
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V.8 n. 18, jan./jun. 2011

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 8, n. 18, janeiro/junho 2011
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 341	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Francisco Bissoli Filho
Helen Crystine Corrêa Sanches
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Eduardo Sens dos Santos
Henrique da Rosa Zieseimer

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

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

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

Catálogo na publicação por: Solange Margarida José (CRB 14/122)

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

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral, 2009- .
v. 8, n. 18, jan./jun. 2011.
ISSN 1981-1683

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

CDDir 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Lucia Anilda Miguel e Rosemeri Aparecida Zulian

Estagiárias: Josiane de Freitas e Tainá Fabrin de Castro

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

Impressão: março de 2013

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

Lio Marcos Marin

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Antenor Chinato Ribeiro

Gerência de Acompanhamento dos Fundos Especiais

Carlos Valdeci Silvano

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

José Galvani Alberton

Secretário-Geral do Ministério Público

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Walkyria Ruicir Danielski

Luciano Trierweiler Naschenweng

Abel Antunes de Mello

Fábio Strecker Schmitt

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Paulo Antonio Locatelli

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Lio Marcos Marin

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Ernani Guetten de Almeida

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Sandro José Neis

Mário Luiz de Melo-*Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Lio Marcos Marin - Procurador-Geral de Justiça
Gladys Afonso - Corregedora-Geral
Representantes do Colégio de Procuradores
Odil José Cota
Humberto Francisco Scharf Vieira
Jacson Corrêa

Representantes da Primeira Instância

Pedro Sérgio Steil
Narcísio Geraldino Rodrigues
Vera Lúcia Ferreira Copetti
Gercino Gerson Gomes Neto
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Fábio de Souza Trajano
Américo Bigaton
Sandro José Neis
Secretário: Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Corregedora-Geral do Ministério Público

Gladys Afonso

Subcorregedor-Geral

Newton Henrique Trennepohl
Promotora de Justiça Secretária da Corregedoria-Geral
Thais Cristina Scheffer

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Amélia Regina da Silva
Rafael de Moraes Lima
Wilson Paulo Mendonça Neto
Alan Boettger

Coordenadoria de Recursos

Aurino Alves de Souza - Coordenador-Geral da área criminal
Fábio de Souza Trajano - Coordenador-Geral da área cível

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Marcelo Gomes Silva
Gustavo Wiggers

Ouvidor

Guido Feuser

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Helen Crystine Corrêa Sanches - Diretora

Gerência de Arquivo e Documentos

Selma de Souza Neves

Gerência de Biblioteca

Terezinha Weber

Gerência de Publicações e Revisões

Lúcia Anilda Miguel

Gerência de Capacitação e Aperfeiçoamento

Danielle Durieux Reitz

Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Caroline Moreira Suzin - Coordenadora

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Walkyria Ruicir Danielski - Coordenadora

Maury Roberto Viviani - Coordenador Adjunto

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Marcelo de Tarso Zanellato - Coordenador

Centro de Apoio Operacional Criminal

Onofre José Carvalho Agostini - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino - Coordenadora

Marcelo Wegner - Coordenador Adjunto

Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas

Odil José Cota - Coordenador-Geral

Adalberto Exterkötter - Coordenador Adjunto

Gerência de Análise Multidisciplinar

Fábio Rogério MatiuZZi Rodrigues

Gerência de Análise Contábil

Douglas da Silveira

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador do GAECO da Capital

Fabiano David Baldissarelli - Coordenador do GAECO de Chapecó

Assis Marciel Kretzer - Coordenador do GAECO de Joinville

Maurício de Oliveira Medina - Coordenador do GAECO de Criciúma

Joel Furtado Júnior - Coordenador do GAECO de Lages

Jean Michel Forest - Coordenador do GAECO de Itajaí

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Júlio Fumo Fernandes - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Vera Lúcia Ferreira Copetti - Coordenadora-Geral

Davi do Espírito Santo - Coordenador Adjunto

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Murilo Casemiro Mattos - Coordenador



ACMP
Associação
Catarinense
do Ministério
Público

Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Andrey Cunha Amorim
Presidente

Rosa Maria Garcia
Vice-Presidente

Jean Pierre Campos
1º Secretário

José Renato Côrte
2º Secretário

Gilberto Polli
Diretor Financeiro

Felipe Prazeres Salum Müller
Diretor de Patrimônio

Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior
Diretor Cultural e de Relações Públicas

Cristian Richard Stahelin Oliveira
Diretor Administrativo

Affonso Ghizzo Neto
Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Analú Librelato Longo
Leonardo Henrique Marques Lehmann
Luciano Trierweiler Naschenweng
Ricardo Paladino
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Conselho Consultivo

Alexandre Estefani
Jackson Goldoni
Jorge Eduardo Hoffmann
Carlos Henrique Fernandes
Márcio Gai Veiga
Marcelo Mengarda
Guilherme Brodbeck
Chimelly Louise de Resenes Marcon
Fernando da Silva Comin
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Márcio Conti Júnior
Rodrigo Silveira de Souza
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Marcelo Sebastião Netto de Campos

PENAL

A Súmula Vinculante nº 24 do STF	9
<i><u>Andreas Eisele</u></i>	
A Caça às Bruxas e a Inquisição Católica – Aspectos Históricos e Processuais.....	37
<i><u>Leonardo Henrique Marques Lehmann</u></i>	
<i><u>Silvano Denega Souza</u></i>	
O Indispensável Pedido Condenatório na Denúncia e na Queixa	59
<i><u>Gilberto Callado de Oliveira</u></i>	
Organização Criminosa: Bem ou Mal, Legem Habemus	85
<i><u>Rômulo de Andrade Moreira</u></i>	
Inteligência Institucional: O Ministério Público na Prevenção e Repressão da Criminalidade Organizada.....	107
<i><u>Berenice Chaves</u></i>	

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Breve Análise do Sistema Macropolítico criado pela Lei Federal n. 12.594/12 (Lei Federal que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE)	123
<i><u>Fernando Henrique de Moraes Araújo</u></i>	
<i><u>Lélio Ferraz de Siqueira Neto</u></i>	
<i><u>Priscilla Linhares Albino</u></i>	
Mídia, Violência e Infância: Vamos Trocar o Canal?	139
<i><u>Marcelo Gomes Silva</u></i>	

CONSTITUCIONAL

O Problema da Seletividade e da Progressividade do IPTU sob o Enfoque Constitucional.....	159
<i><u>Douglas Dellazari</u></i>	
<i><u>Maury Roberto Viviani</u></i>	
Globalização, Transnacionalidade e os Contornos de uma Democracia da Pós-Modernidade	179
<i><u>Isaac Sabbá Guimarães</u></i>	
O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Fundamental Constitucional e das Relações de Consumo	205
<i><u>Fábio de Souza Trajano</u></i>	

PROCESSUAL

Juizados Especiais Cíveis e Criminais: da Esperança à Desilusão.....	221
<i>Bartira Soldera Dias</i>	
<i>Henrique da Rosa Ziesemer</i>	

CÍVEL

A Guarda Compartilhada no Combate à Ocorrência De Alienação Parental.....	241
<i>Nayara Machado de Aragão</i>	
<i>Maria Fernanda do Amaral Gugelmin Girardi</i>	

DIREITOS DIFUSOS

O Ministério Público e Algumas Contribuições Possíveis à Qualidade da Educação.....	263
<i>Antonio Carlos Ozório Nunes</i>	

O Afastamento Antecipado do Gestor Ímprobo e o Dever de Tutela do Patrimônio Público	279
<i>Tiago de Sousa Afonso da Silva</i>	

Pessoa com Deficiência: Histórico, Denominação e Conceito	293
<i>Ana Paula Koch De Bona</i>	

Prefeitos Municipais - Dispensar ou Inexigir Licitação Fora das Hipóteses Legais - Aspectos Penais	303
<i>Maynara Campos Borges Pinto da Luz</i>	

TAC em Improbidade Administrativa	319
<i>Eduardo Sens dos Santos</i>	

PENAL

A SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO STF

Andreas Eisele

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Doutor em Direito Penal pela Universidad de Servilla

RESUMO

A presente abordagem tem por objeto a demonstração das impropriedades da Súmula Vinculante n. 24, do Supremo Tribunal Federal, e também a avaliação de algumas de suas consequências práticas, especialmente no que se refere à definição do momento do início da fluência do prazo prescricional nos casos em que esteja em trâmite um procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, além da formulação de outros comentários diretamente relacionados com tais temas.

PALAVRAS-CHAVE. Súmula Vinculante n. 24. Supremo Tribunal Federal. Crime contra a ordem tributária. Lei n. 8.137/90. Crédito Tributário. Lançamento. Crime material. Ação penal.

INTRODUÇÃO

Em 02/12/2009 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, cujo teor foi formulado nos seguintes termos: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 9 - 36	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	-----------	----------------

A definição normativa foi elaborada a partir de proposta elaborada pelo Min. Cezar Peluso, cujo objetivo era uniformizar a jurisprudência relativa à definição da natureza jurídica da relação existente entre o procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário e a ação penal por crimes materiais contra a ordem tributária.

Porém, no caso não existia o pressuposto básico à formulação de uma Súmula Vinculante estabelecido pela norma veiculada pelo art. 103-A da Constituição Federal, que é a reiteração das decisões do Tribunal no sentido da definição sumulada.

Ademais, a decisão não foi fundamentada em conformidade com as regras lógicas da argumentação jurídica e respeito à teoria jurídico-penal (também denominada como dogmática jurídica), o que seria especialmente necessário no caso devido ao fato de se tratar de proposição de caráter geral.

Além disso, a Súmula em análise classificou inadequadamente o crédito tributário como um elemento do tipo penal, inserindo na definição típica um elemento não previsto em lei, contrariando a norma veiculada pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

A presente abordagem tem por objeto a demonstração de tais impropriedades da Súmula enfocada, e também a avaliação de algumas de suas conseqüências práticas, especialmente no que se refere à definição do momento do início da fluência do prazo prescricional nos casos em que esteja em trâmite um procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, além da formulação de outros comentários diretamente relacionados com tais temas.

1. A INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO DAS DECISÕES E UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO SOBRE O CONTEÚDO A SER SUMULADO, E A DIVERGÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DA SÚMULA E O ENTENDIMENTO ATÉ ENTÃO ADOTADO PELO TRIBUNAL

Para a justificativa da formulação da proposta de edição de Súmula foi apresentado como *Leading Case* o HC nº 81.611/DF, cuja ementa tem o seguinte conteúdo:

“1. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso,

porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado - , enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo” (sublinhei).

Porém, como o texto da Súmula proposta não aludia à justa causa para a propositura da ação penal ao tratar do lançamento tributário, mas se referia à tipicidade, a falta de conexão entre o *Leading Case* e a proposta foi objeto de crítica por alguns ministros, pois a reiteração das decisões do Tribunal é um requisito para a edição de uma Súmula Vinculante, conforme dispõe o art. 103-A da Constituição Federal.

De fato, a Min. Ellen Gracie argumentou que o entendimento sobre a questão não estava suficientemente pacificado no Tribunal, salientando inclusive que o *Leading Case* da proposta tinha por objeto uma situação excepcional (devido às características do fato) que não representava adequadamente o objeto da discussão em sua configuração comum.

Tal oposição foi corroborada pelo Min. Marco Aurélio, o qual afirmou que, ademais, tal matéria (nos termos postos em discussão) nunca tinha sido votada pelo mesmo, pois nos precedentes o que se discutia era se o lançamento do crédito tributário seria uma condição de procedibilidade ou não, não tendo sido ainda tratada a questão mediante sua classificação como um elemento do tipo.

E tanto assim o é, que na ementa do julgamento apresentado como *Leading Case* a classificação do lançamento tributário como “condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo” não foi realizada, sendo tal aspecto desconsiderado, apenas com a indicação do fato de no caso analisado não estar configurada a justa causa para a propositura da ação penal antes do término de tal procedimento.

Portanto, na ocasião em que a proposta foi analisada e nos termos apresentados, não havia uma “fidelidade” da proposta “aos precedentes” invocados, como salientou o Min. Marco Aurélio.

Por esse motivo, o mesmo ponderou que não existia suficiente amadurecimento da questão no Tribunal na configuração apresentada à discussão, e que portanto não havia estabilização do entendimento referente ao tema, de modo que eventual transformação em Súmula de um entendimento não pacificado não contribuiria para a segurança jurídica, que é o fundamento da edição de Súmulas Vinculantes.

Efetivamente, no *Leading Case* apresentado pelo ministro proponente da Súmula, a conclusão do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário foi indicada como um requisito para a configuração de “*justa causa*” para a propositura da ação penal, tendo ainda sido ressaltado expressamente que tal relação ocorreria independentemente de sua classificação como “*uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo*”.

Ou seja, no caso apresentado como referência paradigmática, além de a questão ter sido tratada no âmbito do Direito Processual Penal (mediante a aferição da justa causa para a propositura da ação penal), foi destacado que não estava sendo definida a classificação teórico-penal do instituto, seja como condição objetiva de punibilidade, seja como elemento do tipo.

Efetivamente, as relações que se estabelecem entre o valor social da intervenção penal do Estado ante as diversas formas de crimes contra a ordem tributária, notadamente aqueles cujo fato corresponde a uma evasão tributária implementada mediante fraude (o que no senso comum teórico é denominado como “sonegação fiscal”), e o respeito ao direito de ampla defesa do contribuinte diante da existência de dúvidas em situações determinadas sobre a efetiva ocorrência de uma evasão tributária, sempre foi objeto de controvérsias no âmbito dos crimes contra a ordem tributária.

De forma mais específica, se estabeleceu uma polêmica entre a possibilidade ou não de formulação de uma acusação penal em relação a um fato classificável como um crime material contra a ordem tributária, enquanto no âmbito administrativo esteja sendo discutido e analisado o procedimento de lançamento do crédito tributário.

Tal polêmica não tem por objeto a relação formal e abstrata entre os dois aspectos considerados, pois como a Constituição Federal desvincula o acesso ao Judiciário do esgotamento de eventuais vias administrativas, a

relação não é estrutural (formal), mas de conteúdo. Ou seja, a necessidade ou não de se aguardar a conclusão do procedimento administrativo não decorre de sua mera existência, mas da relevância da matéria controvertida discutida em seu objeto, e de seus efeitos em relação à intervenção penal do Estado. Portanto, a vinculação não é formal, mas material.

De fato, como a evasão tributária é um elemento do tipo nos crimes materiais contra a ordem tributária, enquanto houver dúvida sobre sua existência não há como se formar uma conclusão segura sobre a ocorrência do delito.

Portanto, quando no contexto de um procedimento administrativo de constituição da exigibilidade do crédito tributário for discutida a ocorrência ou não de uma evasão, pode não haver suficiente definição da caracterização do elemento do tipo correspondente e, devido a tal incerteza, o Estado não terá indícios suficientes de materialidade delitiva, motivo pelo qual não haverá, no caso, justa causa para a propositura de uma ação penal.

Trata-se de um instituto do Direito Processual Penal aplicável a todos os delitos, cujo conteúdo se relaciona com a fase de coleta de elementos de convicção que devem fundamentar a acusação mediante a demonstração da segurança da conclusão sobre a probabilidade de configuração da materialidade delitiva.

Porém, embora a identificação da hipótese correspondente (incerteza sobre a materialidade delitiva durante a tramitação de um procedimento administrativo cujo objeto seja a coleta de elementos que demonstrem a ocorrência do fato) e a classificação jurídica do tema (justa causa para a propositura de ação penal) seja relativamente simples quando se trata de qualquer delito em geral, no caso específico da discussão correspondente à relação entre a ação penal e o lançamento tributário se instalou uma acirrada polêmica relativa ao assunto.

Um dos problemas que levaram a tal situação consistiu no fato de freqüentemente a abordagem do assunto ter sido orientada mediante a ótica do Direito Tributário (e não do Penal), com o que a discussão perdeu sua especificidade teórica e, conseqüentemente, precisão técnica.

O outro aspecto prejudicial ao desenvolvimento do tema decorreu da aplicação do método tópico de solução do problema, conforme o qual inicialmente se definiu a solução a ser implementada e posteriormente se formulou o argumento, sem a devida consideração aos requisitos e condicionantes estabelecidos pela dogmática jurídica e pela lógica argumentativa.

Nesse contexto, a questão foi tratada mediante duas perspectivas distintas, quais sejam, as tentativas de classificação do lançamento do crédito tributário como uma condição de procedibilidade para a ação penal, ou como uma condição objetiva de punibilidade.

Não obstante, em 10/12/2003 o pleno do STF definiu seu entendimento sobre a natureza jurídica da relação estabelecida entre os dois institutos, por ocasião do julgamento do HC nº 81.611/DF (cujo acórdão foi relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence) e da ADI nº 1.571/DF (cujo acórdão foi relatado pelo Min. Gilmar Mendes), concluindo que a indefinição da existência da evasão decorrente da discussão ocorrida no contexto do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário implicaria a ausência de justa causa para a propositura de ação penal, o que é uma assertiva adequada, pois enquanto não houver indícios seguros da materialidade delitiva não é devida a formulação da acusação em Juízo.

Efetivamente, na ementa do referido HC foi consignada a seguinte proposição: *“lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal”*, e na ementa da ADI indicada foi afirmado que: *“antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal”*.

A proposta de classificação do lançamento do crédito tributário como uma condição de procedibilidade da ação penal no caso específico, em decorrência do que os crimes contra a ordem tributária seriam classificáveis como crimes cuja ação penal seria pública condicionada à representação, foi discutida na ADI anteriormente mencionada, por ocasião da análise dos efeitos da norma administrativa veiculada pelo art. 83 da Lei nº 9.430/96, a qual vinculou a remessa da notícia crime, impropriamente denominada como *“representação fiscal para fins penais”*, formulada pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional e encaminhada ao Ministério Público, ao término do procedimento administrativo de lançamento tributário.

Realmente, a classificação do lançamento tributário como uma condição de procedibilidade no caso seria tecnicamente inadequada porque o motivo pelo qual a ação penal não deveria ser iniciada antes da conclusão do procedimento administrativo de lançamento tributário é o fato de que em alguns casos não há certeza sobre a ocorrência da evasão anteriormente à definição administrativa.

Tal situação é completamente incompatível com a correspondente à condição de procedibilidade para a ação penal, porque para sua formulação no plano operacional a materialidade do delito já deve estar suficientemente

caracterizada, eis que no aspecto prático não é viável a apresentação de uma representação criminal em relação a um fato cuja materialidade ainda não é certa.

Essa diferença operacional evidencia a diversidade de natureza dos institutos e, no caso específico, enquanto o conteúdo da justa causa (certeza sobre a evasão) é o objeto a ser aferido no procedimento administrativo de lançamento tributário, a completa configuração desta é um pressuposto para o oferecimento de uma representação criminal (o que evidencia não se tratar da mesma coisa, pois o lançamento não ocorre após a certeza da materialidade delitiva, mas a implementa).

Além disso, a representação criminal é um ato discricionário da vítima, que dessa forma dispõe livremente do poder de optar, conforme sua oportunidade e conveniência, entre possibilitar ou não ao Estado a formulação da acusação, e na hipótese tal possibilidade de escolha não existe, sendo a propositura da ação uma consequência necessária da aferição da materialidade delitiva (e o lançamento tributário não é um ato discricionário da Administração, que não dispõe de seu conteúdo conforme sua oportunidade ou conveniência).

Por tais motivos prevaleceu o entendimento regular de que a aferição da materialidade delitiva no procedimento administrativo não poderia ser classificada como uma condição para a ação penal, sendo esta pública incondicionada.

A segunda proposição consistiu na proposta de classificação do lançamento tributário como uma condição objetiva de punibilidade, e foi formulada pelo relator do HC anteriormente aludido, no contexto de seu julgamento.

Porém, as condições objetivas de punibilidade são situações fáticas exteriores ao tipo (portanto não imputáveis ao sujeito, seja no âmbito da tipicidade subjetiva, seja no âmbito da tipicidade objetiva) cuja implementação afeta o bem jurídico de forma paralela (contemporânea ou posterior) à consumação do fato típico, instaurando a relevância social da conduta típica e, dessa forma, justificando a necessidade de intervenção penal do Estado.¹

Ocorre que no caso dos crimes contra a ordem tributária o bem jurídico é diretamente afetado em consequência da realização do evento

1 Como exemplos de condições objetivas de punibilidade no ordenamento jurídico brasileiro podem ser indicadas: a) a sentença de falência em relação aos crimes pré-falimentares tipificados na Lei nº 11.101/05 (art. 180); b) a morte em relação ao delito de indução, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal); c) a morte ou lesão corporal grave em relação ao delito de rixa (art. 137 do Código Penal) e; d) a sentença de anulação do casamento em decorrência do erro ou do impedimento, em relação ao delito de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento (art. 236 do Código Penal).

(resultado) decorrente da conduta, qual seja, a evasão implementada pela conduta nuclear do tipo “suprimir” (ou “reduzir”), e não por qualquer outra circunstância.

Ademais, o lançamento tributário somente tem como objeto a constatação da evasão, não afetando-a. Ou seja, operacionalmente, é similar ao inquérito policial, em que são apurados elementos que indiquem a materialidade delitiva.

Desse modo, como no caso não é o lançamento que afeta o bem jurídico imediato (patrimônio público), mas a evasão, aquele não pode integrar a estrutura do delito no âmbito da punibilidade (configurando uma de suas condições objetivas).

Portanto, trata-se de institutos com conteúdos, objetivos e configurações completamente diversas, motivo pelo qual na ementa não foi acolhida a tese apresentada no voto do relator, sendo a relação entre os institutos lançamento tributário e ação penal definida em termos processuais (pois a justa causa é um instituto com tal natureza), sem a realização da classificação jurídica da natureza essencial do lançamento tributário (seja como condição objetiva de punibilidade, seja como elemento normativo do tipo). Portanto, nos precedentes foi definida a natureza processual da relação jurídico-operacional entre os elementos, mas o lançamento tributário não foi classificado como qualquer instituto de natureza penal.

Dessa forma, em 10/12/03 o STF fixou o entendimento de que o lançamento tributário afeta a justa causa para a ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

Porém, apesar da divergência entre o conteúdo da proposta de Súmula e o entendimento do Tribunal, e das oposições formuladas pelos demais ministros, o Min. Cezar Peluso afirmou que a jurisprudência não teria dúvida sobre a adequação jurídica da não admissibilidade de instauração de processo-crime antes do lançamento definitivo do crédito tributário, sendo a discussão restrita aos fundamentos de tal conclusão, e argumentou que a Súmula não trataria de tal fundamentação, mas somente explicitaria a conclusão.

Ocorre que é exatamente a divergência sobre o motivo (ou seja, a classificação jurídica do instituto no âmbito teórico) da definição da dependência ou não do lançamento do crédito tributário para a propositura de ação penal, que gera a polêmica relativa à necessidade ou não de se aguardar o término do procedimento administrativo para o início do processo penal.

Ou seja, a polêmica não se concentra na conclusão, mas nas premissas, pois aquela vai decorrer da definição destas, e uma conclusão sem premissas não é um raciocínio lógico, mas uma proposição que, em se tratando de uma decisão judicial, tem configuração arbitrária.

Ademais, somente com a definição dos fundamentos (premissas) da decisão (conclusão) será possível compreender o conteúdo da proposição, para adaptá-la aos diversos casos concretos em que for aplicável o mesmo entendimento.

A relevância da necessidade de definição dos fundamentos da decisão e a existência de divergência sobre este aspecto fundamental por ocasião da análise da proposta foram evidenciadas pelo conteúdo da manifestação do Min. Carlos Britto, o qual votou favoravelmente à aprovação da Súmula mediante a argumentação de que, conforme seu entendimento, antes da conclusão do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, ainda não existiria certeza suficiente sobre a evasão e, conseqüentemente, sobre a tipicidade penal do fato, de modo a viabilizar eventual propositura de ação penal.

De fato, esse argumento corresponde à análise da justa causa para a propositura de ação penal nos termos do *Leading Case* apresentado, e o que foi discutido na votação Súmula foi outra coisa, pois em tal ocasião o tema foi tratado no âmbito da tipicidade, evidenciando a falta de certeza dos julgadores sobre os motivos da aparente conclusão que estava sendo sumulada.

Uma conclusão é uma conseqüência lógica necessária da definição das premissas, e como as premissas não estavam suficientemente configuradas, a determinação do enunciado não constituiu um raciocínio conclusivo, mas configurou a formulação de uma proposição autônoma, o que não é função do Judiciário, mas do Legislativo.

Ademais, uma Súmula Vinculante deve expressar uma conclusão madura do Tribunal sobre um tema, na qual os julgadores adotem um entendimento com o pleno conhecimento de uma matéria, e segura convicção da adequação dos fundamentos da decisão, diversamente do que ocorreu no caso em análise, em que se propôs uma definição de uma questão jurídica sem se estar seguro sobre seu porquê.

No caso, se a natureza jurídica da relação entre o lançamento do crédito tributário e a ação penal estivesse definida de forma pacificada no Tribunal, a conclusão sobre seus efeitos não seria polêmica, e o que a proposta faz é desconsiderar a polêmica em vez de solucioná-la.

Ou seja, não é considerado importante por que uma relação jurídica deverá ocorrer, mas somente o fato de ela se implementar de uma forma determinada, o que impede os operadores do Direito de atuarem de forma técnica, pois somente poderão estabelecer o “que” sem a possibilidade de uma explicação técnico jurídica do “porquê” (excluindo a lógica argumentativa da aplicação do Direito).

Essa indefinição deveria ser um óbice à edição de uma Súmula Vinculante, por não estar cumprido seu pressuposto constitucional (reiteração das decisões), em decorrência do que a própria constitucionalidade do instituto é questionável.

Não obstante, a proposta foi aprovada, sem uma suficiente preocupação sobre a definição expressa do entendimento sobre a natureza jurídica dos institutos regulamentados, restringindo-se o Tribunal à determinação de seus efeitos.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E RACIONAL DA DECISÃO SUMULADA

Nos termos da proposição formulada pelo Min. Cezar Peluso, pressupondo a adequação jurídica da não admissibilidade de instauração de processo-crime antes do lançamento definitivo do crédito tributário, a discussão relativa aos fundamentos de tal conclusão foi considerada desnecessária, de modo que a Súmula não trataria de tal fundamentação, somente explicitando a conclusão.

Ou seja, foi considerado que, havendo um acordo suficiente sobre a adequação dos efeitos da decisão, não seria necessário justificá-la, nem nos termos da teoria jurídica, nem de acordo com a lógica argumentativa.

Tal afirmação do proponente evidencia a utilização exclusiva do método tópico de decisão no caso, em que se busca uma solução pontual considerada como politicamente adequada, sem a observância da coerência teórica correspondente.

Ocorre que a dogmática jurídica deve ter a função de conferir explicações lógicas ao Direito mediante a definição conceitual de seus institutos, a determinação dos pressupostos, das hipóteses e dos efeitos de sua incidência, além da respectiva sistematização estrutural, o que permite sua classificação e seu relacionamento com os demais elementos jurídicos.

Tal instrumento deve orientar a racionalidade a ser empregada na aplicação das normas, o que é um requisito não apenas para se viabilizar um âmbito mínimo de segurança jurídica para os seus destinatários,² como também para legitimar a atuação estatal em um Estado de Direito,³ pois a aplicação das leis somente é controlável se a justificação de sua interpretação e a classificação da correspondência da situação fática com a hipótese de incidência normativa for apreensível pelo senso comum teórico.

De fato, embora o Direito seja um instrumento social e político condicionado por vicissitudes e contingências culturais e históricas, e a definição das normas mediante a interpretação do conteúdo das leis e a argumentação jurídica sejam atividades dialéticas cujo produto será sempre relativamente indeterminado, tal álea de indeterminação não pode ser ilimitada, pois tal forma de aplicação do Direito configuraria uma atuação estatal autoritária por parte do Judiciário.

A dogmática jurídica tem a finalidade de limitar tal âmbito, contribuindo para uma aplicação minimamente racional, previsível e uniforme do Direito.

Para tanto, o método ideal de aplicação do Direito conforme a perspectiva teórica absoluta seria a prévia determinação do conteúdo das normas no plano abstrato e geral mediante interpretação técnica das leis, e a identificação da situação fática correspondente à sua hipótese de incidência, para a posterior aplicação dos efeitos concretos e individualizados daquelas, o que deveria ser implementado a partir do conteúdo do sistema jurídico independentemente da opinião pessoal do aplicador do Direito sobre a adequação do resultado.⁴

Porém, como tal forma de atuação poderia levar a uma intervenção estatal alienada em relação à realidade social,⁵ foi proposta uma metodologia prática inversa para se tentar aproximar o Direito da política, mediante a qual se deveria identificar a solução adequada a cada caso conforme as características individuais da situação a ser aferida, e buscar a solução

2 Possibilitando alguma previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, o que é um pressuposto da eficácia da finalidade do Estado de Direito, que é viabilizar aos destinatários das normas a possibilidade de conhecimento de seu conteúdo previamente às manifestações judiciais sobre suas condutas, para orientar seus comportamentos nas relações sociais.

3 Formando o conteúdo fundamentador da utilidade do princípio da publicidade que orienta o dever do Judiciário de fundamentar as decisões.

4 Trata-se da concepção metodológica cuja expressão mais radical foi proposta por Savigny e que ficou conhecida mediante a denominação de "jurisprudência dos conceitos" [SAVIGNY. *Metodología jurídica*. (trad. SANTA-PINTER, J. J.) Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 06].

5 O que permitiu aos críticos de tal método a manipulação do significado do termo dogmática, associando-o ao sentido de "dogma" (devido à ambigüidade da palavra), e elaborar diversas oposições ao método técnico pressupondo falsamente que a teoria seria necessariamente alienada.

considerada socialmente adequada, independentemente do rigor teórico na aplicação dos institutos jurídicos.⁶

Trata-se de uma inversão metodológica que substitui a prevalência da perspectiva normativa geral de valoração pela concentração da análise nas características particulares e individualizadas do caso, e busca de uma solução específica que, embora divergente do padrão normativo genérico, possa ser considerada como culturalmente mais adequada em face das peculiaridades do caso.⁷

Ocorre que, igualmente a adoção extrema de tal método acarreta problemas, pois elimina a previsibilidade das decisões jurídicas e transfere ao intérprete um poder ilimitado de definição normativa, elidindo as possibilidades de controle social do Direito mediante a definição legislativa (inclusive a de natureza constitucional), o que é politicamente ilegítimo em um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a identificação do equilíbrio entre as duas concepções metodológicas é um problema permanente da prática jurídica, pois cada método possui vantagens e desvantagens, mas a aplicação isolada de qualquer dos dois também implica problemas insuperáveis no contexto exclusivo do método adotado, seja ele qual for.

Portanto, ainda que seja imperativo o reconhecimento da influência da política na interpretação do Direito (pela participação do intérprete no processo de conhecimento e definição do objeto), e do valor da consideração dos efeitos sociais das decisões jurídicas na formação de seu conteúdo (torrando a decisão adequada ao contexto social), tais aspectos não podem ser implementados de forma absoluta e ilimitada, e principalmente em prejuízo da racionalidade na aplicação do Direito definida pela teoria jurídica, sob pena de a atuação judicial não respeitar o Estado de Direito.

Tal controle se faz mediante o respeito à dogmática jurídica e à coerên-

6 Tal proposta metodológica orientada pela tópica argumentacional foi apresentada por Heck [HECK, Philipp. *El problema de la creación del Derecho*. (trad. ENTENZA, Manuel) Granada: Comares, 1999, p. 32-33] e consiste em uma radicalização da pragmática jurídica adotada por Jhering, que ficou conhecida como “jurisprudência dos interesses” [JHERING, Rudolf von. *A finalidade do Direito*. tomo I. (trad. HOFFMANN, Heder K.) Campinas: Bookseller, 2002, p. 282].

7 Os fundamentos de tal método, que substitui a interpretação jurídica pela argumentação jurídica, são variados e complementares, e abrangem, desde o conceito aristotélico de “equidade”, até as diversas correntes relativas da teoria do conhecimento que reconhecem a interferência do sujeito na apreensão do objeto e formação de seu conceito, utilizadas pelas proposições políticas e abertas de prática jurídica na pós-modernidade, e cujas expressões atuais de abrangência geral se classificam em várias teorias constitucionalistas de argumentação jurídica, e no âmbito específico do Direito Penal são representadas principalmente por concepções marxistas derivadas da criminologia crítica e por proposições liberais autodenominadas como “garantistas”, que se fundem de modo aleatório na busca de fundamentações nem sempre coerentes de propostas previamente formuladas de decisões de casos que, dessa forma, são apresentadas como supostas conclusões.

cia argumentativa, o que vincula o julgador ao conteúdo do ordenamento jurídico definido pela sociedade, legitimando sua atuação.

De fato, embora se possa aceitar no âmbito ético-social que caso alguém mate um ascendente para receber um prêmio de seguro, perca o direito a tal percepção, tal decisão não poderia ser justificada mediante um argumento formulado em tais termos:

“nas sociedades pós-industriais o valor dos contratos é relativizado em casos de dolo para garantir o respeito aos valores morais, notadamente devido aos reflexos do garantismo na orientação das relações entre indivíduos e, como a psicanálise identifica as pulsões individuais que determinam atuações egoístas, o valor do prêmio não pode afetar as relações familiares de modo a superar os padrões alterados em casos de morte”.⁸

A inadequação de tal argumentação decorre de sua vagueza e incoerência lógica, além da completa desconexão com os referentes normativos e teóricos que devem orientar a justificação das decisões judiciais, consistindo em mera retórica vazia que procura dissimular a opinião pessoal do julgador, conferindo-lhe um pseudo formato ou conteúdo jurídico, de modo que, ainda que os efeitos da decisão final em análise possam ser considerados culturalmente adequados para o caso concreto, sua forma e conteúdo não o são, pois a fundamentação não permite qualquer avaliação ou discussão racional, seja para se formar uma conclusão que concorde com seu conteúdo, seja para viabilizar uma eventual discordância específica.

Essa ausência de justificação racional do raciocínio e conclusão consiste no descumprimento da regra de necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a qual é orientada pelo princípio da publicidade e é um instrumento indispensável para o controle da atuação estatal em sua função judicial em um Estado de Direito.

Portanto, embora o método tópico possa ser útil para aproximar o Direito da realidade social, não pode ser implementado sem a consideração das regras jurídicas positivadas e independentemente das formas decisórias necessárias, sob pena de as decisões judiciais se afastarem completamente do ordenamento jurídico e o Judiciário atuar de forma não apenas autônoma em relação aos demais poderes do Estado, o que configuraria uma forma de autoritarismo, mas também intrinsecamente atomizada, aleatória, imprevisível e mesmo contraditória, desvinculando-o do senso comum que

⁸ Trata-se de um exemplo evidentemente exagerado, pois as vaguezas e incoerências contidas em decisões judiciais costumam ser mais sutis, o que é ainda disfarçado pela complexidade dos temas discutidos e das características dos casos, mas o exagero é adotado como um recurso didático para evidenciar o problema tratado no presente texto.

forma a cultura social, a qual deve orientar a política em uma sociedade democrática.

Não obstante, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária o método tópico tem sido utilizado com extrema frequência para a solução dos casos analisados, devido à expressiva influência da política na sua formação, com a prévia definição dos efeitos pretendidos e posterior busca da fundamentação mediante argumentações que desconsideram a dogmática jurídica, aproveitando-se de sutilezas e complexidades teóricas para deformar seu conteúdo, de modo a adaptá-lo às finalidades pretendidas.⁹

Essa concepção é evidenciada pelo teor exclusivamente político do voto do Min. Dias Toffoli no caso em análise, o qual justificou a concordância com a aprovação da proposta de Súmula mediante o argumento de que a necessidade do lançamento tributário para a tipificação do delito seria consentânea com a política tributária que visa a arrecadação, permitindo a extinção da punibilidade pelo posterior pagamento do tributo evadido.

Embora o emprego do método tópico somente devesse ser aplicado de forma individualizada a casos específicos que apenas afetassem o sujeito diretamente interessado e de modo coordenado com os requisitos fundamentadores da dogmática jurídica e da lógica argumentativa, no caso da Súmula em análise foi adotado em escala ampla para a formulação de uma orientação normativa da atuação judicial em uma abrangência geral, sem qualquer preocupação com a justificação do raciocínio lógico-explicativo adotado para a definição das conclusões respectivas, ou com os fundamentos teóricos e jurídicos da proposição.

Independentemente das críticas que possam ser formuladas em relação ao emprego de tal método para a solução de casos concretos, na situação em análise não se estava definindo uma relação jurídica individual, específica e com qualquer peculiaridade excepcional, mas se estabelecendo uma orientação interpretativa geral.

De fato, uma Súmula Vinculante não é uma decisão de um caso individualizado e particular, mas uma pauta normativa geral, e o estabelecimento de uma norma de tal amplitude sem a explicitação de seu motivo ou a justificação racional de seu conteúdo, inviabiliza a regular aplicação posterior do comando, devido à impossibilidade de sua exata compreensão.

⁹ Tal método é adotado em relação a tais crimes em uma forma mais expressiva que em relação aos demais devido ao significado do fato em países cuja população tem baixo coeficiente de cidadania, e às características das pessoas que os praticam, pois diversamente do que ocorre com os chamados “crimes violentos” (homicídio, roubo, estupro etc.), em relação aos quais os operadores do Direito se identificam com as vítimas e não com seus autores, nos crimes econômicos muitas vezes ocorre uma inversão de perspectiva.

Essa impossibilidade prática decorre do fato de que a definição de padrões decisórios incompreensíveis nos termos da lógica argumentativa ou da teoria jurídica causa confusão no entendimento do conteúdo da regra, inviabilizando sua adequação individualizada nas situações concretas.

No caso, o enunciado não foi formulado como uma conclusão de um raciocínio embasado na teoria jurídica, mas como uma disposição autônoma, desconectada da lógica empregada para a compreensão do Direito pelo senso comum.

Essa dificuldade evidencia a inadequação do uso do método tópico para definições normativas gerais, sendo sua validade restrita a decisões de casos concretos e individualizados, e ainda de forma relativa, pois se trata de um mecanismo cuja finalidade é a adaptação excepcional de eventuais conseqüências jurídicas gerais que possam repercutir de forma inadequada em algum contexto fático específico.

Portanto, para a elaboração da Súmula deveria ter sido empregado o método decisório comum, orientado pela dogmática jurídica.

Porém, no caso a falta de fundamentação implicaria ainda uma outra conseqüência jurídica, consistente no descumprimento do princípio que impõe ao Judiciário o dever de fundamentar suas decisões.

Tal dever é uma decorrência do princípio da publicidade os atos judiciais, mediante o qual se estabelece o dever de o Estado dar conhecimento aos jurisdicionados do conteúdo de suas definições jurídicas, o que somente é viável mediante explicações lógicas.

No caso, a formulação de um dispositivo propositivo não fundamentado, que na verdade deveria ser elaborado na forma de uma conclusão justificada, é incompatível com a regra jurídica que impõe ao Judiciário o dever de fundamentar suas decisões.

Portanto, a justificação técnico jurídica e lógica do conteúdo do enunciado não poderia ser desprezada pelos ministros, e sua inexistência deveria ter sido considerada um motivo suficiente para a rejeição preliminar da proposta, por falta de requisito formal indispensável a qualquer decisão judicial.

Porém, apesar disso a proposta foi colocada em votação, e apreciada sem a preocupação de se apresentar uma explicação à sociedade da configuração técnico-jurídica dos motivos que ensejaram a definição operacional formulada (somente explicitando a “conclusão”, como afirmou o ministro proponente da Súmula, sem se tratar de sua “fundamentação”).

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA E A ADEQUAÇÃO TEÓRICA DA CLASSIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COMO UM ELEMENTO DO TIPO PELO TRIBUNAL

Embora o Min. Cezar Peluso tenha afirmado expressamente que a Súmula somente explicitaria a “conclusão” do Tribunal, e que os fundamentos correspondentes não seriam objeto da Súmula, tal argumento é meramente retórico, pois a lógica argumentativa exige que a demonstração da validade de um raciocínio seja justificada.

Por esse motivo, ainda que o Min. Cezar Peluso tenha insistido na irrelevância e mesmo inexistência de qualquer fundamento para a justificação da Súmula, o teor de suas argumentações e mesmo o texto do enunciado evidenciam que o proponente tratou o crédito tributário como um elemento do tipo penal veiculado pelo art. 1º da Lei nº 8.137/90.

De fato, o proponente externou o entendimento de que *“sem a apuração definitiva da existência do crédito, não pode haver nenhum desses crimes materiais previstos no artigo 1º da Lei”*.

Tal conclusão foi embasada no argumento de que o “crédito” seria um *“elemento normativo do tipo”*, porque, segundo o mesmo, o art. 1º da Lei nº 8.137/90 *“se refere a crédito”*.

Portanto, a primeira premissa do raciocínio foi apresentada, embora de forma dissimulada, pois o proponente afirmou que os fundamentos da “conclusão” não seriam discutidos.

Trata-se da classificação do “crédito tributário” como um elemento do tipo.

A conclusão da adoção de tal premissa é coerente com o conteúdo da discussão travada entre o proponente e o Min. Ricardo Lewandowski, o qual sugeriu que a redação da Súmula fosse formulada com uma expressão elaborada nos seguintes termos: *“não constitui ou não se configura, não tipifica”*, o que foi aprovado pelo Min. Cezar Peluso, afirmando que, efetivamente, na hipótese o caso *“não corresponde ao tipo”*.

Ademais, na redação final do enunciado foi definido que antes do lançamento definitivo do tributo *“não se tipifica crime material contra a ordem tributária”*.

Portanto, independentemente das diversas impropriedades técnico-redacionais que o enunciado contenha (inclusive em relação aos institutos

de Direito Tributário), se evidencia que o tema foi tratado mediante a perspectiva da tipicidade.

Porém, como salientou o Min. Marco Aurélio, o tipo indicado não contém entre seus elementos a figura do “lançamento”, e a interpretação não poderia incluí-la, como se fosse um complemento de uma suposta “*lei penal em branco*”, pois tal procedimento teria “*o efeito de aditar norma penal e exigir elemento que não compõe a configuração de crimes, dos crimes tributários*”.

De fato, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, somente a lei pode definir um delito, e o enunciado da Súmula é incompatível com tal vedação constitucional, sendo surpreendente que o Tribunal que tem a função de interpretar a Constituição não tenha respeitado o princípio basilar do Estado de Direito no âmbito penal, consistente na reserva legal.

No caso, a Súmula altera o conteúdo e a estrutura típica do delito, o que é atribuição exclusiva do Poder Legislativo, e tal inconstitucionalidade da proposição sumulada é tão evidente que uma argumentação exaustiva relativa a tal fato se tornaria redundante e enfadonha.

De todo modo, para evidenciar a função tipificante da Súmula (justificando a conclusão mediante argumentos lógicos e nos termos da teoria jurídica, o que é um requisito de validade de toda proposição interpretativa), será analisado o conteúdo sumulado.

A premissa adotada pelo proponente da Súmula, qual seja, a de que o crédito tributário é um elemento do tipo descrito no art. 1º da Lei nº 8.137/90, é falsa, pois uma leitura do texto de tal preceito legal evidencia que em nenhum momento o texto alude ao crédito tributário, restringindo-se à descrição da evasão,¹⁰ a qual não se confunde com o crédito.

Ademais, o que o lançamento constitui é a exigibilidade do crédito, e não o crédito em si, de modo que sequer o objeto da Súmula seria tecnicamente determinado.

No caso, o elemento do tipo “evasão”, indicado pelos verbos nucleares do texto legal que define o tipo: “suprimir ou reduzir”, é substituído pelo elemento “constituição da exigibilidade do crédito”.

Se o crédito aludido fosse a consequência da inadimplência, classificado como direito não exigível, o problema não seria tão grave, pois embora o crédito seja uma consequência jurídica da implementação do elemento do

10 Tanto assim o é, que os verbos nucleares do tipo são: “suprimir” e “reduzir”, e tais condutas configuram o não pagamento que acarreta a evasão, o que se implementa independentemente de qualquer eventual constituição posterior da exigibilidade do crédito tributário mediante o lançamento correspondente.

tipo consistente na “supressão” (total ou parcial), a impropriedade técnica não implicaria conseqüências significativas no plano operacional.

No caso, seria o mesmo que afirmar que o direito da vítima ao ressarcimento do dano seria um elemento do tipo do furto, pois embora o elemento efetivamente seja a “subtração”, a implementação concreta da subtração acarreta a conseqüência prática do prejuízo econômico ilícito e, conseqüentemente, o direito ao ressarcimento do dano (embora em tese) por parte da vítima.

Nos crimes materiais contra a ordem tributária a elementar “supressão” descreve uma evasão tributária, a qual acarreta igualmente um prejuízo ao Estado (institucionalmente considerado) e, conseqüentemente, um direito ao recebimento do valor correspondente, o qual é denominado como “crédito”, embora tal direito não possa ser implementado pelo Estado, pois para tanto é necessária a liquidação de tal crédito mediante o procedimento administrativo de lançamento, com o que sua prestação se torna exigível.

Porém, o “crédito” a que alude a Súmula em análise é aquele exigível, ou seja, líquido e apto a ser executado, o que somente ocorre devido à conclusão do lançamento tributário, não sendo uma conseqüência imediata da implementação do fato típico.

Conseqüentemente, é completamente alterada a hipótese típica, o que implementa diversos efeitos práticos.

Por exemplo, o momento consumativo do fato típico correspondente ao crime material contra a ordem tributária não se configuraria por ocasião da supressão ou da redução do tributo, implementada na forma de evasão tributária, pelo não recolhimento regular do tributo pelo sujeito passivo na data definida para o pagamento.

Tal consumação somente ocorreria com a decisão administrativa final proferida no procedimento de lançamento do crédito tributário.

Portanto, tanto as condutas fraudulentas realizadas pelo sujeito, quanto o evento consistente na evasão tributária, definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, somente seriam início de execução de um fato típico e, enquanto não fosse constituída a exigibilidade do crédito tributário pelo lançamento correspondente, a situação seria classificável como um período de *iter criminis*.

Esse efeito traria outras conseqüências práticas relevantes, pois quem implementaria a consumação do crime material contra a ordem tributária

seria a Administração, mediante um procedimento de iniciativa própria, e não o sujeito ativo do delito.

Ou seja, seriam os critérios de seleção aplicados na atividade de fiscalização que determinariam quais fatos consistentes em evasões tributárias (no caso, mediante fraude) seriam “transformados” em crimes, pela consumação decorrente da implementação do “elemento típico”: constituição do crédito tributário.

Os demais fatos consistentes em evasões tributárias mediante fraude (vulgarmente denominados como “sonegação fiscal”) que não fossem objeto de fiscalização e lançamento tributário, não se configurariam como crimes contra a ordem tributária, pela ausência da elementar específica “lançamento tributário”.

Conseqüentemente, sua tipicidade seria subsidiária, pois sendo o crime contra a ordem tributária um crime progressivo definido em um tipo derivado de conteúdo complexo, nos casos em que o crime mais abrangente não se implementasse, a tipicidade seria estabelecida nos termos dos delitos realizados como fase de execução do delito-fim.

Trata-se de um caso de concurso aparente de normas, em que os delitos subsidiários realizados como meio para a implementação da figura típica complexa não consumada são classificados de forma autônoma.

