educação das crianças e dos adolescentes. Nossos jovens pautam-se em exemplos, muito mais do que em palavras vazias. Assim, não há proveito efetivo em se pregar a paz e a aceitação levianamente, enquanto nossas atitudes mostrarem o contrário, e principalmente, nas pequenas situações cotidianas – tal como fazer pilhéria sobre a vida dos economicamente desfavorecidos, das mulheres, dos negros e dos homossexuais, ou até humilhar os torcedores do time de futebol adversário, entre vários outros exemplos habituais de intolerância.

Almeja-se, talvez utopicamente, um pouco mais que tolerância – palavra que deixa entrever certa hipocrisia social, no sentido de “suportar o outro”, mesmo dele não gostando. Diferenças têm amplo potencial para enriquecer nossas vidas, mas isso ocorre somente quando tentamos genuinamente aceitá-las e, inclusive, perceber em nós mesmos o germe daquilo que habita no outro como fonte de sua suposta diversidade ou estranheza.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam (coord.). *Cotidiano das escolas: entre violências*. Brasília: UNESCO, 2006.

ANTUNES, Deborah Christina & ZUIN, Antônio Álvaro Soares. *Do bullying ao preconceito: os desafios da barbárie à educação*. Psicologia & Sociedade, 20 (1), 33-42, 2008.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FANTE, Cléo. *Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. Campinas: VERUS, 2005.

FIPE/MEC/INEP. *Projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico racial, gênero, orientação sexual, geracional, territorial, de necessidade especiais e socioeconômica*: sumário dos resultados da pesquisa. Brasília, 2009.

FRANCISCO, Marcos Vinicius & LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra. Um estudo sobre bullying entre escolares do ensino fundamental. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 22 (2), 200-207, 2009.

FREUD, Sigmund. El malestar en la cultura (1930). In: *Obras Completas (v. 21)*. Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

FREUD, Sigmund. Lo Ominoso (*Das Unheimliche*) (1919). In: *Obras Completas (v. 17)*. Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

GOMES, A.; GALA, F.; LUPIANI, M.; BERNALTE, A.; MIRET, M.; LUPIANI, S.; BARRETO, M. El “bullying” y otras formas de violência adolescente. *Cuadernos de Medicina Forense*, 13 (48/49), 165-177, 2007.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

JAHODA, M. & ACKERMAN, N. W. *Distúrbios emocionais e anti-semitismo*. São Paulo: Perspectiva, 1969.

LOPES NETO, A.; SAAVEDRA, L.H. *Diga não para o bullying*: Programa de Redução do Comportamento Agressivo entre Estudantes. Rio de Janeiro: ABRAPIA, 2003.

LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria*, 81 (5), 164-172, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. *Manole*: São Paulo, 108, 2003.

MARTINS, Maria José. O problema da violência escolar: uma clarificação e diferenciação de vários conceitos relacionados. *Revista Portuguesa de Educação*, 18 (1), 93-105, 2005.

MASCARENHAS, Suely. Gestão do bullying e da indisciplina e qualidade do bem-estar psicossocial de docentes e discentes do Brasil (Rondônia). *Psicologia, Saúde & Doenças*, 7 (1), 95-107, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista dos Tribunais*, v. 671, ano 80, set. 1991.

NANSEL, T.R.; CRAIG, W.; OVERPECK, M.D.; SALUDA, G.; RUAN, J. Cross-national consistency in the relationship between bullying behaviors and psychosocial adjustment. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 156, 730-6, 2004.

NERY Jr., Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2009.

OLWEUS, D. *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*. Washington: Hemisphere Pub. Corp.; New York : Halsted Press, 1978.

OLWEUS, D. Bully/victim problems among schoolchildren: basic factors and effects of a school-based intervention program. In: PEPLER, Debra & RUBIN, Kenneth. *The development and treatment of childhood aggression*. Philadelphia: Lawrence Erlbaum, 2001.

PALACIOS, Maria & REGO, Sérgio. Bullying: mais uma epidemia invisível? *Revista Brasileira de Educação Médica*, 30 (1), 3-5, 2006.

ROUANET, Sergio Paulo. O Eros das diferenças. *Revista Espaço Acadêmico*, ano II, nº 22, março de 2003. [online] Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/022/22crouanet.htm> [Acesso em 25/02/2009].

SEDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SMITH, J.D.; SCHNEIDER, B.H.; SMITH, P.K.; ANANIADOU, K. The effectiveness of whole-school antibullying programs: a synthesis of evaluation research. *School Psychology Review*, 33, 547-60, 2004.

STOCO, Rui. O ministério público e o estatuto da criança e do adolescente. *Revista dos Tribunais*, ano 80, – vol. 671, setembro de 1991.

TRAUTMANN, Alberto. Maltrato entre pares o “bullying”. Uma visión actual. *Revista Chilena de Pediatría*, 79 (1), 13-20, 2008.

VREEMAN, R.C. & CARROL, A.E. A systematic review of school-based interventions to prevent bullying. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 161, 78-88, 2007.