Na situação específica, as condutas configuradoras de crimes de falsidade material ou intelectual realizadas pelo sujeito teriam tipicidade autônoma e, dessa forma, em evasões tributárias mediante fraude em relação às quais fosse constituída a exigibilidade do crédito tributário pelo lançamento o fato seria classificado como um crime contra a ordem tributária e, em fatos idênticos, em relação aos quais não fosse implementado o procedimento administrativo correspondente para a constituição da exigibilidade do crédito tributário, o fato seria classificado como crime de falsidade material ou intelectual, conforme o caso.

Ademais, como seria a Administração que implementaria a consumação do delito, eventual interferência política na definição dos critérios de atuação do Fisco poderia sujeitar os contribuintes a uma seleção impessoal ou no mínimo desigual, de modo que a criminalização das condutas não decorreria da atuação pessoal do sujeito, mas da intervenção do Estado mediante a atuação de um órgão do Executivo.

Desse modo, as pessoas não seriam punidas no âmbito penal exclusivamente pelo que elas fizeram, mas devido ao fato de terem sido

selecionadas pela Administração para a transformação de sua conduta configuradora de um crime de falsidade material ou intelectual, em um crime material contra a ordem tributária.

Essa forma de seleção de fatos pela Administração, e transformação dos delitos de falsidade material ou intelectual realizados como meio para uma evasão tributária em crimes contra a ordem tributária devido à realização do procedimento administrativo de lançamento tributário, que seria um elemento deste delito, acarretaria uma conseqüência socialmente absurda e culturalmente falsa, mas tecnicamente correta, qual seja, a eliminação da cifra negra da criminalidade tributária.

De fato, como todos os demais casos em que uma fraude fosse implementada como meio para uma evasão tributária não seriam classificados como crimes contra a ordem tributária caso não houvesse o lançamento tributário, a Administração teria conhecimento pleno de “todos” os crimes contra a ordem tributária.

Dessa forma, para fins estatísticos o controle estatal sobre tais delitos seria completo (100%), e a avaliação da eficácia do sistema penal poderia ser media com um grau absoluto de precisão, o que não é viável em nenhum dos outros delitos existentes.

Ademais, como seria a Administração que estaria classificando os fatos consistentes em evasões tributárias mediante fraude como crimes contra a ordem tributária, ela seria o principal e mesmo exclusivo fator criminógeno, de modo que o meio mais eficiente para eliminar completamente a ocorrência de crimes contra a ordem tributária seria impedir a Administração de realizar lançamentos tributários.

É certo que tal situação absurda somente oculta a realidade, pois as evasões tributárias mediante fraude continuariam existindo, mas a alteração da classificação jurídica de tais fatos, implicaria tal conseqüência técnica.

De fato, somente seria crime material contra a ordem tributária a evasão fraudulenta que a Administração decidisse transformar em tal categoria mediante o lançamento tributário. Conseqüentemente, a ampliação ou diminuição da atuação do fisco afetaria diretamente a estatística real relativa a tal forma de criminalidade.

Essas considerações demonstram não apenas que efetivamente a Súmula incluiu um elemento no tipo, descumprindo a norma da legalidade penal, mas também que tal inclusão, além de tecnicamente inadequada, acarreta efeitos práticos absurdos.

4. A QUESTÃO DO INÍCIO DA FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL

Um efeito particularmente relevante da proposição sumulada é a alteração do momento em que se inicia a fluência do prazo prescricional nos crimes materiais contra a ordem tributária.

Tal aspecto foi identificado por alguns dos ministros por ocasião da discussão da proposta, mas sua importância foi minimizada por outros.

De fato, a Min. Ellen Gracie questionou o fato de a Súmula não solucionar do problema da prescrição, pois tal tema foi considerado relevante no contexto da definição a que se propunha elaborar, tanto que foi objeto de debate nos precedentes que trataram do assunto.

Porém, tal relevância foi desconsiderada pelo Min. Cezar Peluso mediante o argumento de que a Súmula não trataria da prescrição, sendo tal tema relegado para posterior discussão (embora durante a discussão tenha afirmado que em seu entendimento enquanto não tivesse ocorrido o lançamento do crédito tributário o prazo prescricional sequer começaria a fluir porque o crime ainda não teria ocorrido, com o que concordou o Min. Gilmar Mendes).

Porém, tal forma de solução parcial do problema foi considerada inadequado pela Min. Ellen Gracie porque ela previu que *“toda a magistratura”* iria ficar em dúvida sobre como solucionar tal problema, e o Min. Joaquim Barbosa compartilhou a preocupação da Min. Ellen Gracie salientando que a omissão da Súmula em relação à prescrição estaria *“semeando a dúvida aos escalões inferiores da Justiça”*.

Não obstante, a importância de tal questão foi minimizada pelo Min. Cezar Peluso mediante o argumento retórico de que: *“a magistratura não tem dúvida só sobre isso, tem dúvida permanente sobre tudo, questiona tudo”*, com o que a discussão foi encerrada, sem se considerar o fato de que a existência de outras dúvidas não é uma justificativa para não se solucionar qualquer delas.

Porém, assim como ocorreu em relação à justificação da definição sumulada, cujo conteúdo é abstraído a partir da interpretação de seu texto e do teor das discussões travadas por ocasião de sua votação, não obstante a maioria dos ministros considerasse que não seria necessário apresentar qualquer motivação teórica para fundamentar a assertiva, pois ela deveria tratar somente da *“conclusão”*, e não dos motivos correspondentes, o fato de a Súmula ser omissa na definição de seus efeitos em relação à prescrição

não impede que os intérpretes formulem conclusões a respeito.

Efetivamente, os efeitos da Súmula em relação à fluência do prazo prescricional também são determinados com base nos resultados da interpretação de seu conteúdo, de modo que o fato de não ter sido expressamente definida a questão da prescrição no texto da proposição sumulada não impede que ela repercuta em relação a tal aspecto, notadamente devido à circunstância de a Súmula ter alterado a estrutura típica do delito.

Como a relação direta da relevância da prescrição no caso decorre de seu efeito operacional de causa extintiva da punibilidade, o pressuposto da análise é a configuração da situação que viabilizaria a implementação de tal efeito, qual seja, a existência da punibilidade.

No sistema da teoria do delito, a punibilidade, ou seja, o poder estatal de aplicar uma consequência jurídica correspondente ao delito, se relaciona com a necessidade de aplicação de uma pena, a qual se instaura pela relevância social do fato que é representada pela afetação do bem jurídico.¹¹

Tal afetação se implementa, via de regra, em consequência da consumação do fato típico e, excepcionalmente, quando a lei estabelece uma condição objetiva de punibilidade relativa à modalidade delitiva correspondente, com a realização da situação que configura tal condição.

Como a punibilidade se instaura nos contextos situacionais acima indicados, é a partir de sua configuração que começa a fluir o prazo prescricional, pois a prescrição não poderia extinguir uma punibilidade sem que ela existisse.

Nos crimes materiais contra a ordem tributária não existe nenhuma condição objetiva de punibilidade, porque a lesão ao bem jurídico decorre imediatamente da implementação do evento (resultado), que configura a consumação do fato típico (assim como ocorre na maioria dos delitos materiais).

Nos termos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, tal consumação (e consequente afetação do bem jurídico) ocorre com a evasão tributária, pois a “supressão” ou a “redução” do tributo se implementam com a término do prazo para o regular recolhimento do valor devido a título de tributo, incidente sobre os fatos imponíveis cujas características tenham sido objeto

11 Não obstante no âmbito do sentido comum teórico a “possibilidade” de aplicação de pena ser muitas vezes confundida com a efetiva aplicação de tal medida, inviabilizando a distinção entre a punibilidade e a penalidade. Tal confusão entre a possibilidade potencial e a incidência concreta da pena foi a causa da dificuldade surgida na classificação da punibilidade como um elemento ou uma consequência do delito, cuja solução preponderante (que excluiu a punibilidade da estrutura teórica do instituto) acarretou a necessidade de cisão da definição do delito em um aspecto formal e um conteúdo material.

das condutas fraudulentas descritas em qualquer dos incisos do dispositivo legal indicado.

Porém, tendo a Súmula em comento incluído um elemento adicional ao tipo, por estabelecer que o que implementaria a “consumação do delito” no caso seria a constituição definitiva da exigibilidade do crédito tributário (em decorrência da conclusão do procedimento de lançamento correspondente), antes de tal “consumação” a punibilidade não existiria, porque antes de tal circunstância um crime material contra a ordem tributária não seria passível de “tipificação”.

Portanto, a fluência do prazo prescricional correspondente somente poderia iniciar a partir da conclusão do lançamento tributário, pois este implementaria a “consumação” do delito e, nos termos da regra veiculada pelo art. 111, I, do Código Penal, a prescrição, no caso, começaria a correr a partir “do dia em que o crime se consumou”.

Ou seja, nas hipótese tratadas pela Súmula, o prazo prescricional se iniciaria com o lançamento do crédito tributário, pois seria a conclusão de tal procedimento que implementaria a consumação do delito (sendo a conduta realizada pelo sujeito e a evasão implementada por meio daquela classificadas como fases de execução do delito, ou seja, etapas do *iter criminis*).

Dessa forma, ainda que durante a discussão a maioria dos ministros tenha considerado desnecessário definir na Súmula os efeitos de seu conteúdo em relação à prescrição, tais efeitos incidem independentemente de sua expressa explicitação, pois decorrem de regras lógicas de interpretação e da natureza e função dos institutos jurídicos relacionados com o tema.

Conseqüentemente, nos termos da Súmula a Administração não apenas selecionará quais evasões tributárias fraudulentas serão “transformadas” em crimes contra a ordem tributária mediante o lançamento do crédito tributário correspondente, mas também determinará “quando” tal transformação ocorrerá.

Tal controle sobre a implementação e a definição temporal da consumação delitiva transfere ao Estado um poder excepcional sobre a criminalidade tributária, que não existe em nenhuma outra modalidade delitiva, pois nas demais quem determina a consumação e o momento do delito é a conduta do sujeito ativo e suas conseqüências imediatas.

De todo modo, em conseqüência da proposição estabelecida pela Súmula o prazo prescricional correspondente aos crimes nela identificados somente começa a fluir a partir do lançamento da exigibilidade do crédito tributário.

5. A ABRANGÊNCIA DA PROPOSIÇÃO

O texto da Súmula tem conteúdo determinado, pois especifica que o lançamento definitivo do crédito tributário somente é um elemento do tipo e, portanto, um requisito à tipificação, no crime “material” contra a ordem tributária “previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90”.

Ou seja, de seu âmbito estão excluídos, tanto os crimes formais contra a ordem tributária, quanto os crimes materiais não tipificados no dispositivo sumulado.

Como exemplo de crime formal contra a ordem tributária se poderia indicar o tipificado no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, pois nesse caso a consumação do fato típico se implementa com a conduta fraudulenta, não sendo necessária a ocorrência de qualquer evasão tributária para a completa configuração da figura típica.

Entre os crimes materiais contra a ordem tributária não abrangidos pela disposição simulada encontra-se a omissão de recolhimento de tributos indiretos ou devidos por agentes de retenção, tipificada no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 e no art. 168-A do Código Penal, cuja consumação ocorre com a evasão tributária (que é o resultado que afeta o bem jurídico), configurada com o término do prazo para o recolhimento do tributo, sem seu pagamento.

Como fundamento para a não inclusão de tal espécie delitiva na regulamentação sumulada pode-se concluir o fato de que o lançamento da exigibilidade do crédito tributário em relação a tais evasões seja realizado mediante ato próprio do sujeito passivo da obrigação tributária sujeito a homologação do Fisco.

Portanto, efetivamente em tais hipóteses a situação fática e a dinâmica da relação jurídica subjacente é diversa da tratada pela Súmula, o que justifica o tratamento diferenciado das modalidades delitivas correspondentes.

Porém, em outros dois casos a limitação da abrangência da Súmula é injustificada, acarretando uma situação de desigualdade de tratamento jurídico para situações formalmente similares e substancialmente idênticas.

Trata-se dos crimes tipificados no art. 337-A do Código Penal e no inciso V do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Efetivamente, o crime tipificado no art. 337-A do Código Penal tem a mesma estrutura típica do definido no art. 1º, *caput* (e seus incisos), da Lei

nº 8.137/90, distinguindo-se de tal modalidade delitiva somente devido à especificidade do objeto, ou seja, à espécie do tributo evadido.

O art. 337-A do Código Penal (incluído pela Lei nº 9.983/00), dispõe sobre a “sonegação de contribuição previdenciária” nos seguintes termos:

“Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.”

Trata-se exatamente da mesma hipótese típica, configurando uma modalidade especial de crime contra a ordem tributária que somente se distingue do delito definido no art. 1º, *caput* (e seus incisos), da Lei nº 8.137/90, pelo tributo objeto da evasão.

Portanto, um tratamento diferenciado das hipóteses seria incompatível com a norma constitucional que estabelece a igualdade entre as pessoas (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Porém, a desigualdade no tratamento de situações similares não ocorre somente em relação à sonegação de contribuições previdenciárias, pois a Súmula também não abrange a modalidade típica específica descrita no inciso V do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Nesta situação a desigualdade é ainda mais evidente, porque sequer a modalidade do tributo evadido é distinta, e a conduta é substancialmente idêntica às demais formas definidas nos outros incisos do dispositivo, não havendo qualquer fundamento teórico ou prático que justifique o tratamento diferenciado das hipóteses.

O texto legal é formulado com o seguinte conteúdo:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação

de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação."

Efetivamente, trata-se de uma das formas mediante as quais se implementa a evasão tributária mediante fraude, e inclusive provavelmente seja o modo mais comum de prática da modalidade delitiva em análise, sendo absolutamente surpreendente que a Súmula tenha excluído exatamente esta hipótese de seu âmbito de abrangência.

Desse modo, a Súmula cria desigualdades relevantes entre os casos de evasões tributárias fraudulentas definidas no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, e situações da mesma natureza, porém descritas no art. 337-A do Código Penal e no inciso V do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Com a alteração da estrutura típica de apenas uma parte dos delitos, as hipóteses típicas são dissociadas em duas categorias, e a consequência prática é que tanto o momento consumativo quanto o início da fluência do prazo prescricional de cada grupo de casos é distinta.

Desse modo, enquanto em relação aos delitos regulamentados pela Súmula quem implementa a consumação do delito é a Administração, mediante o lançamento tributário, nos casos dos delitos injustificadamente não incluídos na disposição sumulada a consumação ocorrerá com a realização do resultado (evasão tributária), e eventual discussão surgida no contexto de um procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário que coloque em dúvida a existência do tributo (e consequente evasão) somente poderá afetar a justa causa para a propositura da ação penal pelo delito correspondente.

Evidentemente trata-se de uma solução não apenas inconstitucional (devido à desigualdade de tratamento jurídico de situações similares), como também absurda, mas é mais uma consequência necessária da aplicação da Súmula.

E tal consequência já está acarretando efeitos práticos, eis que em 04/05/10 (6 meses após a edição da Súmula Vinculante nº 24) o próprio STF, no julgamento do HC nº 96.200/PR proferido pela sua Primeira Turma, cuja relatoria coube ao Min. Marco Aurélio, decidiu que a Súmula em análise não se aplica aos delitos tipificados no inciso V do art. 1º da Lei nº 8.137/90, nos seguintes termos:

"CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - NEGATIVA EM FORNECER DOCUMENTO OBRIGATÓRIO - PRESCINDIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. O crime previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 - 'negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente,

relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação' - prescinde do processo administrativo-fiscal e a instauração deste não afasta a possibilidade de imediata persecução criminal" (sublinhei).

Portanto, hipóteses semelhantes passaram a ter tratamentos distintos, tanto no que se refere ao momento consumativo dos delitos correspondentes, quanto no que tange ao início do prazo prescricional.

De fato, a aplicação de soluções jurídicas inconsistentes geram incoerências no âmbito prático, mas esse é o lamentável resultado com o qual a comunidade jurídica e a sociedade arca quando o Estado atua do modo como ocorreu no caso analisado no presente trabalho.

CONCLUSÕES

Os comentários anteriormente apresentados tiveram a finalidade de demonstrar que a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, embora trate de um tema cuja relevância e grau de polêmica efetivamente justificasse a edição de um instrumento normativo geral da natureza do utilizado, não solucionou adequadamente o assunto.

No âmbito conjuntural, a oportunidade para a edição da Súmula era imprópria, devido à falta de uniformização da jurisprudência do Tribunal sobre o tema a ser sumulado, nos termos propostos (o que implicou o descumprimento do requisito estabelecido no art. 103-A da Constituição Federal).

Em sua configuração estrutural, o método tópico empregado foi inadequado, pois trata-se de um sistema decisório concebido para a definição de casos individuais e excepcionais, e a Súmula Vinculante é uma determinação normativa de caráter geral.

A forma empregada foi incompatível com o princípio processual da publicidade, que impõe ao Judiciário o dever de fundamentar suas decisões, eis que não foi considerada relevante a justificação teórica e a argumentação lógica da validade das premissas e sua relação com a conclusão, sendo somente definida a proposição, sem qualquer explicação de seu porquê.

O conteúdo não respeitou o princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, pois incluiu no tipo penal um elemento não definido em lei.

O texto foi elaborado de forma parcial, tratando de forma diferenciada hipóteses típicas similares, o que gera desigualdade entre as respectivas situações, contrariamente à regra republicana expressa no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O fato de o elemento incluído no tipo pela Súmula ser implementado pela Administração e não pelo sujeito ativo do delito, confere ao Estado o poder de “tipificar” condutas, selecionando quais fatos serão transformados em crimes e quando o serão.

Dessa forma, a Súmula não cumpre sua função essencial, que é a estabilização das decisões judiciais mediante a definição de esclarecimentos aptos a sanar divergências interpretativas, pois cria mais dúvidas que soluções, sendo um lamentável exemplo de como uma decisão judicial descontextualizada dos requisitos jurídicos correspondentes e dos referentes racionais de sua compreensão produz efeitos incoerentes e gera instabilidade e insegurança jurídica.

A CAÇA ÀS BRUXAS E A INQUISIÇÃO CATÓLICA – ASPECTOS HISTÓRICOS E PROCESSUAIS

Leonardo Henrique Marques Lehmann

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Mestrando em Direito pela UFSC

Silvano Denega Souza

Advogado

Mestrando em Direito pela UFSC

SUMÁRIO

Introdução. 1 Aspectos históricos. 1.1 Tribunais do Santo Ofício. 1.2 Inquisição espanhola. 1.3 Inquisição no Brasil. 2 A caça às bruxas e o processo. 2.1 O sistema inquisitorial de processo penal. 2.2 Admissão de tortura para obtenção de provas. 2.3 Jurisdição dos tribunais seculares sobre a bruxaria. 2.4 Julgamento de bruxas confiado a tribunais locais e regionais. 2.5. O procedimento na Inquisição. 2.6 Classificações dos hereges. 2.7 Mudanças judiciais e o novo panorama mental. 3 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Este breve estudo tem como objetivo analisar os principais aspectos históricos e processuais da Inquisição promovida pela Igreja Católica, notoriamente na Idade Média. Como primeiro passo, serão apontados alguns aspectos marcantes sobre o momento histórico, relevando-se as heresias e condições do povo, seguindo-se das principais razões e motivos que levaram a Igreja a editar a bula instituidora da Inquisição. Em um segundo momento,

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 37 - 58	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

os principais aspectos processuais dos tribunais seculares e do Santo Ofício serão explanados, com destaque para a questão da caça às bruxas, além de salientadas as circunstâncias judiciais e legais que contribuíram para o seu declínio no período em questão.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Inquisição. Caça às bruxas. Tribunal do Santo Ofício.

ABSTRACT: This brief paper aims to analyze the main historical and procedural aspects of the Catholic Church Inquisition, notably during the Middle Age. As a first step, some remarkable aspects about that historical moment will be viewed, emphasizing the heresies and the conditions of the people, followed by the main reasons and grounds which carried the Church to edit the Inquisition Instituting Bull. In a second moment, the main procedural aspects of the secular courts and of the Court of the Holy Office will be explained, highlighting the quest of the witch-hunt, as well as the judicial and legal circumstances which contributed to its decline in that period.

KEY-WORDS: History of Law. The Inquisition. Witch-hunt. The Court of the Holy Office.

INTRODUÇÃO

A concepção mais comumente observada referente ao período da Inquisição promovida pela Igreja Católica, entre os séculos XIII e XIV, é a da perturbadora ação da instituição, a qual presumidamente preferia a fogueira à orientação religiosa, a tortura aos meios convencionais de investigação e, principalmente, a intolerância ao pensamento – que posteriormente foi atacado pelos iluministas.

A Igreja Católica, no entanto, era concebida como o grande bastião de confiança e sustentação dos povos medievais, muito devido ao conturbado momento histórico que a humanidade estava atravessando. A sociedade estava em transformação por uma série de fatores, tais como: a queda do Império Romano, a criação dos primórdios da forma estatal como hoje é conhecida, o surgimento das cidades, o desagajamento de legiões, os

saques, as conquistas e os espólios de guerra e a proliferação de doenças ocasionada por lacunas sanitárias, apenas para citar alguns.

Nesse contexto extremamente instável, o surgimento de uma nova forma de pregar, pensar e agir – o catarismo (ou albigenses) – levou a Igreja Católica a iniciar um movimento pela sua própria sobrevivência, que necessariamente deveria passar pela exclusão da nova seita. O catarismo já apresentava um crescimento considerável na Itália e, principalmente, na França, o que muito provavelmente teria levado a humanidade a uma situação de risco da sua própria existência, a julgar pelo que criaram e da forma que difundiram seus dogmas, conforme será visto.

A pretensão da Igreja Católica, ao criar o Tribunal do Santo Ofício, era justamente proporcionar ao acusado de heresia um procedimento solene e formal para que esse pudesse vir a se defender, lutando pela absolvição do tribunal e, assim, evitar a pena, cuja execução pertencia ao poder régio e não à Igreja. É pertinente observar a posição singular da Espanha em relação a esse específico ponto e à forma de funcionamento do Tribunal do Santo Ofício que requereram ao Papa, conforme adiante será explanado em item próprio.

A dogmática jurídico-canônica que regia o mundo, na Idade Média, levou à união entre o poder da Igreja e o poder régio, culminando no sistema inquisitorial de processo penal. Por esse viés, analisar-se-á o funcionamento da jurisdição dos tribunais seculares sobre a bruxaria, além dos procedimentos próprios da inquisição e das mudanças judiciais no novo panorama mental da época.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A heresia não é uma criação exclusiva da Inquisição e pode ser observada desde os primeiros tempos de tentativa de sedimentação da religião católica. As bases teológicas da religião não poderiam deixar lacunas sobre a crença e de uma forma geral inspiravam metodologias de agir e pensar visando ao temor do cristão a Deus e à fidelidade à própria instituição. Heresia, portanto, era tudo aquilo que desviasse desse padrão, que contestasse os propósitos e a Igreja em si e, por ser prejudicial à fé, deveria ser combatido.

Embora a Inquisição geralmente figure em nosso pensamento como sendo uma das criações da Idade Média, já se tinham notícias de enforca-

mento de hereges séculos antes, os quais foram patrocinados, dentre outros, por Henrique III, de Saxe, em 1052¹. São alguns exemplos esporádicos, obviamente sem a robustez e o alcance da Inquisição, tal qual veio a solidificar-se no séc. XVI. No entanto, a institucionalização da Inquisição, a aderência a um formato e a organização de procedimentos foram, na verdade, uma resposta dada pela Igreja a um movimento – por vezes denominado “seita” –, uma inflexão da fé, um desvio no modo de pensar católico: o catarismo.

Os cátaros – também chamados albigenses (dada a grande concentração de adeptos em Albi, sul da França) – podem ser considerados como a razão pela qual a Igreja mudou seus métodos de tratamento às seitas que eventualmente surgiram em toda a história (maniqueísmo, sincretismo e valdismo, dentre outros). A partir da difusão acelerada do catarismo na região dos Pirineus (*Occitania*) e seu alastramento ao norte da Itália (Lombardia) e Europa central, houve-se por bem deter o movimento por meio de uma ofensiva católica concentrada pelo julgamento dos hereges.

De uma forma geral, pode-se dizer que os cátaros criaram uma doutrina dualística, que considerava todos os elementos partindo de dois deuses: do bom ou do mau. O corpo humano encerra o mau espírito e a mortificação é a única condução à libertação da alma. O espírito bom é Jesus Cristo, que identificava os outros meios de libertação (como a morte): abstenção de convivência entre os sexos, impugnação do casamento, pobreza, castidade. Essas eram justamente as principais razões apresentadas pela Igreja para iniciar-se essa nova cruzada, qual seja, o perigo de decomposição da sociedade².

Longe da discussão acerca do futuro da humanidade, os cátaros – ou *les parfaits* (os puros) – tinham uma vida muito simples, em que a peregrinação era a essência de sua jornada, levando aos povos mais longínquos os ensinamentos de sua crença e suas teorias (extremas) de purificação da alma³. Sob esse aspecto, convém salientar a grande aceitação aos cátaros pelos povos da época – em detrimento da Igreja católica –, uma vez que os primeiros se revestiam das características de “homens bons”, da caridade evangélica, ao passo que os últimos tinham como maior preocupação o recolhimento de impostos e o enriquecimento da Igreja ao custo do trabalho e produção dos aldeões.

1 GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 93.

2 *Idem., ibidem*, p. 94.

3 Como exemplo de dogmas cátaros podemos citar seu ritual derradeiro em vida, denominado *consolamentum*: bastava ser abençoado por um dos religiosos cátaros no fim da vida para que todos os pecados dessa vida material fossem expurgados e, assim, assegurado um lugar ao lado direito de Deus. Ao verificar-se que um homem estava perto da morte, era comum entre os cátaros que estes deveriam acelerar a chegada da morte pela inanição.

Essa nova crença começava a colocar à prova os dogmas da Igreja Católica, até então a única instituição que se manteve e se destacava após a queda do Império Romano e que de uma forma geral regulava o mundo ocidental. Os cátaros organizavam concílios e já começavam a dividir-se em uma organização mais estruturada, com dioceses e bispos designados para comandá-las⁴. Tamanho movimento despertou não apenas a atenção dos governantes e da Igreja, e novas ações foram criadas para inibir o crescimento da crença. É, nesse contexto, que nascem os “Tribunais do Santo Ofício”.

1.1 TRIBUNAIS DO SANTO OFÍCIO

A fé católica estava sendo severamente ameaçada pelo constante crescimento do catarismo e algumas atitudes deveriam ser tomadas para reprimir aqueles que ousavam discordar dos dogmas católicos. Os hereges, assim tratados, passaram a ser o centro das discussões dos concílios, distintamente o III Concílio de Latrão (1179), de forte apelo repressivo aos albigenses, notoriamente no sul da França. A seu turno, o IV Concílio de Latrão, do Papa Inocêncio III, determinava o caráter diligenciador e itinerante que caracterizou os tribunais inquisitórios. A “Inquisição”, porém, surgiu como instituição permanente da Igreja apenas em 1231, com o advento da bula do Papa Gregório IX⁵.

A investidura da função de julgamento desses tribunais recém-formados foi inicialmente transmitida aos freis dominicanos. Essa imposição papal era reflexo da ineficiência dos clérigos franceses em instituir e movimentar os tribunais, uma vez que já estavam investidos de várias competências paroquiais – religiosas e administrativas – e pouco tempo sobrava para a promoção dos Tribunais do Santo Ofício.

Embora seja uma tendência natural a confusão entre a Inquisição e algumas das penas bárbaras impostas aos hereges, convém desmitificar tal correlação. Ainda é comum a confusão entre a Inquisição em si e as ações do Tribunal do Santo Ofício – este um tribunal cuja principal função era justamente a promoção das investigações que poderiam chegar a uma condenação, porém essa específica unidade jurídica institucional não possuía, dentre suas funções, a de executar penas. Após o julgamento, o réu era entregue ao tribunal régio para que este, sim, executasse a pena, o que era geralmente realizado com o pedido de benevolência do representante da

4 GONZAGA, João Bernardino. *Op. cit.* p. 95.

5 *Idem*, *ibidem*, p. 97.

Igreja. O funcionamento dos tribunais e o procedimento inquisitorial serão mais adiante abordados.

1.2. A INQUISIÇÃO ESPANHOLA

Sem dúvidas a Inquisição Espanhola necessita de um estudo à parte, uma vez que apresenta características e reflexos próprios, notadamente contando com uma marcante participação régia⁶, de grande influência, em seus procedimentos e resultados.

Formada por vários povos, de diferentes crenças, a península ibérica era marcada pelo multiculturalismo, com influência de mouros, judeus e cristãos. A essa coexistência de mais de um milênio era dado o nome de “convivencia”. Embora essa interação que os ibéricos vinham vivenciando já há alguns séculos, verificou-se que, para conquistar a unificação plena do reinado, algumas atitudes drásticas deveriam ser tomadas, dentre elas a expulsão dos não cristãos do território que hoje conhecemos como Espanha.

Quando Fernando de Aragão e Isabel de Castella (a Católica) decidiram casar-se e formar um reinado único (Espanha), estrategicamente voltaram se para a Igreja Católica e apresentaram uma requisição ao Papa Sixto IV (1471-1484) para que eles, o novo poder régio espanhol, ficasse incumbido da responsabilidade sobre a Inquisição no reino. Na verdade, os reis queriam evitar que a administração da inquisição pertencesse ao Papa em Roma, visto que eles próprios almejavam se apoderar dos espólios dos hereges, principalmente dos judeus, que, à época, amealhavam uma significativa parcela de riqueza e poder no reino.

A autorização para estabelecimento do Tribunal da Inquisição se deu por meio da edição da bula *Exigit Sincerae Devotionis Affectus* (1º/11/1478), cuja execução pelas próprias mãos do Estado, pode-se dizer, foi o primeiro lampejo do que hoje conhecemos como poder de polícia.

Em via de regra, as principais acusações contra os safarditas recém-convertidos em cristãos (novos cristãos), é que estes ainda mantinham secretamente seus antigos rituais ligados ao judaísmo e tal fato era considerado como a principal heresia a ser repreendida pela Inquisição. Embora aparentemente com fins religiosos e de manter-se intacta a fé cristã, a sequ-

6 Ainda não existia o Estado espanhol, da forma como hoje é concebido. Os reinados mais importantes eram Aragão, Castela, e a cidade de Granada – esta um conhecido reduto mouro até a Idade Média.

ência de atos promovidos pelo reino espanhol de que se teve notícia revela um fundo predominantemente “fiscal”, a fim de patrocinar o crescimento do poderio espanhol perante o mundo, o que veio a promover as novas descobertas (América, por exemplo) e atraiu a ira dos protestantes, que não economizaram em suas ações de propaganda negativa para incriminar os espanhóis.

De uma forma geral, a Inquisição Espanhola ficou conhecida como a mais sangrenta e desmedida do período. Segundo muitos historiadores, a própria propaganda protestante e os iluministas posteriormente ficaram encarregados de passar uma mensagem equivocada ao mundo sobre os atos ocorridos em nome da Igreja, em território espanhol⁷. Lembre-se que os Tribunais do Santo Ofício tinham legitimidade apenas para a *inquisitio* e as penas, em regra geral, eram executadas pelo poder régio. Sabe-se, entretanto, que a voracidade do poder régio espanhol em executar penas de morte contra os hereges e retirar-lhes o direito sobre seus bens foram fatores que muito contribuíram para o aumento expressivo das riquezas e da má fama do reino espanhol.

1.3 INQUISIÇÃO NO BRASIL

O Brasil não foi contemplado pela Santa Sé com seu próprio Tribunal do Santo Ofício (tal qual Lima, México e Cartagena, na América), o que não quer dizer que a Inquisição não tenha agido em território nacional⁸. O que se verificou, no período do Brasil Colônia, foi a presença de uma pequena estrutura burocrática a serviço da Inquisição, que era eventualmente reforçada com as denominadas “visitações” – missões do Tribunal do Santo Ofício português ao Brasil, no sentido de impor à Colônia as regras e a dogmática católica difundidas na Europa.

A situação em terras brasileiras era de grande preocupação para o reino português. Vale ressaltar a presença, em solo nacional, de diferentes povos africanos, cada um deles com suas próprias crenças, seitas e rituais, além da ação quase natural de benzedeiras, curas por ervas e rituais próprios indígenas, inerentes à sua cultura. E foi justamente nesse sentido a presença

7 O Papa João Paulo II, por ocasião do seu jubileu frente à Igreja Apostólica Romana, abriu os arquivos da Santa Sé para que uma equipe de 30 acadêmicos de várias nacionalidades tivessem acesso aos arquivos secretos. Por ser um processo de grande formalidade, a Inquisição preservou boa parte dos documentos produzidos à época, tais como testemunhos, depoimentos e atos gerais dos inquisidores. As conclusões (relatório de cerca de 800 páginas) convergiram no sentido de que a Inquisição Espanhola não foi tão brutal tal qual a história a concebe.

8 Séc. XVI a XVIII.

da Santa Inquisição na colônia, a de “salvar as almas desencaminhadas, sobretudo em terras abandonadas por Deus”⁹.

De fato, a Inquisição no Brasil foi predominantemente de caráter investigatório, em que verdadeiras missões itinerantes eram enviadas com o intuito de se buscar os hereges e detectar as principais heresias que estavam sendo cometidas no Brasil Colônia. O Processo inquisitorial, no entanto, era finalizado em Portugal. Os relatos históricos demonstram, ainda, a preocupação do clero com a presença dos cristãos-novos na colônia, uma vez que muitos deles tinham justamente abandonado a Europa pela perseguição da Igreja ou mesmo degredados em virtude de sua antiga crença. A perseguição que esses vieram a sofrer transformou-se em uma perseguição étnico-religiosa¹⁰ em território brasileiro e grande parte sucumbiu nos Cárceres do Santo Ofício¹¹.

Os números da Inquisição no Brasil estão adiante representados:

1076 pessoas investigadas;
 29 condenados à fogueira (vivos, mortos ou depois de condenadas à efígie); 778 homens;
 298 mulheres;
 46,13 dos homens foram acusados de judaísmo;
 89,92 das mulheres idem;
 38% dos homens denunciados por realizarem feitiçaria ou pactos com o demônio;
 8% das mulheres, idem;
 27,76% dos investigados eram mercadores ou agricultores;
 12,86 eram artesãos¹².

Os demais investigados e que não constam na lista acima foram enquadrados em outras heresias, como bigamia e sodomia.

Os “autos de fé” no Brasil coincidiam com as visitas e eram verdadeiras manifestações populares em que a população era mobilizada não apenas a participar como meros coadjuvantes, mas a exercer seu papel de cristão e a delatarem possíveis hereges ou cristãos-novos que estivessem descumprindo as Leis de Deus ou os mandamentos da Igreja. Nesse sentido, os “editais do Santo Ofício” eram sistematicamente dirigidos à população local para que então esses viessem a alimentar os

9 BITTAR, Eduardo C.B. Notícias da Inquisição do Brasil: o processo e a tortura no período colonial. In: **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 112

10 Idem, ibidem. p. 117.

11 FERREIRA DA SILVA, Lina Gorenstein. **Heréticos e Impuros**: a inquisição e os cristãos-novos no Rio de Janeiro, século XVIII. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal da Cultura, 1995. p. 110.

12 CORDEIRO, Tiago. Inquisição no Brasil. Aventuras na história, São Paulo, Ed. 88, p. 26 a 33, Nov. 2010.

inquisidores com denúncias e depoimentos pessoais, o que tornou os tribunais uma forma institucionalizada de vingança particular contra desafetos do povo à época¹³.

As visitasões no Brasil de que se têm notícias foram realizadas entre 1591 e 1769. A primeira visitação compreendeu a Bahia, Pernambuco e Itamaracá (1591-1595); já a segunda visitação ocorreu somente na Bahia (1618-1621); na sequência, sabe-se da visitação ao Rio de Janeiro, a São Vicente e a São Paulo (1627-1628) e, por último, a visitação ao Grão-Pará (atual Estado do Pará) e Maranhão (1763-1769). Outras visitasões podem ter ocorrido, porém, historicamente, não se possui registros.

2 A CAÇA ÀS BRUXAS E O PROCESSO

Ao tratarmos do tema da grande caça às bruxas na Europa, não podemos perder de vista, como nos adverte Levack¹⁴, que essa foi, em essência, uma operação judicial, transcorrendo todo o processo de descoberta e eliminação de bruxas, da denúncia até o castigo, normalmente sob auspícios judiciais.

Ainda que, por vezes, a população, exaltada, fizesse “justiça pelas próprias mãos”, os governos centrais opunham-se frontalmente a essa espécie de justiça campestre rudimentar, por constituir-se em uma ameaça à sua autoridade.

O fato é que a própria intensificação do julgamento de bruxas na Europa foi facilitada por algumas alterações de cunho processual ocorridas entre os séculos XIII e XVI, pontuando Levack quatro aspectos que serão abordados a seguir: o sistema inquisitorial de processo penal; a admissão da tortura para obtenção de provas; a jurisdição dos tribunais seculares sobre a bruxaria; e o julgamento por tribunais locais e regionais.

2.1 O SISTEMA INQUISITORIAL DE PROCESSO PENAL

Antes do século XIII, os tribunais europeus usavam um sistema de processo penal que tornava os crimes, principalmente os ocultos, difíceis de serem julgados. Tratava-se do sistema **acusatório**, por meio do qual a de-

13 BITTAR, Eduardo. C. B. Op. cit., p. 123.

14 LEVACK, Brian P. **A caça às bruxas**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 65.

manda criminal era iniciada e julgada por uma pessoa privada, geralmente a parte prejudicada ou alguém a ela era vinculada. A acusação consistia em uma declaração formal, pública e sob juramento, que resultava no processo do acusado perante um juiz. Na hipótese de dúvida, o tribunal dirigir-se-ia a Deus para que algum sinal de culpa ou de inocência fosse mostrado: as ordálias ou juízos de Deus.

No sistema acusatório, o promotor era o próprio acusador e, na hipótese de o réu provar sua inocência, o acusador estava sujeito a ser também julgado, de acordo com a antiga tradição romana da *lex talionis*. Tratava-se de um processo fundamentalmente não racional e que não se mostrou particularmente bem-sucedido nos julgamentos dos crimes¹⁵.

A partir do século XIII, os tribunais eclesiásticos e seculares da Europa ocidental abandonaram o antigo sistema acusatório, tendo passado a adotar novas técnicas que atribuíam ao juízo humano um papel mais preponderante no juízo penal. Dentre os motivos para essa mudança figuraram a restauração do estudo formal do Direito Romano nos séculos XI e XII, o aumento da criminalidade e a proibição formal da participação de clérigos nas ordálias pelo Concílio de Latrão, em 1215¹⁶.

O novo sistema de processo penal que tomou forma, gradualmente, nos séculos XIII, XIV e XV, e que se consolidou, na Europa Continental, no século XVI, é geralmente denominado processo por inquérito. Sua adoção alterou a forma de início das causas penais. Não excluiu o desencadeamento da ação penal pela acusação privada, mas, pelo novo sistema, o acusado deixava de ser responsável pelo julgamento da causa, permitindo também aos oficiais do Tribunal, o promotor ou o próprio juiz, intimar um suspeito com base em informações por eles mesmos obtidas, muitas vezes boatos. Como resultado, houve um aumento significativo na quantidade de julgamentos penais, acompanhado de uma maior vulnerabilidade das pessoas a julgamentos motivados por frivolidade, má-fé, critérios políticos ou outras causas arbitrárias¹⁷.

De se registrar, igualmente, que todos os estágios do processo judicial passaram a ser oficializados, o que não ocorria no modelo anterior. Essa significativa alteração possibilitou que muitos dos processos pudessem ser manuseados por historiadores, permitindo fidedignas análises documentais.

15 LEVACK, Op. cit. p. 67.

16 *Idem, ibidem*, p. 68.

17 *Idem, ibidem*, p. 68-69.

Facilitou-se, em suma, o julgamento de todos os crimes, sobretudo os de heresia e bruxaria, já que a maior parte dos hereges era conhecida por sua reputação geral, não havendo normalmente vítimas de seus crimes exigindo reparação, o que acarretava que a única maneira efetiva de submetê-los à justiça fosse por meio de denúncia ou de um promotor público. Ressalte-se que, sob a égide do antigo sistema acusatório, havia relutância de uma eventual vítima de feitiçaria em iniciar uma acusação de *maleficium* (o suposto mal causado pela bruxaria) já que havia a possibilidade de ela mesma acabar sendo penalizada, possibilidade esta inexistente no processo por inquérito, em que a acusação podia ser feita sem aquele risco, inclusive com estímulo do Estado no tocante às acusações secretas, com maior possibilidade de condenação.

A única ameaça dos novos procedimentos a uma acusação bem-sucedida era o fato de os padrões de prova no processo serem extremamente rigorosos: o padrão adotado, derivado da lei romana da traição, e geralmente denominado de lei da prova romano-canônica, era o depoimento de duas testemunhas oculares ou a confissão do acusado. Nas situações em que não havia testemunhas oculares, especialmente nos casos de crimes secretos, entre os quais se destacavam a heresia e a bruxaria, a adesão à lei da prova romano-canônica apresentou sérios problemas, o que levou os juízes a se basearem exclusivamente em confissões para conseguirem condenações. E, como nem sempre havia confissões nos processos, as autoridades judiciais passaram a permitir o uso de tortura para obtê-las. Portanto, o uso da tortura foi resultado direto da adoção do processo por inquérito¹⁸.

2.2 ADMISSÃO DA TORTURA PARA OBTENÇÃO DE PROVAS

A primeira evidência documental da utilização da tortura com finalidade processual, na alta idade média, encontra-se nas leis da cidade de Verona, de 1228, tendo, em 1252, a Igreja seguido o exemplo dos tribunais seculares, com a autorização do Papa Inocêncio IV a que os inquisidores pudessem lançar mão da tortura em julgamentos de heresia.

Com a reativação da tortura no século XIII, os legisladores e outras autoridades projetaram um conjunto de regras para governar sua aplicação. O objetivo dessas regras era minimizar a probabilidade de uma pessoa inocente ser torturada, impedir o forjamento de confissões e estabelecer limites à intensidade e duração da tortura. Dentre algumas das referidas

18 *Idem, ibidem*, p. 71-72.

regras, podem-se mencionar as seguintes: proibição da utilização da tortura caso o juiz não pudesse provar que o crime realmente tivesse sido cometido; a tortura não podia resultar na morte da vítima; a tortura tinha que ser aplicada no mesmo dia, vedada a repetição; exclusão da submissão à tortura de certas classes de pessoas, como crianças e mulheres grávidas¹⁹.

Tais regras, contudo, foram bastante desobedecidas. Em alguns casos, elas eram suspensas no julgamento de crimes considerados graves e difíceis de julgar.

Pergunta-se se os juízes que aplicavam a tortura não se preocupavam por estarem forçando inocentes a se autoincriminarem. Levack conclui que quase certamente não: ou eles acreditavam que Deus protegeria os inocentes, ou não acreditavam seriamente na possibilidade da inocência do acusado. E, uma vez iniciada a tortura, os juízes passavam a contar com um motivo adicional para levar a tarefa a termo, já que a própria confissão servia de justificativa para a aplicação inicial da tortura²⁰.

Podem ser relacionadas três grandes consequências práticas decorrentes do uso da tortura nos sistemas legais da Europa e do sucessivo desrespeito às regras respectivas para o seu emprego: a) facilitou-se a formulação e disseminação do conceito cumulativo de bruxaria; b) aumentaram-se as possibilidades de condenação; e c) obtiveram-se nomes de supostos cúmplices das bruxas.

2.3 JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS SECULARES SOBRE A BRUXARIA

A terceira importante condição legal que tornou possível a grande caça europeia às bruxas foi a plena mobilização do poder judicial do Estado no julgamento de um crime de natureza primariamente espiritual.

Diz Briam Levack:

Desde o começo da grande caça às bruxas [...] os tribunais seculares participaram, quer cooperando com os tribunais eclesiásticos, quer processando bruxas por conta própria. A medida que a caça foi evoluindo, a participação dos tribunais seculares aumentou, enquanto que a dos tribunais eclesiásticos diminuiu. A bruxaria passou a ser definida pelos governos como crime secular e em alguns países os tribunais ganharam o monopólio sobre seu julgamento²¹.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 74-75.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 78.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 80.

De acordo com Levack²², à medida que a caça às bruxas foi ganhando força, no século XVI e primeira metade do século XVII, uma série de fatos resultou na redução da jurisdição clerical sobre a bruxaria, com o correspondente aumento da jurisdição secular nessa matéria. Cita o autor os seguintes: **1) definição da bruxaria como crime secular em vários dos ordenamentos jurídicos da época**, podendo-se citar o *Reichstag* do Sacro Império Romano, que incluiu um artigo sobre bruxaria no código Carolina, de 1532, enquanto que vários estados germânicos dentro do império decretaram suas leis particulares sobre esse crime; o parlamento inglês, que aprovou estatutos antibruxaria em 1542, 1563 e 1604; o parlamento escocês, que, em 1563, aprovou legislação semelhante; França, Suécia e Rússia, que igualmente emitiram éditos contra a bruxaria na segunda metade do século XVI e primeira metade do século XVII; **2) declínio da inquisição papal e de outros tribunais eclesiásticos**, decorrente do enfraquecimento da autoridade papal na segunda metade do século XV e primeira metade do século XVI e da reforma protestante, que varreu boa parte da Europa nesse período; destaca-se, contudo, nesse sentido, a exceção que representaram Espanha, Portugal e Itália, onde a inquisição continuou a mostrar sinais de vitalidade; e **3) crescente relutância dos juízes e advogados eclesiásticos em tolerar os abusos processuais dos quais o sucesso da caça às bruxas dependia**, com a volta da Igreja, nos séculos XVI e XVII, às funções penitenciais e admoestatórias em contraposição aos tribunais seculares, mais preocupados com a manutenção a ordem pública e, portanto, menos constrangidos com a prática dos mencionado abusos. Nesse ponto, interessante é a observação de Levack:

Não deixa de ser irônico o fato de os inquisidores papais, antes os primeiros a violar inúmeras regras processuais de uso da tortura, estarem agora entre os primeiros a reconhecer que tais violações haviam resultado em numerosas transgressões à justiça, recomendando cautela nos procedimentos ulteriores²³.

A prevalência do julgamento dos crimes de bruxaria por parte das autoridades seculares teve profundo impacto sobre o processo da caça às bruxas na Europa: na Escócia, perseguições em larga escala só passaram a ocorrer depois que o parlamento definiu a bruxaria como crime, em 1563; na Transilvânia, o aumento do número de execuções por bruxaria, no século XVII, coincidiu com a assunção do controle secular sobre essa prática, o mesmo se aplicando à Polônia. Reveladora é a informação de Levack no sentido de que, na Espanha e Itália (podemos também incluir Portugal),

²² *Idem, ibidem*, p. 82-83

²³ *Idem, ibidem*, p. 83.

onde houve a manutenção do poder clerical, ocorreu número relativamente baixo de julgamentos por bruxaria, para os padrões europeus²⁴.

Ainda assim, a forma de punição adotada pelos tribunais seculares refletia muito mais sua natureza herética do que delituosa. Com exceção da Inglaterra e Nova Inglaterra, onde as bruxas condenadas à morte eram enforcadas como qualquer delinquente, as bruxas normalmente eram mortas na fogueira. E o fundamento para tal era bíblico, especificamente o contido no Evangelho de João, Capítulo, 15, Versículo 6 (se alguém não permanecer em mim, será lançado fora à semelhança do ramo, e secará; e o apanham, lançam no fogo e o queimam).

Conclui-se, pois, que, se não tivesse havido essa efetiva participação das autoridades seculares na caça às bruxas na Europa, esta não teria assumido as enormes dimensões alcançadas.

2.4 JULGAMENTO DE BRUXAS CONFIADO A TRIBUNAIS LOCAIS E REGIONAIS

A quarta importante condição legal que tornou possível a grande caça europeia às bruxas, segundo Levack, foi a delegação dos julgamentos de bruxaria a tribunais locais – os tribunais das aldeias, condados e províncias – e o poder desses tribunais de operarem com certo grau de independência do controle político e judicial central²⁵.

Os juízos locais geralmente mostravam muito maior zelo no julgamento de bruxas dos que as autoridades centrais e, quando deixados por conta própria, executavam quase sempre muito mais bruxas do que se fossem supervisionados por seus superiores judiciais. Levack aponta duas razões para esse rigor dos tribunais locais: 1) as autoridades locais eram muito mais vulneráveis ao sentimento de um temor intenso e imediato da bruxaria (conheciam a bruxa e teriam que conviver com ela na hipótese de absolvição); e 2) os juízes centrais estavam geralmente mais comprometidos com a correta operação do sistema judicial, estando, portanto, mais inclinados a garantir às bruxas acusadas as salvaguardas processuais previstas em lei²⁶.

Levack traça uma interessante comparação entre a caça às bruxas operada na Alemanha e na Espanha, no tocante à questão da existência ou

24 *Idem, ibidem*, p. 83-84.

25 *Idem, ibidem*, p. 87.

26 *Idem, ibidem*, p. 88.

não de um controle central sobre o modelo respectivo.

Na Alemanha, com aproximadamente 300 unidades políticas autônomas, cada território possuía seus próprios tribunais e, ainda que tais instituições obedecessem até certo ponto à legislação imperial, gozavam de virtual autonomia sobre os assuntos judiciais internos. Essa descentralização teve profundos efeitos sobre o julgamento de bruxas na Alemanha: sem efetivo controle por parte das autoridades centrais, os juízes e inquisidores locais gozavam de total liberdade para perseguir bruxas à vontade. Como resultado: **(a)** as maiores caças individuais a bruxas ocorreram na Alemanha; **(b)** os relatos das mais bárbaras torturas vinham da Alemanha; e **(c)** o número total de execuções por bruxaria foi maior na Alemanha do que em todas as demais áreas em conjunto.

Já, na Espanha, apesar de também ser uma nação politicamente descentralizada, havia uma instituição judicial altamente centralizada, a Inquisição espanhola, que, ao contrário da Inquisição medieval alemã, era uma instituição nacional, cuja autoridade máxima, o inquisidor geral, era designado pelo rei e sujeito à confirmação papal. A inquisição espanhola também era altamente centralizada. Havia 21 tribunais regionais, todos subordinados a um tribunal central, a “Suprema”, em Madri. Esse conselho aplicava rigorosamente um conjunto de regras processuais penais que tornavam bem mais difícil dos que em outras partes da Europa a condenação e execução de bruxas. A Suprema também julgava apelações de causas de bruxaria, tornando possível às autoridades centrais anular o julgamento de seus subordinados locais ou regionais²⁷.

A conclusão a que se chega, portanto, é que, se o Estado não tivesse adquirido seu imenso poder judicial, que se refletia na adoção do processo por inquérito e que se virou contra traidores e bruxas com efeitos igualmente devastadores, a caça nunca teria ocorrido da forma intensa como houve. Não é coincidência, portanto, o fato de a grande caça às bruxas ter ocorrido durante um período de extensa estruturação dos Estados em toda a Europa²⁸.

2.5 O PROCEDIMENTO NA INQUISIÇÃO

Segundo João Bernardino Gonzaga, a Inquisição equiparou-se a uma Justiça Penal, de sorte que naturalmente adotou os modelos que vigiam nos

27 *Idem, ibidem*, p. 88-89.

28 *Idem, ibidem*, p. 92.

tribunais laicos. Eram métodos processuais que mereciam total beneplácito dos mais renomados juristas e que estavam de acordo com os costumes vigentes à época²⁹.

Conforme Novinsky:

Os crimes julgados pelo Tribunal eram de duas naturezas: contra a fé, como o judaísmo, protestantismo, luteranismo, deísmo, libertinismo, molinismo, maometismo, blasfêmias, desacatos, críticas aos dogmas; e contra a moral e os costumes, como bigamia, sodomia, feitiçaria, etc., com toda sua série de modalidades, e que se misturavam com o campo religioso³⁰.

Um tribunal de inquisição compunha-se basicamente do inquisidor, seus assistentes, um conselheiro espiritual, guardas e um escrivão, e as regras vigentes tiveram variações no curso da história, mas, em linhas gerais, foram as seguintes, conforme Gonzaga: 1) ao se instalar na cidade, o primeiro ato consistia em apreçoar a sua presença e reunir os fiéis, exortando-os a, sob juramento, comprometerem-se a indicar os hereges e as pessoas suspeitas que conhecessem; 2) passava-se ao “Tempo de Graça”, de quinze a trinta dias, em que os culpados dispunham da possibilidade de se purificarem; aqueles deviam procurar seus confessores, a fim de receberem a absolvição dos pecados, devendo fornecer ao inquisidor garantias de sinceridade (cumprir penitências, dar à Igreja parte ou a totalidade de seus bens e identificar os hereges de que tinham notícia); 3) decorrido o “Tempo de graça” sem o comparecimento espontâneo do suspeito, este era citado para se apresentar pessoalmente no tribunal, exigindo-se-lhe o juramento de dizer a verdade, de obedecer à igreja, realizando as penitências prescritas e apontando os hereges de seu conhecimento; a recusa ao juramento importava em implícita admissão de culpa; 4) submissão a minucioso interrogatório, tomado por termo por escrivão, devendo estar presentes ao ato duas pessoas de confiança e imparciais, como garantia de seriedade; 5) se o interrogando protestava inocência e havendo fortes provas em contrário (sempre havia) podia ser utilizada a tortura, submetendo-o a prisão processual, enquanto se faziam mais investigações; nesse entretempo, o réu era visitado na cela pelo inquisidor, por seus assistentes ou por católicos de prestígio da região, que tentavam persuadi-lo a se arrepender e a confessar o crime; 6) concluída a instrução, encerrava-se o processo com a sentença, absolutória ou condenatória; o Inquisidor não podia decretar penas graves, como a prisão perpétua ou a entrega do réu às autoridades seculares, sem a presença e concordância do bispo local; mais tarde, o Papa Bonifácio VIII exigiu o concurso do bispo

²⁹ GONZAGA, João Bernardino. Op. cit. p. 119.

³⁰ NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 56.

em todas as sentenças condenatórias; e 7) proferidas decisões em vários casos, era realizado um ato público, em Portugal, chamado “auto-de-fé”, no qual as sentenças eram proclamadas diante da multidão reunida para esse fim³¹.

Sobre o auto-de-fé, diz Frédéric Max:

Esse “ato”, antes de mais nada um espetáculo que as autoridades queriam que fosse esplêndido e terrível, uma prefiguração do Julgamento Final, era ao mesmo tempo um movimento de enlouquecimento coletivo e uma profissão comum de fé bem como a afirmação do poder do Santo Ofício [...]³².

Como dito, o Estado, diante das dificuldades para descobrir a autoria dos crimes, incentivava as acusações secretas, garantindo sigilo sobre a identidade do denunciante, tendo a Inquisição trilhado o mesmo caminho, vindo tal prática a ser combatida somente no século XVIII, quando desapareceu.

2.6 CLASSIFICAÇÕES DOS HEREGES

Segundo ensina Gonzaga, na heresia há recusa ou dúvida a uma verdade que a Igreja ensina, mas, para ser classificada como herege, a pessoa deve, apesar de ter sido esclarecida a respeito, obstinar-se no erro. Antes de adentrar na classificação dos hereges propriamente dita, distingue Gonzaga algumas categorias: (a) “heresiarca” é aquele que formula a doutrina heterodoxa e a difunde; (b) “crente” é quem adere a essa doutrina; (c) “suspeito” é aquele que demonstra simpatia pelos ensinamentos heréticos; e (d) “faltoso” é aquele que presta auxílio aos hereges, mesmo sem abraçar sua doutrina³³.

Já os hereges, segundo o *Manual dos Inquisidores*, de Eymerich-Peña³⁴ classificam-se em: 1) impenitentes, aqueles que, solicitados pelos juízes, convencidos do erro contra a fé, intimados a confessar e abjurar, recusam-se a se submeter e preferiam manter teimosamente seus atos; deviam ser entregues ao braço secular para serem executados; 2) penitentes, aqueles que, tendo aderido intelectualmente e de coração à heresia, retrocedem, têm piedade de si próprios, ouvem a voz da prudência e, abjurando seus erros e suas atuações anteriores, suportam as penas que lhes são infligidas pelo bispo

31 GONZAGA, Op. cit. p. 120-122.

32 MAX, Frédéric. **Prisioneiros da inquisição**. Porto Alegre: L&PM, 1991. p. 46.

33 GONZAGA, Op. cit. p. 129-130.

34 Segundo nota de João Bernardino Gonzaga, na obra *A Inquisição em seu mundo*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 126. Nicolau Eymerich nasceu em 1320, ingressou na Ordem Dominicana e se tornou, em 1357, Inquisidor Geral para a Catalunha, Aragão, Valência e Maiorca. Escreveu o *Manual dos Inquisidores*, que foi revisto e comentado, em 1578, pelo canonista espanhol Francisco Peña.

ou pelo inquisidor; e 3) relapsos, aqueles que, havendo rejeitado a heresia e se tornado penitentes, recaem na heresia; quando sua recaída é plena, são entregues ao braço secular para serem executados, sem necessidade de novo julgamento; mas, se se arrependem e confessam a fé católica, a Igreja lhes concede os sacramentos da penitência e da Eucaristia³⁵

Segundo Gonzaga, diferentemente do Direito comum, no Direito da Igreja, o que se objetivava era o bem do faltoso, a salvação de sua alma; esse era o objetivo a alcançar. Assim, se, no curso do processo, o suspeito confessava sua heresia e dava mostras de arrependimento e regeneração, o inquisidor se despia da qualidade de juiz e assumia a de confessor, transcorrendo, daí por diante, tudo como no sacramento da penitência, devendo o culpado revelar seus pecados com sincero arrependimento, submeter-se à Igreja e aceitar as merecidas penitências, a fim de conseguir o perdão. Mas se, durante o processo, o réu insistisse em protestar por inocência, colhiam-se provas e, estando apurada sua culpa, o inquisidor devia instar pelo arrependimento e aceitação de sacrifícios. Em caso positivo, voltava-se à hipótese anterior, tudo se resolvendo pela penitência, podendo-se apenas imporem-se medidas mais graves, por merecer o acusado menor confiança. Em caso negativo, mostrando-se o réu intransigente, perseverando no erro e recusando a conciliação, a justiça Inquisitorial “lavava suas mãos” entregando o acusado, para a justiça secular, para punição (a execução)³⁶.

É de se destacar que a pena de morte, propriamente dita, nunca foi imposta pela Igreja, em razão do princípio que lhe repugna verter sangue (*Ecclesia abhorret sanguine*). Mas, na prática, era o que acontecia quando a igreja “abdicava” de cuidar do caso e o transmitia às autoridades seculares. A medida era aplicada, via de regra, aos hereges impenitentes³⁷.

Conforme assevera Frédéric Max, quando a Inquisição entregava o acusado ao juízo secular para execução, simulava um pedido de clemência: “Nós queremos que vocês ajam com benevolência e piedade com relação ao condenado, sem provocar sua morte e sem derramamento de sangue”. Fórmula vazia, pois o juiz leigo que se recusasse a executar a sentença corria o risco certo de ser excomungado e perseguido como herege³⁸.

As medidas patrimoniais acessórias que podiam acompanhar as penas de prisão e de morte eram a confiscação de bens e a destruição da casa do condenado.

35 GONZAGA, Op. cit. p. 130.

36 *Idem, ibidem*, p. 132-133.

37 *Idem, ibidem*, p. 136-137.

38 MAX, Frédéric. Op. cit. p. 49.

3.7 MUDANÇAS JUDICIAIS E O NOVO PANORAMA MENTAL

Briam Levack pontua algumas circunstâncias judiciais e legais que contribuíram para o declínio da bruxaria: 1) exigência de evidências mais convincentes no tocante ao *maleficium* e ao pacto; 2) adoção de regras mais rigorosas para o emprego da tortura, como as regras promulgadas na Espanha, em 1614; na Itália, na década de 1620; na Escócia, na década de 1660, culminando com a abolição da tortura, na Escócia, em 1709; na Saxônia, em 1770; na Áustria, em 1776; na Bélgica, em 1787; na Suíça, em 1803; e na Baviera, em 1806 (diz Levack que a abolição da tortura só se tornou possível depois que as autoridades deixaram de acreditar que a bruxaria justificasse a pena de morte); e 3) promulgação de decretos restringindo ou eliminando os julgamentos por bruxaria (édito de Luis XIV da França de 1682, prescrevendo apenas castigos corporais para atos de adivinhação e classificando a prática de magia apenas como “superstição”; decretos prussianos de 1714 e 1721; decreto proibitório polonês de 1776. Levack adverte que não se deve valorizar tanto essa alteração legal, porque só passou a vigorar depois que, na prática, os processos já haviam cessado³⁹).

As mudanças ocorridas, no universo mental das elites europeias, na segunda metade do século XVII e no século XVIII, conduziram ao ceticismo em relação à realidade da bruxaria.

Diz Mandrou, particularmente sobre os magistrados franceses:

Esses magistrados das cortes supremas, que assim corrigiram seus métodos de investigação e de julgamento, nutriram sua especulação de um conhecimento médico mais seguro, de uma informação mais ampla sobre os textos sagrados e sobre os comentários dos teólogos, ocupam, portanto, um lugar de primeiro plano no progresso da racionalidade na França do século XVII: sua nova interpretação das possessões e dos fantasmas sabáticos é de fato um esforço racional – científico, no sentido pleno da palavra – para compreender os fenômenos tradicionalmente explicados de maneira unívoca pela ação exclusiva do Demônio⁴⁰.

O fato é que os argumentos tradicionais contra os céticos acabaram perdendo sua força persuasiva, não havendo mais sequer a necessidade de refutá-los, já que suas opiniões não mais representavam uma ameaça à religião, à filosofia ou à ordem social que passaram a prevalecer sob o novo panorama mental.

39 LEVACK, Op. cit. p. 230-232.

40 MANDROU, Robert. *Magistrados e feiticeiras na França do século XVII*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 457-458.

3 CONCLUSÃO

Quando falamos em caça às bruxas e inquisição, as primeiras noções que nos invadem a mente são as relacionadas a abusos e torturas, completamente incompatíveis com os ideais de respeito à pessoa humana, resgatados pelo iluminismo.

Todavia, não se pode dissociar a caça às bruxas e o tribunal da Santa Inquisição, na Europa e nas respectivas colônias, do referido contexto histórico-cultural em que tais fenômenos tiveram lugar.

É fácil, para o analista contemporâneo, criticar a caça às bruxas e a inquisição e elegê-las como símbolos de abusos e intolerância, não se podendo, contudo, julgar, à luz das circunstâncias atuais, um episódio histórico que viveu sob o domínio de outras circunstâncias, subjetivas e objetivas, totalmente diferentes.

O contexto histórico e social em que surgiu a inquisição e em que se deu a caça às bruxas era marcado por um rigoroso sistema repressivo completamente incompatível com a atual noção de estado democrático de direito.

Não olvidemos que aquela justiça, considerada bárbara aos olhares contemporâneos, sobreviveu quase até nossos dias. As mudanças humanizantes somente começaram a surgir na segunda metade do século XVIII, cujo símbolo foi o livro “Dos Delitos e das Penas”, de Beccaria, em 1764, considerado o precursor do moderno direito penal.

Portanto, tanto o processo de caça às bruxas quanto o de instauração da inquisição estão inseridos num contexto histórico e social que não deve ser desprezado pelo pesquisador.

Particularmente, no que se refere à caça às bruxas, aliás, verifica-se que, no momento em que as autoridades seculares passaram a atuar de forma preponderante, com a paulatina redução da atuação da igreja na persecução dos delitos correspondentes, aquela se intensificou, disseminando-se de forma mais ampla durante o período de maior estruturação dos Estados em toda a Europa, ao ponto em que, como mencionado, num comparativo entre Alemanha e Espanha, aquela, por meio de autoridades seculares, executou muito mais bruxas do que a temida inquisição espanhola, fato normalmente ignorado pelo senso comum, que situa a inquisição normalmente como instituição sem precedentes em matéria de intolerância e atos abusivos.

Não restam dúvidas de que o estágio atual da humanidade é incompatível com a série de abusos e práticas desumanas ocorrentes na grande

caça às bruxas na Europa e durante a inquisição e que o racionalismo e o novo panorama mental que passou a caracterizar a humanidade, a partir do século XVIII, banuiu para os registros históricos a crença em bruxas e sua perseguição. O estudo sóbrio dos acontecimentos e do contexto em que se desenvolveram, contudo, sem sucumbir à tentação da crítica fácil, permite visualizá-los com maior isenção, até para repeli-los com veemência nas circunstâncias atuais da humanidade. Infelizmente, os tempos em que vivemos trazem motivos para preocupação, diante das recentes veiculações no sentido de que a prática da tortura, por exemplo, na chamada “Guerra ao Terror” patrocinada pelos Estados Unidos da América, teria ocorrido sob os auspícios de autoridades públicas, que a procuraram justificar em determinadas situações, inclusive com normatização, fato extremamente preocupante e que nos faz refletir sobre se a humanidade realmente superou aquela fase sombria de sua história.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C.B. Notícias da Inquisição do Brasil: o processo e a tortura no período colonial. In: **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003
- CORDEIRO, Tiago. Inquisição no Brasil. **Aventuras na história**. São Paulo: Ed. 88. p. 26 a 33, Nov. 2010.
- FERREIRA DA SILVA, Lina Gorenstein. **Heréticos e Impuros: a inquisição e os cristãos-novos no Rio de Janeiro, século XVIII**. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal da Cultura, 1995.
- GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- LEVACK, Brian P. **A caça às bruxas**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiras na França do século XVII**. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- MAX, Frédéric. **Prisioneiros da inquisição**. Porto Alegre: L&PM, 1991.
- NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

O INDISPENSÁVEL PEDIDO CONDENATÓRIO NA DENÚNCIA E NA QUEIXA

Gilberto Callado de Oliveira

Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Doutor em Direito pela Universidad de Navarra

INTRODUÇÃO

O colheita do fruto da árvore do crime é doce e atraente, mas o processo de comprovação é por demais espinhoso. O Estado não pode punir sem submeter-se ao processo, mas, antes, o Estado não pode acusar sem submeter-se ao procedimento de apuração das infrações penais e da sua autoria. Difícil mesmo é obter, nessas fases procedimentais, o “equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”¹.

Muitas são as questões que podem afetar aquele necessário equilíbrio, ora restringindo a atuação do poder público, ora favorecendo o exercício das garantias individuais. Uma delas é o que nos interessa discutir neste apertado artigo: a indispensabilidade do pedido de condenação na peça vestibular. Para o pensamento criminológico marxista², a formulação do

1 CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*, XVIII.

2 A criminologia crítica (Baratta), a criminologia agnóstica (Zaffaroni), a criminologia proletária (Giorgi) e a criminologia da libertação (Castro), dentre outras, são formas ideológicas de crítica materialista dos

pedido de condenação na denúncia e na queixa, nos sistemas processuais penais considerados autoritários, é imprópria e, mais que isso, inaceitável, pelos prejuízos causados ao acusado. Para o pensamento tradicional, a pretensão condenatória de imposição da sanção penal manifesta-se desde logo e expressamente na ação penal, dado o seu caráter de pretensão resistida.

O ponto nevrálgico da questão reside, na verdade, nesse impulso decisivo do processo de criminalização, quando um dos principais atores processuais - o órgão acusador - emite juízo antecipado de culpabilidade antes das alegações finais, em que se examinam todos os elementos probatórios colhidos no curso da ação penal. Para a criminologia crítica, todo o requerimento de condenação escudado em juízos prematuros de culpabilidade representa nefasto e perigoso preconceito contra o processo penal democrático, já que a culpabilidade do acusado é ainda um espectro processual, uma elaboração intelectual em formação, um dado que necessita de confirmação e certeza.

Veremos, a seguir, à luz de diversas perspectivas epistemológicas que essa tese crítica não se sustenta.

1. À LUZ DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO CONDENATÓRIO NO PROCESSO INQUISITIVO

A tradicional doutrina costuma decompor os sistemas processuais em inquisitivo e acusatório, conforme a verticalidade ou a angularidade da persecução penal, embora o verdadeiro processo nasça e caminhe sob o fio condutor da acusação, oferecida por órgão independente, e das garantias constitucionais das partes, notadamente da parte acusada. No sistema processual brasileiro, o processo é antecedido de uma fase investigatória, de caráter inquisitivo, na qual não há acusação nem se aplica o contraditório. Nesta fase da persecução penal, que ordinariamente adota o procedimento chamado de inquérito policial, não faria sentido a autoridade policial formular qualquer pedido condenatório do indiciado. O mesmo não lhe seria dado fazer em procedimentos que guardam idêntica contextura inquisitiva, como o auto de prisão em flagrante ou o termo circunstanciado.

“dogmas” da criminalização e da pena, como resultantes dos conflitos sociais, da luta de classes. Não é preciso dizer a que levam tais ideologias: a barbárie (V. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Garantismo e Barbárie. A Face Oculta do Garantismo Penal*. Florianópolis: Conceito, 2010, pp. 135-169).

Na fase do inquérito não há, pois, acusação. Eventual imputação de sua peça inaugural³ é imputação meramente indiciária, pressuposta, possível, sem implicar objetivamente vínculo de responsabilidade entre a pretensão penal decorrente do delito e o seu autor.

Quando concluídas as investigações e colhidas todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, o delegado tem de cumprir a exigência do relatório, com a descrição de tudo quanto realizou. Poderá ele, eventualmente, aventar alguma imputação, de modo sugestador, como decorrência do indiciamento, mas não lhe cabe dizer se alguém deve ou não ser punido. A indicição sugere oferecimento da denúncia, embora possa o inquérito ser arquivado. Será uma declaração de que pesam suficientes indícios de autoria da conduta ilícita sobre alguém que foi investigado. Novamente aqui a responsabilidade penal traduz-se em indícios, e o delegado não pode formular nenhuma pretensão penal. Eventuais requerimentos seus seriam de ordem cautelar ou de dilação de prazo do inquérito, previsto no art. 10, § 3º, CPP, com o objetivo de reencetar diligências.

É de ver, também, que, nas ações penais públicas condicionadas à representação (como, igualmente, nas ações penais públicas condicionadas à requisição do Ministro da Justiça), o ofendido ou o seu representante legal manifesta a sua intenção de ver processado o agente, sem pedir contudo a sua condenação, providência esta imprópria, já que a provocação da autoridade policial (art. 5º, § 4º, CPP) é de investigação, e, posteriormente, a do órgão ministerial (art. 24, CPP), de acusação, não ainda de condenação. A imediata objetividade processual da representação corresponde a interesse vinculado exclusivamente ao particular, para autorizar a instauração de inquérito e o posterior exercício da ação penal pública, ainda que presente também implicitamente o interesse condenatório.

1.2. FORMAÇÃO DO PROCESSO ACUSATÓRIO A PARTIR DO PEDIDO CONDENATÓRIO

Outra atitude, porém, é a do destinatário do inquérito para a formação da opinio delicti. Somente quando se torna necessária a sua atuação de órgão acusador é que o Ministério Público leva ao conhecimento da autoridade judicial o fato que constitui infração penal, apontando-lhe o seu autor e

³ Ordinariamente através de portaria da autoridade policial, embora o inquérito também possa ser iniciado por ofício requisitório do juiz ou do promotor de justiça, ou ainda por requerimento do ofendido.

reclamando contra este a condenação. Aqui se inicia o processo acusatório com seu objetivo essencialmente prático de aplicar o direito penal.

A principal característica do processo acusatório é ser uma lide com pretensão penal contestada. Não fosse assim, de nada serviria o contraditório. Os elementos informativos colhidos na investigação criminal fazem nascer no agente ministerial o interesse de acionar penalmente o réu, pedindo ao juiz uma providência condenatória, e não apenas providências de cunho meramente formal e processual. Neste caso, a ação penal pública não seria condenatória, com vistas à aplicação do decreto sancionador da norma penal, porém sim uma ação penal meramente declaratória.

Nem se venha dizer, como pretende um representante da criminologia garantista, que o pedido condenatório antecipado desequilibraria “as funções de todas as agências envolvidas no processo de criminalização”⁴. A principal “agência” envolvida na formulação acusatória é o próprio Ministério Público, porque seu principal objetivo é ver reconhecida a prevalência do interesse punitivo sobre o interesse da liberdade do acusado. Por isso o Ministério Público é parte. E a parte tem seu interesse próprio. Do mesmo modo o réu, sendo também parte, tem interesse na discussão dialética do pedido, para a preservação da sua liberdade. Não há nenhum desequilíbrio em desfavor do réu quando ele possa informar-se da imputação e do pedido, para o exercício de sua defesa.

Importa mesmo que, dentro da paridade processual, o réu possa opor-se à pretensão acusatória, ou, no dizer de Aury Lopes Jr., à “declaração petitoria”⁵. Em que consiste esta declaração petitoria? Trata-se de uma declaração de vontade impositiva, formulada na denúncia em face do acusado, com vistas a obter-se a satisfação de uma exigência penal⁶. Bem entendido, não há fórmula sacramental para o pedido de condenação, bastando que o autor da ação penal manifeste de maneira inequívoca sua vontade de que a imputação seja julgada procedente, para a aplicação da sanção penal.

Como é cediço, o direito penal só pode ser exercido mediante prévia declaração judicial, declaração condenatória, de certeza, que se busca alcançar no processo. Desde o início, será este o objetivo da acusação, e não outro, porque corresponde à punibilidade decorrente do fato imputado

4 BISSOLI FILHO, Francisco. A impropriedade do pedido de condenação na denúncia e na queixa, em Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público, 2009, nº 15, p. 44.

5 LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 219.

6 V. TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

sobre a qual a pretensão incide. O juiz que recebe a denúncia sem o pedido condenatório está atuando sem a imprescindível provocação do titular da ação, e, por isso, confundindo-se com a figura do acusador.

Paradoxalmente, os prosélitos do garantismo não aceitam a formulação de pedido de condenação do acusado, mutilando não só o sistema finalístico tradicional do processo, consistente em instrumentalizar o direito penal da sociedade, senão também a própria angularidade processual acusatória, em que não é dado ao juiz receber a denúncia sem o elemento rogativo da acusação. Admitindo, embora, existir, na trama relacional do processo, “uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares”⁷, recusam aceitar, dentre os vários paradoxos de sua ideologia, o modo devido de aplicação da justiça penal na consumação do ato acusatório.

2. À LUZ DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA ACUSAÇÃO

2.1 A DUPLA FACE DA ACUSAÇÃO: IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

É sabido e consabido que para exercer o seu múnus acusatório, o promotor de justiça forma com antecedência a chamada opinio delicti. Não se trata de mero estado de espírito ou de alguma opinião aparente, mas de um conhecimento que deve corresponder a dados reais, objetivos, sobre a existência do crime e indícios suficientes de autoria, mesmo que sejam somente dados prováveis ou de maior probabilidade em relação à verdade, pois do contrário a acusação seria uma ficção, além de temerariamente injusta⁸. Os documentos informativos que lhe vêm às mãos podem habilitá-lo a formar um juízo de culpabilidade, isto é, um juízo de existência da culpabilidade do indiciado. Toda a acusação supõe esse juízo, de forma mais genérica e primária, suposto o princípio dominante da imputabilidade. O acusador certamente não fará um juízo de inocência para acusar, ainda que deva pensar sempre na possível inocência do acusado.

Do juízo de culpabilidade surgem dois elementos que devem integrar a estrutura intrínseca da acusação, seja pública ou privada: o ato de imputar e o ato de responsabilizar. E duas são as propriedades que fundamental-

7 “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, p. 4).

8 V. OLIVEIRA, Gilberto Callado. O Conceito de Acusação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 180.

mente os sustentam: a imputabilidade e a responsabilidade. A estruturação desses elementos se desenvolve nas sucessivas articulações da denúncia e da queixa, obedecendo a um processo lógico de formação e concreção da mesma causa de pedir, a exigibilidade do *ius puniendi*. Dentro de tal estrutura, do que deve conter o ato acusatório, é a imputação o primeiro movimento em direção à punibilidade. Na imputação há uma relação bi-transitiva entre o crime e seu autor, relação esta descritiva (*quaestio facti*) e qualificadora (*quaestio iuris*) com todos os seus caracteres essenciais a acidentais. Na *quaestio facti* descreve-se o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. A *quaestio iuris* refere-se ao significado jurídico desses fatos, com suas diversas circunstâncias legais modificativas. Trata-se ademais de imputação jurídico-penal, porque se está atribuindo ao acusado não somente fatos, numa descrição meramente física, porém sim fatos constitutivos de delitos previamente configurados na lei penal.

Falta, porém, a exigência penal, ou o pedido de condenação, porque na conjuntura lógico-processual que se situa a imputação, será preciso tornar efetiva a responsabilidade do imputado. A responsabilidade implica o demérito, retribuição feita conforme a justiça, tornando, assim, o seu autor, sujeito às consequências penais que se traduzem numa exigência punitiva.

Veremos, a seguir, como nasce tal necessidade e a que processo lógico obedece.

2.2. A IMPUTAÇÃO E SEU CONSECTÁRIO LÓGICO

A imputação penal está inserida não apenas na órbita da causalidade, senão também estabelecida no plano do dever-ser, em que “o princípio dominante é o da imputabilidade, em virtude do qual se atribui uma consequência em razão da prática de determinado ato”⁹. Por isso a acusação não se adstringe exclusivamente à imputação pura e simples, tal como exigido no art. 41 do CPP, porque a transgressão da norma penal não só designa as condições de imputabilidade, senão, também, e sobretudo, a conseqüente responsabilidade do agente. Esta responsabilidade é preponderante na estrutura da acusação, como explica Jeronimo Montes: “Não se costuma dizer em direito legislado que um homicídio é imputável a seu autor, senão que este é responsável do homicídio cometido, pressupondo no homicida as condições da imputabilidade”¹⁰.

9 REALE, Miguel, *Filosofo do Direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 457.

10 MONTES, Jerónimo. *Derecho Penal Español*. 2ª ed. São Lourenço do Escorial: Real Monastério, 1929, p. 53.

Da responsabilidade nasce o direito de punir, porque provém de um ato culpável, demeritório, enquanto se ordena à sociedade (*ratione communitatis*)¹¹, e por causa dela se acusa. Depois de uma inculpação concreta, o acusador torna efetiva a responsabilidade ao acusado, obrigando-o a dar contas de seu crime com o pedido formal de condenação - o que implica antes de tudo deva ser ele punido -, e o faz no momento considerado culminante da acusação, concretizando a exigibilidade irrenunciável do direito de punir. Seja na fase inicial do processo, quando a “fumaça do bom direito”, dando presunção de legalidade à imputação, sugere ao acusador que proceda ao requisitório, seja nas últimas alegações, em que ele solicita com maior convicção das provas um decreto condenatório, seja ainda na fase recursal, quando pretende ver prevalecida no juízo ad quem sua instância condenatória, em todos esses momentos acusatórios está evidenciado o ato de responsabilizar, o ato de pedir seja o réu castigado pelo delito cometido, em definitivo, a exigência penal. É, pois, no próprio ato de responsabilizar que a acusação concretiza a exigibilidade penal, esgotando aí toda a sua força vindicativa.

Como ensina José Frederico Marques, “à imputação segue-se o pedido de conteúdo condenatório, para que se imponha ao autor do fato delituoso a sanção prevista na lei penal”¹². Sob tal ótica, o pedido é a expressão final da acusação.

A doutrina processual penal muito pouco tem enfrentado essa questão, para analisar, em toda a sua dimensão epistemológica, como e por que ao ato de imputar sucede o ato de responsabilizar, pois será incompreensível sustentar a formação do procedimento acusatório sem ao menos verificar-se mediante que liame lógico se dá a passagem sucessiva de seus dois elementos constitutivos.

Essa passagem não pode realizar-se nas hipóteses de imputação puramente física, aplicável a todo o gênero de causas, porque nesse caso a lei física não tem outro desígnio senão retratar um efeito que se esgota na própria relação causal, onde os fatos são constantes e estão implícitos. Na imputação física não há inculpação, como explica o Santo Doutor: “*Actus naturales non sunt in potestate naturalis agentis: cum natura sit determinata ad unum. Et ideo, licet, in actibus naturalibus, sit peccatum, non tamen est ibi culpa*”¹³. Corta-se passo então à responsabilidade, ao pedido, sem nada

11 TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, q.21, a.4.

12 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. II, p. 55.

13 “Os atos naturais não estão no poder do agente natural. Por onde, embora nestes atos possa haver pecado, não há contudo culpa” (TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, q.21, a.2 ad 1).

agregar-se ao fato imputado.

Quando, porém, se aponta a existência de culpabilidade, que supõe conhecimento e liberdade no sujeito imputado, surge daí, irremediavelmente, a necessidade jurídico-moral de responsabilizar o sujeito acusado. O primeiro elemento constitutivo refere-se ao ato em si, ao delito em concreto; o segundo alude ao agente, aquele que deve prestar contas da sua culpa às autoridades estatais, a fim de lhes sofrer as conseqüências. Livre, o homem pode violar a lei; mas, tendo uma sociedade legisladora, concebe-se que não possa infringir a lei impunemente e que seja obrigado a prestar contas a ela de sua conduta criminosa.

Note-se, porém, que a responsabilidade moral representa tão-só e genericamente a necessidade moral das obrigações contraídas por aquele a quem se imputa a infração penal. Se, como diz D'Agostino, "pedir que alguém seja castigado pelo delito que haja cometido significa implicitamente reconhecê-lo como ser livre, responsável"¹⁴, é sob aspecto especificamente jurídico o que mais diretamente interessa àquele pedido. Assim é que o ato de responsabilizar constitui uma instância retributiva da punibilidade conforme a justiça¹⁵. Responsabilizar é, assim, uma operação ad alterum, notadamente jurídica. Elucidemos melhor com as palavras de Jerónimo Montes:

"Responder traz consigo a ideia de um dever, ao qual corresponde um direito: a responsabilidade, portanto, se converte praticamente numa dívida contraída mediante o fato livremente realizado, e o responsável é um devedor, que necessariamente supõe um credor. O devedor é sempre o homem, autor da ação que deu origem à responsabilidade; mas o credor, o que tem direito de exigir, de pedir contas, pode ser Deus (responsabilidade moral), um particular qualquer (responsabilidade civil) ou a sociedade (responsabilidade criminal)"¹⁶.

Há evidente nexó teleológico entre o imputar e o responsabilizar. A acusação não define o comportamento delitivo do réu senão para reclamar-lhe as conseqüências penais de que é devedor. Ora, o delito implica o demérito relativamente à atribuição feita conforme a justiça, segundo ensinamento do Santo Doutor: "*Meritum et demeritum dicuntur in ordine ad retributionem quae fit secundum iustitiae. Retributio autem secundum iustitiam fit alicui, ex eo quod agit in profectum vel nocumentum alterius*"¹⁷.

14 D'AGOSTINO, Francesco. Las buenas razones de la teoría retributiva de la pena, em *Persona y Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1984, n. 11, pp. 281-282.

15 V. TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, q.21, a.3.

16 MONTES, Jerónimo. *Derecho Penal Español*, p. 54.

17 "O mérito e o demérito se definem relativamente à retribuição feita conforme a justiça; e esta se faz a quem age em benefício ou detrimento de outrem" (TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, q.21,

Daí resulta que na própria imputação se manifesta o desmerecimento do acusado, isto é, a retribuição devida à sociedade em detrimento da qual agiu; donde a necessidade jurídica de responsabilizá-lo. A acusação estaria incompleta sem este segundo elemento estrutural. Por isso não basta imputar; é de rigor também responsabilizar.

A imputação é, portanto, pressuposto lógico do ato de responsabilizar, e este consectário lógico da imputação.

3. À LUZ DAS NORMAS PROCESSUAIS

3.1. INEXIGIBILIDADE DO ART. 41 DO CPP NA DENÚNCIA.

Um dos argumentos mais especiosos é a omissão do art. 41 do CPP quanto à exigência de expresse pedido de condenação na inicial acusatória. Como está em jogo a liberdade individual do denunciado, direito fundamental de altíssimo valor, não se poderia ampliar os elementos legais da denúncia, como instrumento de integração, através da aplicação analógica do CPC¹⁸. Essa tese, de fundo garantista, procura manter a literalidade daquele enunciado normativo, e não a sua ampliação exegética, o que seria uma aplicação analógica in malam partem.

O argumento não procede. O art. 41 determina: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Embora no requisito da imputação esteja subtendido o pedido condenatório, impende seja declarada a existência de um título penal e uma clara exigência deste título. A imputação tem, em si, por seu consectário lógico - a responsabilidade penal -, algo do direito que se pretende aplicar. É o débito penal em sua forma concreta, débito real de justiça que se deve pedir seja resgatado a partir do ato de entrega da prestação jurisdicional.

Na antiga doutrina de Bento de Faria, a ação penal era apenas o meio de apurar definitivamente a existência de infração que a lei penal qualifica de

a.3).

18 Como admite a melhor doutrina antigarantista, ao invocar a exigência expressa de formulação do “pedido, com as suas especificações”, contida no inciso IV do art. 282 do Código de Processo Civil, norma esta que deve ser aplicada por analogia (V. BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 204).

crime, tornando possível, assim, “o ulterior pedido da aplicação da pena”¹⁹. Mas o conceito de acusação deste ilustre processualista não poderia ser - e de fato não é - definitivo. A concepção dominante condiciona a aptidão processual da ação penal condenatória à “manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem se suspeita seja o autor”²⁰. Não se trata de mero complemento ou requisito dispensável, mas da completude do ato acusatório. “Embora o pedido de condenação esteja implícito na descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, quando se deduz a pretensão punitiva, cujo objetivo é o de inflicção da pena ao autor do fato, o órgão do Ministério Público deve fazê-lo de forma expressa na denúncia”, pondera Hidejalma Muccio²¹.

Nenhuma imputação teria sentido se, como vimos, não se vislumbrasse nela a responsabilidade penal do imputado. Abstraídos os pressupostos de probabilidade e de certeza que servem de lastro para a justa causa e para a condenação, o pedido punitivo deve ser feito expressamente, porque ele representa a conclusão essencial e indispensável da acusação - o material (fato) e o jurídico (exigência penal). Pouco importa se, na denúncia, o promotor de justiça esteja atuando em sede de juízo de admissibilidade. Seu lastro existe, e por isso deve orientar-se ao pedido de condenação. Tampouco importa que venha o contraditório, pois este fará parte da discussão dialética dos fatos imputados. Seria autêntico despropério deixar ele de formular o pedido de condenação por causa do contraditório, dos argumentos contrários da defesa, das surpresas que possa oferecer o instrutório apurador, ou porque os argumentos do juiz, na decisão da causa, tornem inexequível o pedido. Afinal, seus esforços em torno da comprovação da imputação acusatória são motivados pelo pedido. De mais a mais, como pondera Damásio E. de Jesus, “o instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos”²². Justamente por isso é que o pedido não pode limitar-se à exis-

19 FÁRIA, Bento de. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960, vol. 1, p. 118.

20 NORONHA, E. MAGALHÃES. *Curso de Direito Processual Penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27.

21 MUCCIO, Hidejalma. *Da Denúncia*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 47. Contrariamente, por ser o pedido condenatório fim implícito na ação penal, v., na antiga doutrina, ROSA, Inocencio Borges da. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942, vol. I, pp. 177-178; na doutrina recente, por estar subentendido o interesse na condenação, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011, vol. I, p. 363; ou por estar implícito o pedido quando mencionados os dispositivos penais em que está incurso o acusado, MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 182, ou, ainda, porque “a só imputação a alguém da prática de um fato alegadamente delituoso (art. 41, CPP) constitui manifestação expressa da pretensão punitiva” (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 99). A vetusta doutrina de Galdino Siqueira, reproduzindo as lições de João Mendes Almeida Junior, ensina, porém, a necessidade de pedido expresso, porque esse é o fim da ação penal (v. SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Magalhães, 1924, p. 321).

22 JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364

tência e validade da relação processual. Ele é deduzido daquela relação material, refletida na existência da pretensão punitiva e no probabilismo de sua efetivação. Se não houvesse justa causa, não seria dado exercitar a ação para invocar a Justiça Penal. “Havendo prova do fato e suspeita de autoria - e de outra forma não haveria denúncia - está o Ministério Público na suposição de que o denunciado deva ser condenado”²³.

Não faria sentido também provocar a jurisdição penal para pedir apenas a sentença ou a citação do réu, porque, na verdade, o acusador quer ver sua acusação julgada procedente, quanto à pretensão de direito material (direito penal), embora pretensão sujeita a exame das provas do contraditório. Se o órgão do Ministério Público acusa sem pedir a condenação do réu, por que então acusa? Para a acusação do pouco se lhe dar? Acusar sem pedir a condenação do réu é acusar temerariamente (*ex animi levitate*), denotando certa incúria e culpa funcional por parte do agente do Ministério Público. Na própria pretensão deduzida está o interesse punitivo, que deve expressar-se em um pedido. Nem poderia ser de outra forma, porque “ninguém ingressa em juízo sem saber o que pretende. Se o faz, deve pretender algo: a punição do réu”²⁴.

Despropositado seria pedir somente a prestação jurisdicional, sem levar em conta a causa de pedir. Não há separar o pedido da causa de pedir. Um depende da outra para a efetividade do direito material. O interesse na ação seria então falho, porque o interesse do Estado, na ação penal pública, é o de que seja aplicado o direito penal, e não somente o direito processual. Para ter a força incoativa do processo, toda a ação penal precisa ser acusatória, e o ato acusatório é sempre de condenação, porque seu propósito não é outro senão o de obter ordinariamente uma resolução sancionadora. Além de manejar a ação processual, exercitando por meio dela o direito público de invocar a jurisdição, deve o órgão acusador declarar o que pretende, pedindo que o órgão jurisdicional aplique o direito material.

É fácil de compreender, por todas essas razões, a falta de exigência explícita do pedido no art. 41. Até porque, no exercício da dialética processual, o réu não se defende do pedido de condenação, mas da imputação. Em cada relação processual, o réu será sempre o outro pólo da relação. Não será a falta de pedido condenatório que essa relação deixará de existir, ou que o réu deixará de ser réu.

23 MARTINS, Nilo César e HORA, Pompílio da. Ação Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 78.

24 GULLO, Roberto Santiago F. Ação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

Não basta, pois, a invocação de uma providência processual, para a satisfação do interesse condenatório. Alguns requerimentos processuais são de incontestável relevância, como, por exemplo, proposições complementares na parte final da peça acusatória (testemunhas, perícias etc.); outros são até imprescindíveis, como o requerimento de citação, para a constituição válida da relação processual penal. Mas não se lhes deduz a pretensão do autor da ação penal. Pretensão sem pedido é pretensão meramente formal e instrumental, vazia de significado.

3.2 INEXIGIBILIDADE DO ART. 60, III, IN FINE, CPP

Os mesmos argumentos sobre a inexigibilidade do art. 41 do CPP na denúncia valem também para a queixa. A ação penal privada não está regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, mas a estrutura de sua acusação é idêntica à da ação penal pública. Em ambas as ações penais - pública ou privada -, haverá sempre a necessidade de o acusador sustentar, na denúncia ou na queixa, a condenação do acusado. Isto à conta de uma de suas condições genéricas: o interesse de agir.

Além da possibilidade jurídica do pedido, expressada na imputação de uma conduta típica, ilícita e culpável, e da legitimidade, conforme as previsões legais para que as partes possam figurar em suas posições processuais, o ajuizamento de uma ação penal condenatória supõe o interesse de agir em seus requisitos essenciais, quais sejam: a) a aptidão ou utilidade do processo para instrumentalizar os pretendidos efeitos penais, b) a necessidade de satisfazer a pretensão deduzida senão através da jurisdição penal e c) compatibilizar o pedido com o fato narrado.

Justamente deste último requisito deduz-se o pedido sancionador, conforme ensina Edilson Mougenot Bonfim: “A adequação, por sua vez, emerge da compatibilidade entre o fato narrado pelo autor da ação e a conseqüência jurídica que ele pleiteia com fundamento nesse fato. No caso do processo penal, será adequado o pedido quando, narrada uma conduta típica, o acusador pleitear a condenação do acusado, de acordo com os parâmetros do tipo incriminador, que estabelece a punição objetivamente adequada para cada delito”²⁵.

Embora implícito em toda a imputação, como já dito, o interesse-necessidade de satisfazer a pretensão punitiva não é suficiente para a

25 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal, p. 193.

caracterização do interesse de agir na ação penal: há de ser pedida uma sentença condenatória, sob pena de aquela condição da ação não se fazer presente²⁶.

Os efeitos da falta desse pedido na acusação privada são semelhantes aos da acusação pública, com a diferença de que, naquela, a falta de pedido leva à renúncia tácita, pois resulta de uma omissão do querelante incompatível com o propósito de ver a sua queixa recebida. Ausente aqui, à toda evidência, o interesse de agir, no seu requisito essencial de vincular a pretensão concreta de condenação do querelado à tutela jurisdicional. Tal vício torna a queixa não apta, em qualquer caso, a produzir o juízo de admissibilidade, e o resultado do seu oferecimento não será outro senão a rejeição nos termos do art. 395, II, do CPP. É caso de renúncia tácita, por falta de interesse na condenação, devendo o juiz declarar de ofício a extinção da punibilidade do querelado (art. 107, V, CP).

Simetricamente, a omissão do querelante em formular o pedido de condenação nas alegações finais torna perempta a ação penal. Não deixa de reger-se aqui o princípio da disponibilidade, de que decorre a desistência tácita de um dos elementos exigidos pela completude da acusação. O efeito simétrico é o mesmo: a extinção da punibilidade pela preempção (art. 107, IV, CP).

No oferecimento da denúncia, a falta de pedido condenatório implica a transgressão do interesse processual. O legítimo interesse de agir não pode cifrar-se na simples imputação de um crime. Por ser indisponível e obrigatória, a ação penal pública poderia, em tese, prosperar, sem o pedido condenatório, não fosse o vício insanável da estrutura acusatória de que padece. Seria uma acusação inconcludente, contraditória, até mesmo absurda, em não responsabilizar o acusado. Na prática, alguns promotores deixam de atender a esse elemento estrutural, ainda que recebida a denúncia, incorrendo, assim, em grave violação do sistema acusatório delineado pela Constituição da República.

Ora, se o órgão do Ministério Público é o titular exclusivo da pretensão acusatória (art. 129, I, CF), não há possibilidade de o juiz receber a denúncia, sem a invocação expressa da pretensão penal condenatória pelo seu autor, visto como a jurisdição penal está condicionada, para a sua ativação, a essa súplica preambular. O processamento do réu só estaria legitimado pela prévia e completa estrutura do ato acusatório. O julgador não pode

26 V. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 199.

assumir o “vácuo” do petitório deixado pelo órgão ministerial e acolher uma imputação solitária, abandonada de seu indispensável complemento conclusivo. Ele estaria decidindo sobre a admissibilidade da pretensão penal, que sequer foi exigida.

3.3 APLICABILIDADE DO ART. 3º DO CPP

Não bastassem os argumentos sobre a inexigibilidade do art. 41 do CPP na denúncia ou na queixa, à vista dos elementos estruturais da acusação (a imputação e a exigência penal), poder-se-ia, ainda, rebater a hipótese incongruente da impossibilidade de aplicação analógica in malam partem do art. 3º do CPP. É que a tese garantista de inaplicabilidade do Código de Processo Civil - que, ao contrário do art. 41 do CPP, contém, expressamente, no seu art. 282, IV, a exigência do pedido - evitaria criar situação mais gravosa para o acusado, já que nesse equivocado método hermenêutico procuram assestar o foco ideológico para a “democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo”²⁷, notadamente de seus direitos fundamentais.

Ora, se o que se pretende na ação penal acusatória é a irrogação de uma pena, não será esta pretensão que irá causar ao réu verdadeiro constrangimento. O constrangimento viria, em tese, do processo, não do pedido inicial.

A tese de inaplicabilidade do art. 3º não pode ser mais despropositada, tendo em vista que a idoneidade do pedido condenatório é pressuposto de toda a ação penal. Não há pena sem processo, reza a garantia constitucional do inciso LIV do art. 5º; por isso a necessidade de invocar a jurisdição penal constitui interesse implícito de toda a acusação. “Deixou-se, contudo, - como pondera Tourinho Filho -, de se considerar a outra faceta, talvez mesmo por constituir um “óbvio ululante”: o pedido deve ser idôneo, isto é digno de ser apreciado”²⁸. Apesar de ser um “óbvio ululante” e de já estar sedimentado no marco atual do desenvolvimento da doutrina processual, contra o lançamento na peça acusatória do pedido de condenação arremetem, hoje, críticas ideológicas disparatadas, os pregoeiros da doutrina garantista, alegando radical dissemelhança entre o processo penal e o processo civil para efeito de proteção dos direitos fundamentais.

27 LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, p. 40.

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 1º, p. 528.

O que diferencia o processo penal do processo civil é a natureza da pretensão, e não a pretensão em si mesma. Ambos devem ter a pretensão, uma de conteúdo penal, outra de conteúdo civil. Ambos possuem o caráter de instrumentalidade, para propiciar o exercício do direito material. Não se trata aqui de transpor o conceito civilístico de pretensão para o processo penal. Aquele está regido pela justiça comutativa; este, pela justiça legal. É que no processo penal mais claro ainda se torna esse conceito, pela garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido nas formas legais como prévia condição de punibilidade, devendo existir na ação penal condenatória uma exata identificação do petitum e sua não menos exata conjugação com a causa (penal) de pedir.

Sob a ótica dos direitos fundamentais, mais que o processo civil, o processo penal é imprescindível garantia para esses direitos em todo o seu alcance semântico. A Constituição não descuroou da tutela da ordem e da segurança social. Bem ao contrário, sua tarefa de proteção dos direitos fundamentais apresenta-se também como intervenção penal, estabelecendo garantias em favor de todos os indivíduos, notadamente a inviolabilidade do direito à segurança²⁹. Enganam-se os ideólogos do “excesso de proibição” ao sustentar que “o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”³⁰. Outros direitos e garantias há decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, aplicáveis aos indivíduos anônimos, potencialmente vítimas da violência criminosa. Esses homens de carne e osso, trabalhadores ou não, habitantes das cidades ou dos campos, no gozo embora dos seus direitos naturais, civis e políticos, não têm a proteção garantista. Por isso, a pretensão punitiva manifestada na acusação está destinada a efetivar, por sua própria natureza, a proteção e tutela desses direitos pertencentes a cada um dos indivíduos que compõem o todo social, e não apenas instrumentalizar garantias dos direitos e liberdades dos acusados.

3.4 DESNECESSIDADE DO JUÍZO DE CERTEZA

Alguns processualistas do passado sustentavam ser prematuro o pedido de condenação, uma vez que, por depender de prova a ser produzida, a denúncia ou a queixa não eram peças adequadas para antecipar a

29 V. Arts. 5º e 144, CF.

30 LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, p. 9.

responsabilidade do réu³¹.

Na atualidade, os garantistas reeditam a mesma impropriedade do pedido, arraigados sempre em sua visão hipermióptica dos direitos humanos, sustentando que a fase inicial da ação penal carece de condições probatórias suficientes para, sob o crivo do contraditório, ensejar um juízo de certeza³².

Claro está que na fase inicial da ação penal, não há, ainda, juízo de certeza, de modo que no oferecimento e no recebimento da denúncia, os seus respectivos atores - promotor e juiz - emitem um juízo de admissibilidade, passível de ser desfeito pela instrução probatória. Os indícios idôneos de autoria e a prova da existência do crime integram esse juízo de admissibilidade, e estão relacionados, à toda evidência, ao próprio mérito da pretensão punitiva deduzida no processo. Enquanto não for desfeita, essa pretensão permanece como dogma intocável no curso da ação penal até o julgamento da procedência ou improcedência da acusação. Diz por isso Francisco Soto Nieto que “o processo judicial nasce e prossegue seu iter sempre sob a sombra sugestiva e instigadora do dogma acusatório”³³.

Todo aquele que pretende exercer o seu múnus acusatório e, no processo, instruir as provas com o máximo de eficácia, não pode furtar-se à condição prévia de estudar bem os elementos de informação, de modo a transpor os umbrais do juízo de possibilidade. A este juízo se dedica a autoridade policial, no curso das investigações, em uma das etapas mais importantes do caminho que leva o autor de um crime ao tempo da pena. No exercício da ação penal já não há mais lugar para conjecturas, intuições factíveis, possibilidades, ainda que, nelas, exista um componente racional na determinação dos fatos que não possa ser totalmente erradicado. Aqui se impõe a condição genérica da justa causa, isto é, o requisito de suficiente respaldo probatório para a instauração do processo penal, traduzido em fundada suspeita, em um juízo de probabilidade. O processo de criminalização alcança, assim, estágio mais depurado, quando então se manifesta a irrefragável exigência de justiça. O pedido de condenação torna-se juridicamente aceitável. Até mesmo nas ações penais da competência privativa do Tribunal do Júri, à postulação inicial de pronúncia se agrega o pedido de levar o

31 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, vol. 1, p.

32 V. BOSCHI, José Antonio Paganella. Ação Penal (arts. 24 a 62), em Código de Processo Penal Comentado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.55; BISSOLI FILHO, Francisco. A impropriedade do pedido de condenação na denúncia e na queixa, pp. 29-31.

33 SOTO NIETO, Francisco. Correlación entre acusación y sentencia. Madrid: Monte Corso, 1979, p. 177.

réu ao plenário de julgamento para ali sofrer a condenação. Será este o desiderato do promotor de justiça, e não outro, na fase inaugural do procedimento bifásico do júri: tornar admissível a fórmula acusatória e levar o réu à presença dos jurados, com viabilidade de condenação.

Exigir juízo de certeza como condição do pedido condenatório é mutilar a própria natureza da acusação. Há nisso, convém dizê-lo, uma falsa exigência. Toma-se como premissa o que não passa de uma resultante, porque a antecipação do pedido para o início da relação processual está assente em um juízo de probabilidade, em um diagnóstico objetivo que precisa embora ser confirmado nas oposições e contradições da instrução probatória. O promotor que agisse conforme aquela falsa premissa não acusaria nunca, ou, se ousasse acusar, não pediria nada além de uma migalha citatória e de um pávido processamento sempre a espera da reação triunfante do réu. Acusar e não pedir é não acusar! “Imputação e pedido formam a acusação, que será julgada procedente se a imputação ficar provada e admitida, e, improcedente, em caso contrário”, pontifica José Frederico Marques³⁴.

Importa recordar que o pedido de condenação, nas alegações finais, não é pedido novo, nem deve ser o primeiro pedido; é apenas renovação do pedido inicial, no sentido de ser julgada procedente a pretensão punitiva na sentença que se avizinha. Por isso pondera Silva Jardim que “não se pede duas vezes e, com mais razão, não poderia o Ministério Público pedir testilha com o seu pedido original”³⁵. Ele só é separável da acusação quando, nas alegações, o promotor de justiça se manifesta eventualmente pela absolvição do réu. Antes, não, porque a acusação, sendo “instrumentalmente conexa a uma pretensão punitiva”³⁶, terá de albergar o petitório³⁷, condição indispensável para o impulso preambular do processo e o seu regular desenvolvimento. Aquela hipótese de separação só é possível pela diferente natureza constitutiva da ação penal em relação à acusação. Enquanto a ação possui natureza processual e instrumental para a averiguação e descobrimento da verdade material como fundamento da sentença, a acusação propõe, por sua natureza material, a imputação com vistas à condenação do imputado³⁸.

34 MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal, vol. II, p. 55.

35 JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 128.

36 MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal, vol. II, p. 63.

37 “Ao propor a ação penal, o Ministério Público pede a condenação do réu, o que só será possível quando procedente a pretensão punitiva” (MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal, vol. II, p. 63).

38 “É necessário ter em mente que a acusação cuida da atribuição de uma infração penal, em vista da possibili-

Compreender essa diferença é imprescindível para o presente estudo, porque a manifestação de absolvição retira da acusação o seu elemento suplicatório, embora permaneça a imputação como objeto do processo. Não retira, porém, a ação penal, porque ela é a base de sustentação do processo até o momento culminante da sentença penal. Nem há para o Ministério Público possibilidade de retirar a ação penal pública (art. 42 do CPP), embora possa desistir do seu conteúdo acusatório.

Sem o pedido, as ações penais cautelares, por exemplo, não teriam nenhuma aptidão para atingir validamente os fins a que se destinam. E não há olvidar que elas tramitam sem o contraditório, isto é, sem que o acusado seja ouvido. Seu deferimento não decorre de um juízo de certeza, em que a autoria e a existência do crime são certas. Isto porque a natureza cautelar de determinadas ações penais não condenatórias exige apenas, para o seu acolhimento, juízo de admissibilidade. Veja-se, por exemplo, o pedido de prisão preventiva. Qualquer pedido cautelar de restrição da liberdade do indivíduo só pode firmar-se sobre a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Quanto ao primeiro, a prova da existência do crime e a presença de indícios suficientes de autoria permitem inferir a probabilidade da condenação do suspeito. Aqui há um juízo provisório de definição do crime e da autoria, e não um juízo de certeza, não se olvidando que esse juízo provisório, no entendimento pretoriano, afasta a presunção de inocência³⁹. De todos os modos, o pedido de prisão antecipada é necessário, sem o qual a providência cautelar não seria acatada.

Não faria o menor sentido, nesta linha de raciocínio, reclamar algum pressuposto das garantias públicas, como é a segurança, apontando o crime e o suspeito, sem pedir a restrição de sua liberdade. É como se o promotor de justiça declarasse em seu requerimento de prisão preventiva: eis a fumaça e o perigo, decida Vossa Excelência como bem entender...

Nas ações penais condenatórias não é diferente. O acusador propõe-se a provar o alegado, pedindo não só a instauração da relação jurídica processual, senão também, diante da realidade fática e jurídica, a condenação do acusado. A denúncia (ou a queixa) não é uma peça "lotérica"; seu pedido inicial está lastreado em probabilidades, daí o evidente propósito

dade de condenação de uma pessoa tida provavelmente como culpável, enquanto a ação penal consiste em ato da parte autora, concretado por sua dedução formal em juízo" (PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 112). Sobre as diferenças conceituais entre ação penal e acusação, v. OLIVEIRA, Gilberto Callado. O Conceito de Acusação, pp.

39 "A presença dos requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva afastam a presunção de inocência" (Recurso Criminal nº 2011.016133-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski).

condenatório. E o acusado deve saber dele, não sem antes ter ciência do teor da imputação.

Por outro lado, o juiz não está vinculado a nenhum dos pedidos que se possa formular nos extremos momentos da denúncia e das alegações finais. Na denúncia, porque se necessita da dilação probatória (art. 5º, LIV, CF); nas alegações finais porque, sendo indisponível a ação penal pública, pode o juiz condenar o réu, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (art. 385, CPP).

3.5 - A LÓGICA CORRESPONDÊNCIA DO DISPOSITIVO DA SENTENÇA COM O PEDIDO

Na chamada parte dispositiva (ou conclusiva) da sentença penal, o juiz julga procedente ou improcedente a pretensão deduzida. Ao condenar, ele emprega a expressão “julgo procedente a denúncia ou a queixa”. Para absolver, utiliza a expressão “julgo improcedente a denúncia ou a queixa”. Na conclusão de todo o raciocínio desenvolvido na sentença, o magistrado só pode referir-se ao pedido inicial de condenação, para acatá-lo ou não, conforme as razões que o levaram a decidir de uma ou de outra maneira. Mas é preciso deixar assente a necessária dependência entre o dispositivo da sentença ao pedido inicial da acusação, sem a qual o processo não teria nenhum sentido, ou mesmo existência. Como ensina Afrânio Silva Jardim, “o que torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação”⁴⁰. Se não há pretensão condenatória deduzida, a sentença penal estaria truncada em suas conclusões, pois o juiz sentenciante não julga procedente ou improcedente apenas a imputação (causa de pedir), mas sobretudo a exigência penal (ato de responsabilizar), porque, sem esta exigência preambular - de pedir a subsunção do fato à lei penal e sua consecutória imposição de uma sanção - a jurisdição penal não seria obrigatória (art. 5º, XXXV, CF).

Não há possibilidade, portanto, de remeter o pedido somente para a fase das alegações finais, em que o acusador ratifica o pedido inicial. Na parte dispositiva, a declaração de procedência ou improcedência refere-se ao pedido de condenação formulado na denúncia ou na queixa, e não à sua ratificação nas alegações finais. Este derradeiro pedido não é, aliás,

40 JARDIM, Afrânio Silva. Estudos sobre a pretensão processual, em *Justitia*. São Paulo: 1986, vol. 48, p. 19.

a razão de existir do processo. Antes disso, há uma condição prévia de seu funcionamento, uma força motrice⁴¹ que lhe dá vida e movimento, impulsionando-o à decisão final: a ação penal condenatória.

A função da sentença é declarar o direito material (penal) inicialmente reclamado. Por isso sua estrutura lógica assemelha-se à da acusação. No raciocínio lógico desenvolvido na fundamentação, o magistrado analisa, em primeiro lugar, a bitransitividade da imputação, de acordo com as provas amealhadas, passando depois a enfrentar o segundo elemento responsabilizador. Neste ponto o juiz é destinatário do petitório (exigência penal). “É nesta última parte que ela (a sentença) tem a sua razão de ser”, comenta Ary Azevedo Franco, apoiando-se em Galdino Siqueira⁴², e onde se manifesta de algum modo a correspondência inamovível entre a acusação e a sentença. Em ambas, realiza-se a mesma operação mental silogística: se o fato imputado constitui uma infração penal, e se o réu é o seu autor, logo deve ser condenado. Realizadas as premissas, a conclusão se traduz em exigência (na acusação) e em declaração (na sentença).

No caminho percorrido entre a preambular acusatória e a entrega da prestação jurisdicional, há sempre a contrariedade exercida pela parte acusada, quase sempre pugnano a improcedência de sua responsabilização.

Vemos, aqui, que o julgamento da acusação levada à cognição judicial se dá entre duas pretensões nos conflitantes pólos do *ius puniendi* e do *ius libertatis*: uma condenatória e outra absolutória. Mas esta última não vive senão em função da primeira, tal como a disposição da sentença, porque ambas estão voltadas ao próprio pedido condenatório.

4. À LUZ DO JUÍZO DE CULPABILIDADE

Por fim, uma palavra final sobre o censurado pré-julgamento do pedido condenatório. Guardadas as devidas semelhanças com o juízo de admissibilidade, a prévia formação do juízo de culpabilidade leva o acusador pleitear do órgão jurisdicional o recebimento da denúncia ou da queixa onde está estampado o libelo increpador. Esta presunção condenatória esteia-se na presunção da culpa, antecipando o propósito final da acusação.

41 VANNINI, Ottorino e COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*. Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano. Milão: Giuffrè, 1973, p. 26.

42 FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, vol. 1º, p. 446.

Certo é que o processo de criminalização não é espontâneo. Nem há nele absoluto subjetivismo. Isto porque, de acordo com a mais genuína filosofia realista, a culpa não se cria pelo mero juízo de culpabilidade. Seria impossível, com efeito, fugir ao requerimento condenatório, já nos albores do processo, por mero temor de se construir a culpa como ente de ficção ou quase tanto. A não ser que se queira adotar uma atitude de completa indiferença diante da realidade dos fatos apurados no sumário inquisitivo.

É sabido que o acusador, para exercer concretamente o *ius accusatio-nis*, forma com antecedência um juízo de culpabilidade⁴³ sobre a possibilidade de inculpar o réu em face dos documentos informativos que lhe vêm às mãos, ao qual podemos denominar juízo acusatório. Quando se trata de interpretar esse juízo, uma questão de relevante interesse surge que pode afetar o próprio conceito de culpabilidade, e com ela a base de sustentação da acusação, qual seja: o problema de sua concepção normativa. Segundo essa doutrina⁴⁴, a culpabilidade constitui juízo valorativo sobre determinada conduta ilícita, suscetível de reprovação e condenação.

Sendo juízo de reprovação pessoal, e, portanto, pressuposto de aplicação da pena, afasta-se de um conceito próprio do agente como vínculo psicológico-moral entre ele e o crime, para pertencer àqueles que emitem o juízo valorativo, num primeiro momento, o acusador e, depois, o julgador.

O primeiro juízo valorativo, para efeito de requestar a pretensão punitiva, é do promotor de justiça. Atentemos no que diz Carnellutti: “A acusação é e não é um juízo: é logicamente mas não juridicamente um juízo; é, em outro termo, a proposta ou o projeto de um juízo e, assim, um juízo voltado a determinar outro juízo. Sua diferença deste é quase causal, ou melhor, mais final que formal: o acusador faz o mesmo que o juiz para judicar, mas não com o mesmo fim: este pronuncia, enquanto aquele propõe o juízo”⁴⁵. Como o juiz deve ater-se à identidade básica entre o fato

43 No juízo de culpabilidade o acusador não se estriba em outras formas além do dolo, da culpa (*stricto sensu*) e da voluntariedade (contravenção). Sem esses pressupostos nenhuma acusação será intentada.

44 A tese normativa de culpabilidade pode encontrar-se principalmente entre os alemães: BELING, Ernst Ludwig. *Esquema de Derecho Penal*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944; pp. 29-30; WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, pp. 150-151; SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal*. Tradução de Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 222; MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1957, vol. II, p. 11; GÜNTHER, Jakobs. *Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons, 1995, pp. 565 e segs. Entre nós: DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986, pp. 18-19; DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 335-339; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Geral. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11; MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, pp. 1187-188.

45 CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul Processo Penale*. Roma: Ateneo, 1946, vol. I, p. 154.

imputado e o fato sancionado, segue-se que, ao receber a denúncia, não estaria ele antecipando algum juízo de culpabilidade, senão considerando esta culpabilidade admissível no juízo acusatório. E a única diferença entre a concepção do juiz processante e a do titular da acusação estaria em que naquele a culpabilidade é admitida judicialmente.

Claro está que não se pode construir doutrina oposta aos tradicionais elementos da acusação sobre pilares tão inconsistentes como os da concepção normativa da culpabilidade. A crítica criminológica não pode afirmar, sem cair em contradição sistemática, que o juízo qualificativo - de imputação e de condenação - da denúncia ou da queixa gera para o acusado a culpabilidade, nem, com menos razão ainda, o juízo de admissibilidade do magistrado. Exemplificando, grosso modo, seria o mesmo dizer que um paciente tornou-se enfermo ou doente com o só juízo diagnosticador do médico, o que não corresponde à realidade.

A bem da verdade, o problema lógico é bem o inverso, conforme as fundadas observações de Julian Pereda e sua não menos acertada resposta do problema: "O juiz não cria a culpabilidade desde nenhum ponto de vista; valora, sim, os fatos; vê a lei e não faz mais que aplicá-la segundo seu humano e racional sentir. Descobre a culpabilidade; vê que o caso está incluído na lei e o manifesta. Ao dar, pois, seu juízo, não surge daí a culpabilidade, senão o que ele vê e o que julga como vê (...) A culpabilidade jurídica existe, portanto, anteriormente ao juízo de reproche; o que resta, apenas, é declarar a existência dela como condição necessária para a imposição da pena"⁴⁶. E do mesmo modo o afirmamos com relação ao exercício da acusação. Ulpiano já observava que a noção de culpabilidade e seu momento existencial são anteriores ao julgamento: *Satius enim esse impunitum relinquitur facinus nocentis quam innocentem damnari*⁴⁷.

Objetariam alguns que todo o acusado conserva o seu status de inocente até o momento consumativo da condenação, em que verdadeiramente se forma a culpabilidade. Ora, a presunção de inocência não é problema que afeta o constitutivo jurídico-moral da culpabilidade, mas direito de garantia processual⁴⁸ que o acusado possui secundum ordinem publici

46 PEREDA, Julian. El concepto normativo de la culpabilidad, p. 31.

47 "É preferível deixar impune o crime do culpado do que condenar-se o inocente" (48, Dig., 19, 5).

48 Consulte-se sobre esse tema: SABATINI, Giuseppe. Principi Costituzionali del Processo Penale. Nápoles: Eugenio Jovene, 1976, pp. 47 e ss.; ROMERO ARIAS, Esteban. La presunción de inocencia: Estudios de algunas de las consecuencias de La constitucionalización de este derecho fundamental. Pamplona: Aranzadi, 1985, passim; VASQUEZ SOTELO, José Luis. Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Barcelona: Bosch, 1984, passim; BEDÊ JUNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. Princípios do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 65-94.

iudicii⁴⁹. Demais, a exemplo infinitamente incomparável de Deus (Agens potentissimum), que ao julgar é informado pela verdade que Ele próprio conhece e não pelo que recebe de outrem⁵⁰ - nem o acusador acusa nem o julgador admite a acusação por poderes próprios ou por conhecimento privado dos fatos, mas pelas provas que lhes vêm às mãos.

Resumidamente, podemos concluir que o juízo de culpabilidade não implica uma injusta antecipação de culpa, mas constitui, na expressão de Carnelutti, juízo de existência⁵¹, porque o autor da ação penal se pronuncia sobre a existência de uma culpabilidade que não lhe pertence, senão ao acusado⁵². Trata-se de valoração específica e objetiva sobre o fato ilícito, valoração que admite a culpabilidade como verdadeira ou como próxima da certeza, projetando-a no contraditório para a concreção do seu alcance normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

D'AGOSTINO, Francesco. Las buenas razones de la teoría retributiva de la pena, em *Persona y Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1984, n. 11.

BEDÊ JUNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELING, Ernst Ludwig. *Esquema de Derecho Penal. Tradução de Sebastián Soler*. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BISSOLI FILHO, Francisco. A impropriedade do pedido de condenação na denúncia e na queixa, em *Revista Jurídico da ministério Público Catarinense*. Florianópolis: Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público, 2009, nº 15.

49 TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, II-II, q.67, a.3 ad 2.

50 V. TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, II-II, q.67, a.2 ad 2.

51 V. CARNELUTTI, Francesco. Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico, em *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: Colegio Nacional de Seretarios Judiciales, 1957, vol. 1, pp. 43 e ss.

52 Excluídas as hipóteses contidas nos incisos I, III, IV e VI in fine, do CPP, a absolvição não exclui a culpabilidade do réu em toda a sua dimensão jurídica, cabendo, v. g., ação civil ex delicto, onde se poderá demonstrar a culpa civil. Rejeitou-se a pretensão punitiva; não completamente, porém, a culpabilidade, segundo as ponderações der Julian Pereda: "El delincuente que por suerte o por sus malas artes o por dinero e influencias logra salir indemne del Tribunal de Justicia, estará libre de toda culpabilidad jurídica, pues no ha habido juicio de reproche; de manera que, aunque haya procedido con la actuación dolosa más refinada, con el más pleno conocimiento de la ilegalidad de su conducta, se debe afirmar de él que no tiene culpabilidad, y como ésta es el elemento fundamental del delito, se debe decir que no ha existido realmente delito, aunque conociéramos todos su manera de actuar. Quizás se me diga: cierto es que en esse caso no se le puede castigar, pues no ha habido condena y, por tanto, no hay, para los efectos legales, delito, y él podrá perseguir criminalmente a quien le llame delincuente. Esto es muy cierto; pero no lo es menos que no hace falta más sino que la justicia abra los ojos o quiera o pueda abrirlos para que vea adelante de sí a un completísimo delincuente a quien sin más podrá y deberá aplicar la pena" (PEREDA, Julian. El concepto normativo de la culpabilidad, p. 32).

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Ação Penal (arts. 24 a 62), em Código de Processo Penal Comentado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul Processo Penale*. Roma: Ateneo, 1946, vol. I.

_____. *Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico*, em *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: Colegio Nacional de Seretarios Judiciales, 1957, vol. 1.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, vol. 1.

FARIA, Bento de. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960, vol. 1.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, vol. 1º.

GULLO, Roberto Santiago F. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GÜNTHER, Jakobs. *Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. Estudos sobre a pretensão processual, em *Justitia*. São Paulo: Ministério do Estado de São Paulo, 1986, vol. 48.

_____. *Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011, vol. I.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. II.

MARTINS, Nilo César e HORA, Pompílio da. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: *Revista de Derecho Privado*, 1957, vol. II.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- _____. *Manual de Direito Penal. Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.*
- MONTES, Jerônimo. *Derecho Penal Español. 2ª ed. São Lourenço do Escorial: Real Monastério, 1929.*
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*
- MUCCIO, Hidejalma. *Da Denúncia. São Paulo: Edipro, 2001.*
- NORONHA, E. MAGALHÃES. *Curso de Direito Processual Penal. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.*
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.*
- OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Garantismo e Barbárie. A Face Oculta do Garantismo Penal. Florianópolis: Conceito, 2010.*
- _____. *O Conceito de Acusação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.*
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.*
- ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción de inocência: Estudios de algunas de las consecuencias de La constitucionalización de este derecho fundamental. Pamplona: Aranzadi, 1985.*
- ROSA, Inocencio Borges da. *Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Globo, 1942, vol. I.*
- SABATINI, Giuseppe. *Principi Costituzionali del Processo Penale. Nápoles: Eugenio Jovene, 1976.*
- SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal. Tradução de Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.*
- SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal. 2ª ed. São Paulo: Magalhães, 1924.*
- SOTO NIETO, Francisco. *Correlación entre acusación y sentencia. Madrid: Monte Corso, 1979.*
- TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae. Turim: Marietti, 1952-1962, vols. I-III.*
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 1º.*
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.*
- VANNINI, Ottorino e COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale*

Penale Italiano. Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano. Milão: Giuffrè, 1973.

VASQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch, 1984.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: BEM OU MAL, LEGEM HABEMUS

Rômulo de Andrade Moreira

*Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia
Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Universidade de Salamanca/Espanha*

SUMÁRIO

I - Introdução: A Posição do Supremo Tribunal Federal. II - As Organizações Criminosas: A Lacuna Legislativa. III - A Nova Lei nº. 12.694/2012. IV - Os Meios Operacionais Para a Prevenção e Repressão de Ações Praticadas por Organizações Criminosas. V - As Demais Disposições Contidas na Lei nº. 9.034/95. VI - A Formação do Órgão Colegiado de 1º. Grau. VII - As Alterações Efetuadas no Código Penal, no Código de Processo Penal, no Código de Trânsito Brasileiro e no Estatuto do Desarmamento. VIII - Conclusão. IX - Referências.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar as disposições contidas na Lei nº. 12.694/2012 que estabeleceu um conceito para as chamadas Organizações Criminosas. Após fazer referência à posição adotada a respeito do assunto pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo estuda os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas previstos na Lei nº. 9.034/95. Por fim, salientamos as alterações efetuadas pela nova lei no Código Penal, no Código de Trânsito Brasileiro e no Estatuto do Desarmamento.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 85 - 106	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	-------------	----------------

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las disposiciones de la Ley n.º. 12.694/2012 que estableció un concepto para las llamadas Organizaciones Criminales. Después de hacer referencia a la posición adoptada al respecto por el Supremo Tribunal Federal, el artículo estudia los medios operativos para la prevención y persecución de los actos cometidos por organizaciones criminales contenidos en la Ley n.º. 9.034/95. Por último, destacamos las modificaciones introducidas por la nueva ley en el Código Penal, en el Código Procesal Penal, en el Código de Tránsito Brasileño y en el Estatuto del Desarme.

PALABRA-CLAVE: Organizaciones Criminales

I - INTRODUÇÃO: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já se sabe, na sessão do dia 12 de junho deste ano de 2012, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º. 96007, decidiu “trancar” um processo no qual os pacientes respondiam pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98. A decisão foi unânime.

A denúncia do Ministério Público “revelava a existência de uma suposta organização criminosa, comandada pelos pacientes, que se valeria da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar grandes valores em dinheiro, ludibriando os fiéis mediante variadas fraudes, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas, desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes.” No **habeas corpus** a defesa alegou “que na própria Lei n.º. 9.613/98 diz que para se configurar o crime de lavagem de dinheiro é necessária a existência de um crime anterior, que a denúncia aponta ser o de organização criminosa. Para o advogado, contudo, não existe no sistema jurídico brasileiro o tipo penal organização criminosa, o que levaria à inépcia da denúncia.”

Esta matéria voltou novamente a julgamento com a apresentação do voto-vista da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha que, em novembro de 2009, havia pedido vista dos autos após os votos dos Ministros Marco Aurélio (relator) e Dias Toffoli, favoráveis ao encerramento do processo. Na sessão do dia 12 de junho, a Ministra Cármen Lúcia votou da mesma forma, concedendo a ordem e, na sequência do julgamento, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber também se manifestaram nesse sentido. A Ministra Cármen Lúcia ressaltou *“a atipicidade do crime de organização criminosa, tendo em vista que o delito não consta na legislação penal brasileira.”* Ela afirmou *“que, conforme o relator, se não há o tipo penal antecedente, que se supõe ter provocado o surgimento do que posteriormente seria “lavado”, não se tem como dizer que o acusado praticou o delito previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98”*. De acordo com a Ministra, a questão foi debatida recentemente pelo Plenário do Supremo, que concluiu no sentido do voto do Ministro Marco Aurélio, ou seja, de que *“a definição emprestada de organização criminosa seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido”*. *“Não há como se levar em consideração o que foi denunciado e o que foi aceito”*, concluiu.

Na época, louvamos a acertada decisão do Supremo Tribunal Federal, pois se atentou para o princípio da legalidade, absolutamente inafastável em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se tratava de estabelecer uma exata definição acerca de uma estrutura criminosa, que permite ao Estado autorizar contra o indivíduo, ainda presumivelmente inocente, atos investigatórios invasivos de sua privacidade.

II - AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS : A LACUNA LEGISLATIVA

Evidentemente que não desconhecíamos, nem negávamos a existência de organizações criminosas, inclusive em nosso País, mas era preciso que, antes de qualquer coisa, houvesse um conceito legal para aquelas estruturas criminosas, tal como fez, por exemplo, o Código Penal, no art. 288, ao conceituar o crime de quadrilha ou bando e a Lei nº. 11.343/06, no art. 35 (Associação para o Tráfico - Lei de Drogas).

Obviamente, e até como uma decorrência do tráfico internacional de drogas e da lavagem de capitais¹, mas não somente por causa deles, o

1 Kellens (*“L’evolution de la théorie du crime organisé”*), citado por Montalvo, José Antonio Choclán, in *La Organización Criminal*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 12, adverte para a estreita vinculação da criminalidade organizada com a lavagem de dinheiro.

crime organizado vem desde algum tempo se desenvolvendo em todo o mundo. Hoje, apenas para citar alguns exemplos, temos os grandes cartéis das drogas, inclusive na América Latina, as máfias italiana, japonesa e russa, os traficantes de armas, o terrorismo, etc., tudo facilitado pela globalização e pelos seus respectivos instrumentos de atuação.

A questão situava-se, no entanto, na grande dificuldade, inclusive doutrinária, de se estabelecer exatamente o conceito de crime organizado, até para que pudessem ser utilizados adequadamente os meios repressivos postos à disposição da Polícia e da Justiça criminal no combate a este tipo de atividade e, ao mesmo tempo, impedir que sejam aplicados tais atos investigatórios (evidentemente mais drásticos e gravosos) em casos que não eram especificamente de “organização criminoso”.

Em trabalho anterior e já vetusto, arriscamo-nos (equivocadamente, hoje reconhecemos), a conceituar crime organizado como uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo **modus operandi**, além de violência e da alta tecnologia, inclusive bélica.

Para alguns existiria esta definição legal em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto nº. 5.015/2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, onde se lê que se considera “Grupo Criminoso Organizado” aquele “*estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.*” Não concordávamos com tal entendimento, pois uma norma internacional de caráter incriminadora não poderia adentrar o nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, a exegese dos §§ 2º. e 3º. do art. 5º. da Constituição Federal. Neste sentido, fundamental transcrevermos a lição de Luiz Flávio Gomes:

“1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer

uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional."

*"Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*). Vejamos: quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o Tribunal Penal Internacional, v.g.), os tratados e convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. É o que foi feito, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra, contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais. Como se trata de um *ius puniendi* que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só pode mesmo ser um Tratado internacional. Quem produz esse específico Direito penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado. Cuidando-se do Direito penal interno (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro."*

*"O Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país). Fundamento: o que acaba de ser dito fundamenta-se no seguinte: quem tem poder para celebrar tratados e convenções é o Presidente da República (Poder Executivo) (CF, art. 84, VIII), mas sua vontade (unilateral) não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, art. 49, I). O Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi assinado pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF, art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Essa ratificação se dá pelo Chefe do Poder Executivo que expede um decreto de execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna (Cf. Mazzuoli, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 291 e SS). Conclusão: os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacio-*

nais - TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o ius puniendi do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar ex novo.”²

A propósito, após advertir que o conceito de criminalidade organizada possui “contornos muito imprecisos e cheios de relativismos”, Montalvo estabelece algumas condições fundamentais para que bem se caracterize a existência de uma organização criminal, a saber:

*“La existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones”; “actuación a distintos niveles jerárquicos”; “aplicación de tecnología y logística”; “fungibilidad o intercambialidad de los miembros”; “sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder”; “movilidad internacional” e “aparencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios”.*³

Exatamente por causa desta “mobilidade internacional” da qual se refere o jurista espanhol e que indiscutivelmente caracteriza a organização criminosa, é que, como dizia o Juiz italiano Falcone:

*“La correcta política-criminal frente a la delincuencia organizada es la destrucción del poder económico de estas organizaciones a través de la cooperación internacional efectiva y eficaz”.*⁴

III - A NOVA LEI N^o. 12.694/2012

Agora, como afirmado acima, **lege habemus**: a Lei n^o. 12.694/2012, publicada no Diário Oficial da União do dia 25 de julho e com uma **vacatio legis** de noventa dias, conceitua uma organização criminosa como:

“A associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”

Com esta definição legal (não isenta de reparos, evidentemente - mas este não é o escopo deste trabalho), salvou-se, ainda que tardiamente, uma lei anterior, promulgada há quase duas décadas (Lei n^o. 9.034/95), que dis-

2 Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.

3 Montalvo, José Antonio Choclán, *La Organización Criminal*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 09.

4 Apud, Montalvo, ob. cit., p. 13.

põe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Esta lei procurou definir e regular os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Por ela, permite-se, em qualquer fase da persecução criminal, ou seja, tanto na investigação criminal, quanto na instrução criminal, e sem prejuízo dos meios de prova já previstos na legislação processual brasileira, os seguintes procedimentos de investigação.

É o que veremos a seguir:

IV - OS MEIOS OPERACIONAIS PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

1) A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade de que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes da organização criminosa (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a “grande carga” seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. É o chamado flagrante diferido ou protelado. Em suma, evita-se a prisão em flagrante no momento da prática do delito, a fim que em um momento posterior, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da quadrilha ou bando, bem como se permita a apreensão. Há quem faça diferença entre a ação controlada e a chamada “entrega vigiada”, distinção que não enxergamos.

Assim, Mariângela Lopes Neistein e Luiz Rascovski diferenciam:

“A entrega vigiada é a técnica consistente em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes ou outras substâncias proibidas

circulem pelo território nacional, bem como dele saíam ou nele ingressassem, sem interferência impeditiva da autoridade ou seus agentes, mas sob sua vigilância. Tudo com o fim de descobrir ou identificar as pessoas envolvidas no cometimento de algum delito referente ao tráfico dessas drogas, bem como prestar auxílio a autoridades estrangeiras nesses mesmos fins.” Já a “ação controlada consiste, conforme artigo 2º, da Lei 9.034/95, em retardar a interdição policial do que se supõe tratar-se de ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. A ação controlada é uma exceção ao flagrante obrigatório previsto em lei para a autoridade policial e seus agentes. Refere-se ao chamado flagrante diferido, ou prorrogado ou, ainda, postergado, situação em que o policial, por autorização legal, pode aguardar o melhor momento para prender uma pessoa em flagrante, para obtenção de um maior número de provas. Assim, a ação controlada é utilizada para a investigação de todo e qualquer crime que praticado por organizações criminosas. Ao contrário, a entrega vigiada, conforme salientado, é um meio de investigação típico do crime de tráfico internacional de entorpecentes, em que é autorizada o controle do tráfego de drogas que circulem dentro ou fora do país.”⁵

2) O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Nesta hipótese, ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Ainda neste caso, para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. Permite a lei que o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação. Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor

⁵ “Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito Brasileiro” - Fonte: Informativo Eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim (julho de 2007).

em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça. Tínhamos aqui uma perigosa e desaconselhável investigação criminal levada a cabo diretamente pelo Juiz.

Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo⁶ caracterizado, como genialmente diz o jurista italiano Ferrajoli, por *“una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad”, ou seja, este método “confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga”*.⁷

Ao comentar este artigo, Luiz Flávio Gomes, pedindo a devida vênia, já afirmava que o legislador *“acabou criando uma monstruosidade, qual seja, a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, época da Inquisição. (...) Não é da tradição do Direito brasileiro e, aliás, também segundo nosso ponto de vista, viola flagrantemente a atual Ordem Constitucional”*.⁸

É evidente que o dispositivo era teratológico, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que unguido pelos deuses, possa avaliar como *“necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar na mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’*”.⁹

Havia, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório, precipuamente à imprescindível imparcialidade¹⁰ que deve

6 Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe: *“Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.”* Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: *“Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...”* (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

7 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

8 Crime Organizado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1997, p. 133

9 Lopes Jr., Aury, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

10 Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, *“en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo*

nortear a atuação de um Juiz criminal, o que não se coaduna com a feitura pessoal e direta de diligências investigatórias. Neste sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. *“Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”*, como bem acentua Alberto Binder.¹¹

Mas, finalmente, em 12 de fevereiro de 2004 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade deste art. 3º, na parte que se refere à quebra de sigilos fiscal e eleitoral. A decisão foi dada pelos ministros ao julgarem parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1570). A ação havia sido ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. O Ministro Relator, Maurício Corrêa, ao proferir seu voto, observou que o dispositivo impugnado confere ao juiz competência para diligenciar pessoalmente a obtenção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organizações criminosas, dispensando o auxílio da Polícia e do Ministério Público, in verbis: *“Passados mais de cinco anos do julgamento cautelar, e após refletir mais detidamente sobre o tema, agora tratando-se de julgamento definitivo, penso que, efetivamente, o dispositivo atacado não pode prevalecer diante das normas constitucionais vigentes”*. O Ministro também lembrou que a Lei Complementar nº. 105/01 (norma superveniente e de hierarquia superior), regulou integralmente a questão do sigilo bancário e financeiro nas ações delituosas praticadas por organizações criminosas e revogou, por incompatibilidade, a Lei nº. 9034/95. Para ele, em face da referida Lei Complementar restava prejudicada a ADIN na parte em que o procedimento visado incide sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras: *“Na verdade, a amplitude ditada pela lei complementar superveniente, incompatível com o cuidado excessivo do preceito em exame, praticamente acabou com a já comprometida eficácia do citado artigo 3º, cuja aplicação prática, a propósito, segundo tenho conhecimento, é quase nula”*. O Ministro ainda afirmou que a lei questionada permanece em vigor quando trata da obtenção de informações fiscais e eleitorais, implicando na violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei. Sobre a alegação de violação do princípio do devido processo legal, observou que o art. 3º criou um *“procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que*

tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

11 Iniciación al Proceso Penal Acusatório, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão." (...) "*Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade*". No seu voto, sustentou o Relator que, tanto no Direito Penal quanto no Direito Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é argüida, inclusive citou o art. 424 do Código de Processo Penal, dispositivo que determina o desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador. Para ele, a neutralidade do juiz é essencial, pois sem ela nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito e o art. 3º. teria exatamente criado o juízo de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira. Por fim, julgou a ação procedente, em parte, para declarar inconstitucional o art. 3º. da Lei 9.034/95, na parte em que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais".

3) A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. Esta medida é novidade em nosso sistema jurídico, que apenas conhecia a interceptação e a escuta telefônicas, disciplinadas pela Lei nº. 9.296/96. Para Luiz Flávio, entende-se "*por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental.*"¹² Segundo Francisco Muñoz Conde, "*la principal fuente de controversias doctrinales y decisiones judiciales sobre el carácter de prueba prohibida de las obtenidas con violación de derechos fundamentales, la deparan hoy las derivadas del empleo de medios audiovisuales.*" (Valoración de las grabaciones audiovisuales – Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 27). Nesta obra, Muñoz Conde adverte que passamos da fase que Michel Foucault chamava de controle do corpo (a tortura), para o controle da alma (por meio do alcance "*da parte espiritual da personalidade*"). Este autor (p. 31) distingue provas proibidas (que não podem ser objeto de valoração em nenhum caso), ilícitas (que podem ser objeto de valoração em determinadas circunstâncias, seja pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou da boa-fé, seja porque não lesionou, direta ou indiretamente, um direito fundamental) e irregulares (aquela obtida sem alguns requisitos processuais não essenciais e cuja ausência pode ser sanada posteriormente).

12 Interceptação Telefônica, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

4) A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, caso em que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. Vários são os países que adotam a figura do agente infiltrado, senão vejamos: Portugal (Lei nº. 101/2001, exigindo-se observância ao princípio da proporcionalidade); Argentina (“*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de outro modo - Lei nº. 24.424/94, prevendo-se, também, uma escusa absolutória para o agente infiltrado que vier a praticar, nesta condição, um delito, salvo se o crime colocar em grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou impuser grave sofrimento físico ou moral a outrem*); Alemanha (desde 1992); França (art. 706-32 do Code de Procédure Pénale); México (Ley Federal contra la Delicuencia Organizada de 1996); Chile (Lei nº. 19.366/95) e Espanha.” (Ley de Enjuiciamiento Criminal - art. 282 - bis).

V - AS DEMAIS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI Nº. 9.034/95

Ademais, o art. 5º. da Lei nº. 9.034/95, dispõe que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil. Este artigo já havia sido revogado pela antiga lei de identificação criminal (Lei nº. 10.054/00), que regulamentava a matéria inteiramente, enumerando “*de forma incisiva, os casos nos quais o civilmente identificado deve, necessariamente, sujeitar-se à identificação criminal, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Com efeito, restou revogado o preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.034/95, o qual exige que a identificação criminal de pessoas envolvidas com o crime organizado seja realizada independentemente da existência de identificação civil.*”¹³

Com mais razão, continua este dispositivo sem aplicação, agora em razão da nova lei sobre identificação criminal que, expressamente, revogou a Lei nº. 10.054/2000 (evidentemente não há falar-se em reconstituição, posto proibida); esta lei mais recente, repetindo o dispositivo constitucional, o seu art. 1º estabelece que o “*civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.*”

Outrossim, nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do

¹³ RHC 12965 / DF - Relator: Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador: T5 - Data do Julgamento: 07/10/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 10.11.2003 p. 197.

agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria (delação premiada).¹⁴ O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que a Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Tampouco o réu poderia apelar em liberdade (arts. 7º. e 9º.).

A esse respeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus nº. 84078 para permitir a um condenado que recorra em liberdade. O processo foi trazido a julgamento pelo Ministro Menezes Direito, que pediu vista do processo, quando o relator, Ministro Eros Grau, já havia votado pela concessão do HC. O caso começou a ser julgado na Segunda Turma do STF, que decidiu afetá-lo ao Plenário, quando Menezes Direito pediu vista. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Já os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo. Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil.

Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família. Esta, entretanto, conforme o Ministro Celso de Mello, “*não é juridicamente viável em nosso sistema normativo*”. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do

14 A respeito da delação premiada, leia-se o que escrevemos na obra “Direito Processual Penal”, Curitiba: Juruá, 2010.

Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Ao proferir seu voto – o último do julgamento –, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto majoritário do relator, Ministro Eros Grau.

Apresentando dados, ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil. “Eu tenho dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]”.

“Os mutirões realizado pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada”, relatou ainda o ministro. “No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público”. “Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355”, informou o presidente do STF. “Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo”. “De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva”, assinalou Gilmar Mendes. “O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dentes, um chinelo”. “Portanto – concluiu –, não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal.” Fonte: STF.

Esta decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já se estabeleceu como precedente para casos semelhantes na Primeira Turma. Nesse

sentido, a Primeira Turma concedeu dois habeas corpus (HC 94778 e 93062) na linha do entendimento de que não é legal a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Os processos, relatados pelo Ministro Carlos Ayres Britto, buscavam a expedição de alvará de soltura, tendo em vista a decretação da prisão após condenação confirmada em segundo grau. Ao conceder a ordem, em ambos os casos, o ministro Ayres Britto ressaltou que o Plenário reconheceu que “*a condenação em segundo grau não opera automaticamente*” e que a pena só pode começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado da condenação, quando não couber mais qualquer tipo de apelação ou recurso.

No HC 94778, G.J.M., condenado no Espírito Santo a mais de cinco anos por roubo com uso de violência, – sentença confirmada em segunda instância, questiona a determinação de sua imediata prisão pelo Tribunal de Justiça estadual, alegando que ainda seriam cabíveis os recursos excepcionais – especial ou extraordinário. A expedição do mandado de prisão, neste caso, “*afronta o princípio constitucional da presunção da inocência*”, sustenta a defesa de G.J. Condenado por extorsão a mais de seis anos de prisão, L.G.A.M. impetrou no Supremo o HC 96062, alegando que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de negar apelação de sua defesa e determinar sua prisão, é inconstitucional. Isso porque a defesa já teria interposto um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e, portanto, com base na presunção de inocência, a condenação ainda não teria transitado em julgado. Fonte: STF.

Aliás, os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal foram expressamente revogados (já eram inválidos, aliás, pois incompatíveis materialmente com a Constituição), respectivamente, pela Lei nº. 11.719/08 e Lei nº. 12.403/11. Como se sabe, pela antiga regra imposta no art. 594 do Código de Processo Penal “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto.”

VI - A FORMAÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO DE 1º. GRAU

Voltando à análise da nova lei, a sua grande novidade consiste na faculdade do Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau (como o Conselho de Sentença – no Júri, ou o Conselho de Justiça – na Justiça Militar) para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações

criminosas, especialmente para a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, para a concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, para a prolação da sentença e, inclusive, para incidentes do processo de execução penal, a saber: progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, concessão de liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. Este órgão jurisdicional será formado pelo juiz do processo e por dois outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. A sua competência limita-se ao ato para o qual foi convocado e as suas reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial, respeitando-se, obviamente, o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais. A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica, por meio da videoconferência.

Para que se instaure este órgão colegiado, mister que o Magistrado indique os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento às respectivas Corregedorias.

A fim de que se assegure o sigilo de cada um dos Juízes e, conseqüentemente, a segurança do Magistrado, a lei estabelece que as decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro, devendo os Tribunais, no âmbito de suas competências, expedir normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.

Evidentemente que os Ministérios Públicos, da União e dos Estados, deverão estabelecer normas que estabeleçam junto a estes órgãos colegiados a atribuição, igualmente, de três membros do **parquet**, pois não faz sentido garantir-se a segurança dos Magistrados e não dos acusadores. Esta tarefa caberá, certamente, ao Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de resolução.

Aliás, os Tribunais, no âmbito de suas competências, estão autorizados a tomar medidas para reforçar a segurança dos prédios da Justiça, especialmente o controle de acesso, com identificação, aos seus prédios, especialmente aqueles com varas criminais, ou às áreas dos prédios com varas criminais; a instalação de câmeras de vigilância nos seus prédios, especialmente nas varas criminais e áreas adjacentes; a instalação de aparelhos

detectores de metais, aos quais se devem submeter todos que queiram ter acesso aos seus prédios, especialmente às varas criminais ou às respectivas salas de audiência, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública (membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Magistratura e Advogados), ressalvados os integrantes de missão policial, a escolta de presos e os agentes ou inspetores de segurança próprios.

A propósito, vale transcrever a opinião de Rafael Fecury Nogueira, publicada no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 240 (novembro/2012), sob o título “Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?”:

“O pressuposto fático para a convocação do colegiado é o risco à integridade física do juiz (art. 1.º, § 1.º). Com efeito, havendo circunstância que acarrete risco para o julgador em determinado feito envolvendo organização criminosa, surge para ele a possibilidade de convocação do colegiado de juízes para deliberar sobre qualquer ato decisório. Não se pode olvidar que a decisão que convoca o colegiado deve ser devidamente motivada com a exposição das razões pelas quais se vislumbrou o risco à integridade física do juiz a partir da explicitação das circunstâncias verificadas que, em regra, giram ao redor de ameaças ao magistrado. O primeiro problema prático da Lei 12.694/2012 surge já na própria formação do colegiado, pois, o art. 1.º, § 2.º, prevê que o mesmo será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. Esse dispositivo poderia ter melhor redação, justamente por prever que os magistrados que comporão o colegiado serão escolhidos dentre juízes com competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição sem estipular um limite territorial para tanto, o que é secundado pelo art. 1.º, § 5.º, que possibilita a reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas, podendo ser feita pela via eletrônica. Por isso, a ausência de fixação de critérios de delimitação territorial para a convocação dos juízes componentes do colegiado poderá acarretar problemas para a própria atividade ordinária dos juízes convocados, pois, tomando-se como exemplo o Estado de São Paulo, um juiz de direito da capital tem competência criminal de primeira instância tanto quanto a de um juiz da comarca de Sertãozinho ou de Bauru, o que a diferença é a delimitação territorial dessa competência a partir do local da prática do crime. Pensando nisso, indaga-se: haverá critério de delimitação territorial para convocar um juiz para o colegiado? Caso sim, deverá o respectivo Tribunal definir a abrangência territorial para essa convocação (art. 1.º, § 7.º). Caso não, resta a possibilidade de convocar um juiz de uma cidade distante por inexistir delimitação da competência territorial, podendo comprometer a devida prestação jurisdicional, mormente em comarcas de vara única, em face da possibilidade de ausência temporária do juiz. Eis, portanto, uma questão a ser resolvida administrativamente pelos próprios Tribunais. A previsão de sigilo das reuniões do colegiado em caso de risco de prejuízo à eficácia da decisão judicial possui amparo constitucional na possibilidade de restrição

da publicidade dos atos processuais (art. 93, IX), lembrando-se que não existe sigilo para o acusado, que deverá ter acesso às reuniões do colegiado por meio de seu defensor. Enfim, a questão mais delicada trazida pela Lei 12.694/2012 é, sem dúvida, a previsão de publicação das decisões do colegiado sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro (art. 1.º, § 6.º), significando que não se conhecerá o voto de cada juiz individualmente caso haja divergência. Essa lei é publicada 1 (um) ano após o triste episódio que culminou com a morte de uma magistrada carioca. Por isso, desde logo, vê-se a motivação que levou à edição da lei, que nasce, sobretudo, para proteger o magistrado a partir da formação do colegiado para julgamento dos crimes envolvendo organizações criminosas. No entanto, o novo diploma adotou uma prática meramente retórica e sem efetividade alguma, servindo-se de um expediente que apenas distribui as responsabilidades por um provimento jurisdicional contrário ao(s) réu(s), que, agora, passa a ser proferido por três juízes, e não apenas por um, como antes. Isso porque, nos termos da nova lei, os três juízes serão conhecidos, não se tratando propriamente dos “juízes sem rosto” semelhantes aos modelos previstos em legislações como a da Itália, Colômbia e Peru,⁽¹⁾ inexistindo previsão de omissão da identidade dos magistrados, o que leva ao conhecimento público dos mesmos.”

“Não se pode confundir a possibilidade de decretação de sigilo da reunião do colegiado com a omissão da identidade dos juízes que o compõem, haja vista que a própria CF/1988 expressamente assevera a possibilidade de restrição da publicidade de ato processual, assegurando, contudo, a presença das próprias partes e de seus advogados (art. 93, IX). Com efeito, embora a nova lei leve à tentação de decretação de sigilo absoluto da reunião do colegiado e da omissão de identidade dos juízes componentes, essa hipótese não resistiria ao texto constitucional que assim não permite, mesmo porque, em processos sigilosos o que se omite é a identidade das partes, e não a do(s) magistrado(s). Além disso, segundo a redação da nova norma, as decisões do colegiado serão devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes (art. 1.º, § 6.º, primeira parte), afastando-se o sigilo da identidade dos juízes. Quanto à omissão de eventual voto divergente no colegiado, o problema remanesce, pois, tratando-se de um julgamento colegiado em sessão pública (regra), qual a razão prática em se omitir eventual voto divergente se ele é conhecido durante a sessão? Ou a lei é flagrantemente inconstitucional nesse ponto ou foi pessimamente redigida, simplesmente por não haver como assegurar a omissão (sigilo) de um voto divergente. Além disso, havendo deliberação por um colegiado, não decorrerá uma sentença ou um despacho, mas um acórdão, como sói ocorrer nos julgamentos colegiados, devendo-se reproduzir o inteiro teor da reunião colegiada com a obrigatória exposição dos votos proferidos, incluindo o voto divergente.”

“Caso se pense que a reunião sigilosa permita a omissão da identidade do voto divergente, vê-se que essa possibilidade sucumbe em face do texto constitucional e da praxe forense da corte máxima do país, que jamais omite os votos de seus Ministros. Independentemente disso, tal medida não conferirá mais ou menos segurança aos juízes, se realmente for esse o escopo da lei. Eventual ameaça que o juiz sofra ou o fundado temor para julgar um caso já possuem mecanismos

preventivos, como a arguição de suspeição ex officio, a investigação criminal específica para a apuração e punição da ameaça, além da proteção policial, se for o caso. Na realidade, busca-se solucionar um problema de segurança pública se servindo do processo penal, instrumento axiológico e teleologicamente inserível para tanto. Contudo, respondendo à indagação do título, a lei não é totalmente inconstitucional e pode haver vantagens nela, como o próprio julgamento colegiado que, em tese, proporciona uma melhor discussão do thema decidendum a partir de um debate judicial plural, razão de ser dos julgamentos colegiados. Entretanto, pensando-se em colegiado apenas como instrumento de segurança, a lei é claramente natimorta por ser desprovida de eficácia e efetividade no intento de proteger os juízes de ações deletérias de quem atente contra esses agentes políticos do Judiciário. Sendo a publicidade processual e a motivação das decisões a regra constitucional, o Judiciário deve conviver com elas e o Estado pensar políticas sérias de segurança pública para evitar atentados espúrios aos juízes, como o do Rio de Janeiro."

VII - AS ALTERAÇÕES EFETUADAS NO CÓDIGO PENAL, NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A lei promulgada também aproveitou para, acrescentando dois parágrafos ao art. 91 do Código Penal, permitir a decretação da perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior, hipótese em que as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

O Código de Processo Penal também restou alterado pela nova legislação, acrescentando-se o art. 144-A, segundo o qual o juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção (neste caso, o leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico e os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior.

Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até dez dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a oitenta por cento do estipulado na avaliação judicial. O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no

caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial.

Também foi alterado o Código de Trânsito Brasileiro para, *“excepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN”* (Art. 115, § 7º).

Igualmente o art. 6º do Estatuto do Desarmamento passou a vigorar acrescido do seguinte inciso XI, segundo o qual:

*“Os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.” **Muita cautela!***

Outrossim, foi acrescentado ao Estatuto o art. 7º-A, **in verbis**:

“As armas de fogo utilizadas pelos servidores das instituições descritas no inciso XI do art. 6º serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas instituições, somente podendo ser utilizadas quando em serviço, devendo estas observar as condições de uso e de armazenagem estabelecidas pelo órgão competente, sendo o certificado de registro e a autorização de porte expedidos pela Polícia Federal em nome da instituição. § 1º A autorização para o porte de arma de fogo de que trata este artigo independe do pagamento de taxa. § 2º O presidente do tribunal ou o chefe do Ministério Público designará os servidores de seus quadros pessoais no exercício de funções de segurança que poderão portar arma de fogo, respeitado o limite

máximo de 50% (cinquenta por cento) do número de servidores que exerçam funções de segurança. § 3º O porte de arma pelos servidores das instituições de que trata este artigo fica condicionado à apresentação de documentação comprobatória do preenchimento dos requisitos constantes do art. 4º desta Lei, bem como à formação funcional em estabelecimentos de ensino de atividade policial e à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei. § 4º A listagem dos servidores das instituições de que trata este artigo deverá ser atualizada semestralmente no Sinarm. § 5º As instituições de que trata este artigo são obrigadas a registrar ocorrência policial e a comunicar à Polícia Federal eventual perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de armas de fogo, acessórios e munições que estejam sob sua guarda, nas primeiras vinte e quatro horas depois de ocorrido o fato.”

Ainda como garantia das autoridades judiciais e dos membros do Ministério Público e de seus familiares, diante de situação de risco decorrente do exercício da função, o fato será comunicado à polícia judiciária, que avaliará a necessidade, o alcance e os parâmetros da proteção pessoal. *“A proteção pessoal será prestada de acordo com a avaliação realizada pela polícia judiciária e após a comunicação à autoridade judicial ou ao membro do Ministério Público, conforme o caso: pela própria polícia judiciária; pelos órgãos de segurança institucional; por outras forças policiais; de forma conjunta pelos citados nos incisos I, II e III.”*

Nada obstante, em caso de urgência, será prestada proteção pessoal imediata. A prestação de proteção pessoal será comunicada ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso. Verificado o descumprimento dos procedimentos de segurança definidos pela polícia judiciária, esta encaminhará relatório ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público.

VIII - CONCLUSÃO

Com efeito, e à guisa de conclusão, afirmamos que com a nova lei podemos aplicar os dispositivos da Lei nº. 9.034/95, tratando-se de ações praticadas por quadrilha ou bando (art. 288, Código Penal), por associações criminosas voltadas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo primeiro, e 34 da Lei de Drogas – Lei nº. 11.343/06, por força do seu art. 35 e, *agora sim*, por organizações criminosas.

IX - REFERÊNCIAS

Binder, Alberto. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.

Conde, Francisco Muñoz. *Valoración de las grabaciones audiovisuales*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998.

Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.

_____ *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Lopes Jr., Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Montalvo, José Antonio Choclán. *La Organización Criminal*. Madrid: Dykinson, 2000.

Neistein, Mariângela Lopes e Rascovski, Luiz. *Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito Brasileiro*. Informativo Eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, julho de 2007.

Nogueira, Rafael Fecury. *Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 240, novembro/2012.

INTELIGÊNCIA INSTITUCIONAL: O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Berenice Chaves

Servidora do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO

O presente artigo busca mostrar que a inteligência institucional no Ministério Público extrapola a finalidade repressiva, também alcançando a finalidade preventiva, contribuindo de fato para o combate ao crime organizado no Brasil. No âmbito do Ministério Público, estratégias organizacionais, planos de atuação, ações integradas, bem como a criação de Centros de Apoio e de Grupos de Combate às Organizações Criminosas, têm contribuído para a efetividade desse combate. Busca-se refletir sobre a atuação moderna do Ministério Público diante do gigante fenômeno da criminalidade organizada, mostrando que a inteligência institucional vem neste sentido: fazer com que o Ministério Público, de posse dos dados estatísticos, de informações que lhe estão disponíveis ou ao alcance, possa traçar metas e estratégias para sua atuação. Especialmente no combate à criminalidade organizada tem o Ministério Público, através de sua atividade de inteligência, condições de desenvolver ações de prevenção e controle.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade Organizada, Ministério Público, Inteligência Institucional.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 107 - 122	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate that the institutional intelligence in the prosecutor goes beyond the purpose of repression, also reaching the preventive purpose, in fact contributing to the fight against organized crime in Brazil. As part of the prosecution organizational strategies, action plans, integrated actions, and the establishment of Support Centres and Groups Combating Criminal Organizations, have contributed to the effectiveness of combat. Try to reflect on the performance of the modern prosecutor before the giant phenomenon of organized crime, showing that the institutional intelligence is in this sense: cause the prosecutor, in possession of statistics, information that it is available or within reach, it can set goals and strategies for its operations. Especially in the fight against organized crime have the prosecutor, through its intelligence activities, able to developed prevention and control actions.

KEY-WORDS: Organized Crime, Prosecutor, Institucional Intelligence.

INTRODUÇÃO

No mesmo momento em que surge o fenômeno da globalização, quando as facilidades do mundo moderno já permitem a eficiência no combate à criminalidade, surge outro fenômeno, tão grandioso quanto: a “criminalidade organizada”.

É de se afirmar que o sucesso das organizações criminosas deve-se à sua capacidade de congregar esforços de forma organizada, com auferimento de benefícios por todos da rede. Dessa forma, pode-se dizer que a lógica que permeia as organizações criminosas é a mesma encontrada nas organizações empresariais: todos do grupo lucram de alguma forma.

Uma das áreas prioritárias de atuação do Ministério Público tem sido o combate ao crime organizado. Mas o que é preciso para que a atuação ministerial possa revestir-se da efetividade reclamada pela sociedade? O que mais, além do empenho efetivo dos membros da instituição, individualmente falando, é necessário para que as ações de combate ao crime organizado surtam efeito?

A prática tem mostrado que é preciso criar políticas institucionais que

reforcem a atuação conjunta entre os membros do Ministério Público. Criar, planejar, organizar e especializar são ações que, juntas, convergem para o que chamamos de “Inteligência Institucional”. Para além da inteligência tática, utilizada nas investigações em casos concretos, está a necessidade de uma inteligência institucional ampla, que trabalhe com a estruturação de forças-tarefa (atuação conjunta), com o planejamento estratégico da instituição, com a formação de equipes especiais de membros, a fim de que o problema da criminalidade organizada possa ser eficazmente combatido.

2 CRIME ORGANIZADO - A NOVA FACE DA CRIMINALIDADE

2.1 CONCEITO

Nunca o termo “crime organizado” foi tão propalado como nos últimos anos. Por óbvio, claro. Não é necessário saber jurídico para, ao menos minimamente, identificar ações criminosas que se encaixem ao significado da expressão. Isso ocorre porque os olhos do simples cidadão, ignorante dos debates jurídico-doutrinários, enxerga e identifica o fenômeno, que, por sua vez, é estampado e noticiado de forma assimilável (e sensacionalista) nos telejornais diários.

Querer definir e entender “crime organizado”, então, parece ser inerente a nossa condição de habitante deste planeta, já que a criminalidade organizada é um fenômeno geral, mundial, de incrível progressão.

Há conceitos variados para definir o que seja o crime organizado. O *Federal Bureau of Investigations (FBI)* define o crime organizado como qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada e cujo objetivo primário é a obtenção de lucro por meio de atividades ilegais.

Para a *Interpol*, é “qualquer empresa ou grupo de indivíduos em uma contínua atividade ilegal que tem por objetivos primários a geração de lucros, para além das fronteiras nacionais”.

A Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) conceitua organização criminosa como toda associação estruturalmente organizada, caracterizada por certa hierarquia, divisão de tarefas e diversificação de área de atuação, com o objetivo precípua de delinquir, visando à obtenção de lucro financeiro e, eventualmente, vantagens político-econômicas e o controle social, adquirindo dimensão e capacidade para ameaçar interesses e instituições

nacionais.

A Convenção de Palermo, norma de âmbito mundial que entrou em vigor, no Brasil, em 2004, com o objetivo de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, conceituou Grupo Criminoso Organizado como um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando, concertadamente, com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (Artigo 2).

2.2 O FENÔMENO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Mais do que encontrar uma definição para o fenômeno da criminalidade organizada, é preciso entendê-lo. Como é cediço, vive-se hoje numa aldeia global. O que antes era restrito a um ponto geográfico, a um povo, a uma cultura, agora extrapola horizontes e línguas. Não há limites para a universalização das ideias. O avanço tecnológico a que esteve submetido o mundo nos últimos cinquenta anos, pelo menos, fez alcançável o conhecimento. A facilidade dos meios de comunicação, sobretudo com o advento da *Internet*, da telefonia móvel celular, a modernização dos transportes, a facilidade das transações comerciais, inequivocamente, foram motor propulsor para o aprimoramento da criminalidade.

Tem sido pacífico o entendimento de que o crime organizado tem relação direta com a globalização. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho (2001) inclusive abordou a dupla interferência, mostrando que é consenso que a Globalização provoca a criminalidade organizada, mas também ocorre o contrário, que esta dá causa àquela.¹

Diante da unanimidade dessa percepção, tem-se que a criminalidade organizada é um fenômeno mundial e, como tal, tem avançado descontroladamente no Brasil, país que, sabemos, detém condições propícias para a proliferação da macrocriminalidade difusa e organizada, sendo fatores preponderantes para isso a crise moral e ética, a inversão de valores morais, a corrupção em todos os segmentos, a inoperância do poder estatal, o envolvimento da própria administração pública, dentre outros fatores.

1 À medida que as organizações criminosas expandiram seus horizontes, rompendo barreiras (de comunicação, de deslocamento, etc). VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **Sobre o Crime Organizado**. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII (Separata). Universidade de Coimbra, Coimbra: 2001.

Da Costa (2004) conclui que a criminalidade organizada no Brasil é o conjunto de crimes, praticados por um grupo de indivíduos, associados em função de suas vontades livres e conscientes, dirigidos à consecução de metas e de fins comuns, que dependem, para o êxito de suas pretensões, da interação com outras organizações sociais, lícitas ou ilícitas, e mantém características próprias de hierarquia e de divisão de funções para sua subsistência.²

Segundo BARBOSA (2011):

A organização criminosa (ORCRIM) se comporta, portanto, como uma verdadeira empresa que congrega quadros técnicos especializados em searas de interesse da empresa criminosa. Há, assim, os que pensam a organização estrategicamente, os que fazem uso da força, os que utilizam as filigranas jurídicas em prol da ORCRIM, os que branqueiam o numerário angariado pela organização criminosa, e os que estão na estrutura da administração pública para conferir suporte às ações criminosas da própria ORCRIM.³

A realidade é preocupante, a criminalidade organizada virou uma indústria do crime sem limites fronteiriços.

Tatiana Eulálio Marwell, analisando a transnacionalidade do crime organizado, bem coloca:

Os criminosos e as grandes organizações criminosas globalizam as suas atividades pelas mesmas razões que as corporações multinacionais legítimas. Assim como as grandes multinacionais são movidas à expansão de seus negócios promovendo a abertura de sucursais por todo o mundo com o propósito de tirar vantagem da mão-de-obra atrativa, bem como dos mercados de matérias-primas, o mesmo ocorre com os negócios ilegais, voltados à expansão da lucratividade. É o que estamos vendo, por exemplo, ocorrer quanto ao tráfico internacional de pessoas para fins sexuais, trata-se de uma verdadeira indústria, uma máfia da prostituição.⁴

Luís Augusto Soares de Andrade destaca que as organizações criminosas

apresentam injetável poder de articulação e planejamento, com forte influência sobre os mais altos escalões dos Poderes do Estado, além de sofisticação e emprego das mais atuais tecnologias, o que lhes permite a extrapolação de fronteiras para a realização de suas atividades, e obtenção das mais variadas vantagens econômicas e políticas. Essa complexidade

2 DA COSTA, Renata Almeida. *A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 88.

3 Barbosa, Adriano M. *Criminalidade Organizada: Do Cangaço à Globalização*. Publicado, em 10/6/2011, no site www.jurisway.org.br, acesso em 30/10/2011.

4 MARWELL, Tatiana Eulálio D. G. *A Transnacionalidade do Crime no Mundo Globalizado*. Acesso em 30/10/2011, no site www.fae.edu.br/revista.

dificulta até mesmo a identificação de seus integrantes, uma vez que existem os que comandam, os que integram escalões inferiores, e aqueles que apenas cooperam em troca de vantagens pessoais de toda a ordem.⁵

A atuação das organizações criminosas extrapola a questão do tráfico de drogas. Entre suas atividades pode estar o roubo de cargas, lavagem de dinheiro, o tráfico de armas, a pirataria, o tráfico sexual e de órgãos, os jogos de azar, a falsificação de cartões de crédito, sequestros e a fraude em licitações públicas. Qualquer listagem seria incompleta, pois, ademais, tais pseudoempresas (organizações criminosas) estendem seus “braços” por variados segmentos da sociedade, por múltiplos e diferentes ramos.

De um modo geral, independentemente do segmento em que trabalha, analisando-se os variados conceitos, é possível extrair algumas características marcantes das organizações criminosas. São elas, por excelência, (a) a hierarquia estrutural; (b) o planejamento; (c) o objetivo de lucro; (d) o uso de recursos tecnológicos avançados; (e) a capacidade de mobilidade; (f) o recrutamento de pessoas; (g) a divisão de funções; (h) o alto poder de intimidação; (i) a infiltração no poder público e/ou poder político; e (j) a conexão com outras organizações.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA MISSÃO

A Constituição Federal conceituou o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127).

Com o papel que lhe é reservado pela Constituição, o Ministério Público tem fundamental importância para a transformação da realidade social, uma vez que sua postura institucional agora o desloca para mais próximo da sociedade civil.⁶

Um marco importantíssimo na atuação do MP foi a Lei n. 7347/85.

5 ANDRADE, Luís Augusto Soares de. **Inteligência e Ação Penal**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Ano I - Número 1 - 2009, p. 5.

6 É o entendimento de Marcelo Pedrosa Goulart (Ministério Público e Democracia - teoria e práxis, p. 96) apud Gregório Assagra de Almeida e Elaine Martins Parise. ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da Atuação Preventiva do Ministério Público: Mudança de Paradigma como Exigência do Estado Democrático de Direito. Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Ministério Público e Justiça Social. Belo Horizonte-MG, p. 611.

Antes dela, o Ministério Público atuava de maneira reduzida, aguardando o resultado das investigações feitas por outros órgãos. Após a referida Lei, o Ministério Público passou a ter uma atuação ativa, investigativa, passando a instaurar suas próprias investigações civis, a fim de defender interesses difusos de milhares de pessoas ao mesmo tempo.

Hoje, os direitos fundamentais que legitimam o Estado Democrático de Direito compõem uma crescente demanda que “bate à porta” do Ministério Público diariamente.

3.1 PREVENÇÃO E REPRESSÃO - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DUPLA ATIVIDADE

A sensação de insegurança gerada pela disseminação na criminalidade organizada requer do aparelho Estatal uma ação eficaz, envolvendo todas as instâncias e conjugando todos os esforços, mediante estratégias de combate não só em nível de repressão como também de prevenção.

Com base no conceito constitucional (art. 127), temos que ao Ministério Público incumbe não apenas a atividade repressiva, como também a preventiva. E é com essa mentalidade que o Ministério Público como instituição está especialmente envolvido no combate às organizações criminosas. Almeida e Parise (2005), na tese “Priorização da Atuação Preventiva pelo Ministério Público: Mudança de Paradigma como Exigência do Estado Democrático de Direito”, concluem que “se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático (art. 127, *caput*, CF/88), a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito”⁷

Pacheco (2007), corroborando tal entendimento, diz que:

As finalidades institucionais do Ministério Público encontram-se previstas no art. 127, *caput*, da Constituição da República e não no seu art. 129. Em outras palavras, a defesa da ordem jurídica e defesa dos interesses sociais quanto à segurança pública não se realizam apenas com as denúncias, os pareceres e as manifestações dos membros do Ministério Público em inquéritos policiais e em processos penais. Podemos, é claro, com muito orgulho propalar a condenação que conseguimos em um caso de homicídio doloso, mas qual o custo social, familiar, psicológico e econômico que a morte de um indivíduo acarretou à sociedade? Não seria muito mais racional, eficiente e

⁷ Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Ministério Público e Justiça Social. 06, 07, 08 e 09 de novembro de 2005, Belo Horizonte-MG, p. 616.

efetivo se evitar a morte? O Ministério Público, portanto, deve buscar os meios mais eficientes e efetivos para a realização de suas finalidades constitucionais, e isto significa ter que agir também preventivamente e não somente repressivamente.⁸

Nada mais latente na atividade do Ministério Público do que o combate à criminalidade e, nos últimos anos, por excelência, à criminalidade organizada. Justamente diante desse novo quadro fático é que se tornou indispensável a especialização e a capacitação de seus membros, agora imbuídos de uma nova visão, a de não só neutralizar a ação dos criminosos como também a de obstruir eventuais ações.

4 INTELIGÊNCIA INSTITUCIONAL

Quando se fala em inteligência, logo vem à mente o panorama histórico da inteligência de Governo, ligada à segurança nacional e limitada a ações e estratégias militares. De fato, era essa a concepção, que vinha atrelada à repressão da ditadura militar.

Sem adentrar na evolução do sistema de inteligência no Brasil, o que importa fixar, neste momento, é que a atividade de inteligência, hodiernamente, é bem mais abrangente, envolvendo não apenas o Estado (inteligência estratégica, institucional, de defesa nacional, de segurança pública) como também as próprias organizações privadas (inteligência competitiva).

Cientificamente falando, podemos, em quaisquer das hipóteses, dizer que a inteligência faz com que determinadas informações sejam buscadas e interpretadas de forma a propiciar a tomada de decisão, especialmente a decisão estratégica. Seria basicamente uma gestão da informação ou gestão do conhecimento.⁹

A inteligência institucional é relativamente nova. O Ministério Público, na dinâmica de suas atividades, tem concluído que suas ações precisam de planejamento e suas informações de um gerenciamento, a fim de fazer valer na prática, por completo, seu papel de guardião da ordem jurídica.

O combate ao crime organizado tem exigido do Ministério Público um aprimoramento, não só nas questões jurídicas que envolvem a matéria mas também em

8 PACHECO, Denílson Feitoza. A Atividade de Inteligência no Ministério Público. Resgate da Cidadania: Prevenção e Repressão à Criminalidade. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Coleção Do Avesso, Vitória: CEAF, 2007. p. 237.

9 PACHECO, Denílson Feitoza. A Atividade de Inteligência e Processo Penal. In: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União - Auditoria da 4ª CJM, 30 set. 2005, Juiz de Fora-MG. Disponível em: <HTTP://www.militar.com.br/legisl/artdireitomilitar/ano2005>

questões que envolvem inteligência, desde o planejamento à execução de ações.

A inteligência institucional vem nesse sentido: fazer com que o Ministério Público, de posse dos dados estatísticos, de informações que lhe estão disponíveis ou ao alcance, possa traçar metas e estratégias para sua atuação. Especialmente no combate à criminalidade organizada, o Ministério Público tem, por meio de sua atividade de inteligência, condições de desenvolver ações de prevenção e controle.

Mais uma vez, Pacheco leciona que

De um modo geral, num primeiro momento, as atividades de inteligência do Ministério Público têm sido especialmente voltadas para o combate ao “crime organizado”, numa vertente mais pragmática de inteligência tática destinada à produção de provas. [...] Com a crescente consolidação das atividades de inteligência ministerial, uma visão mais abrangente tem sido disseminada, por um lado para incluir-se a atuação cível de defesa dos interesses difusos e coletivos, e, por outro, para se desenvolver inteligência estratégica, destinada aos processos decisórios estratégicos do Ministério Público, como elaboração de Plano Geral de Atuação, estabelecimento de políticas de atuação, definição de relacionamento com instituições diversas do Ministério Público etc.¹⁰

Segundo Almeida Neto (2009), a inteligência ministerial não se restringe apenas ao assessoramento de decisões relativas à esfera criminal mas também de todas as decisões que serão tomadas, tanto no nível tático quanto no estratégico, com o objetivo de cumprir a missão institucional do Ministério Público.¹¹

Releva destacar que a expressão “inteligência ministerial” provém do conceito desenvolvido por Pacheco, assim considerada:

Organizações privadas, especialmente empresas, adaptaram a noção de inteligência de Estado à de inteligência competitiva, sempre no sentido de dados e informações que foram adequadas e suficientemente trabalhadas para se tornarem inteligência ou conhecimento, ou seja, uma informação interpretada e sintética capaz de propiciar a tomada de decisão, especialmente a decisão estratégica. Podemos, assim, generalizar a noção de inteligência de Estado para a de inteligência institucional (melhor se diria: aplicarmos a inteligência no âmbito de outras instituições ou órgãos públicos), abrangendo-se, desse modo, órgãos públicos em geral, inclusive os Ministérios Públicos, não somente quanto à sua área criminal, mas também quanto a todas as suas áreas. Assim, é cabível dizer-se inteligência ministerial, para se referir às atividades de inteligência insti-

¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 240.

¹¹ ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *Inteligência e Contra-Inteligência no Ministério Público*. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 63.

tucional realizadas pelo Ministério Público.¹²

Foi nesse diapasão, por exemplo, que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, após o assassinato do Promotor de Justiça Francisco Lins do Rego, que investigava casos de adulteração de combustível, em Minas Gerais, no ano de 2002, deliberou pela criação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC), com o propósito de planejar ações para o combate sistemático de tal modalidade delitiva, integrando os diversos MPs do País para o enfrentamento da questão.

Gilberto Valente Martins, de modo resumido, relata que o grupo primeiramente traçou diversas metas de atuação do Ministério Público Brasileiro, tendo deliberado que, em todas as unidades da federação, fossem criados grupos de membros com atuação especial nessa área.¹³

Assim nasceram grupos de atuação regional e/ou estadual (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO - e Grupo de Prevenção e Repressão às Organizações Criminosas - GEPROC¹⁴), que são grupos de membros com atuação especial no segmento do combate ao crime organizado.¹⁵

Além da atuação especial desses grupos, deu-se especial atenção ao aprimoramento dos membros do Ministério Público, sendo-lhes colocadas ao alcance noções básicas de inteligência e respaldo para sua atuação nas investigações, o que se deu, por exemplo, no Estado de Santa Catarina, com a criação do Centro de Investigações Especiais (CIE), do Centro de Apoio

12 *Idem, Ibidem*, p. 233.

13 MARTINS, Gilberto Valente. A atividade de inteligência nas investigações realizadas no Ministério Público e o combate às organizações criminosas.

14 O GEPROC foi instituído, no Pará, em 2002, tendo ao logo dos anos desenvolvido várias operações no combate à pirataria, corrupção de agentes públicos, roubo de carga, resgates em presídios, etc.

15 'Considerandos' do Ato n. 149/2011/PJG, do MPSC, que renomeou a Coordenadoria de Investigações Especiais (CIE) para Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO): "CONSIDERANDO a necessidade de aproximação do desenvolvimento da atividade de investigação especial com a região onde ocorre o crime ou qualquer outro ato ilícito; CONSIDERANDO a efetividade revelada pela atuação das chamadas "forças-tarefas" no desbaratamento do crime organizado; CONSIDERANDO a deliberação tomada na 23ª Reunião Ordinária do GNCOC - Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas e aprovada pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, ao qual o GNCOC é subordinado, no sentido de se padronizar em todo o país as chamadas "forças-tarefas" mantidas pelo Ministério Público dos Estados; CONSIDERANDO a estruturação no Ministério Público de Santa Catarina das chamadas "forças-tarefas" por meio da Coordenadoria de Investigações Especiais (CIE), situada na Capital, e Subcoordenadorias Regionais de Investigações Especiais (SRIE), localizadas em Joinville, Chapecó e Criciúma; CONSIDERANDO a necessidade de ampliação do modelo de enfrentamento do crime organizado, perante o crescimento vertiginoso das ocorrências de maior repercussão social afrontosas à segurança pública em geral, praticadas com requintes de planejamento, hierarquização das decisões e financiamento de origem escusa; CONSIDERANDO a importância imperiosa do Ministério Público em acompanhar o incremento da atuação do crime organizado e se organizar de modo a enfrentar de forma eficaz a problemática, pela formação de grupos interinstitucionais;" CONSIDERANDO que a padronização em todo país das chamadas "forças-tarefas" do Ministério Público de todos os Estados permitirá uma maior integração para repressão ao crime organizado que atua além das fronteiras dos Estados e, até mesmo, do país;"

Operacional de Informações e Pesquisas (CIP), o que denota uma preocupação cada vez maior da instituição com planejamento de ações e indicação de prioridades e metas para prevenir e reprimir o crime organizado.

Vários Ministérios Públicos dos Estados criaram seus órgãos de inteligência, como Centros de Inteligência e/ou Núcleos de Inteligência. No Estado da Bahia, como exemplo, foi criado o Núcleo de Inteligência Criminal (NIC), com a seguinte concepção:

[...] a atividade de inteligência que se constitui na análise estratégica, com o emprego de procedimentos sistemáticos, estudos e avaliações, visando identificar e compreender as características e modos de atuação das ações criminosas e ilícitas que configurem ameaça ao bem da coletividade e à segurança pública. [...] O NIC, em seu estágio inicial, destinar-se-á, portanto, ao apoio à atividade-fim do Ministério Público na área criminal, viabilizando uma melhor articulação inter-institucional no que diz respeito às informações e à criação de uma cultura de inteligência e contra-inteligência (segurança orgânica) na esfera institucional, desenvolvendo o embrião do que se pode chamar **Inteligência Ministerial**, com futura abrangência aos demais setores e maior ênfase nas questões estratégicas.¹⁶

Também, como exemplo, o Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN), do MP de Minas Gerais, e a Coordenadoria de Segurança e Inteligência do MP do Rio de Janeiro.

Diante da abrupta ascensão do crime organizado no Brasil, pode-se concluir que a atividade de inteligência, dentro da instituição Ministério Público, adquire grande e fundamental importância, pois desenvolve atividades voltadas à prevenção, ao controle e ao combate às organizações criminosas.

4.1 O PRINCÍPIO DA UNIDADE COMO BASE PARA A ATUAÇÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL

A unidade é um dos princípios institucionais listados no texto da Carta Magna, juntamente com os princípios da indivisibilidade e da independência funcional, ela norteia qualquer ato da instituição.

No dizer de Jatahy (2009), “a unidade traduz a identidade do Ministério Público como Instituição. Seus membros não devem ser identificados na sua individualidade, mas sim como integrantes de um mesmo organis-

¹⁶ Disponível em <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/nic.asp>

mo, que tem a função de exercer as tarefas constitucionais que lhe foram deferidas pela Carta Magna."¹⁷

E bem analisa José Eduardo Sabo Paes:

Segundo o princípio da unidade sempre que um membro do Ministério Público está atuando, qualquer que seja a matéria, o momento e o lugar, sua atuação será legítima se estiver dirigida a alcançar as finalidades da instituição. Em outras palavras, todos os membros de um determinado Ministério Público formam parte de um único órgão sob a direção do mesmo chefe; a divisão do Ministério Público em diversos organismos se produz apenas para lograr uma divisão racional do trabalho, mas todos eles atuam guiados pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo-se, pois, em uma única instituição.¹⁸

Aplicado, temos que o princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público. É com base nesse princípio que os membros, por meio de seus órgãos de execução e de Administração Superior, devem estar engajados na elaboração de estratégias e planos para a consecução de objetivos comuns, a saber, especialmente, aqueles delineados na Constituição Federal (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum).

É com base no princípio da unidade que se estabelecem estratégias institucionais, prioridades, e de onde nascem os Planos e Programas de Atuação. É da unidade que nasce a estratégia, e mais, é nela que se concretizam as ações estabelecidas nos planos. De nada adianta a estratégia e o planejamento se a unidade se perde na execução.

Como princípio, a unidade institucional permite que o Ministério Público construa dinamicamente suas prioridades, inclusive permitindo a participação da sociedade no processo de definição das prioridades institucionais, como acontece, por exemplo, com as audiências públicas.¹⁹

17 JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 123.

18 PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 183.

19 Importante anotar a existência do Programa MP vai às Ruas, criado no MP de Santa Catarina, que de certa forma colhe subsídios, que são fornecidos diretamente pelos cidadãos da Comarca, para que, analisados e sopesados, sejam considerados na elaboração de estratégias de atuação a nível estadual.

4.2 PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Se o crime é organizado, o Ministério Público também precisa se organizar. Precisa agir de maneira eficiente, ágil e responsável. A busca de soluções para o combate à criminalidade organizada – seja prevenindo ou reprimindo – assume para a instituição uma posição de importância dentro da sua linha de atuação, afinal, quem mais deve zelar pelo cumprimento da Lei, pela proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais?

O combate ao crime organizado tem sido sugerido com unanimidade como matéria de atuação do Ministério Público Brasileiro. O tema tem sido discutido nas reuniões regionais e nacionais de Planejamento Estratégico do MP, sendo considerado assunto prioritário, pois é um fenômeno que se estende a nível nacional e internacional.

O planejamento é uma das ferramentas que possibilita perceber a realidade, avaliar os caminhos e construir um referencial de futuro. Visto esse aspecto, conclui-se que a primeira etapa para a elaboração de um plano de ações é a posse de informações e dados. Somente conhecendo a realidade poderá o Ministério Público elaborar programas institucionais e ações coordenadas.

Além dos desafios comuns – promover a defesa dos direitos da população, reduzir os conflitos, promover a paz social etc. –, tem o Ministério Público condições de traçar um perfil da necessidade da comunidade, seja a nível estadual ou federal (conforme sua esfera de atribuições). Pode, com base em índices, dados, pesquisas, definir quais são os pontos críticos da sociedade.

Os Ministérios Públicos dos Estados têm elaborado o Plano Geral de Atuação, momento em que definem os objetivos comuns à instituição, que foram já prévia e amplamente discutidos. É no Plano Geral de Atuação que o MP traça as políticas institucionais para o período, definindo as ações estratégicas.

O combate ao crime organizado tem feito parte do planejamento estratégico dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Há uma imensa massa de informações, a respeito do “crime organizado” com a qual o Ministério Público lida cotidianamente, seja no dia a dia dos gabinetes, seja numa esfera mais abrangente, envolvendo notícias de atuação de outros órgãos e instituições. Ter essas informações e não saber trabalhar com elas, ou omitir-se diante do quadro apresentado, trabalhando os da-

dos somente de forma empírica, é violar o princípio da eficiência (art. 37 da CF), acarretando grandes prejuízos de recursos humanos, materiais e financeiros (PACHECO, 2007).

CONCLUSÕES

Inegavelmente, as organizações criminosas estão disseminadas em todo o País e no mundo, e em razão delas a democracia, a ordem e as liberdades estão vulneráveis. Elas envolvem o recrutamento de um grande número de agentes, inclusive a de agentes públicos, envolvem também quantias vultosas, têm esquemas e organogramas semelhantes a empresas, possuem estratégias e objetivos bem delineados, e, quase sempre, estão camufladas.

Novas demandas como essa fizeram com que o Ministério Público repensasse sua atuação. Coube à instituição questionar de que forma sua atuação poderia ser socialmente eficiente e eficaz.

O fenômeno da criminalidade organizada exigiu uma postura mais ativa do Ministério Público, tirando-o da atuação predominantemente repressiva, para uma atuação que priorizasse a prevenção. Para tanto, deu-se nova destinação aos dados coletados (taxas, índices, números), que, além de servirem para mostrar a realidade fática, podem agora servir de base para o planejamento estratégico da instituição, possibilitando a visão global de situações e o direcionamento de políticas de atuação.

A inteligência institucional envolve não apenas a inteligência tática, de produção de provas para investigações, mas também inteligência estratégica, destinada à elaboração de planos de atuação. Chamada de inteligência ministerial, ela é de fundamental importância no combate ao crime organizado, à medida que aprimora a instituição, na sua totalidade (princípio da unidade), para a consecução dos objetivos comuns.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. **Priorização da Atuação Preventiva pelo Ministério Público: Mudança de Paradigma como Exigência do Estado Democrático de Direito**. Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Ministério Público e Justiça Social. 06, 07, 08 e 09

de novembro de 2005, Belo Horizonte-MG. p. 609-617.

BRANDÃO, Thadeu de Sousa. **Organizações Criminosas no Brasil: Uma Análise a Partir da Teoria das Elites e da Teoria da Ação Coletiva**. Disponível em <http://www.mp.pa.gov.br>. Acesso em 10 de maio de 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Secretaria de Comunicação. **Combate ao crime organizado é sugerido como matéria de atuação integrada entre os diversos ramos do MP**. Disponível em http://cnmp.gov.br/noticias_cnmp/2011. Acesso em 18 de maio de 2011.

DA COSTA, Renata Almeida. **A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ESSADO, Tiago Cintra. **O Poder-Dever Material de Investigação do Ministério Público**. Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Ministério Público e Justiça Social. 06, 07, 08 e 09 de novembro de 2005, Belo Horizonte-MG. p. 26-29.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 123-125.

MEDEIROS, Francisco José Fonseca de. **A Atividade de Inteligência no Mundo Atual**. Disponível em <http://www.mp.pa.gov.br>. Acesso em 11 de maio de 2011.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Atividade de Inteligência no Ministério Público**. Resgate da Cidadania: Prevenção e Repressão à Criminalidade. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Coleção Do Averso, Vitória: CEAF, 2007. p. 221-247.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 179-195.

RENNER, Mauro Henrique. **O Papel do GNCOC no Combate à Criminalidade Organizada**. Resgate da Cidadania: Prevenção e Repressão à Criminalidade. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Coleção Do Averso, Vitória: CEAF, 2007. p. 121-130.

SEGURA, Eder. **Banco de Dados como Instrumento de Qualidade no Trabalho Institucional**. Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, 24 a 27 de agosto de 2005. Volume 1, São Paulo, 2006. p. 71-82.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **Sobre o Crime Organizado**. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII (Separata). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001.

VIEIRA, Marcelo Lemos. **Da Mitigação do Princípio do Promotor Natural em Face à Criação dos Grupos Especializados no Combate ao Crime Organizado**.

Resgate da Cidadania: Prevenção e Repressão à Criminalidade. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Coleção Do Averso, Vitória: CEAF, 2007. p. 133-149.

ZENKNER, Marcelo Barbosa de Castro. **O Crime Organizado na Administração Pública: A Violência Invisível**. Resgate da Cidadania: Prevenção e Repressão à Criminalidade. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Coleção Do Averso, Vitória: CEAF, 2007. p. 97-117.

BREVE ANÁLISE DO SISTEMA MACROPOLÍTICO CRIADO PELA LEI FEDERAL N. 12.594/12 (LEI FEDERAL QUE INSTITUIU O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO - SINASE)

Fernando Henrique de Moraes Araújo

*Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo
Mestre em Direitos das Relações Sociais pela PUC-SP.*

Lélio Ferraz de Siqueira Neto

*Promotor de Justiça de São Paulo.
Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do
Ministério Público do Estado de São Paulo.*

Priscilla Linhares Albino

*Promotora de Justiça Ministério Público de Santa Catarina.
Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Univille.*

ABSTRACT

Both articles are about new Brazilian Juvenile Law System (Federal Law n. 12.594/12) for young offenders. In the first part of the study the focus is on the whole public police developed by this new law for criminal youngsters. In the second part the focus is on the new legal procedure used to verify if all justice measures are being correctly observed by youth offenders.

Palavras-chave: Lei do SINASE (Lei Federal n. 12.594/12) – Estatuto da Criança e do Adolescente – Medida socioeducativas.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 123 - 138	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

KEYWORDS: Brazilian Juvenile Law System (Federal Law n. 12.594/12) – The Child and Adolescent Act – youth legal measures.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Nível ou Plano Macropolítico. 2 Conceito de Sinase. 3 Objetivos das medidas socioeducativas. 4 Das Competências. 5 Da necessidade de Revisão do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo e Demais Planos de Atendimento Estaduais, Municipais e Distrital já elaborados. 6 Do controle do Sinase pelo Poder Legislativo (Sistema de *Checks and Balances*). 7 Do Sistema de Avaliação e Monitoramento da Gestão do Atendimento Socioeducativo. 8 Da responsabilização dos gestores, operadores e entidades de atendimento. 9 Do Financiamento do Sinase. Conclusão. Referências. Apêndice - Enunciados do Centro de Apoio Cível e de Tutela Coletiva (área da infância e juventude) do Ministério Público do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Lei Federal n. 12.594 que instituiu o o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) foi aprovada em 18 de janeiro de 2012, entrando em vigor 90 dias após sua publicação, em 18 de abril de 2012.

Fruto de ampla discussão no Congresso Nacional, a Lei Federal n. 12.594/12 veio regulamentar um dos pontos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90) não havia tratado.

Muito embora o Estatuto tivesse definido a apuração e o processo de conhecimento relativo a atos infracionais cometidos por adolescentes para a eventual aplicação de medidas protetivas e imposição de medidas socioeducativas, não previu, à época de sua aprovação, em 1990, um capítulo referente à execução das medidas socioeducativas.

E, com o tempo, desde a entrada em vigor do Estatuto, a praxe forense infante-adolescente veio construindo, nas várias Comarcas do País, diversas formas de cumprimento das medidas, ritos procedimentais diversos, com a sedimentação de alguns institutos pelos Tribunais Superiores.

Ocorre que a principal norma de aplicação analógica para preenchimento das lacunas decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente

era a Lei de Execuções Penais (Lei Federal n. 7.210/84), referente ao sistema de execução de penas de maiores imputáveis.

Essa consideração, por si, permite afirmar que a lei ordinária do Sinase chegou em boa hora.

E, para sua construção e aprovação, relevante foi a atuação da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (ABMP), pois foi responsável pela elaboração de um anteprojeto de lei que gerou a aprovação de uma Resolução no âmbito do Conanda (Resolução n. 119/06, primeiro ato normativo que dispôs sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e também o Projeto de Lei (PL) n. 1627/07, aprovado e convertido na Lei Federal n. 12.594/2012.

Durante a etapa de discussão no Congresso Nacional, o PL teve, entre outros, a oitiva de autoridades como Munir Cury, Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo; Antonio Fernando do Amaral e Silva, Desembargador da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Olympio de Sá Sotto Maior Neto, ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná; além de movimentos da sociedade civil, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR); Fundação ABRINQ pelos Direitos da Criança e do Adolescente; UNICEF Brasil - Fundo das Nações Unidas para a Infância; UNESCO Brasil - Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura; e ILANUD Brasil - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente.

Feito esse breve histórico referente aos bastidores de elaboração e aprovação da Lei, passar-se-á à análise de alguns de seus principais aspectos, não sem antes ressaltar que o que se pretende com o presente artigo é a apresentação de uma singela análise, distante de um trabalho de fôlego a respeito.

1 NÍVEL OU PLANO MACROPOLÍTICO

Do ponto de vista de planejamento é possível afirmar que a Lei Federal n. 12.594/12 foi muito bem arquitetada, conforme se explicará.

Pensou-se, em nível ou plano macropolítico, em todo o macrosistema

estrutural público que deverá administrar e prover a política pública¹ referente ao sistema socioeducativo, integrada por planos nas esferas federal, estaduais, distrital e municipais.

O legislador teve o cuidado de, no plano macropolítico:

- a) definir diretrizes gerais da política socioeducativa;
- b) estabelecer a estruturação administrativa de um sistema próprio de gestão;
- definir esferas de competência para regulação da política;
- c) prever instrumentos de complementação da implementação do sistema socioeducativo: planos de atendimento socioeducativos;
- d) criar eixo referente à avaliação periódica do sistema concebido;
- e) estabelecer um sistema rígido de responsabilização; e
- f) indicar a fonte de receita para financiamento da política socioeducativa²;

Vê-se que, em termos de planejamento, a lei que instituiu o Sinase é dotada de primor técnico raramente verificado em leis ordinárias, das quais poucas tiveram a capacidade de conceber um sistema de gestão propício a condicionar o administrador público a promover medidas para sua implementação, sendo possível citar, como exemplo, a Lei Federal n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Contudo, acredita-se que a sociedade está diante de uma lei que pioneiramente estabeleceu um sistema de avaliação de sua implementação integrado a um sistema de responsabilização nunca antes visto em outro microssistema normativo.

É o que se depreende da leitura atenta dos Capítulos I a VII, assim definidos: I: Disposições Gerais; II: Das Competências; III: Dos Planos de Atendimento Socioeducativo; IV: Dos Programas de Atendimento; V: Da Avaliação e Acompanhamento da Gestão do Atendimento Socioeducativo;

-
- 1 Em relação à conceituação de política pública, em que pese a árdua tarefa da doutrina em estabelecê-la no campo jurídico, adota-se para orientação do presente artigo, a lúcida visão de Aith (2006) a respeito: *Primeiramente, para o presente estudo, considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.* (in BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.)
 - 2 Aqui vale a crítica relacionada à ausência de critérios referentes à definição das cotas de contribuição de cada ente federativo para implementação do Sinase e conhecida *timidez* do legislador na definição das fontes de receita, tornando-as *obrigatórias*, conforme o próprio comando normativo, prescindindo da adoção de medidas, por exemplo, por parte do Ministério Público, para sua fiel implementação.

VI: Da Responsabilização dos Gestores, Operadores e Entidades de Atendimento; e VII: Do Financiamento e das Prioridades.

Priorizar-se-á neste artigo a análise estritamente coletiva da legislação, relegando-se para oportuna análise, os avanços no plano individual, para o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa.

2 CONCEITO DE SINASE

Logo no artigo 1º, parágrafo único, define-se o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) como sendo:

o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Importante observar que o legislador contemplou todo o sistema referente ao atendimento socioeducativo, mas, estritamente, no plano da execução e não na fase de conhecimento, ou seja, de apuração e imposição das medidas socioeducativas.

Tal consideração é importante, pois todos os princípios estabelecidos no artigo 35 da Lei Federal n. 12.594/12 valerão apenas para a fase de execução das medidas socioeducativas, mas não na fase de conhecimento, salvo em caso de oportuna alteração legislativa para aplicação dos mesmos princípios também nessa etapa e/ou em caso de futura ampliação de tal espectro de aplicação pela via jurisprudencial.

3 OBJETIVOS DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

No artigo 1º, § 2º, são estabelecidos os objetivos das medidas socioeducativas:

§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de

seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

O legislador aponta como principais objetivos, a responsabilização, mas sempre associada à integração social do adolescente, ressalvada a importância do plano individual de atendimento, instrumento de individualização de parte das ações a serem desenvolvidas pelo adolescente em cumprimento de medidas socioeducativas.

4 DAS COMPETÊNCIAS

O artigo 3º, ao prever as responsabilidades da União³, destaca a necessidade de: a) *formulação e coordenação* da execução da *política nacional* de atendimento socioeducativo; b) elaboração do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo em parceria com os Estados, Distrito Federal e Municípios; e c) instituição e manutenção do Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo, incluindo dados relativos a financiamento e população atendida.

Como se vê, ainda que o legislador possa ser criticado pela timidez no aprofundamento da questão referente ao financiamento, diga-se, tema sempre enfrentado mediante intensas e complexas disputas regionalizadas e setoriais no âmbito das casas legislativas, máxime no plano político parti-

3 I - formular e coordenar a execução da política nacional de atendimento socioeducativo;
 II - elaborar o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, em parceria com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
 III - prestar assistência técnica e suplementação financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas;
 IV - instituir e manter o Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo, seu funcionamento, entidades, programas, incluindo dados relativos a financiamento e população atendida;
 V - contribuir para a qualificação e ação em rede dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo;
 VI - estabelecer diretrizes sobre a organização e funcionamento das unidades e programas de atendimento e as normas de referência destinadas ao cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semi-liberdade;
 VII - instituir e manter processo de avaliação dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo, seus planos, entidades e programas;
 VIII - financiar, com os demais entes federados, a execução de programas e serviços do Sinase; e
 IX - garantir a publicidade de informações sobre repasses de recursos aos gestores estaduais, distrital e municipais, para financiamento de programas de atendimento socioeducativo.
 § 1º São vedados à União o desenvolvimento e a oferta de programas próprios de atendimento.
 § 2º Ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) competem as funções normativa, deliberativa, de avaliação e de fiscalização do Sinase, nos termos previstos na Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, que cria o referido Conselho.
 § 3º O Plano de que trata o inciso II do **caput** deste artigo será submetido à deliberação do Conanda.
 § 4º À Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) competem as funções executiva e de gestão do Sinase.

dário e quase nunca no plano técnico para estruturação de políticas públicas, a previsão de instituição de um Sistema de Informações que contemple dados transparentes sobre o percentual de financiamento permitirá que o Poder Público seja mais cobrado em caso de negligência, o que atualmente não ocorre em razão da inexistência de informações públicas a respeito do Sistema Socioeducativo.

O artigo 4º prevê a competência dos Estados⁴, apontando-se como principais responsabilidades: a) formulação, instituição e coordenação do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União; b) a elaboração do Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo - conforme Plano Nacional; c) criação, desenvolvimento e manutenção de programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação; d) estabelecer com os Municípios formas de colaboração para o atendimento socioeducativo em meio aberto; e) prestar assessoria técnica e suplementação financeira aos Municípios para a oferta regular de programas de meio aberto; f) garantir o pleno funcionamento do plantão interinstitucional, nos termos previstos no (inc. V do art. 88 do ECA); e g) garantir defesa técnica do adolescente.

É sabido que as medidas socioeducativas de meio aberto devem ser a espinha dorsal do Sinase⁵, de modo que se considera de fundamental importância a previsão de compartilhamento de responsabilidade dos Estados para com os Municípios, especialmente aqueles com menor orçamento, para a implementação de políticas e planos de meio aberto, garantindo também assessoria técnica.

De se ressaltar, ainda, a importância da previsão dos plantões in-

4 I - formular, instituir, coordenar e manter Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União;
 II - elaborar o Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo - conforme Plano Nacional;
 III - criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação;
 IV - normas complementares para a organização e funcionamento do seu sistema de atendimento e dos sistemas municipais;
 V - estabelecer com os Municípios formas de colaboração para o atendimento socioeducativo em meio aberto;
 VI - prestar assessoria técnica e suplementação financeira aos Municípios para a oferta regular de programas de meio aberto;
 VII - garantir o pleno funcionamento do plantão interinstitucional, nos termos previstos no (inc. V do art. 88 do ECA);
 VIII - garantir defesa técnica do adolescente ;
 IX - cadastrar-se no Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo e fornecer regularmente os dados necessários;
 X - cofinanciar, com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido para apuração de ato infracional, bem como aqueles destinados a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa privativa de liberdade.

5 O que se confirma pela leitura do artigo 49, § 2º:
 A oferta irregular de programas de atendimento socioeducativo em meio aberto não poderá ser invocada como motivo para aplicação ou manutenção de medida de privação da liberdade.

terinstitucionais – que serão um grande desafio de implementação nos diversos Estados brasileiros.

A defesa técnica, por sua vez, é garantia que também deverá ser objeto de implementação em Estados nos quais ainda não foi instituída a Defensoria Pública, como é o caso, por exemplo, de Santa Catarina⁶.

Por fim, o artigo 5º estabelece a competência dos Municípios⁷, sendo importante frisar a previsão da elaboração dos Planos Municipais de Atendimento Socioeducativos, com a criação e manutenção de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas de meio aberto.

Quanto ao Distrito Federal, dispõe o artigo 6º que a ele caberão, cumulativamente, as competências dos Estados e Municípios.

5 DA NECESSIDADE DE REVISÃO DO PLANO NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO E DEMAIS PLANOS DE ATENDIMENTO ESTADUAIS, MUNICIPAIS E DISTRITAL JÁ ELABORADOS

Todos os Planos de Atendimento Socioeducativo já elaborados, aprovados e vigentes deverão passar por integral revisão, segundo interpretação decorrente do contido no artigo 7º, *caput* e § 2º, da Lei do Sinase:

Art. 7º O Plano de que trata o inciso II do art. 3º desta Lei deverá incluir um diagnóstico da situação do Sinase, as diretrizes, os objetivos, as metas, as prioridades e as formas de financiamento e gestão das ações de atendimento para os 10 (dez) anos seguintes, em sintonia com os princípios elencados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

6 Lembrando que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 14/3/2012, ADIN e declarou inconstitucional o artigo 104 da Constituição de Santa Catarina e a Lei 155/97, que determinam que a Defensoria Pública seja exercida por advogados dativos e determinou o prazo de 12 meses para que o Governo do Estado crie e instale a Defensoria Pública naquele Estado. Fonte: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/03/14/stf-da-prazo-de-um-ano-para-santa-catarina-criar-defensoria-publica>. Último acesso em 14/05/2012.

7 I - formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo
 II - elaborar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual;
 III - criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto;
 IV - editar normas complementares para a organização e funcionamento dos programas;
 V - cadastrar-se no Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo e fornecer os dados necessários;
 VI - cofinanciar, conjuntamente com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido e a quem foi aplicada medida socioeducativa em meio aberto.

§ 1º As normas nacionais de referência para o atendimento socioeducativo devem constituir anexo ao Plano de que trata o inciso II do art. 3º desta Lei.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão, com base no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, elaborar seus planos decenais correspondentes, em até 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da aprovação do Plano Nacional.

Logo, se caberá à União a elaboração de seu Plano Nacional para o próximo decênio, prevendo-se diagnóstico específico a respeito da situação do Sinase, por óbvio que não se poderia admitir que Plano outrora aprovado, diga-se, anteriormente à Lei, valesse para após sua entrada em vigor, o que fica confirmado pela redação do parágrafo 2º.

Tal entendimento não exclui a regra de interpretação da hermenêutica, no sentido de recepção ou acolhimento dos Planos anteriormente elaborados, naquilo que não contrariarem a Lei Federal n. 12.594/12, até a breve elaboração (o que se espera) e aprovação dos novos Planos, já conformes à nova legislação.

6 DO CONTROLE DO SINASE PELO PODER LEGISLATIVO (SISTEMA DE CHECKS AND BALANCES⁸)

Inovou, também, a Lei do Sinase, ao afirmar, no **artigo 8º**, que os Planos de Atendimento Socioeducativo deverão

prever ações articuladas das áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte, para os adolescentes atendidos, em conformidade com os princípios elencados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O referido artigo, ainda que não se mostre tão cristalino ao mais desavisado, permitirá ao intérprete do Direito acostumado ao Sistema de Garantias de Direitos⁹ que cobre do Poder Público e dos Conselhos de

8 “[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadaquada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 313.

9 O Sistema de Garantia de Direitos está definido na Resolução 113/06 do Conanda: Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal. § 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

Direitos das Crianças e dos Adolescentes – nos níveis federal, estaduais e municipais/ distrital – que constituam Comissões Intersetoriais de Elaboração de tais Planos, o que tornará efetivo o comando contido no artigo 8º que prevê ações articuladas, não apenas na fase de execução dos Planos, e, sim, desde a sua concepção.

Não foi a única inovação a prevista no artigo 8º, porquanto, no parágrafo único, previu-se que “os Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital e municipais, por meio de suas comissões temáticas pertinentes, acompanharão a execução dos Planos de Atendimento Socioeducativo dos respectivos entes federados.”

Evidencia-se aqui a preocupação do legislador com o Sistema de “freios e contrapesos”, incumbindo ao Poder Legislativo a função de também fiscalizar a execução dos Planos de Atendimento Socioeducativos, permitindo, por exemplo, o reclamo ao Ministério Público, em caso da verificação de descumprimento do quanto contido nos Planos.

7 DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO E MONITORAMENTO DA GESTÃO DO ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Eis o eixo absolutamente inovador e pioneiro da Lei do Sinase. Conforme previsto no Capítulo V, artigos 18 a 27, criou-se um verdadeiro Sistema de Gestão de Informações e Acompanhamento (monitoramento) que permitirá à sociedade civil organizada, ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Poder Judiciário a avaliação, em intervalos não superiores a 3 (três) anos, sobre a implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativos.

Foi o que dispôs o artigo 18:

Art. 18. A União, em articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, realizará avaliações periódicas da implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo em intervalos não superiores a 3 (três) anos.

§ 1º O objetivo da avaliação é verificar o cumprimento das metas estabelecidas e elaborar recomendações aos gestores e operadores dos Sistemas.

§ 2º O processo de avaliação deverá contar com a participação

§ 2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.

de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos Tutelares, na forma a ser definida em regulamento.

§ 3º A primeira avaliação do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo realizar-se-á no terceiro ano de vigência desta Lei, cabendo ao Poder Legislativo federal acompanhar o trabalho por meio de suas comissões temáticas pertinentes.

E os objetivos do Sistema Nacional de Avaliação foram estabelecidos pelo artigo 19:

I - contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo;

II - assegurar conhecimento rigoroso sobre as ações do atendimento socioeducativo e seus resultados;

III - promover a melhora da qualidade da gestão e do atendimento socioeducativo; e

IV - disponibilizar informações sobre o atendimento socioeducativo.

§ 1º A avaliação abrangerá, no mínimo, a gestão, as entidades de atendimento, os programas e os resultados da execução das medidas socioeducativas.

§ 2º Ao final da avaliação, será elaborado relatório contendo histórico e diagnóstico da situação, as recomendações e os prazos para que essas sejam cumpridas, além de outros elementos a serem definidos em regulamento.

§ 3º O relatório da avaliação deverá ser encaminhado aos respectivos Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares e ao Ministério Público.

§ 4º Os gestores e entidades têm o dever de colaborar com o processo de avaliação, facilitando o acesso às suas instalações, à documentação e a todos os elementos necessários ao seu efetivo cumprimento.

§ 5º O acompanhamento tem por objetivo verificar o cumprimento das metas dos Planos de Atendimento Socioeducativo.

O objetivo principal do Sistema de Avaliação está contido no § 5º, acima transcrito, qual seja, constatar se as metas estabelecidas nos Planos de Atendimento Socioeducativos serão, ou não, cumpridas, evitando-se que se tornem meros instrumentos retóricos.

A forma de garantir a fiscalização e o controle na implementação dos Planos está prevista no § 3º, haja vista que se definiu que o relatório de avaliação deverá ser remetido aos Conselhos de Direitos (para eventual revisão administrativa no tocante às metas porventura fixadas); aos Conselhos Tutelares (para fins de representação por infração administrativa,

conforme previsto no artigo 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente); e ao Ministério Público (essencialmente para fins dos artigos 194 e 201, VIII¹⁰, também do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Registre-se que a avaliação será referente a todo o Sistema, o que contempla: a) gestão (artigo 22); b) entidades (artigo 23); e c) programas (artigo 24);

Uma das previsões mais interessantes referentes ao Sistema de Avaliações diz respeito ao resultado das avaliações, conforme dispõe o artigo 26:

Os resultados da avaliação serão utilizados para:

I - planejamento de metas e eleição de prioridades do Sistema de Atendimento Socioeducativo e seu financiamento;

II - reestruturação e/ou ampliação da rede de atendimento socioeducativo, de acordo com as necessidades diagnosticadas;

III - adequação dos objetivos e da natureza do atendimento socioeducativo prestado pelas entidades avaliadas;

IV - celebração de instrumentos de cooperação com vistas à correção de problemas diagnosticados na avaliação;

V - reforço de financiamento para fortalecer a rede de atendimento socioeducativo;

VI - melhorar e ampliar a capacitação dos operadores do Sistema de Atendimento Socioeducativo; e

VII - os efeitos do art. 95 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Parágrafo único. As recomendações originadas da avaliação deverão indicar prazo para seu cumprimento por parte das entidades de atendimento e dos gestores avaliados, ao fim do qual estarão sujeitos às medidas previstas no art. 28 desta Lei.

E isso porque o parágrafo único contempla observação de que, depois de vencidos os prazos propostos nas recomendações referentes ao não cumprimento das metas previstas nos Planos, as entidades de atendimento

¹⁰ Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

[...]

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

e os gestores avaliados e ainda omissos serão responsabilizados, conforme prevê o artigo 28 da mesma Lei.

8 DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS GESTORES, OPERADORES E ENTIDADES DE ATENDIMENTO

Com o Capítulo VI, a Lei Federal n. 12. 594/12 encerra, com absoluta propriedade e técnica, o Sistema Macropolítico de Atendimento Socioeducativo.

Conforme já se anotou no tópico 2, o legislador buscou oferecer à sociedade um Sistema extremamente avançado de política pública, com definição inovadora de instrumentos e metodologia perene de avaliação, mas, sobretudo, com um rígido eixo de responsabilização.

É o que se espera de qualquer subsistema normativo que venha a disciplinar determinada área – como é o caso das políticas públicas na modalidade de atendimento de medidas socioeducativas.

Nessa perspectiva, poder-se-ia afirmar que os ganhos foram que não mais apenas os gestores poderão ser responsabilizados civil e administrativamente mas também os operadores e as entidades de atendimento – governamentais ou não governamentais - e também caberão as sanções civis previstas na Lei Federal n. 8.429/92, conforme agora expressamente estabelecido no artigo 29:

Art. 29. Àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram, sob qualquer forma, direta ou indireta, para o não cumprimento desta Lei, aplicam-se, no que couber, as penalidades dispostas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências (Lei de Improbidade Administrativa).

Sabido que, sendo o Ministério Público o principal legitimado a promover ações de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa, o artigo não deve sugerir uma “caça às bruxas”, e, sim, uma atuação sensível e cuidadosa de responsabilização nos casos extremos que envolvam a omissão dolosa e a má-fé, consoante doutrina e jurisprudência a respeito sedimentadas.

9 DO FINANCIAMENTO DO SINASE

Em relação ao financiamento, poder-se-á apresentar críticas mais contundentes, afinal o legislador realmente não enfrentou, com profundidade e maior grau de tecnicismo, o subsistema criado e, de forma ousada em diversos pontos, concebido, limitando-se a prever que os recursos destinados a promover a implementação decorrerão dos orçamentos das esferas governamentais, conforme aponta o artigo 30.

Se, por um lado, a Lei previu, no artigo 32, que as entidades governamentais e não governamentais integrantes do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) possam receber recursos do Funad (Fundo Nacional Antidrogas), por outro, sobrecarregou os Fundos da Infância e Adolescência ou Fundos dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes com a regra do artigo 31, obrigando os Conselhos de Direitos a preverem, anualmente, percentual mínimo de recursos destes Fundos a serem aplicados no financiamento das ações previstas na Lei do Sinase, em especial para capacitação, sistemas de informação e de avaliação.

Conforme anteriormente anotado, a Lei foi pouco inovadora no tocante à temática da captação e definição de financiamento, especialmente no que tange às cotas e parcelas de cada ente federativo na gestão do Sinase, o que tornará conhecidamente árdua a tarefa dos órgãos de fiscalização e controle para implementação da respectiva lei ordinária, notadamente o Ministério Público.

CONCLUSÃO

Não havendo espaço para contemplar a análise dos avanços e das críticas no tocante às previsões individuais do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, reitera-se a demasiada importância da Lei Federal n. 12.594/12, absolutamente inovadora no tocante à previsão de um sistema pioneiro de autoavaliação de sua implementação, com rígido sistema de controle e responsabilização para o caso de seu descumprimento.

Os espaços democráticos de construção foram observados, o que se verifica com a metodologia de implementação de uma política pública socioeducativa pautada em elaboração de Planos Nacional, Estaduais e Municipais por meio dos respectivos Conselhos de Direitos das Crianças e dos Adolescentes, que deverão concentrar foco em um Sistema de Atendimento

Socioeducativo que privilegie uma política de medidas socioeducativas de meio aberto, contemplando o meio fechado como exceção.

Caberá agora a todos os agentes do Sistema de Garantias o importante papel de fiscalizar a plena implementação da Lei, ressaltando-se a existência, conforme visto, de farto arsenal instrumental previsto, pelo legislador, para tanto.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *In* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2006.

Lei Federal n. 12.594/12.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

APÊNDICE

Enunciados do Centro de Apoio Cível e de Tutela Coletiva (área da infância e juventude) do Ministério Público do Estado de São Paulo

Após a realização de reuniões de trabalho para análise jurídica da Lei n. 12.594/12 (que institui o SINASE), foram obtidos os seguintes entendimentos unânimes¹¹.

Enunciado 1 - Defesa técnica dos adolescentes nos processos

Considerando o disposto no artigo 49, I da Lei Federal n. 12.594/12, compete também ao advogado nomeado para a defesa técnica do adolescente submetido a cumprimento de medida socioeducativa (processo de execução), a defesa técnica em processo administrativo disciplinar porventura instaurado em face do adolescente.

¹¹ Disponíveis em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adolescente_em_conflicto_com_a_Lei/Legislacao_adolescente/Federal_adolescente

Enunciado 2 – Descabimento de visita íntima a menores de 14 anos

Considerando o disposto nos artigos 68 da Lei Federal n. 12.594/12 e 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), entende-se vedado à direção da Unidade autorizar a adolescentes menores de 14 internados o direito de visita íntima e também a pessoas menores de 14 anos que desejem visitar os internados.

Enunciado 3 – Garantia de orientação em programa de DST/AIDS e prevenção de gravidez precoce aos adolescentes com direito a visita íntima

Considerando o disposto nos artigos 227 da Constituição Federal e 4º da Lei Federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que dispõem sobre a necessidade de efetivar-se a proteção à saúde dos adolescentes internados e, considerando o disposto nos artigos 130 (perigo de contágio venéreo) e 131 (perigo de contágio de moléstia grave) do Código Penal, considera-se imperioso que constem dos Planos Nacional e Estaduais de Atendimento Socioeducativo, sem prejuízo da observância pelas respectivas Direções das Unidades de Cumprimento de Medidas de Internação, a necessidade de que todos os adolescentes internados sejam submetidos a prévia orientação em programa de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST/AIDS) e prevenção de gravidez precoce, além do oferecimento de preservativos, para ambos os sexos, àqueles que desejarem.

MÍDIA, VIOLÊNCIA E INFÂNCIA: VAMOS TROCAR O CANAL?

Marcelo Gomes Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

Doutor em Direito pela UFSC.

SUMÁRIO

Introdução. 1 A sensação de medo e os seus produtos. 2 A violência como forma de expressão. 3 Notas sobre Proteção Integral. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a relação entre a violência propagada nos meios de comunicação social e a proteção integral a crianças e adolescentes. Parte-se da hipótese de que o processo de transmissão de informações também gera efeitos no comportamento do público infantojuvenil. Para o tema em debate, ressalta-se dois deles: o primeiro, de forma explícita, ao perpetuar a sensação de insegurança na população, por meio dos noticiários policiais, alterando comportamentos, criando estereótipos, pautando as ações estatais e gerando uma fictícia demanda por repressão. O segundo, que ocorre mais inconscientemente na população, é a inserção desnecessária, maciça e não controlada da violência no universo infantojuvenil.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 139 - 158	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Adolescente. Mídia. Insegurança. Criminalização.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the relationship between violence propagated in the media and the full protection of children and adolescents. It starts with the assumption that the process of information transmission also produces effects on the behavior of the children public. For this discussion, we highlight two: the first, explicitly, to perpetuate the feeling of insecurity in the population by the news police, changing behavior, creating stereotypes, basing state actions and creating a fictitious demand for suppression. The second, which occurs more unconsciously in the population, is the unnecessary, massive and uncontrolled insertion violence in the children's universe.

KEY-WORDS: Child. Adolescents. Media. Insecurity. Criminalization.

INTRODUÇÃO

O tema da conflitualidade juvenil sempre traz consigo debates acalorados e impregnados do senso comum, normalmente voltado para o recrudescimento das respostas estatais aos adolescentes a quem se atribui prática de atos infracionais. São invocados sempre os exemplos extremos de atos graves, muito bem divulgados pelos meios de comunicação, como se fossem eles a regra. Tais discussões, normalmente, são reduzidas ao antigo argumento de que o adolescente possui discernimento suficiente para optar por suas condutas e as consequências delas advindas.

Para além desses discursos arcaicos e objetivando propor reflexões sérias, que conduzam a soluções efetivas para o problema, há necessidade de se investigarem outras circunstâncias que compõem a criação da figura do adolescente em conflito com a lei ou o contexto que o levou a tal condição, assim como de que forma o fenômeno da violência encontra-se inserido em nosso cotidiano.

Esse paradigma criminológico, por meio do qual as práticas das ins-

tituições de controle social continuam a empurrar a questão do adolescente para a seara criminal, vem seguindo a mesma lógica de criminalização dos adultos, em que pese pertencerem a ordens totalmente distintas. Se boa parte do estigma da menoridade teve como responsável o sistema econômico, não é menos verdade que um dos instrumentos utilizados foi a criminalização, ou a “infracionalização”, ou seja, a seleção do que se convencionou considerar comportamento criminoso.

Destaca-se dessa análise o papel que os meios de comunicação exercem se vestirem de agências de controle sócio-penal, gerando um clima de insegurança na população, que tem como resposta imediata o recrudescimento do sistema penal, e ao inserir a violência no universo infantojuvenil.

Entretanto, tem-se que esses dois fatores contrariam a Doutrina da Proteção Integral, pela qual é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes que se encontram em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico, psicológico e social.

O desafio está em ponderar a tão preciosa liberdade de expressão - que deve atender à finalidade educativa e ao respeito aos valores éticos e sociais - e a necessidade de efetivar a proteção aos infantes, constitucionalmente determinada, de modo que a exposição da violência não seja a regra nem sirva de matéria-prima ou produto final, sob pena de prejudicar a parcela mais vulnerável da sociedade.

1 A SENSACÃO DE MEDO E OS SEUS PRODUTOS

Os meios de comunicação, de um modo geral, cumprem diversas funções na atualidade, que vão além do mero ato de transmitir informações. Batista¹ defende que existe uma relação entre a mídia e o sistema penal nos modelos do capitalismo tardio. Isso levou Zaffaroni a incluir os meios de comunicação social no rol de agências do sistema penal, de modo que a função comunicativa por parte da mídia foi ultrapassada. O sistema neoliberal carece de um poder punitivo presente em todos os lugares e ramificado, para o controle penal daqueles que ele mesmo exclui, conforme o autor.

Rosa e Silveira Filho sustentam que, cada vez mais, acredita-se, ou se faz acreditar, na solução penal, forjada pelos meios de comunicação, que

1 BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio* Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> p. 1. Acesso em 01 ago 2012.

formam um senso comum penal. Assim, qualquer proposta de solução pacífica, racional e democrática é impedida, uma vez que o “horror de cada esquina das grandes metrópoles e dos mais variados cantões invade os lares, contribuindo decisivamente para a difusão do medo e da insegurança”.²

Partindo do pressuposto de que as empresas de comunicação se vinculam a grandes grupos econômicos patrocinadores e têm o lucro como meta final, além de viverem de publicidade consumista, é imprescindível que defendam seus valores capitalistas em detrimento a crenças contrárias. Segundo Batista, “o novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos”.³

Interessa, portanto, que se crie o produto insegurança para venda da filosofia de repressão. Se, no meio do caminho, o ser humano não encontra espaço para se ajustar ao padrão estabelecido, será colhido pela rotulação midiática, como preço que se paga por uma suposta liberdade de expressão e informação devidamente direcionada para os interesses superiores da empresa.

Conforme Wainberg⁴, a violência tem a capacidade de tirar o ser humano de sua habitual apatia, ao atingir seus sentimentos, gerando medo, perda da sensibilidade e desinibição, isso porque a mídia aproveita a pouca disposição das pessoas de raciocinar em relação a causas e efeitos, preferido atalhos mentais para poupar energia e tempo, ou seja, o que gerar mais gratificação com menos processamento de informações.

Teorizando acerca da televisão, Bourdieu denuncia o princípio da seleção dos jornalistas em relação à realidade social e no conjunto das produções simbólicas, de modo que qualquer conteúdo deve antes passar por uma censura jornalística, por vezes exercida sem que se saiba, captando apenas o que for interessante para chamar a atenção do espectador, ou seja, de “entrar em suas categorias, em sua grade, e ao relegar à insignificância ou à indiferença expressões simbólicas que mereceriam atingir o conjunto dos cidadãos”.⁵

A função de inspirar insegurança nas pessoas relegitima o discurso punitivo como solução para a criminalidade que a própria mídia elege,

2 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7-8.

3 BATISTA, p. 3.

4 WAINBERG, Jacques A. **Mídia e Terror: comunicação e violência política**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 11-12.

5 BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 67.

explora e se retroalimenta. É uma manobra que não aceita contraditório, haja vista o formato dos seus meios de propagação. A velocidade da informação não permite ao cidadão digerir e compreender o acontecimento por inteiro nem sequer tentar assimilar sua conjuntura: uma notícia sobre remessa milionária e ilegal de dinheiro para o exterior é bem mais difícil de entender e, por isso, enfadonha, do que as imagens de circuito interno de um furto de chocolate numa lanchonete.

Batista entende que o discurso criminológico da mídia legitima o dogma penal como mecanismo básico de entendimento dos conflitos sociais, privatizando, de certo modo, o poder punitivo. “Este discurso habilita as agências de comunicação social a pautar agências executivas do sistema penal, e mesmo a operar como elas (executivização), disputando, com vantagem, a seletividade com tais agências”.⁶

A sensação de medo e insegurança transmitida pela mídia faz com que as pessoas passem a se portar com extrema preocupação com sua proteção, criando uma verdadeira indústria da segurança, que vai desde a prestação de serviços até o desenvolvimento de tecnologias que permitam controle total das suas vidas. O efeito contagiante faz com que um cidadão se preocupe com sua residência por causa do aumento da grade do vizinho.

Andrade, ao denunciar a incapacidade do capitalismo globalizado em resolver os problemas de desemprego, pobreza e exclusão social, afirma que a mídia propaga, entre o drama e o espetáculo, uma sociedade chefiada pelo banditismo da criminalidade, construindo um imaginário social amedrontado. E continua: “À mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade de segurança pública como o senso mais comum do nosso tempo”.⁷

Outra consequência do medo é a mudança no modo de se relacionar com as pessoas, tornando todos, cada vez mais, desconfiados uns com os outros, que passam a ser perigosos até prova em contrário. A sociabilidade, nesse panorama, restringe-se, cada vez mais, aos grupos fechados e conhecidos, de onde se espera segurança. Os espaços públicos (no sentido físico e político), como lugar de ação e opinião, cidadania e democracia, já escassos, são perdidos junto com a liberdade e a possibilidade de interagir, condição primordial para a construção do ser humano.

Crianças e adolescentes são criados em condomínios fechados e *sho-*

6 BATISTA, p. 19.

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

ppings, com outros iguais a eles em tudo, não fazendo nem ideia de como a vida e o mundo acontecem fora dessa redoma, e incapacitados de descobrir outros valores, culturas e crenças, reproduzindo gerações segregadas pela visão míope da individualidade. Acabam como produto de si mesmos e achando feio o que não é espelho.

Arendt⁸ ensina que é na vida pública que a realidade do mundo pode se manifestar de maneira real e fidedigna, pois é vista por muitas pessoas numa variedade de aspectos, diferentemente da vida familiar que somente oferece o prolongamento de cada indivíduo. Nessa esteira, a perda do espaço público retira da pessoa a possibilidade de construir a sua história por meio dos encontros e dos desencontros de opiniões, pela formação dos acordos, que conduzem à democracia.

Uma das manifestações mais desumanas dessa violência exercida pela mídia é a criação de estereótipos, segundo Rosa e Silveira Filho. É por meio dos estigmas que se fabrica aqueles que não se encaixam como padrões adequados, montando seu perfil com “símbolos, linguagens, (des)valores e rotinas dos grupos marginalizados de forma que acabam pautando a orientação seletiva das demais agências do sistema penal, que por sua vez confirmam o estereótipo criado[...]”.⁹

É aí que se perpetua a figura centenária do “menor infrator” como aquela pessoa que já tem plena consciência de sua conduta ilícita, que possui a opção de estudar e trabalhar, mas prefere, por maldade ou preguiça, render-se ao mundo do crime em detrimento ao “cidadão de bem” e à ordem social. Esse estigma é reforçado nos noticiários policiais diariamente criando personagens que serão interpretados pelo adolescente da vez. A solução, por óbvio, toda a população sabe que é a falaciosa e ineficaz redução da idade de imputação penal.

Dessa forma, direitos e garantias individuais e coletivas, frutos de uma longa construção histórica, passam a ser sinônimos de tolerância e brandura da lei a defender as pessoas classificadas como criminosas, em contraposição aos direitos das vítimas, como se excludentes fossem. Ao contrário, o espetáculo da barbárie contra os que cometem crimes, as execuções, as mortes em prisões formam o *gran finale* de milênios atrás.

Bourdieu afirma que a televisão exerce uma forma perniciosa de violência simbólica, esta entendida como “uma violência que se exerce com a

8 ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 67.

9 ROSA et SILVEIRA FILHO, 2009, p. 11-12.

cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, à medida que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la". O autor se refere ao que oculta, mostrando, ou seja, ao direcionar o foco para outras questões, cita o exemplo dos programas de variedades que ao ocupar um tempo tão raro, afastam as informações importantes que as pessoas deveriam possuir para exercerem seus direitos.¹⁰

Com efeito, a quantidade de informações vazias de conteúdo, tais como: programas de variedades, *reality shows*, novelas, programas de auditório, entre outros, possuem justamente essa função de ocupar o espaço e o tempo das pessoas para que não precisem refletir sobre temas importantes e produtivos, cumprindo o objetivo de alienação coletiva e tornando enfadonha qualquer tentativa de debate sério. Não por acaso, programas mais educativos são deslocados para horários de difícil audiência.

Um outro detalhe acerca da violência na mídia é que ela é crescente, ou seja, quando o público já estiver acostumado a um certo grau de informações sobre violência em um determinado noticiário, a tendência é que se desestime a continuar assistindo, pela perda da novidade. A solução é aumentar gradativamente o nível ou a exposição para que o público continue fiel, resultando em reportagens de corpos esquartejados no horário do almoço.

A violência na mídia faz com que se confunda ficção com realidade. Encerra-se o noticiário policial e começa um filme de ação, com direito às mesmas trocas de tiro, não se sabendo quem imita quem. O público que se submete a essa massificação da violência, ao tempo em que incute o sentimento de medo (real ou não), passa a perder a sensibilidade em relação aos atos violentos.

A concentração da propriedade da mídia nas mãos de grandes empresas, conforme aponta Feilitzen, dificulta o sucesso de recém-chegados, empresas menores ou de produção alternativa, que se veem forçados a entrar no ramo de vídeos e venda para o exterior. "Seus produtos precisam de um ingrediente dramático que não exija tradução e se ajuste a tantas culturas quanto possível. Esse ingrediente é, em geral, a violência".¹¹

A busca incessante pelos números, que Bourdieu chamou de "mentalidade-índice-de-audiência", leva os meios de comunicação a pensarem exclusivamente no sucesso comercial e hoje, diferentemente de anos atrás, "o

10 BOURDIEU, 1997, p. 23-24.

11 FEILITZEN, Cecília Von. **A Criança e a Violência na Mídia**. Trad. Maria Elizabeth Santo Matar, Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 1999. p. 51.

mercado é reconhecido como instância legítima de legitimação”. Conforme o autor, os objetos são impostos aos telespectadores pelos produtores e são impostos aos produtores pela concorrência, gerando uma pressão cruzada com ausências e presenças.¹²

Boff¹³ afirma que a chamada sociedade do conhecimento e da comunicação, contraditoriamente, está gerando mais incomunicação e solidão entre as pessoas, de forma que a relação com a realidade concreta é feita apenas pela imagem virtual, afetando a vida humana no que ela tem de mais essencial: o cuidado e a compaixão. Não é por menos que a notícia de um ataque terrorista no Iraque que mate uma centena de pessoas é assistida com menos atenção do que a previsão do tempo, tirando do ser humano uma de suas maiores qualidades: a sensibilidade.

É nesse contexto que a mídia se torna uma das principais agências de controle penal. Primeiramente, porque, com seu jornalismo investigativo, denuncia e condena aqueles que selecionou merecedores de punição, sem o menor direito a defesa e com repercussão imediata em rede nacional. Num segundo momento, porque, com sua pauta, dirige as ações dos demais órgãos oficiais de persecução criminal.¹⁴

O resultado desse cenário é a submissão da população ao conteúdo filtrado e direcionado, que reduz o conceito de criminalidade à classe estereotipada, numa profecia que se autorrealiza, gerando mais demanda por repressão e desviando o foco, por exemplo, dos crimes de colarinho branco.

2 A VIOLÊNCIA COMO FORMA DE EXPRESSÃO

A par de produzir insegurança como forma de legitimar o discurso penal, os meios de comunicação possuem grande influência na vida das crianças e dos adolescentes, uma vez que se proliferaram com grande velocidade e de variadas formas nos últimos anos. Se, em décadas passadas, as notícias chegavam apenas por jornais impressos e rádio, na atualidade é possível encontrar informações em qualquer lugar. Telefones móveis, jogos eletrônicos e *Internet* fazem parte do cotidiano de boa parte da população.

Ocorre que o acesso irrestrito às informações, tão útil para pesquisas

12 BOURDIEU, 1997. p. 37-38.

13 BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: ética do humano - compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 11.

14 Nilo Batista lembra do programa Linha Direta como o ápice da executivização e como “um processo e um julgamento público que não devem satisfações à Constituição ou às leis”. (BATISTA, p. 19).

e conhecimento formador, também traz prejuízos a crianças e adolescentes, que, ávidos por descobertas e experimentações, de um mundo no qual dão os primeiros passos, e sem filtros nem orientação sobre os conteúdos disponibilizados, são submetidos precoce e desnecessariamente à violência.

A esse respeito vale lembrar que, em âmbito internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança consignou que o Estado deve garantir à criança acesso à informação e encorajar os meios de comunicação a difundir conteúdo que comporte interesse social e cultural para a criança, além de adotar providências medidas para proteger a criança contra materiais prejudiciais ao seu bem-estar, conforme dispõe o artigo 17, *verbis*:

Artigo 17 - Os Estados Partes reconhecem a importância da função exercida pelos órgãos de comunicação social e asseguram o acesso da criança à informação e a documentos provenientes de fontes nacionais e internacionais diversas, nomeadamente aqueles que visem promover o seu bem-estar social, espiritual e moral, assim como a sua saúde física e mental. Para esse efeito, os Estados Partes devem: *a*) Encorajar os órgãos de comunicação social a difundir informação e documentos que revistam utilidade social e cultural para a criança e se enquadrem no espírito do artigo 29; *b*) Encorajar a cooperação internacional tendente a produzir, trocar e difundir informação e documentos dessa natureza, provenientes de diferentes fontes culturais, nacionais e internacionais; *c*) Encorajar a produção e a difusão de livros para crianças; *d*) Encorajar os órgãos de comunicação social a ter particularmente em conta as necessidades linguísticas das crianças indígenas ou que pertençam a um grupo minoritário; *e*) Favorecer a elaboração de princípios orientadores adequados à proteção da criança contra a informação e documentos prejudiciais ao seu bem-estar, nos termos do disposto nos artigos 13 e 18.¹⁵

Com referência a esses termos da Convenção, a liberdade de expressão não permitiu, com exatidão, o delineamento de como se procede, na prática, a proteção à criança contra informações prejudiciais e de quem seria essa responsabilidade: do poder público, dos próprios meios de comunicação, por meio da autorregulamentação, ou de uma agência independente. Enquanto não se decide, a Convenção completa mais de vinte anos e as crianças e os adolescentes são submetidos, diariamente, a um bombardeio de informações prejudiciais e/ou publicitárias, sem controle, diretamente dentro de seus lares.

Não são necessárias pesquisas mais aprofundadas para se chegar à

15 Disponível em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf Acesso em: 01 ago 2012.

conclusão que a população infantojuvenil assiste, diariamente, a inúmeras cenas de violência na televisão, em todos os horários, bastando ligar o aparelho, em qualquer momento do dia, e por mais que os pais ou responsáveis tenham o cuidado necessário para evitar¹⁶. Estando as crianças em fase de desenvolvimento físico, psicológico e social, todas as sensações que têm do mundo ao seu redor lhe servem de parâmetro para imitação. Assim, se os valores transmitidos pela televisão, desde os primeiros anos de vida, forem os de violência, isso será entendido como natural, podendo estimular comportamentos agressivos.

O debate sobre a influência da mídia (estrutura) ou a vontade de a pessoa usar essa violência não é excludente, ou seja, diferentes pessoas, em diferentes circunstâncias são insufladas ou agem de formas também diversas. Não há, segundo Feilitzen¹⁷, contradição no comportamento dos indivíduos que procuram a violência transmitida pela mídia para, por exemplo, “excitar-se [...], expressar sua masculinidade, experimentar poder em nível simbólico, tentar fortalecer sua identidade em protesto contra o mundo dos adultos, compensar conflitos em suas relações pessoais, etc.”, ao passo que outros percebem a violência como uma experiência negativa.

Merlo-Flores entende que a televisão, por meio da violência institucionalizada, dá às crianças e jovens “permissão” para usá-la, fazendo da agressão um novo código de comunicação. Segundo a autora, isto não as torna, necessariamente, agressivas. “O acostumar-se com a violência causa uma maior agressão na forma usual de comunicar-se, mas não modifica a estrutura da personalidade da criança, tornando-a violenta”, ou seja, crianças já agressivas selecionam e integram elementos violentos da televisão.¹⁸

A hipótese de Merlo-Flores é que, “embora as crianças com uma estrutura de personalidade agressiva enquanto veem TV inicialmente atinjam uma catarse, a longo prazo, isso acrescenta potencial às suas características violentas, reforçando-as”. A par disso, essas crianças aprenderão diversos meios alternativos de manifestar a agressividade, justificando-a como uma forma legítima para atingir seus objetivos. Já, as crianças que não apresentam personalidade agressiva passam a se comunicar por meio

16 O dilema dos pais modernos talvez seja transmitir bons valores, essenciais para a formação dos filhos, sem os isolar dos meios de comunicação e das ferramentas de tecnologia tão úteis para o seu desenvolvimento intelectual.

17 FEILITZEN, 1999, p. 53.

18 MERLO-FLORES, Tatiana. **Porque Assistimos a Violência na Televisão**. In CARLSSON, Ulla; FEILITZEN, Cecília Von (org). **A Criança e a Violência na Mídia**. Trad. Maria Elizabeth Santo Matar, Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 1999. p. 189.

de códigos violentos.¹⁹

Os conteúdos midiáticos violentos atuam, dessa forma, sob duas perspectivas: servem de parâmetro para a imitação de comportamentos, como forma de expressão, num primeiro momento, e, posteriormente, complementam o que falta na realidade de crianças e adolescentes, compensando suas carências e frustrações emotivas da vida real, num processo de identificação com personagens e acontecimentos.

Discorrendo sobre a televisão, Veronese e Silveira entendem que ela é responsável pela modelagem de crianças e adolescentes, ou seja, a visualização e a posterior repetição de comportamentos, introduzindo no cotidiano infantojuvenil o entendimento do que é ser adulto: trabalho, relações sexuais, padrões de comportamento e situações afins. Ocupando o lugar dos pais, os conteúdos televisivos acerca do que é realidade ou ficção são indistintos para as crianças até os sete anos de idade, sustentam as autoras.²⁰

Ainda para Merlo-Flores:

A TV liberou a repressão. O id, o lado escuro e reprimido da psique, está na tela à disposição de todos. A televisão derrubou uma barreira anteriormente intransponível, revelando o que estava por trás dela – o lado escuro da natureza humana, juntamente com o que tinha sido escondido e reprimido – e assim fazendo o pêndulo balançar para o lado oposto.²¹

Quando se fala de violência, vale lembrar, não está apenas a se referir às cenas explícitas de violência física mas também a número ainda maior de violência psicológica, tais como: ofensas, rejeição, preconceitos, submissão, indiferença, apelidos, entre outras atitudes que, por vezes, apresentam-se de forma subliminar ou, ainda, camuflada em ironia, quase imperceptível ao grande público, mas que vão imprimindo um universo imaginário de normalidade às agressões que não sejam físicas.

A violência psicológica não deixa marcas visíveis e, por isso, nem sempre é tratada com a atenção devida, em que pese suas graves consequências de ordem emocional. Uma vez captada da mídia, com frequência é reproduzida no ambiente escolar, podendo caracterizar o fenômeno de agressão e intimidação conhecido pelo termo inglês *bullying*, tanto para a violência física quanto para a psicológica. Por ser mais sutil, a violência

19 *Ibidem*, p. 189.

20 VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **A Criança, o Adolescente e a Televisão: proteção jurídica**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Terezinha Carvalho; REIS, Suzete da Silva (org). *Direito, Cidadania e Políticas Públicas IV*. Curitiba: Multideia, 2010. p. 119-120.

21 MERLO-FLORES, 1999, p. 211.

psicológica é mais difícil de ser identificada e prevenida, entretanto bem mais fácil de ser reproduzida por crianças e adolescentes, uma vez que com simples palavras e gestos já é manifestada.

Feilitzen alerta, também, para o fato de que modificar a situação da mídia infantil pressupõe, de igual forma, que as circunstâncias em seus ambientes pessoais e sociais necessitam ser melhorados. “Em primeiro lugar, o risco de influências indesejáveis na mídia é muito menor para aquelas crianças que estão crescendo em condições seguras e que têm um bom relacionamento com os pais, escola e colegas”.²² Num segundo momento, faz-se premente que crianças e adolescentes tenham oportunidade de participação ativa na formação do futuro da comunidade onde vivem.

A função da família nesse debate é fundamental, pois é ela, principalmente, que cria o hábito de viver na dependência da mídia, de modo que muitas crianças e adolescentes passam mais horas na frente da televisão do que na escola. A necessidade dos responsáveis de trabalhar ao longo de todo o dia, e às vezes noite, encontrou nos meios de comunicação uma forma de compensar a ausência e entreter os filhos.

Reduz-se, dessa forma, o tempo de convivência familiar tão necessário para que as crianças possam compreender o contexto das informações transmitidas. Não se trata de imputar responsabilidade exclusiva à família - uma vez que, por mais que tentem selecionar o conteúdo (ou na solução simplista de desligar a televisão), as crianças sempre terão acesso por outros meios -, mas, sim, de provocar a discussão acerca da importância de bem orientar seus filhos sobre quando, o que e por que interagir com a mídia, assim como estimular outras fontes de informação e lazer, tais como: livros e teatro. O diálogo familiar, no entanto, perde, cada vez mais, importância no ritmo de vida acelerado em que a modernidade inseriu as famílias, sendo muito mais prática (esta é a palavra de ordem) a captação de informações prontas.

Outro ponto a destacar na questão da mídia, infância e violência, relaciona-se com a publicidade comercial abusiva veiculada nos meios de comunicação direcionadas ou não a crianças e adolescentes. Além dos conteúdos nocivos propriamente objeto dos programas, as campanhas publicitárias, a cada dia, encontram formas mais criativas de vender seus produtos, inserindo as crianças no maravilhoso mundo do consumo, inclusive de produtos prejudiciais à saúde.²³

²² FEILITZEN, 1999, p. 58.

²³ A esse respeito, no Brasil, a publicidade de bebidas alcoólicas já faz parte da cultura nacional, sempre

Por fim, é Hulsman que, ao falar do papel preselecionador da mídia, provoca a ação das pessoas:

Quando você se contenta com as idéias que são transmitidas sobre o sistema penal e as prisões; quando você dá de ombros para certas notícias que, de todo modo, eventualmente aparecem nos jornais – notícias assombrosas sobre problemas penitenciários, como encarceramento de adolescentes em celas de isolamento, suicídio de jovens, motins, violências e mortes entre presos; quando aqueles que acionam a máquina e conhecem seu horror se dizem impotentes diante do mal causado e continuam em seus postos; você e eles estão consentindo na prisão e no sistema penal que a criou.²⁴

3 NOTAS SOBRE PROTEÇÃO INTEGRAL

A Proteção Integral é um direito fundamental compreendido na acepção de Canotilho como aqueles “naturais” ou “inalienáveis” dos indivíduos, que são incorporados jurídico-positivamente numa ordem constitucional²⁵ e que cumprem as quatro funções por ele enumeradas: a) defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado; b) direitos a prestações (obter algo do Estado); c) proteção perante terceiros; e d) não discriminação.²⁶

Essa fundamentalidade apresenta um primeiro direcionamento aos direitos individuais de que cada criança e adolescente é titular, presentes no art. 227 da Constituição da República, consoante já comentado, mas também uma classificação como direito fundamental social, segundo o que dispõe o art. 6º da Carta Política, quando afirma que são direitos sociais, entre outros, a proteção à maternidade e à infância, isto significa dizer que possui exigibilidade em relação ao Estado e à sociedade, como consectário das expectativas de cidadania infantojuvenil, com a consequente hermenêutica constitucional voltada à concretização das promessas da modernidade.

Além disso, o art. 5º, § 2º, da Carta, ao dispor que os direitos e as garantias expressos na própria Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais

associada a mulheres de biquínis e a futebol, não havendo a mínima vontade política de vedá-la, haja vista o poderoso *lobby* das companhias cervejeiras.

24 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas – o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 76.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 375.

26 CANOTILHO, 2002, p. 405-408.

em que a República Federativa do Brasil seja parte, recepciona um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, também reconhecendo aqueles implícitos, presentes, ou não, ao longo do texto constitucional. Assim sendo, a proteção à infância e à adolescência pode ser considerada direito fundamental constante não só na Constituição mas também nos tratados internacionais, subscritos pelo Brasil, e no ordenamento infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo, portanto, uma múltipla previsão de sua fundamentalidade.

Entende-se que, como toda teoria, a Doutrina da Proteção Integral, após seus vinte anos, merece os reparos necessários a fim de que possa se perpetuar e servir de base para um novo agir verdadeiramente voltado ao assecuramento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Isso implica superação de obstáculos, entre os quais, a falta de eficácia pela não incorporação de seu caráter de obrigatoriedade.

Não se tem dúvida que o comando constitucional impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, de fazer, de realizar, de implementar, de agir, não cabendo arbítrio à administração pública em optar pelo cumprimento ou não da determinação maior de efetivação desse direito individual e social.

Bonavides defende que a eficácia dos direitos fundamentais é inerente a uma nova hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, que fez surgir o conceito de concretização, em contraposição à velha hermenêutica regida por um positivismo lógico-formal, no qual vigorava a subsunção, havendo, portanto, na Constituição normas que se interpretam e outras que se concretizam.²⁷

A Proteção Integral, como direito fundamental, depende assim de uma hermenêutica capaz de colocá-la como prioritária na agenda dos poderes públicos. Isso não se faz pela facultatividade ou pela discricionariedade, mas, sim, pelo seu caráter coercitivo que pauta as ações políticas. A interpretação parte dos mandamentos constitucionais para os seus destinatários, de forma que toda teoria ou prática que não se conformar a essa lógica, torna-se inconstitucional.

Na área da infância e da adolescência, não é tão diferente quando se trabalha apenas no varejo das situações que chegam aos meios forenses, agindo apenas reativamente e preterindo o trabalho articulado em rede que evitaria referidas demandas. A solução, indubitavelmente, passa, também

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606.

e principalmente, pelas ações coletivas que produzem efeitos mais amplos, onde, não raras vezes, o poder público se encontra na condição de réu em razão de suas omissões.

Popper, ao defender o seu racionalismo crítico, argumenta que o problema do utopismo é que ele, sendo dogmático, impede a crítica. Partindo em busca de um objetivo certo, belo e bom, por vezes, não é capaz de notar que ele não possa ser realizado, ou que as tentativas para realizá-lo podem conduzir a consequências indesejáveis. Assim, Popper propõe que se deve ser crítico porque as ações podem conduzir a erros imprevistos, de forma que consciente disso, pode-se tentar antecipar as consequências indesejáveis e prever o que acontecerá.²⁸

É preciso objetivar, portanto, uma vida melhor para crianças e adolescentes, pensar num sistema ideal que garanta todos os seus direitos, elaborar as teorias de defesa dos constantes ataques de toda ordem, mas também é imprescindível que se façam as constantes críticas, que se antecipem aos problemas para colocar o modelo em funcionamento e, principalmente, que se saia do discurso repetitivo e se parta para a prática verdadeiramente emancipatória.

Isso não depende somente do poder público, em que pese sua parcela considerável de responsabilidade, mas também da sociedade em cada ação. Conforme Saramago, conclamando as pessoas para assumirem suas responsabilidades,

As misérias do mundo estão aí, e só há dois modos de reagir diante delas: ou entender que não se tem a culpa e, portanto, encolher os ombros e dizer que não está nas suas mãos remediá-lo — e isto é certo —, ou, melhor, assumir que, ainda quando não está nas nossas mãos resolvê-lo, devemos comportar-nos como se assim fosse.²⁹

A Doutrina da Proteção Integral é, como direito social fundamental, com características intergeracionais, o núcleo irreduzível de defesa dos direitos e das garantias das crianças e dos adolescentes brasileiros contra todas as formas de violência, que exige do poder público e da sociedade em geral, ações concretas de mudança de realidade.

Lafer adverte que “[...] os direitos do homem enquanto tais são inúteis, mesmo quando juridicamente tutelados, à medida que surgem

28 POPPER, Karl. *O Racionalismo Crítico na Política*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 52.

29 Disponível em: <http://caderno.josesaramago.org/68127.html> Acesso em: 01 ago 2012.

grandes massas privadas de cidadania [...]”.³⁰ O desafio, portanto, é grande e permanente, mas superável. A vigilância e a intransigência em relação às premissas sobre as quais se funda o Direito da Criança e do Adolescente se constituem em ações essenciais para sua sobrevivência e a de milhões de pequenos grandes brasileiros, excluídos do banquete.

Faz parte desse cenário que os meios de comunicação, a par de levarem informação de qualidade à população, tenham papel preponderante na proteção de crianças e adolescentes, tanto se abstendo da inserção desnecessária da violência quanto cumprindo o câmbio teórico e prático acerca do universo infantojuvenil, (re)construindo-o com caracteres humanísticos capazes de resistir a investidas econômicas e criminológicas em grande parte responsáveis pela infracionalização dos adolescentes de classes economicamente mais pobres, ou seja, mais suscetíveis de receberem tratamento diferenciado das agências de controle penal.

Passa pela missão dos atores jurídicos, na efetivação da Proteção Integral, longe de censura aos meios de comunicação, exigir-lhes o cumprimento do disposto no art. 221 da Constituição da República, quando determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos princípios como o da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; da promoção da cultura nacional e regional e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Assim, antes de imputar o peso dos estigmas e das ações repressivas, deve se questionar – em tempos dominados pela ideia de lucro e acumulação de riqueza – se a sociedade e o poder público concedem oportunidade para que as pessoas em desenvolvimento possam aproveitar saudavelmente todas as suas potencialidades e todas as informações veiculadas, que as levem a romper o círculo de exclusão e ter uma existência digna, a salvo de todas as formas de violência, sob pena de se condenar o futuro da própria espécie humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que os meios de comunicação possuem uma capacidade incomensurável de levar educação, entretenimento e conhecimento às pessoas, como nenhum outro sistema talvez seja capaz de fazê-lo. Por outro

30 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

lado, em razão de seu direcionamento comercial ou sensacionalista, por vezes, acabam prestando um desserviço à formação infantojuvenil dada a massificação dos conteúdos violentos que estão a um apertar de botão dentro de todos lares, desprezando por completo, qualquer princípio internacional que propugne a difusão de conteúdo com interesse social e cultural.

Assim, em relação à criança e ao adolescente, a mídia, gerando sentimento de insegurança, cumpre, também, uma dupla função criminalizadora. De um lado, fabrica o estigma do “pivete”, “menor”, “delinquente”, “infrator” e tantas outras categorias que diariamente são manchetes nos noticiários ao destacar os casos extremos como se fosse a regra. A consequência é a movimentação do aparato das agências de controle penal em direção a esse perfil exposto, legitimando o estigma e fechando o círculo vicioso tão necessário à cultura repressiva.

De outro, a mídia, por diversos meios, insere no universo infantil, desnecessária e maciçamente, um sem-número de formas de violência física e psicológica, de modo a dar alternativas agressivas às crianças e aos adolescentes como forma de comportamento e comunicação, familiarizando as pessoas, desde a tenra idade, com a violência e tirando-as a sensibilidade tão necessária ao desenvolvimento de sua alteridade.

Os debates sobre crianças e adolescentes envolvidos, de alguma forma, com violência, inclusive os incansáveis e vazios discursos pela redução da idade para a imputação penal, merecem levar em consideração que a sociedade gravita, ao longo dos séculos, em torno dos fenômenos econômicos que ditam o modo de vida das pessoas, suas relações de trabalho e sua maneira de se inter-relacionar. Apesar de o Brasil já ter feito sua escolha teórica, como Estado Democrático e Social de Direito, a prática diz o contrário.

O caso se agrava em relação às crianças e aos adolescentes, pessoas estas em desenvolvimento, que, além de legalmente não poderem exprimir seus desejos e suas opiniões, também são envolvidos na lógica econômica. Na inexperiência que lhes é peculiar, não compreendem o funcionamento da engrenagem. Entretanto, esses mesmos infantes são alvo do mercado, seja como consumidor, seja como força ilegal e barata de trabalho.

Mudar o processo secular de exclusão e menoscabo não é tarefa fácil, especialmente na atual realidade de um sistema econômico voltado à acumulação de riquezas a qualquer custo e onde a participação do Estado na ordem social é obstáculo à Economia. Serão necessárias algumas gerações para que se rompa definitivamente com os paradigmas anteriores de ver os

infantes como objetos tuteláveis e não como titulares de direitos e garantias.

A Doutrina da Proteção Integral representa, nesse contexto, significativo avanço político, jurídico, social, humanístico e ético pelo qual crianças e adolescentes passam a ser observados como sujeitos dos direitos inerentes a todos os seres humanos, além daqueles específicos de sua condição de pessoa em desenvolvimento. Ela é, em última análise, o núcleo irredutível de resposta às violações que sofrem a infância e a adolescência brasileira.

Exigir dos meios de comunicação a finalidade educativa, artística, cultural e informativa, promovendo a cultura nacional e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, é o mínimo que o Poder Público pode fazer, como reformulação do pacto social que coloque a criança e o adolescente, livre da violência, efetivamente, em primeiro lugar nas atenções de todos, permitindo, ainda, um debate sério sobre a questão da conflitualidade infantojuvenil, em toda sua amplitude.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em <http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> Acesso em 01 ago 2012.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar: ética do humano – compaixão pela Terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FEILITZEN, Cecília Von. **A Criança e a Violência na Mídia**. Trad. Maria Elizabeth Santo Matar, Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 1999.

<http://caderno.josesaramago.org/68127.html> Acesso em: 01 ago 2012.

http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf Acesso em 01 ago 2012.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas - o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MERLO-FLORES, Tatiana. Porque Assistimos a Violência na Televisão. In CARLSSON, Ulla; FEILITZEN, Cecília Von (org). **A Criança e a Violência na Mídia**. Trad. Maria Elizabeth Santo Matar, Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 1999.

POPPER, Karl. **O Racionalismo Crítico na Política**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: crítica à matástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **A Criança, o Adolescente e a Televisão: proteção jurídica**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Terezinha Carvalho; REIS, Suzete da Silva (org). **Direito, Cidadania e Políticas Públicas IV**. Curitiba: Multideia, 2010. p. 109-146.

WAINBERG, Jacques A. **Mídia e Terror: comunicação e violência política**. São Paulo: Paulus, 2005.

O PROBLEMA DA SELETIVIDADE E DA PROGRESSIVIDADE DO IPTU SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Douglas Dellazari

Advogado.

Maury Roberto Viviani

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

Doutorando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Diferenças substanciais entre os institutos da progressividade e seletividade. 1.1 Os contornos da progressividade em sede de IPTU. 1.2 As nuances ínsitas à seletividade aplicada ao IPTU. 2 Da necessária distinção entre Base de Cálculo e Alíquota. 3 Apresentação de casos ilustrativos congêneres à matéria. 3.1 Do remoto precedente do Supremo Tribunal Federal anterior à Constituição de 1988. 3.2 Hipotéticas situações de aplicação do instituto da seletividade no âmbito do IPTU. Conclusão. Referências.

RESUMO

Este artigo trata das controvérsias interpretativas e da distinção conceitual concernente ao problema da progressividade e da seletividade do IPTU, utilizando como fundamento a normatização constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU. Progressividade. Seletividade. Diferenciação de Alíquotas. Normatização Constitucional.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 159 - 178	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

ABSTRACT

This article discusses the interpretative controversies and conceptual distinction concerning the issue of progressivity and the selectivity of the IPTU, based on the constitutional norms.

KEY-WORDS: IPTU. Progressivity. Selectivity. Tax Rates. Constitutional Norms.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal enfeixa o Sistema Tributário Nacional e a classificação jurídica dos tributos em consonância com a forma federativa do Estado brasileiro e com o sistema de repartição de competências entre os entes União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal.

Sem demasiadas digressões conceituais, observa-se uma realidade de concomitância de leis tributárias expedidas pelas pessoas jurídicas sobreditas, pressupondo-se uma correlação harmoniosa entre as mesmas.

Nessa linha de raciocínio, a aventada taxionomia jurídica demanda um dado por excelência: a própria norma jurídica tributária¹. Melhor explicando, possibilitar-se-á a ordenação de tributos tão somente com o minucioso exame das normas tributárias em voga, compulsando-se, invariavelmente, as disposições da Constituição Federal.

Não adentrando em todas as espécies tributárias, no escopo de delimitar o estudo em pauta, volve-se a atenção ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), antevendo uma hipótese de incidência prevista em lei que, realizada materialmente, faz nascer a obrigação tributária a partir da propriedade, o domínio útil, ou a posse do imóvel, localizado na zona urbana do Município².

Mais incisivamente, no ensejo de problematizar o tema, propõe-se a distinção entre os institutos da progressividade e da seletividade que podem, conforme o caso, revestir particularidades ao IPTU. De antemão,

1 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 506.

2 FREITAS, Vladimir Passos. *Código Tributário Nacional comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 95.

convém enaltecer que a dubiedade acerca da temática explica-se pela existência de um precedente³ isolado e prolatado em momento anterior à Constituição da República de 1988, porém ainda rememorado por alguns julgados de Tribunais pátrios.

Nesse aresto, consignou-se que a diferenciação de alíquotas de IPTU pela não construção de muros e passeios encampa uma majoração em substituição à multa administrativa ou, em outro modo de expressão, teria verdadeira natureza punitiva, o que certamente não se coadunaria com a razão de ser dos impostos.

Por conseguinte, apresentada essa noção prefacial, desenvolver-se-ão as precípuas matizes dos critérios da progressividade e da seletividade a fim de demonstrar que o supracitado Recurso Extraordinário está hodiernamente em descompasso com a doutrina do Direito Tributário, fazendo-se, quando possível, cotejo com as Constituições Federal e Estadual de Santa Catarina.

Ante a breve exposição, endossamos a discussão com as fundamentações, doravante, traçadas.

1 DIFERENÇAS SUBSTANCIAIS ENTRE OS INSTITUTOS DA PROGRESSIVIDADE E SELETIVIDADE

1.1 OS CONTORNOS DA PROGRESSIVIDADE EM SEDE DE IPTU

Antes de desmistificar o conteúdo da controvérsia ventilada anteriormente, impende diferenciar os institutos da progressividade e da seletividade, tendo em vista que esse raciocínio auxiliará na análise do cerne do problema.

Como dito, portanto, a progressividade não se confunde com seletividade. Imposto progressivo é aquele cuja alíquota aumenta em função do crescimento da sua base de cálculo. Essa se reputa, em linhas gerais, progressividade ordinária, que observa o princípio da capacidade contributiva.

Já a progressividade no tempo mostra-se como um conceito variado, contemplando a exteriorização de um instrumento de política urbana ao prever que a alíquota do imposto cresce em razão do tempo durante o qual

3 STF. RE 109538 / MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. J. 30/8/1988. Órgão Julgador: Segunda Turma.

o contribuinte se mantém em desobediência (inerte) ao plano de urbanização da cidade. Seja como for, na progressividade, tem-se que o imposto possui alíquotas que são alteradas para mais, em relação proporcional com um elemento do fato gerador do imposto, tudo com base no mesmo objeto tributado⁴.

Com supedâneo na redação primordial da Constituição Federal, só se permitia a progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano para finalidades extrafiscais, deitadas raízes na sua natureza real e na hermenêutica do art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, transmudou-se o panorama, ao se inserir explícita autorização na Carta Constitucional, para a progressividade em razão do valor do imóvel e para a variação de alíquotas conforme a localização e o uso do imóvel, segundo se extrai do § 1º do artigo 156⁵.

Ainda, com relação à emenda n. 29, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal até já editou súmula sobre o tema: “Súmula 668: é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Depreende-se do indigitado dispositivo, com reprodução simétrica na Constituição do Estado de Santa Catarina⁶:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000)

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (cf. EC n. 29, de 2000)

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (cf. EC n. 29, de 2000)

A progressividade, em apreciação sistemática, não macula o plexo jurídico, pois, se bem aplicada, é a maneira mais equânime para se afas-

4 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 414-415.

5 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 404.

6 Art. 132. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 112, XI, b, o imposto previsto no inciso I, deste artigo, poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 38, de 2004)

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (cf. EC n. 38, de 2004)

II - ter alíquotas diferentes, de acordo com a localização e o uso do imóvel. (cf. EC n. 38, de 2004)

tarem, em sede de impostos, as iniquidades tributárias rechaçadas pela própria Constituição. Na ausência de impostos dotados de progressividade, inviabiliza-se o alcance do ponto ótimo que seria a igualdade tributária⁷.

Diante do debatido até o momento, cabe enlear o instituto da progressividade com a disciplina contida no Estatuto das Cidades. Isso porque, através da correlata política urbana, implantar-se-ão os devidos regramentos edilícios pelo Plano Diretor.

Com arrimo no exposto, evidencia-se o importante enunciado que o art. 182 da Constituição Federal⁸, com reprodução fiel no art. 132, XI, da Constituição Estadual⁹, traz à baila, legitimando-se a cobrança do IPTU progressivo no tempo àqueles que descumprirem as posturas julgadas imprescindíveis para o planejamento da municipalidade.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade firma normas de ordem pública e de interesse social que norteiam o uso da propriedade urbana em inclinação ao bem coletivo. O referido estatuto veio, em verdade, resplandecer a previsão constitucional de que a propriedade urbana deve atender à sua função social.

Por decorrência disso e com amparo no plano diretor, ao Município convém promover o dinamismo do processo de desenvolvimento urbano por meio de políticas de ordenamento territorial, conglobando interesses da cidade como um todo.

Fomentado por uma adequada política urbana que tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, o mencionado conjunto normativo sinaliza a or-

7 CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

8 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

9 Art. 112. Compete ao Município:

XI - exigir, nos termos da Constituição e legislação federal, o adequado aproveitamento do solo urbano não-edificado, sub-utilizado ou não utilizado, sob pena, sucessivamente, de:

a) parcelamento ou edificação compulsórios;

b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

c) desapropriação com o pagamento mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

denação e controle do uso do solo, com o fim de ser evitada a utilização inadequada dos imóveis urbanos e a retenção especulativa de imóveis, que resultem na sua subutilização ou não utilização¹⁰.

Em síntese, a Constituição Federal apregoa que o IPTU poderá ser progressivo em função do valor do imóvel, à guisa de ilustração, ou em razão do valor total dos imóveis de uma pessoa (art. 156, § 1º, I, CF). Indistintamente, a alíquota emergente deve-se ao objeto tributado, e sempre atinente ao mesmo contribuinte.

De outro lado, admite que o imposto em comento seja progressivo no tempo (art. 182, § 4º, inciso II) com o escopo de compelir os proprietários a aderirem às diretrizes do Plano de Urbanização da Cidade. Não se olvide, contudo, que a progressividade enfeixa uma excepcionalidade no sistema jurídico pátrio, não podendo fazer as vezes de uma sanção de ato ilícito, o que fatalmente desvirtuaria a definição de tributo¹¹.

1.2 AS NUANCES ÍNSITAS À SELETIVIDADE APLICADA AO IPTU

Já, no que concerne à seletividade, deve-se atentar que seletivo é o imposto cujas alíquotas são diversas em virtude da singularização do objeto tributado.

Dessa forma, o IPTU será considerado seletivo se as suas alíquotas forem fixadas em patamares diferentes para imóveis também diferentes, seja essa diferença dada por critérios de utilização do bem, da localização ou qualquer outro parâmetro, mas sempre com a precípua ressalva de coexistirem dissimilaridades entre os imóveis¹².

Outrossim, seletivo tem sinonímia com o vocábulo selecionador. Imposto seletivo, portanto, ao onerar diversamente os bens sobre os quais incide, atribui-lhes, reflexamente, uma função eminentemente extrafiscal. Nessa esteira de pensamento, é cediço que os impostos podem ter função fiscal, ou melhor, função atrativa de recursos financeiros, e função extrafiscal, ou função de intervenção no plano econômico¹³.

10 Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/progressividade iptu luiz fornerolli.pdf>. Acesso em 26 de ago. de 2011.

11 MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

12 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 415.

13 MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11-12.

O inciso II do § 1º do art. 156 da Constituição Federal, por sua vez, ante a Emenda Constitucional n. 29 é inóxio, ou, quiçá, exauriente, visto que o emprego da seletividade (ou diferenciação) já se fazia autorizada em momento prévio à promulgação daquela, isto é, a referida Emenda Constitucional muito mais se intersecta com a progressividade do que com a seletividade. Isso porque, como já defendido, a progressividade não se resume à simples diferenciação de alíquotas. Logo, diametralmente oposto à progressão, a diferenciação seletiva é simples diversificação de alíquotas em relação a diferentes espécies do fato tributário, independentemente de sua expressão econômica¹⁴.

2 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA

Superada a primeira etapa da narrativa e antes de ilustrar o imbróglio jurídico suscitado, demonstram-se as feições básicas da base de cálculo e alíquota que auxiliarão no desfecho lógico da dissidência.

Em breves anotações, expõe-se que a base de cálculo enfeixa a expressão econômica do fato gerador do tributo. Faz-se mister que esteja contida na norma que descreve a hipótese de incidência do tributo.

Dessa forma, quando a lei institui um determinado tributo, demanda-se referência a uma realidade economicamente estimável. Tal realidade é a que permite identificar a espécie do tributo, em especial a espécie de imposto. Logo, a base de cálculo conforma elemento essencial na identificação do tributo sobre o qual se aplica a alíquota, a fim de se obter o resultado do valor correspondente¹⁵.

Em se tratando de alíquota, por outro lado, esta indica o percentual aplicado sobre a base de cálculo. Consiste na relação entre a expressão quantitativa do fato gerador e o valor do tributo correlato.

Assim, como, na maioria dos casos, a expressão quantitativa compreende uma expressão monetária e a relação entre esta e o valor do tributo é ilustrada por percentagem, diz-se que a alíquota é o aludido percentual¹⁶.

14 BARRETO, Aires F. **Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 916.

15 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 142-143.

16 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143.

3 APRESENTAÇÃO DE CASOS ILUSTRATIVOS CONGÊNERES À MATÉRIA

3.1 DO REMOTO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já antecipado, por meio do RE 109538/MG, alguns Tribunais pátrios¹⁷ ainda adotam o entendimento registrado pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do aludido recurso.

Na oportunidade, escorou-se na seguinte fundamentação:

IPTU. LEI N. 3.681/83, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. AUMENTO DO VALOR DE IMPOSTO. ELEVAÇÃO DE ALIQUOTA, COMO PENALIDADE PELA NÃO CONSTRUÇÃO DE MUROS E PASSEIOS: IMPOSSIBILIDADE. TEM ENTENDIDO O S.T.F. QUE É POSSÍVEL A MAJORAÇÃO DO IPTU DOS IMÓVEIS DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, COM BASE NA SUA LEI N. 3.681/83, EM FACE DE FIXAR ELA RIGIDOS CRITÉRIOS, QUE NÃO DEIXEM MARGEM A QUE A AUTORIDADE MUNICIPAL ARBITRARIAMENTE OS ELEVE. DE OUTRA PARTE, NÃO HÁ BASE PARA QUE, COMO PENALIDADE PELA FALTA DE MUROS E PASSEIOS NO IMÓVEL, SEJAM AUMENTADAS AS ALIQUOTAS DO IPTU. NÃO PODE TAL MAJORAÇÃO SERVIR COMO SUBSTITUTIVO DE MULTA ADMINISTRATIVA¹⁸.

A partir desse desígnio, o acréscimo na alíquota de IPTU para aqueles imóveis não murados e sem calçada teria natureza estritamente punitiva, afrontando, por corolário, os artigos 150, I e IV¹⁹, da Constituição Federal, e 127, II, e 128, I e IV, da Constituição Estadual de Santa Catarina.

Sendo assim, a alíquota referenciada teria natureza de multa administrativa, não servindo, destarte, de supedâneo à incidência do tributo.

Isso tudo por uma simples razão: “tributo é toda prestação pecuniária-

17 TRIBUTÁRIO - ACRÉSCIMO NA ALÍQUOTA DO IPTU - IMÓVEIS NÃO MURADOS E SEM CALÇADA - NATUREZA PUNITIVA - AFRONTA AOS ARTS. 127, II, E 128, I E IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL O acréscimo da alíquota do IPTU a título de punição pela falta de muros e passeios no imóvel tem natureza de multa administrativa, não podendo, portanto, servir de base à incidência do aludido tributo (RE n. 109.538-5/MG, Min. Aldir Passarinho).

(TJSC. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.009377-2, de Processo Originário. Relator: Luiz César Medeiros. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data: 20/7/2005).

18 STF. RE 109538 / MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. J. 30/8/1988. Órgão Julgador: Segunda Turma.

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

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

ria compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º do Código Tributário Nacional), ou seja, desvirtuada estaria a própria essência da alíquota, não havendo sequer margem para atestar que a hipótese narrada constituiria tributo.

Ocorre, porém, com a devida vênia, que o julgado originário (STF. RE 109538/MG) fora assentado em momento remoto e anterior à Constituição Federal de 1988.

À época, não havia falar em alíquotas progressivas ou alíquotas diferenciadas em função do valor do imóvel ou de acordo com a localização e uso do imóvel, respectivamente.

A única possibilidade preexistente dizia respeito à progressividade em relação ao cumprimento da função social da propriedade e todas as demais situações eram figuradas com pechas de inconstitucionalidade. Somente após a versada Emenda Constitucional n. 29/2000 é que o cenário modificou-se.

Adnato a isso, a distinção de alíquotas para imóveis com as peculiaridades comentadas não constitui sanção de ato ilícito e, por isso, insubsistente se demonstra a acepção de multa administrativa para o caso. De modo oposto ao sustentado, a diferenciação de alíquotas com esses contornos é legítima, ante os argumentos esquadrihados a seguir.

3.2 HIPOTÉTICAS SITUAÇÕES DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SELETIVIDADE NO ÂMBITO DO IPTU

Com boa parte do aparato teórico desenhado, passamos à indicação de exemplos legais que externam essa entidade jurídica: a seletividade tributária.

A diferenciação, cognome da seletividade, constitui a instituição de distintas alíquotas para distintas tipologias ou espécies em que se classificam os bens econômicos, sem atentar para a grandeza do seu valor. “É o que ocorre, por exemplo, quando a lei estabelece alíquotas diferentes para o IPTU conforme a espécie do imóvel: construído ou não construído, residencial, comercial, industrial, especial”.

E mais: “Nesse caso, há apenas mera diferenciação e não progressão, porque todo os que se encontram dentro da mesma categoria ficam sujei-

tos à mesma carga tributária; vale dizer, dentro de cada tipo, a alíquota é invariável. Essa carga tributária só será diferente para imóveis de tipos (classes) diversos²⁰.

Em parecer exarado para o Município de Fortaleza, mediante consulta feita pelo então Procurador-Geral e o Secretário de Finanças locais, o especialista em direito tributário Hugo de Brito Machado pronunciou-se sobre uma norma que guardava estreita semelhança com a questão ora discorrida.

Nesse trecho *infra*, aponta a natureza seletiva do tributo em pauta e atesta a *mens legislatoris* de cada alíquota diferenciada:

No caso do IPTU do Município consulente, tem-se evidenciada a seletividade, pela diversidade de alíquotas.

Para os imóveis residenciais o imposto é de apenas 0,7% (sete décimos por cento), porque o legislador considera que a residência é um imóvel essencial. Faz-se necessário para todos. Além disto, o imposto neste caso é a final efetivamente suportado pelo proprietário do imóvel.

Em se tratando de imóveis não-residenciais, a alíquota é de 2% (dois por cento). O legislador levou em consideração que, sendo o imóvel utilizado para fins profissionais, ou empresariais, geralmente é possível a transferência do ônus tributário a terceiros.

Para os imóveis não edificados, a alíquota é de 1, 2%, 3% e 5%, dependendo da localização. O legislador levou em consideração, aqui, a necessidade de desestimular a permanência de terrenos sem edificações em áreas de grande concentração populacional. Em outras palavras, procurou desestimular a especulação imobiliária, que causa transtornos na prestação dos serviços públicos.

Cuida-se de alíquotas diferentes, aplicáveis para o cálculo do imposto de imóveis diferentes, e não alíquotas crescentes para o cálculo do imposto de um mesmo imóvel, em razão de um fator qualquer, que caracterizaria progressividade, [...] ²¹.

Partindo desse balizamento, o Supremo Tribunal Federal também já se inclinou no sentido da possibilidade em tela, concluindo pelo vislumbre da adoção do critério da seletividade e pela constitucionalidade das alíquotas desiguais de IPTU:

Agravo regimental no recurso extraordinário. IPTU. Município do Rio de Janeiro. Alíquotas diferenciadas conforme a destinação do imóvel. Constitucionalidade. 1. A diversidade de alíquotas de IPTU no caso de imóvel residencial, não-resi-

20 BARRETO, Aires F. **Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de direito tributário. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 916.

21 MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11-12.

dencial, edificado ou não-edificado, não viola a Constituição Federal. Precedentes. 2. Não se admite no agravo regimental a inovação de fundamentos. 3. Agravo regimental não provido²².

Propalando de modo congênere:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. LEI MUNICIPAL N. 7.242/96. DIVERSIDADE DE ALÍQUOTAS. PROGRESSIVIDADE. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. Diversidade de alíquotas para a cobrança do IPTU, em virtude de tratar-se de imóvel edificado, não-edificado, residencial ou comercial. Progressividade de tributo. Alegação improcedente. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

A decisão agravada está de acordo com a orientação deste Tribunal, nos termos da qual não há progressividade quando as alíquotas são diferenciadas segundo critérios que não levam em consideração a capacidade contributiva. Nesse sentido, o RE n. 458.434, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25.08.06:

‘DECISÃO: RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado 9f. 185): ‘IPTU – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 7.242/96 – INOCORRÊNCIA DE PROGRESSIVIDADE – ADOÇÃO DE CRITÉRIO DE SELETIVIDADE. A ilegalidade na cobrança do IPTU do Município de Belo Horizonte, foi superada pelas Leis Municipais n°s 7.242/96, que passou a vigorar a partir de 1997, e 7.638/98, que alterou a tabela anexa à Lei 5.641/89, acabando com a cobrança progressiva do IPTU, e adotou alíquotas variadas, de acordo com o uso e a ocupação do imóvel, aplicando-se o critério da seletividade, e não progressividade’. Alega-se, em síntese, a inconstitucionalidade da progressividade do IPTU. A criação de alíquotas diferenciadas em razão da destinação do imóvel não fere a Constituição, como ficou evidenciado na decisão da Primeira Turma no RE 229.233, 26.03.1999, Ilmar Galvão, assim ementado: ‘TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. LEI N° 5.447/93, ART. 25, REDAÇÃO DA LEI N° 5.722/94. ALEGADA OFENSA AO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO. Simples duplicidade de alíquotas, em razão de encontrar-se, ou não, edificado o imóvel urbano, que não se confunde com a progressividade do tributo, que o STF tem por inconstitucional quando não atendido o disposto no art. 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta de 1988. Recurso não conhecido’. Na linha do precedente, nego seguimento ao RE (art. 557, *caput*, C.Pr.Civil)’²³.

22 STF. RE 422592 AgR / RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. J. 31/5/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma.

23 STF. RE 454916 AgR-segundo. Relator: Min. Eros Grau. J. 16/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma.

Aliás, como observado, no que toca à mesma Lei n. 7.249/96, do Município de Belo Horizonte, acima comentada, o Supremo Tribunal Federal tão somente confirmou aquilo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já havia decidido sobre.

Senão vejamos:

IPU. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS Nº 7.242/96 E 7.633/98 - ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE SELETIVIDADE. - É constitucional mera diferenciação de alíquotas, se o critério assenta-se, não pela situação pessoal do contribuinte ou pelo valor venal do imóvel, mas em função do uso e destinação dos imóveis: se edificadas ou não; residenciais ou não; lotes vagos sem melhoramentos ou com melhoramentos. - Recurso desprovido.

Dessa forma, respeitadas os entendimentos contrários, reafirmo minha conhecida convicção de que, em casos tais, não se está diante de progressividade, mas de seletividade de alíquota, critério não obstado pela norma constitucional, pois que, por ele não se afrontam os dois princípios basilares da igualdade e capacidade contributiva; ao contrário, dá-se-lhes acolhida, abolindo-se critérios, pelos quais se majora a tributação pelo mero valor e padrão dos imóveis, ainda que assemelhados em sua destinação e utilização²⁴.

Por conseguinte, quando uma Lei Municipal aduz, por exemplo, que será aplicada uma alíquota maior sobre o valor venal dos imóveis que contenham edificações e que não possuam muro fronteiro, quando exigido, deparamo-nos com insigne exteriorização do critério da seletividade.

Não há falar em sanção de ato ilícito, em confisco e, logicamente, em desmantelamento da essência finalística do tributo.

Pretende o legislador, nesse tipo de situação, abarcar os imóveis sem melhoramentos (sem muro, se exigido por lei específica, e passeio), isto é, resgatando tudo o que foi dissertado até então, é crível diagnosticar sua constitucionalidade.

Inexiste, também, na hipótese, ferimento à isonomia tributária, haja vista que a diferenciação de alíquota é extensiva a toda classe de imóveis que denotem precariedade no seu uso. Melhor explicando, diferentes imóveis carregam o ônus de diferentes alíquotas por seu, em tese, mau uso, tudo com a legitimidade amparada pelo art. 132, § 1º, II, da Constituição Estadual e pelo art. 156, § 1º, II, da Carta Federal.

De outra sorte, também a título de ilustração, quando determinados dispositivos propõem outras ordens de alíquotas para terrenos baldios,

24 TJMG. Apelação Cível n. 1.0024.04.454591-1/001. Relator: Des. Eduardo Andrade. J. 8/11/2005.

corrobora-se a percepção antes demonstrada acerca da diferenciação de valor percentual para áreas não construídas.

Uma vez mais, nada se evidencia por eiva a algum preceptivo constitucional, isso, pois clarividente que eles não têm as mesmas características dos imóveis construídos por uma questão de obviedade.

Por derradeiro, quanto à destinação do imóvel, segundo a visão exposta antes²⁵, a distinção de alíquotas para os imóveis residenciais justifica-se, pois o legislador considera que a residência é um imóvel essencial, fazendo-se necessário para todos. Além disso, o imposto nesse caso é, no final, efetivamente suportado pelo proprietário do imóvel.

Já, no que tange aos não residenciais, o legislador leva em consideração que, sendo o imóvel utilizado para fins profissionais, ou empresariais, geralmente, é possível a transferência do ônus tributário a terceiros.

E, por fim, para os imóveis não edificados,

o legislador leva em consideração, aqui, a necessidade de desestimular a permanência de terrenos sem edificações em áreas de grande concentração populacional. Em outras palavras, procura desestimular a especulação imobiliária, que causa transtornos na prestação dos serviços públicos.

Sob tal ótica, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em recente decisão, já se manifestou pela constitucionalidade da diferenciação de alíquotas pelas características do imóvel:

TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO QUE INSTITUIU CRITÉRIOS DISTINTOS DE COBRANÇA. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS EM RAZÃO DE CARACTERÍSTICAS DO IMÓVEL. TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA COM CARÁTER NITIDAMENTE EXTRA-FISCAL. POSSIBILIDADE, INCLUSIVE, ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA EC Nº 29/00. INCONSTITUCIONALIDADE REITERADAMENTE AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS PARA IMÓVEIS NÃO EDIFICADOS. LEI MUNICIPAL ANTERIOR À EC 29/00. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. “O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há inconstitucionalidade na diversidade de ALÍQUOTAS do IPTU no caso de imóvel edificado, não edificado, residencial ou comercial. Essa orientação é anterior ao advento da EC 29/2000” (AI 582467 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 22/6/2010). 2. É inconstitucional a lei municipal que, antes da pro-

25 Vide nota 23. MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11-12.

mulgação da Emenda Constitucional n.º 29/2000, estabelecia ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS do IPTU. 3. “É vedado ao Poder Executivo Municipal, por simples decreto, alterar o valor venal dos imóveis para fins de base de cálculo do IPTU” (STF, AgR no AI n. 420015/MG, Min. Carlos Velloso)²⁶.

Ficam, destarte, reveladas as nuances acerca do Imposto Predial e Territorial Urbano com a devida correlação ao instituto da seletividade, tal qual exaustivamente apregoados.

No escopo de finalizar o presente estudo, cabe analisar a possibilidade de um artigo de lei arrolar hipóteses com distintas alíquotas em razão da área construída de edificações residenciais.

Para melhor elucidação, dá-se um exemplo:

[...]

I - quando se tratar de imóvel que contenha edificação residencial:

- a) com área construída de até 140,00m² - alíquota de 0,4%;
- b) com área construída superior a 140,00m² e até 280,00m² - alíquota de 0,6%;
- c) com área construída superior a 280,00m² - alíquota de 0,7%;

Vê-se, portanto, que a alíquota do IPTU terá variância conforme a extensão da área edificada. Assim, denota-se a sequência de 0,4%, 0,6% e 0,7% para a proporção de metragem traçada pelas alíneas.

Fazendo digressão à supracitada Emenda Constitucional n. 29/2000, engendrou-se a possibilidade da cobrança do IPTU progressivo em função do valor do imóvel, e não mais apenas em relação à função social da propriedade (art. 182, § 4º, II, da CF) e, em princípio, pareceria que o exemplo aqui se amoldaria.

Ocorre que, *in casu*, não obstante a complexidade encontrada quando do enfrentamento da matéria, seja ela na doutrina ou na jurisprudência, a questão não se reputa exemplo de progressividade.

Para tal assertiva, recorre-se à concepção do Supremo Tribunal Federal encampada pelo então Ministro Eros Grau, indicando que inexistente tributo progressivo quando não se leva em consideração a capacidade contributiva:

IPVA. Lei estadual. Alíquotas diferenciadas em razão do tipo

²⁶ TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.004757-6, de Joinville. Relator: Des. Newton Janke. Juiz Prolator: Maurício Cavallazzi Povoas. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Data: 2/6/2011.

do veículo. Os Estados-membros estão legitimados a editar normas gerais referentes ao IPVA, no exercício da competência concorrente prevista no art. 24, § 3º, da Constituição do Brasil. Não há tributo progressivo quando as alíquotas são diferenciadas segundo critérios que não levam em consideração a capacidade contributiva.²⁷

Destarte, o critério utilizado na suposta norma realmente não se atenta para a capacidade contributiva, mas tão somente a um critério objetivo de mensuração da área construída.

É bom registrar que a alíquota e a base de cálculo são, como visto, dois institutos que também não se confundem, conquanto guardem correlação. Segundo o art. 33 do Código Tributário Nacional, a base de cálculo do IPTU será o valor venal do imóvel, no qual a alíquota incidirá.

Sempre interessante notar, ainda, que “as alíquotas do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana são fixadas pelos Municípios, sem que a Constituição Federal nem o CTN imponham qualquer limitação”²⁸.

A crítica da diferenciação de alíquota com base na metragem do imóvel é que ela não se mostraria justa, uma vez que, ao se limitar a isso, implicaria ignorar as diferenças de valorização imobiliária das diferentes regiões de uma cidade.

Todavia, diante da observação já feita, a atribuição de alíquotas distintas a imóveis com distintas áreas de construção não é o único fator a ser considerado no cálculo do IPTU.

É certo que a municipalidade, ao elaborar o cálculo do valor, utiliza-se, em tese, da planta genérica de valores, a qual, em traços gerais, leva em conta a localização do imóvel, fatores de obsolescência, zoneamento, características, região, infraestrutura, padrão de construção, terreno, testada, etc. Tal operação, sublinhe-se, é que tem por objetivo atingir o valor venal do imóvel, ou seja, seu valor de mercado.

Sobre as plantas fiscais, eis algumas considerações:

Por plantas fiscais de valores entendem-se os padrões de avaliação de imóveis, por metro quadrado, segundo fatores tais como localização, acabamento e antiguidade, são utilizadas principalmente na cobrança do IPTU como elemento de configuração da base de cálculo, componente do critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária. As plantas fiscais de valores foram criadas por lei, em virtude da impossibilidade fática do Fisco determinar, caso a caso, o

27 STF. RE 414.259-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24/6/2008, Segunda Turma, DJE de 15/8/2008.

28 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 412.

valor venal dos imóveis, base de cálculo do imposto de que tratamos, sujeito ao lançamento de ofício. A jurisprudência não costuma discutir a validade da planta como presunção, mas apenas a necessidade de sua veiculação por meio de instrumento introdutor adequado, já que o princípio da legalidade não permite que nenhum dos critérios da regra-matriz de incidência seja fixado em veículo infralegal²⁹.

Isto é, na impossibilidade de o Fisco determinar, singularmente, o valor venal dos imóveis, as plantas fiscais cuidam de estabelecer a importância atribuída.

O que se quer demonstrar é que uma hipotética lei, *a priori*, não rechaça esse corpo estrutural do cálculo, limitando-se apenas a estabelecer alíquotas diversas para imóveis com edificação residencial com áreas construídas também diversas.

Como já dito alhures, o “IPTU será seletivo se as suas alíquotas forem diferentes para imóveis diferentes, seja essa diferença em razão da utilização, ou da localização, ou de um outro critério qualquer (no caso, a área construída), mas sempre diferença de um imóvel para outro imóvel”³⁰.

Ora, com esse embasamento, está evidente que, no caso de catalogação de imóveis com certa área construída dentro de uma mesma alíquota, corresponde dizer que todos os contemplados estão em uma mesma categoria e ficam sujeitos à mesma carga tributária, ou seja, dentro de cada tipo, a alíquota é invariável.

Conclusão a ser feita, então, que essa carga tributária só será diferente para imóveis de tipos diversos, quais sejam, na situação em apreço, com medidas de edificação diversas.

Nesse sentido pronunciou-se, outrora, o Tribunal Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL ANTERIOR AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29, DE 13.9.2000 E LEI N. 10.257, DE 10.7.2001 (ESTATUTO DA CIDADE). AUSÊNCIA DE COBRANÇA PROGRESSIVA DE ALÍQUOTAS. SIMPLES DIVERSIDADE DE TRATAMENTO, A PARTIR DA DIVERSIDADE DO OBJETO TRIBUTADO. RECURSO DESPROVIDO.

A distinção de terrenos a partir da constatação de existência

29 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 722.

30 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 415.

de edificações, diferenciação de ALÍQUOTAS por ser o imóvel residencial, bem ainda o estabelecimento de ALÍQUOTAS diversas de acordo com a ÁREA CONSTRUÍDA, não implica na adoção de fórmula da progressividade, tratando-se, em verdade, de simples seletividade (diversidade do objeto tributado)³¹.

Assim, aparentemente, não se reveste de inconstitucionalidade um dispositivo desse jaez, ante a dicotomia seletividade-progressividade exaustivamente concertada durante toda a exposição.

De todo modo, caso o contribuinte se sinta lesado ante a equívoca estimativa do valor venal do imóvel para fins de cálculo do IPTU, pode ele socorrer-se de medidas judiciais capazes de retificar a discrepância. Eventual excesso do valor venal, com a consequente majoração do tributo devido, poderia ensejar revisão do lançamento tributário, que, por seu turno, só caberá ser aferido no caso concreto.

Nesse sentido:

IPTU- VALOR VENAL EXCESSIVO - COMPROVAÇÃO - REVISÃO DO LANÇAMENTO - NECESSIDADE.

Considerando que a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel (art. 33, do CIN), isto é, o preço pelo qual seria negociado, em condições normais de mercado, havendo prova de que a Municipalidade, ao aplicar os critérios previstos na Planta Genérica de Valores, superestimou o valor do bem, deve haver a revisão do lançamento tributário, de modo que ele se ajuste à realidade. RECURSO IMPROVIDO³².

Ou seja, mormente nas grandes cidades, é praticamente inviável avaliar, anualmente, os imóveis de forma individual. Logo, são formadas plantas genéricas que englobam as áreas urbanas, contendo diversos critérios de valoração e enquadramento dos imóveis.

A solução, entretantes, “ainda é precária, por se tratar de arbitramento do valor venal, com imprecisos fatores de concreção. [...] Resta ao contribuinte discordando do valor venal, solicitar a reavaliação, até mesmo contraditória, do seu imóvel, perante a Administração ou no Judiciário”³³.

Finda a averiguação do assunto, passamos às apreciações finais.

31 TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.045695-1, de Capital. Relator: Jânio Machado. Juiz Prolator: Ezequiel Rodrigo Garcia. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Público. Data: 14/3/2008.

32 TJSP. Apelação: 85933520058260554 SP. Relator: Carlos Giarusso Santos. J. 13/1/2011. Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público. Publicação: 18/1/2011.

33 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 585.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, ante todo o discorrido, crê-se que os preceptivos da seletividade e da progressividade tributária que ornaram o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), não raras vezes, sobrepõem-se devido à análise perfunctória de seus elementos e objetivos.

Ademais, a diferenciação de alíquotas de IPTU com base na utilização e destinação de imóveis induz à equivocada conclusão de que haja desvirtuamento da essência do imposto.

Ocorre, todavia, que a distinção se dá por intermédio de uma seleção daqueles, incidindo percentagens díssonas em razão da construção ou não no imóvel, da existência de calçada ou não, da destinação do mesmo (residencial, comercial, industrial, especial) e da metragem construída.

Com supedâneo nos ditames constitucionais, vale ressaltar que o IPTU será seletivo se as alíquotas forem diferentes para imóveis diferentes, independentemente dessa distinção repousar na utilização, na localização ou em um outro critério qualquer. A única premissa que jamais pode ser alijada é a diferença de um imóvel para outro.

Sobre a progressividade, resume-se esta em duas facetas. A primeira é contemplada quando a alíquota do imposto eleva-se em função do crescimento da sua base de cálculo. Já, no que diz respeito à progressividade no tempo, percebe-se a exteriorização de um instrumento de política urbana ao preceituar que a alíquota do imposto aumenta por consequência direta do tempo transcorrido sem manifestação do contribuinte relapso ao plano de urbanização da cidade.

Independentemente do viés adotado, na progressividade, o imposto possui alíquotas alteradas sempre com base no mesmo objeto tributado.

Enfim, por meio das ponderações realizadas, não se verifica progressividade, tampouco sanção de ato ilícito ou confisco, quando há simples diversidade de tratamento entre determinadas propriedades baseada na diversidade do objeto tributado, como muitas normas municipais assim prescrevem.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Aires F. **Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de direito tributário. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Progressividades do IPTU. Em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/progressividade_ipitu_luiz_fornerolli.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2011.

FREITAS, Vladimir Passos. **Código Tributário Nacional comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina: promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_2011_59_emds.pdf>.

STF. RE 109538/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. J. 30/8/1988. Órgão Julgador: Segunda Turma.

STF. RE 422592 AgR / RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. J. 31/5/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma.

STF. RE 454916 AgR-segundo. Relator: Min. Eros Grau. J. 16/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma.

STF. RE 414.259-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24/6/2008, Segunda Turma, DJE de 15/8/2008.

TJMG. Apelação Cível n. 1.0024.04.454591-1/001. Relator: Des. Eduardo An-

drade. J. 8/11/2005.

TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.004757-6, de Joinville. Relator: Des. Newton Janke. Juiz Prolator: Maurício Cavallazzi Povoas. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Data: 2/6/2011.

TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.045695-1, de Capital. Relator: Jânio Machado. Juiz Prolator: Ezequiel Rodrigo Garcia. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Público. Data: 14/3/2008.

TJSC. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.009377-2, de Processo Originário. Relator: Luiz César Medeiros. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data: 20/7/2005.

TJSP. Apelação: 85933520058260554 SP. Relator: Carlos Giarusso Santos. J. 13/1/2011. Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público. Publicação: 18/1/2011.

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E OS CONTORNOS DE UMA DEMOCRACIA DA PÓS-MODERNIDADE

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Do Estado como unidade política à transnacionalidade: uma tentativa de compreensão dos novos paradigmas político-jurídicos. 1.1 Estado como ideia de unidade. 1.2 A experiência da União Europeia e a redefinição de soberania. 1.3 Novos paradigmas político-jurídicos. 2 Transnacionalidade e globalização: diferenças conceituais. 2.1 Globalização ou globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos. 2.2 Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual. 3 Da democracia dos modernos à democracia da pós-modernidade. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de investigação a globalização e as manifestações políticas transnacionais, objetivando identificar as transformações que se sucederam na teoria do Estado como consequência daqueles

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 179 - 204	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

fenômenos, especialmente no que se refere à nova forma de entender-se a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Estado. Globalização. Transnacionalidade. Democracia.

ABSTRACT

This paper has globalization and transnational politics manifestations as his object. And I'll try describe the transformations verified in the State theory caused by that phenomena, especially with regard to the new way of understanding democracy.

KEY-WORDS: State theory. Globalization. Transnational manifestation. Democracy.

INTRODUÇÃO

Os estudiosos costumam indicar o surgimento do Estado na Idade Moderna, justamente durante a efervescência política do Renascimento (a qual ninguém melhor que Burckhardt para contá-la), o que coincide, do ponto de vista histórico, com o esgotamento dos paradigmas da Idade Média. Trata-se do momento em que a *intelligentsia* – representada por politólogos da envergadura de Maquiavel e filósofos como Pico Della Mirandola – passa a perceber, por um lado, a distinção entre negócios públicos do sistema político no qual está assentado o povo e a esfera onde se inscrevem regras de sua vida, para se chegar à conclusão da amoralidade do poder político e de uma razão própria para coordenar politicamente o povo, que será a *ragione di Stato*; por outro lado, a compreensão da existência humana a partir do antropocentrismo, atuará, ainda que por longo período de amadurecimento, para estabelecer os elementos conceituais do Estado e, mais que isso, delimitar as esferas de competência e de liberdades individuais. Mas isso tudo, durante o período de crise, quando se dá a ruptura e uma reelaboração dos modelos nos planos prático e teórico.

A teoria do Estado, cujas teses são em geral amparadas pelo histori-

cismo ou pela sociologia, sustenta a configuração de unidade moral e política para a constituição de seu objeto de estudo. É pela autodeterminação dos povos que se dá origem ao poder político engendrador do Estado, que se legitimará por uma espécie de impulso existencial – daí reconhecendo-se uma unidade de desígnios determinados pelo vínculo entre povo e poder político. O Estado, exercendo o poder político total – a soberania –, reivindicará autonomia para deliberar seu direcionamento e, no plano de relacionamentos com outros Estados, sempre será um organismo político individuado. Contudo, a última quadra do século XX colocará em causa, por múltiplos fatores – políticos, tecnológicos, econômicos –, o desenho do Estado da modernidade, inclusive mitigando a dimensão conceitual de soberania.

A presente investigação tentará evidenciar isso. Primeiramente, traçando as linhas teóricas do Estado, tal como representado pelo ramo de estudos específico, até se evidenciar o fenômeno que propiciará o novo esquema de relações entre os Estados, que, a bem da verdade, deixará de lado as proposições bilaterais e as ditadas por interesses supranacionais, para estabelecer-se multilateralmente. Para aí se chegar, será necessário, em segundo lugar, diferenciar-se o fenômeno da globalização daquilo que, em termos teóricos, implica uma revisão da teoria do Estado, a transnacionalidade. Essa expressão político-jurídico-econômica, por fim, será examinada a partir de seu pressuposto legitimador, que é o consenso multilateral, neste trabalho referido como “democracia da pós-modernidade”.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

1. DO ESTADO COMO UNIDADE POLÍTICA À TRANSNACIONALIDADE: UMA TENTATIVA DE COMPREENSÃO DOS NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-JURÍDICOS

Tão difícil quanto à localização de um marco histórico em que se deu o advento do Estado é sua categorização, ao longo dos tempos, segundo os elementos conceituais normalmente utilizáveis por teóricos do Estado, cientistas políticos e constitucionalistas. Isso embora já se tenha alguma noção desse fenômeno sócio-cultural-político desde a mais longínqua antiguidade. Afinal, as civilizações que formam o tronco comum ocidental,

a grega, a romana¹ e a judaica, já discerniam as questões fundamentais em torno da ideia de organicidade política. Platão trata em su’ **A República** de uma *pólis* rigidamente estruturada em funções, governada pelo *sofocrata*, o rei filósofo; Aristóteles, percorrendo outros métodos, descreve em “A política” não só as funções dos organismos sociais, como, num experimento sociológico, identifica as partes integrantes da *pólis*, devidamente constituídas, visando à satisfação dos interesses do homem, aqui sempre visto de forma absolutamente diferente dos animais, com aparato instintivo, e dos deuses, que vivem em outro nível de realidade (a transcendental), mas, *tout court*, o homem *zoón politikón*; permitindo já que compreendamos que o mundo helênico conhecia as ideias de organização política – e seu derivado, o poder político – e de povo². Mais ou menos, o que se observará entre os judeus dos tempos bíblicos, que criaram uma teocracia democrática³, arrimada, por um lado, na mística de que a Divindade proveu Seu povo de uma Terra Santa, onde todos deveriam obediência à Sua autoridade e, por outro lado, que deveriam ter seu governo terrenal (embora, também, por meio da providência divina); é em Deuteronômio, 17, 14-15, que lemos: “Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdades e nela habitares, e disseres: ‘Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim’ – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher”⁴. Já os romanos, ao sistematizarem seu direito, concebido como elemento de preservação da *pax publica*⁵, viram na efetiva participação do povo na coisa pública, na *res-publica*, uma forma virtuosa para a concretização do poder político, o elemento seminal para a ideia

-
- 1 Por mais que se pense numa ancestralidade ocidental que se radique em Roma e no mundo Helênico, será equívocado o reducionismo normalmente expresso pelos termos adjetivados compostos, quando se fala, *v.g.*, numa civilização greco-romana. Especialmente ao entrarmos nas peculiaridades dos sistemas políticos de cada um desses pilares civilizacionais.
 - 2 É a ideia que perpassa a obra de MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3 ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: UnB, 1997, *passim*. Título original: **Histoire d’une démocratie**. Athènes.
 - 3 O termo teocracia não é novo e podemos encontrá-lo na obra do historiador judeu Flavio Josefo. Ao rebater o que considerou como caluniosas as ideias do escritor alexandrino Ápio sobre os judeus, Josefo faz uma ampla abordagem sobre a judeidade, incluindo sua organização social, religiosa e política. No livro II de sua última obra, **Sobre a antigüidade dos judeus**, refere (II, XVI - *As leis de Moisés* -, 165). Josefo: “Nuestro legislador no atendió a ninguna de estas formas de gobierno, sino que dio a luz el estado *teocrático*, como se podría llamar haciendo un poco de violencia a la lengua”, criando um neologismo que passou a ser normalmente referido desde então (JOSEFO, Flavio. **Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía**. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 124). Especificamente com relação ao Estado judeu do período bíblico, cf. BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus, Séfer, 2003. Título original: **In his image – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition**, p. 13 *usque* 17, refere ali verificar-se uma teocracia democrática.
 - 4 **Bíblia hebraica**. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Séfer, 2006. p. 197.
 - 5 Cf. CÍCERO. **Tratado das leis**. Tradução de Marino Kury. Caxias do Sul: Educus, 2004. Título original: **De legibus**, *maxime* livro primeiro, VI.

de soberania democrática⁶. E é em torno desse elemento que o problema do Estado se desenvolverá, desde uma sua concepção personalista, como depreendemos de Bodin, ao tempo do *ancien régime*, até chegarmos aos arranjos conceituais dos contratualistas do século XVIII⁷.

É também partindo dessa questão problemática que as teses unitárias tomam o Estado como realidade política só após a Idade Média, quando os vínculos culturais e políticos são de tal forma bem estruturados que as fontes policêntricas de poder são substituídas pela ideia de autodeterminação político-jurídica⁸, que virá a ser uma das expressões modernas de soberania. As fontes morais do corpo social dão lugar a *ragione di Stato*, implicitamente preconizada por Maquiavel em seu “O príncipe”; e o povo, o elemento formador do Estado e do qual deriva o poder político, organizar-se-á segundo um conjunto de interesses consensuais, dando-lhe direção, iniludivelmente como no sistema histórico orteguiano, em que se parte de todo o acervo de experiências que se interligará às perspectivas para o futuro.

Se essa noção mais bem formulada acerca do Estado – como unidade política ou, *tout court*, sua denominação de Estado-nação, cujo momento embrionário será localizado na Renascença, distendendo-se pelo período em que vão surgindo os modernos Estados europeus baseados em territórios delimitados e com poder central, passa pela independência norte-americana e vai até a primeira metade do século XX, quando ocorre a criação do Estado de Israel, um dos mais emblemáticos fenômenos políticos arrimado na ideia de nação, e tem, por fim, na guerra fria, a cristalização da atitude isolacionista dos Estados – é a que mais vivamente permaneceu entre estudiosos, uma abertura cosmopolita que se tem verificado desde os anos 90, especialmente intensificada com a queda do “muro de Berlim”, com o fim do bloco dos Estados socialistas soviéticos e com a materialização do “Tratado de Maastricht”, tem gerado um estranhamento, já que o fenômeno – ou o sistema fenomênico – é represen-

6 A natureza, que provê os seres humanos de um instinto de conservação, leva-os, pelas virtudes civis desenvolvidas na *civitas*, “[...] a reunirem-se em assembleias e a nelas tomarem parte; como consequência disto, ela comanda o esforço do homem em providenciar uma espécie de armazém de requisitos destinados ao seu conforto e necessidades”, diz CÍCERO. **Dos deveres**. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, p. 19. Título original: **De officiis**. Para essa cultura da qual somos tributários do direito civil e de muitos princípios de direito administrativo, a participação cívica é não só virtude, mas um dever.

7 É comum incluir Hobbes entre os contratualistas de índole absolutista, mas cabe frisar que para o filósofo inglês a gênese do Estado está no poder político democrático. Afinal, a deliberação sobre sua constituição é tomada livremente pelos homens.

8 Heller é um dos que entende a questão desta forma. O politólogo alemão refere: “É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. Cf. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158. Título original: **Staatslehre**.

tado – e largamente teorizado – como a crise conceitual e estrutural do Estado. Tentemos melhor entender isso mediante o exame da mudança de paradigmas.

1.1 ESTADO COMO IDEIA DE UNIDADE

É já com Maquiavel que as primeiras ideias de nacionalismo aparecem tendentes a forjar uma Itália unificada e estável, o que influenciará politólogos e a própria experiência política de toda a Idade Moderna⁹. Mas é a partir do século XVII que o sistema de organização política feudal, marcado pelo policentrismo e fragmentariedade do poder, vai sendo, pouco a pouco, substituído por uma prática política com governo central, dando substância ao Estado integral. Cruz, ao tratar de uma tipologia dos Estados, afirma que “[...] o Estado que se consolida no século XVII, e que em alguns aspectos responde pelo seu conceito atual, aparece quando a comunidade política se define, fundamentalmente, em função da sujeição comum a um poder político, que exerce sua autoridade em um determinado âmbito e sobre todos aqueles que se situem nele [...]”¹⁰. Mais tarde, ao longo do século XIX, sob os influxos do sociologismo, as ideias nacionais dão força a uma justificação do Estado como unidade constituída a partir do que Heller, em sua **Teoria do Estado**, chamou de “agrupamentos de vontades ou de unidades coletivas de ação”, que se expressam formando o poder político¹¹, mas têm, nos traços culturais comuns (idioma, costumes cristalizados pela *traditio* ao longo dos tempos etc.), seu verdadeiro êmulo.

Em obra anterior, **As ideias políticas contemporâneas**, Heller parece mais enfático com relação ao tratamento do tema, afirmando que “A idéia

9 Ao tratar disso, HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 161-162. Título original: **Staatslehre**, escreve: “As origens propriamente ditas do Estado moderno e das idéias que a ele correspondem devem procurar-se, não obstante, nas cidades-repúblicas da Itália setentrional na época da Renascença. De Florença era Nicolau Maquiavel, cujo *Príncipe* introduz na literatura o termo *lo stato* para designar o novo *status* político (Jellinek, *Staatslehre*, pp. 132 e seg.), ao mesmo tempo que analisa, de maneira altamente viva, a *ragione di stato* da Idade Moderna.”

10 CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002, 43. Não se pode esquecer, contudo, que as coisas não ocorreram de forma tão linear. Heller escreve que “O aparecimento do poder estatal monista produziu-se segundo formas e etapas muito diferentes nas diversas nações. A atomização política triunfou primeiramente na Inglaterra. Foi este o único reino em que, graças à energia dos reis normandos, se consegue criar, já no século XI, uma organização política relativamente forte no meio da hierarquia feudal. Uma manifestação prematura do Estado moderno criou-se na primeira metade do século XIII na Sicília pelo genial Frederico II, que tirou de forma radical, ao sistema feudal, o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático” (*op. cit.*, p. 161). Mas não se pode esquecer que, também na Europa continental, o reino de Portugal, bem antes da Restauração, era já um Estado em que a unidade era costurada pela figura onipresente do rei e de sua burocracia que, como corte itinerante, ia constituindo seu *corpus* fundamental em cada concelho, vila ou aldeia onde se estabelecia para as audiências públicas e normatização de atos.

11 Cf. *op. cit.*, *maxime* p. 111 e segs.

nacional é a justificação do Estado pelo povo individualizado numa comunidade de cultura.”¹² O entendimento da sociedade como um verdadeiro organismo, com suas ligações estabelecidas pelos vínculos culturais comuns, permite conceber uma base consensual de interesses, que se projetará em sua vida política. Mas as teorias sociológicas a respeito da formação do Estado sofrem forte oposição de um Kelsen, quem constrói uma teoria do Estado monista arrimada em outra base.

O maior expoente do juspositivismo não nega o aspecto orgânico sob o qual se constituem as sociedades e no que se refere a isso vê alguma similitude com o Estado, mas assevera a necessidade de distingui-lo das outras corporações humanas, tarefa que leva a efeito por meio do minucioso exame das teorias sociológicas, que vai contrastando cada qual com sua irreduzível posição de que “O Estado é a comunidade criada por uma ordem nacional [...]” e, pois, que “[...] o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional”¹³, *tout court*. Para os que entendem existir uma realidade social subjacente (e prévia) à formação do Estado, a partir do que se daria a constituição do *corpus iuris* como fenômeno distinto que virá a regular o Estado, como se este ente político e o direito fossem *dois objetos diferentes*, Kelsen contrapõe sua tese de que “[...] a comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica”.¹⁴ Por outras palavras, Estado e direito são uma e mesma coisa, ou, poderíamos afirmar, partindo da formulação *ubi societas, ibi ius*, que há uma absoluta equivalência entre as duas representações da sociedade politicamente organizada. É verdade que as pessoas de uma coletividade interagem dando-lhe o aspecto de coesão, mas isso, afirma Kelsen, verifica-se em quaisquer fenômenos e, em toda a natureza, há interação¹⁵, de forma que esse não será o aspecto peculiar que justificará a unidade do Estado. Explica:

Para aplicar a teoria da interação ao Estado, devemos admitir que a interação admite graus e que a interação entre indivíduos pertencentes ao mesmo Estado é mais intensa do que a interação entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes. Mas tal pressuposição é infundada. Sejam relações econômicas, políticas ou culturais o que temos em mente ao falar de interação, não se pode questionar seriamente que as pessoas pertencentes a Estados diferentes muitas vezes têm contatos mais intensos que os cidadãos do mesmo Estado. Pensemos no caso em que indivíduos da mesma nacionalidade, raça ou

12 HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931. p. 118.

13 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 261-262. Título original: **General theory of law and state**.

14 *Ibidem*, p. 263.

15 *Ibidem*, p. 264.

religião se encontram divididos em dois Estados limítrofes cuja população carece de homogeneidade. Ser membro da mesma comunidade lingüística, da mesma religião ou profissão muitas vezes cria vínculos muito mais íntimos do que a cidadania comum. Sendo de natureza psicológica, a interação não se restringe a pessoas que vivem juntas no mesmo espaço.¹⁶

Quer, com isso, dizer que a interação entre os membros de uma coletividade não é o fator de unidade social, mas, por outro lado, “Dizer que o Estado é uma unidade social concreta de interação é dizer que os indivíduos que, num sentido jurídico, pertencem ao mesmo Estado também têm uma relação de interação recíproca, *i.e.*, que o Estado é uma unidade social real, além de uma unidade jurídica,”¹⁷ donde se conclui que o problema da unidade sociológica pressupõe o Estado como unidade jurídica.

O jurisfilósofo da Faculdade de Direito de Viena, que teorizou a pureza do direito – que seria o direito livre de aspectos “metajurídicos”, como os da psicologia de massa, da moral, da ética –, escrevendo de forma coerente em relação a seu programa teórico – lembre-se, as ideias de Estado e de direito fundem-se, simplesmente, na categoria de sistema jurídico –, também não admite possível a existência daquilo que a abordagem sociológica chamou de “vontade coletiva” ou de “interesse coletivo” e da “consciência coletiva” como pontos fulcrais da ideia de unidade que dá cabimento ao Estado. Explica:

Se a teoria do Estado não deve transcender os dados da experiência e degenerar em especulação metafísica, essa vontade coletiva ou consciência coletiva não pode ser a vontade ou consciência de um ser diferente dos indivíduos humanos que pertencem ao Estado; o termo vontade coletiva ou consciência coletiva pode significar apenas que vários indivíduos querem, sentem ou pensam de uma certa maneira e estão unidos por sua consciência desse querer, sentir e pensar comuns. Uma unidade real existe, então, apenas entre os que efetivamente têm um estado mental idêntico e apenas nos momentos em que essa identificação de fato prevalece. É improvável que tal identificação possa existir [...]. Afirmar que todos os cidadãos de um Estado querem, sentem ou pensam sempre de uma mesma maneira é uma ficção política óbvia.¹⁸

Deslocando a questão para a noção de ordem jurídica, chegar-se-ia à conclusão de que, fosse ela realmente fruto do interesse coletivo, então deveria haver uma completa harmonia entre os integrantes da coletividade e “[...] essa ordem poderia contar com a obediência voluntária de todos seus sujeitos; ela não mais precisaria ser coercitiva, e, sendo ela completamente

¹⁶ *Ibidem*, p. 265.

¹⁷ *Ibidem, ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 266.

‘justa’, não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito.”¹⁹

Ao chegar a esse ponto, Kelsen já terá embasamento suficiente para, refutando as teorias sociológicas que veem na unidade social um momento essencial e prévio ao advento do Estado, afirmar que “O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta.”²⁰ E arremata: “Descrever o Estado como ‘o poder por trás do Direito’ é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma: a ordem jurídica.”²¹

O pensamento monista de Kelsen em torno do problema do Estado, distinguindo-se daquela visão existencial concebida pelas vertentes sociológicas, embora seduza os mais céticos, os que duvidam de um liame ético que forme uma comunidade com interesses voltados para sua organização política e jurídica, por um lado esbarra em algumas experiências políticas de autodeterminação. A criação do Estado de Israel, proclamado, em 1948, por David Ben Gurion como *Medinat Iehudit*, Estado judeu, é o exemplo mais lídimo disso. Os movimentos de retorno dos judeus da diáspora a partir da baixa Idade Média, e mais tarde, já no século XIX, o movimento sionista inaugurado por Theodor Herzl, autor de “*Der Judenstaat*”, que conseguiu congregar lideranças judaicas para dar efetividade ao restabelecimento do Estado de Israel, e a onda migratória dos anos 40 que compele a comunidade internacional a aceitar sua (re)criação, parecem fortemente fundamentados no ideário de judaísmo, na sua acepção cultural mais ampla. Mas, por outro lado, do ponto de vista metodológico e teórico, as ideias kelsenianas juntam-se às posições sociológicas, forjadas durante um longo período da história política moderna, para conceber o Estado como unidade, como realidade social de fundação; e ambas posições, prestigiadas por estudiosos e justificáveis do ponto de vista da experiência histórica, arrimam-se nos paradigmas referidos à centralização do poder, à Constituição como documento político inaugural de sistemas jurídicos, nos movimentos independentistas e numa tendência ao isolacionismo, observável com maior ênfase entre Estados terceiro-mundistas. Contudo, hoje tais posições são fortemente golpeadas por adventos políticos e econômicos que indicam a mudança de paradigmas na face ocidental do mundo, especialmente a partir da queda do “muro de Berlim” e a concretização da União Europeia, merecendo, aqui neste artigo, alguma atenção.

19 *Ibidem*, p. 267.

20 *Ibidem*, p. 272.

21 *Ibidem*, p. 275.

1.2 A EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E A REDEFINIÇÃO DE SOBERANIA

A ideia do cosmopolitismo como achega para o estabelecimento de uma *paz perpétua*, não é, como se sabe, pelo menos ao nível filosófico, algo novo. A abertura do homem para um reino universal, no pensamento cristão, ou a formação de um governo mundial sem fronteiras sob a modalidade republicana, segundo a concepção de Kant, prescrevem modos para se lograr a harmonia e a paz entre os povos. E terão sido esses os motivos da criação da Liga das Nações, que teve curta existência, e a ONU, ambas surgidas em períodos de pós-guerra, quando se pretendia a superação de crises mundiais. Mas os Estados que haviam combatido na Segunda Grande Guerra estavam com sua economia destruída; e a reestruturação material, condição irrenunciável para que os Estados voltassem à sua normalidade existencial, nisto incluindo-se os meios para facultar vida digna aos cidadãos, era a preocupação primeira. Havia, portanto, a necessidade de garantir-se não só a segurança como, também, o crescimento econômico dos Estados.

Os arranjos feitos para tratar da segurança deram causa à criação da OTAN, enquanto que a reestruturação econômica dos Estados europeus coube dentro do Plano Marshall. Em ambos os casos, um verdadeiro redesenho da política internacional, observa-se a preeminência dos Estados Unidos da América, que também liderarão os Estados alinhados à direita na guerra fria, com algumas incursões pelo terceiro mundo²². E é lógico que essa forte influência punha em causa valores nacionais europeus. Acerca disso, Castells menciona que “[...] havia necessidade de instituições políticas para estabilizar as relações entre os Estados-nação que haviam sido constituídos, historicamente, mediante lutas entre si ou procura de alianças para a guerra seguinte.”²³ Por isso, a primeira providência para a consolidação de uma *pax* europeia foi a regulação de um mercado comum de carvão e aço, por meio da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), criada em Paris, em abril de 1951, para ela convergindo a Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, tendo o propósito de evitar o desenvolvimento autônomo de quaisquer dos Estados nesses setores. Não tardou para que essa integração desse origem à Comunidade Econômica Europeia (CEE), concebida pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957,

22 Preferimos esta expressão ao invés de referirmo-nos ao âmbito dos *Estados periféricos*, pois melhor se presta àquele momento da história mundial.

23 CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. 4. ed. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 387. Título original: **End of millennium**.

cujo fim era não apenas o fortalecimento dos Estados participantes do bloco econômico, mas sua independência em relação aos Estados Unidos da América, como explicitamente enfatizou De Gaulle.

O projeto inicial tomou grande impulso nos anos 80, quando o mundo emergia das crises econômicas de 1973 e de 1979. Por um lado, deu-se a entrada de Espanha e Portugal na Comunidade; por outro, pavimentava-se o caminho para o mercado unificado, que viria a se tornar realidade nos anos 90. Mas aqui já se opera uma sensível mudança na estrutura política dos Estados comunitários, que se encaminham para um modelo contra o qual nos anos 60 se insurgira a Grã-Bretanha: o da soberania redefinida. Castells refere que

Mais uma vez, uma medida econômica, o estabelecimento de um verdadeiro mercado comum de capital, bens, serviços e mão-de-obra, foi, no fundo, uma medida para promover a integração política, cedendo partes da soberania nacional para assegurar certo grau de autonomia aos Estados membros no novo ambiente global.²⁴

E isso tanto foi uma questão capital para os europeus, que logo o amálgama político-econômico é necessariamente adensado por um sistema de direito comunitário, tudo a possibilitar uma integração dos Estados que ultrapassa os fins econômicos e de mercado para dar cabimento a uma União Europeia.

Outro aspecto de importância para o redesenho político dos Estados europeus, foi a queda do “muro de Berlim”, fato que encerra duplo sentido. Em primeiro lugar, a Alemanha mostra ao mundo seu poder político e econômico. A banda ocidental, a República Federal da Alemanha, rica e moderna, viria a promover a reestruturação da República Democrática Alemã, mergulhada no atraso de um modelo político que se mostrava ineficiente e, a todas as luzes, contrário aos anseios democráticos dos povos europeus. A Alemanha unificada representaria 30% do PNB da assim chamada Comunidade Europeia²⁵, também, decisiva preeminência na política internacional, até então, no continente europeu, representada pela França e Grã-Bretanha. Por outras palavras, a Comunidade dos Estados europeus ganhava, com a adesão da Alemanha, um novo vigor. Mas, em segundo lugar, antes de representar um evento local, a “queda do muro” ajuda a pôr uma “pá de cal” no antigo modelo socialista que dividiu o mundo em dois grandes blocos ao longo da Guerra Fria e, com isso, possibilita o estreita-

24 *Ibidem*, p. 389.

25 *Ibidem*, *ibidem*.

mento entre aqueles Estados que viviam numa situação de estranhamento constante. Lembre-se, ademais, que a globalização – ou as globalizações, como quer Boaventura Sousa Santos – passava a facultar uma maior interação, não apenas comercial, mas, também, cultural entre os povos. Diante disso, o isolamento só se tornava fato como atitude auto-imposta, como se verificou com alguns Estados renitentes do velho bloco alinhados à esquerda e, posteriormente, entre os Estados teocráticos fundamentalistas do islã do pós pan-arabismo. A questão crucial sob o enfoque político, contudo, estava relacionada com a (re)definição da ideia de soberania, que continua a ser o problema a ser enfrentado pelos teóricos do Estado e constitucionalistas.

Se, durante a onda das ideias nacionalistas, concebia-se a soberania como aquele elemento moral (ou jurídico, segundo uma expressiva corrente de estudiosos) do Estado tendente à autodeterminação política e jurídica, com a formação da União Européia, a necessidade de estabelecer-se um alinhamento político-econômico-jurídico entre os Estados comunitários alterou-lhe os marcos conceituais. Como se sabe, hoje os Estados da União possuem um organismo burocrático de grande dimensão, o Conselho de Ministros, que trata dos mais diversos aspectos da vida de cidadãos de realidades tão díspares quanto as culturas que formam a colcha de retalhos que é a Europa. Apenas para se ter ideia disso, a Península Ibérica contém povos de culturas, línguas, idiosincrasias e mundividência absolutamente diversas; se fecharmos o campo de visão para olharmos somente a realidade da Espanha, onde no período do generalíssimo Franco se pretendeu forjar uma cultura nacional com o sacrifício dos localismos, encontraremos, explicitamente, diversidade linguística e cultural e a latente tendência de autodeterminação de alguns *pueblos*, como é o caso mais patente do País Basco. Tourraine salienta, com toda a propriedade, que a nova Europa vive uma situação ambígua, em que o francês, o italiano, o espanhol pretendem ser cidadãos europeus, mas continuam firmemente arraigados à sua cultura local²⁶; um paradoxo que, em outros tempos, foi vivido pelo povo espanhol, após perder Cuba e as Filipinas, no derruir de seu império, que teve, no movimento político-cultural da *generación del 98*, tendências, por um lado, para o ensimesmamento – o viver o drama espanhol, como queria Unamuno – por outro, à abertura de Espanha para a Europa, com uma espécie de superação do recalque, defendida por aqueles, como Ortega y Gasset, que entendiam existir um abismo separando seu país de tudo o mais²⁷. Há,

26 Cf. TOURRAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, *maxime*. p. 48-49. Título original: **Un nouveau paradigme**.

27 Cf. COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Tradução, notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008, *maxime* p. XII-XXIV. Título original: **La ignorancia del Derecho**.

pois, questões peculiares de cada Estado e cada povo que, no entanto, não podem passar pela homogeneização de políticas.

Para Castells, à medida que “[...] poderes significativos que afetam a vida dos cidadãos foram transferidos à União Européia [...] e algumas decisões essenciais sobre política econômica foram tornadas ‘automáticas’ sob o controle, no futuro próximo, do Banco Central europeu, a capacidade dos cidadãos para influenciar essas decisões foi reduzida de forma considerável”²⁸, ou, por outras palavras, as decisões tomadas em bloco para os Estados da União passaram a implicar *déficit démocratique* e uma mitigação da própria ideia até há pouco comum entre estudiosos acerca da soberania. Indiscutivelmente, essa é uma categoria a requerer uma (re)definição.

1.3 NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-JURÍDICOS

A experiência político-constitucional europeia de criação do *welfare state*, que se irradiou por todo o mundo ocidental democrático, tornando-se modelo para a estruturação de um sistema de direitos sociais e de novos deveres para o Estado moderno – podendo dizer tratar-se da *onda* do constitucionalismo²⁹ moderno –, que, em inícios do século XX, deixava de ser mínimo para assumir uma ampliada gama de funções, passou a ser obscurecida pela trama problemática decorrente do excessivo peso do Estado. O aumento da população idosa e a estagnação demográfica na Europa, *v.g.*, foram alguns dos fatores para que os custos com a previdência social e com a saúde tivessem aumento exponencial sem que as receitas fossem suficientes para lhes fazer frente. As primeiras hipóteses para a solução disso vieram, nos Estados Unidos, com Reagan e, na Europa insular, com Margaret Thatcher, pretendendo ambos, no campo das políticas econômicas e sociais, uma redução do tamanho do Estado, com um efeito danoso para a identidade política de seus povos: afinal, o modelo do bem-estar social, visto como aspecto irrenunciável do constitucionalismo moderno do ocidente democrático, era colocado em causa, na mesma medida em que os cânones neoliberais eram apresentados como a “solução”. Esse estado de coisas parece mais evidente entre os europeus, que, ciosos de seu patri-

²⁸ Op. cit., p. 402.

²⁹ A expressão é de HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 75. No que concerne ao período em que surgem as constituições que tratam do bem-estar social, o publicista francês classifica-o como a *troisième vague*, quando os grandes impérios, incluído o russo, encontram seu fim e surgem duas vertentes constitucionalistas: a do modelo soviético, que procura forjar uma democracia popular; e os modelos da Europa central, marcados pela racionalização do sistema parlamentar (p. 77-78).

mônio constitucional, tanto por meio de grupos de pressão, como por sua intelectualidade, vêm manifestando sua oposição.

É verdade que a União Europeia, de fronteiras econômicas intracontinentais abertas, logrou êxito em tornar-se independente dos impérios econômicos norte-americano e japonês, para além de dinamizar o crescimento dos Estados comunitários, inclusive mitigando os impactos políticos e institucionais provocados pelos problemas relacionados com o bem-estar social. Mas à custa do sacrifício das ideias de Estado-Nação e do conceito que lhe vai atrelado, o da soberania³⁰, que pode ser equacionado por meio de novos experimentos nos planos econômico, político e jurídico pensados em termos transnacionais. O que vem ocorrendo de forma não tão dramática como pensa Faria, quem afirma que a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo acarreta ao pensamento jurídico uma “[...] situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 20; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos [...]”³¹. Afinal, o laboratório onde se constroem os modelos econômicos, políticos e jurídicos transnacionais, a União Europeia, vem operando em sintonia com a transição dos paradigmas, que não é europeia, mas mundial. Por outras palavras, queremos com isso dizer que o horizonte da transnacionalidade não é homogêneo nem localizável apenas neste *hic et nunc* histórico europeu, mas contém os fenômenos da globalização – ou das globalizações – e do neoliberalismo, sendo também por eles influenciado e só pode ser entendido por meio da visão abrangente sobre o processo de mudança de paradigmas.

Entretanto, quando chegamos a esse ponto, parece necessário um entendimento cartesiano sobre como tratar de duas categorias fundamentais, a princípio muito próximas, mas que, na visão de Sousa Santos, devem ser delimitadas conceitualmente para, teórica e estrategicamente, servirem de ponto de partida para o trato dos problemas desse período de transições: a transnacionalidade e a globalização.

30 Ao tratar do sistema de Estados-nação soberanos, Hauriou, op. cit., p. 80-81, perspectivando sua delimitação conceitual a partir do fenômeno de descolonização, refere que sua origem não se trata apenas de uma afirmação cultural e ideológica, mas da própria soberania, aqui entendida como a representação de duas faces: uma que expressa as relações exteriores e outra que se constitui das relações entre governantes e governados.

31 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed., 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 13.

2 TRANSNACIONALIDADE E GLOBALIZAÇÃO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS

Como antes deixamos entredito, o momento contemporâneo de transição de paradigmas não pode ser entendido por modo diverso daquele que lança o olhar para um amplo e complexo horizonte onde se encontram dispostos elementos histórico-culturais, que, de forma imediata ou transversa, conotam com o instrumentário jurídico, econômico e político das sociedades. No mundo ocidental e democrático, contudo, a diminuição das distâncias culturais decorrente da intensificação das relações entre os povos mediada pela revolução técnico-comunicativa (a *Internet* e a imprensa televisiva transmitida em tempo real torna tudo aparente mesmo para o mais renitente e incrédulo dos espectadores), dá-nos a impressão de estarmos inseridos numa única e global sociedade, na qual os problemas não mais são nacionais ou locais, mas universais; e tanto a questão ambiental da Amazônia, como o derretimento das geleiras do hemisfério norte *v.g.*, passam a ser de interesse de todos, exigindo políticas que ultrapassem o âmbito dos governos locais, de forma que as novas pautas políticas, como as que foram inauguradas pelo *meeting* do Rio, em 1992, mais conhecido como Eco-92, sejam de todos os governos; e não é por outro motivo que Ferrer e Cruz afirmam que

[...] a globalização pode ajudar em três sentidos: poder fazer evidente a interdependência; ter despertado o pluralismo da diversidade e ter ampliado a várias camadas da população mundial a sensação de pertencer a uma realidade transnacional e, também, transestatal, capaz de despertar os vínculos de solidariedade imprescindíveis para a emergência de uma sociedade global [...]³²;

emergindo, disso, um canal por onde trafegam as questões problemáticas da globalização e hipóteses de solução *tout court* transnacionais.

Com isso, queremos dizer que uma ideia conota a outra; que a globalização, seus problemas e as projeções para o porvir das sociedades devem ser tratados nos fóruns dos governos transnacionais; mas que, também, se trata de categorias diversas, a requererem delimitação conceitual. Passaremos a apresentar o delineamento conceptual de globalização a partir da visão crítica de Boaventura Sousa Santos, ao passo que a ideia de transnacionalidade será tratada lateralmente, devendo arrimar-se em outros autores, uma vez não que não tenha sido essa categoria trabalhada pelo sociólogo conimbricense.

32 FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica*. Artigo gentilmente cedido pelo segundo autor, ainda inédito.

2.1 GLOBALIZAÇÃO OU GLOBALIZAÇÕES? A PROPOSTA SOCIOLÓGICA DE SOUSA SANTOS

Boaventura Sousa Santos faz uma percuciente análise sociológica do momento contemporâneo, que não é apenas o relato desse *hic et nunc* histórico, por muitos, incluindo o professor da Universidade de Coimbra, visto sob o signo da quase total anomia que derrui os valores culturais dos povos: sua contribuição está no afloramento de uma crítica a esse estado de coisas e na apresentação de propostas para a retomada do sentido humanista de preservação das culturas, especialmente daquelas sob o constante risco imposto pelas culturas globalizantes. Convém salientar, no entanto, que sua leitura deve ser avançada de forma acautelada: se, por um lado, Sousa Santos tem o mérito de fugir ao etnocentrismo europeu, tratando dos dois grandes polos civilizacionais, o do norte hegemônico e o do sul representado pelas questões dramáticas das nações periféricas, por outro lado, seu olhar é invariável e ideologicamente engajado, o que transparece na carga crítica sobre o modelo de sociedades capitalistas e a virada neoliberal dos antigos Estados-Providência. Tentemos, então, lê-lo.

Ele sublinha, antes de mais nada, que tem sido comum referir-se sobre globalização em termos, mais ou menos, parecidos com os utilizados por Giddens, para quem o fenômeno se constitui pela “[...] intensificação de relações sociais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice versa”³³. Sousa Santos, no entanto, rejeita esse reducionismo, afirmando tratar-se de “[...] um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas.”³⁴ E, em razão dessa complexidade conceitual, o autor estabelece metodicamente a forma de escrutinar o fenômeno, que é estabelecido dentro do quadro histórico; de sua caracterização sociológica; e os caminhos tracejados pela globalização para a humanidade.

No quadro histórico do fenômeno, verificam-se as transformações no modelo de produção pelas empresas multinacionais, “[...] convertidas em actores centrais da nova economia mundial”³⁵. A produção, antes de

33 *Apud* SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005. p. 26.

34 *Ibidem, ibidem.*

35 *Ibidem*, p. 29.

modelo fordista, passou a ser flexível e mediada pelos investimentos em níveis globais; a mobilidade das grandes empresas é orientada pela procura dos menores custos; de sorte que se verificam repercussões nas políticas econômicas nacionais, cada vez mais direcionadas à abertura para o mercado mundial, na mesma medida em que os preços domésticos devem adequar-se aos preços internacionais³⁶.

Sousa Santos também entende que a globalização econômica é arrimada no consenso econômico neoliberal, que apresenta as seguintes inovações:

restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional [...]; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio.³⁷

Como é sabido, essa reestruturação ditada pelo neoliberalismo implica a diminuição do Estado naquelas áreas concernentes à política do bem-estar. Por isso, o sociólogo menciona o reaparecimento de desigualdades sociais, na mesma medida em que “[...] uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados extremamente fracos [...].”

Em outro nível de análise, mas partindo de idênticas bases em relação ao que vinha expondo – nomeadamente as condições da economia mundial capitalista e o sistema interestatal moderno e a globalização articulada com a sociedade de consumo e a sociedade de informação –, Sousa Santos entende que na atualidade estão surgindo novas hegemonias culturais, políticas e de mercado. A resposta para essa situação deve encontrar-se, prossegue o sociólogo, em movimentos contra-hegemônicos³⁸.

É natural que haja dificuldades para um bom arranjo de ideologias, bandeiras políticas e filosóficas para o contrabalanço do peso da globalização hegemônica. Tudo o que se constata é a fragmentariedade dos movimentos de oposição: não há articulação entre as causas feministas, de trabalhadores, de propostas de políticas sociais, de políticas ambientais etc. Mesmo assim, Sousa Santos entende que, ao longo das últimas décadas, criaram-se condições ideais para a globalização contra-hegemônica, por exemplo, em razão do aumento das interações trans-fronteiriças,³⁹ que, se

36 *Ibidem, ibidem.*

37 *Ibidem*, p. 31.

38 SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 84.

39 SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**, cit., p. 216.

não restauram os antigos limites conceituais do Estado-Nação e não lhe dão a primazia na direção de objetivos das sociedades nacionais, facultam, pelo recurso ao conhecimento-emancipação e à solidariedade, o enfrentamento da cultura política transnacional.

2.2 TRANSNACIONALIDADE E SUA DIFICULDADE CONCEITUAL

Ao analisar o fenômeno da globalização, sem deixar de perscrutar os aspectos socioeconômicos do momento de transição de paradigmas, Sousa Santos pespega a noção de transnacionalidade, em seu trabalho ambientada na questão cultural e na de economia. Escreve, então, acerca de transnacionalidade cultural ou de transnacionalidade de meios de produção etc., dando-nos a entender que essas são expressões correlatas ao fenômeno da globalização. No entanto, fica a dever-nos um conceito claro e objetivo. Que não é, diga-se, tarefa fácil, uma vez que, enquanto se fazem concertos para a melhor integração dos Estados comunitários ou entre Estados com interesses convergentes, para a solução de questões sociais, ambientais ou econômicas, a ideia de transnacionalidade vai, pouco a pouco, sendo substanciada.

Stelzer, ao tratar da estruturação da União Europeia e do fenômeno da globalização, concorda com Sousa Santos ao observar o enfraquecimento do Estado-Nação, referindo que “[...] o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano (*summa potestas*), enfrentando, assim, uma desconhecida e inusitada crise.”⁴⁰ E, ao perguntar-se sobre o papel reservado ao Estado na sociedade da globalização, a autora constata que “[...] o Estado vê sua dissolução estampada pelo avanço do poder econômico das megacorporações, pelo anseio neoliberal de uma expansão sem controle e, até mesmo, pela sua população, descrente que está de sua função pública de proporcionar segurança, emprego, saúde, educação, entre outras funções sociais.”⁴¹ Em suma, o Estado já não é o eixo central em torno do qual gravitam a identidade cultural de uma sociedade, seus anseios e projetos para seu porvir; mas é, a um só tempo, uma entidade política, cada vez mais, plural e politicamente interdependente; os problemas do mundo globalizado não podem ser tratados sem um concerto entre os diversos Estados afetados.

No caso da União Europeia, Stelzer conclui que sua integração econômica conota, iniludivelmente, com o aspecto supranacional: “Depen-

40 STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2. ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

41 *Ibidem*, p. 88.

dendo do grau de integração a ser alcançado, a verdadeira união somente é alcançada fazendo-se sentir as marcas da supranacionalidade”,⁴² que nos desperta para a compreensão de um organismo superior estabelecido para coordenar os Estados comunitários, como ocorre com o Tribunal Europeu. Mas aqui essa é apenas uma das ideias que emergem dessa quadra histórica de transição de paradigmas que, em certa medida – e apenas isto – aproxima-se do conceito de transnacionalidade.

Ao tratarem do tema e visando a estabelecer as bases epistemológicas para um direito que tende a emergir do quadro antes desenhado – o direito transnacional –, Cruz e Bodnar entendem o

[...] Estado transnacional como sendo a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização.⁴³

Numa palavra, é possível ver a transnacionalidade – nas suas vertentes política, econômica e jurídica – como decorrência inarredável do fenômeno da globalização – ou das globalizações, como quer Sousa Santos –, mas que, diferentemente da supranacionalidade, elege espaços para o tráfego das questões comuns dos Estados, onde o diálogo é democrático e consensual.

3 DA DEMOCRACIA DOS MODERNOS À DEMOCRACIA DA PÓS-MODERNIDADE

O quadro aqui debuxado coloca em destaque duas situações do mundo contemporâneo: a) a transposição de fronteiras (culturais, econômicas, tecnológicas e políticas), com a intensificação de relações entre os povos, que corresponde ao fenômeno da globalização; e b) o envelhecimento do modelo de Estado da modernidade, que, por um lado, arrima-se no conceito de unidade política, ao qual vai atrelada a ideia de soberania e, por outro lado, adjetivado como Estado constitucional, que não mais responde às demandas globalizadas. O encurtamento das distâncias entre os povos, com o tráfego de meios dinâmicos de produção e a necessidade de rede-

42 *Ibidem*, p. 94.

43 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, jan./jun. 2010. p. 159-176.

senho de mecanismos políticos e econômicos, põe em causa o eixo sobre o qual se desenvolveram os Estados a partir do século XIX, que é formado por elementos legitimadores de sua existência, a soberania e a unidade política. Para além disso, alguns autores, como Sousa Santos, denunciam a defasagem existente entre os povos hegemônicos, com potencialidade globalizante, e os da zona periférica, que são sufocados cultural e economicamente, podendo ser subjugados. Isso conduz a uma outra instância de problemas, absolutamente diversos dos que se verificavam no século passado. Como mitigar os efeitos da quebra de paradigmas?

Antes de qualquer coisa, devemos sublinhar que a situação problemática não pode ser enfrentada prescindindo-se do Estado. Primeiramente, porque a transformação das sociedades globalizadas, representadas por uma pluralidade de Estados, numa sociedade mundial, sem Estados, enfrentaria, no atual estágio civilizacional, a oposição da diversidade. As sociedades, especialmente as ocidentais, são plurais, estruturadas em localismos culturais, cada qual exigindo reconhecimento de sua condição individual; já, para não se falar das diferenças no eixo leste-oeste, que chegam a posições extremadas de ocidentalismo⁴⁴ e orientalismo. Em segundo lugar, porque parece não existirem na estrutura social condições para a autoconformação e auto-organização, de forma que a estrutura e as instituições políticas são consideradas indispensáveis. Contudo, os modelos supranacionais de solução de conflitos e de regulação de direitos internacionais pela ONU não têm dado mostras de efetividade; por um lado, por não considerarem as possibilidades multilaterais que estão em jogo no cenário conflituoso; por outro lado, por deixarem escapar situações dramáticas de povos que nem sequer lograram a autodeterminação, como ocorre no Chipre e no Curdistão, para além não terem meios para dissolver conflagrações, como as que ocorrem em diversos pontos do norte da África e mundo árabe. Diga-se, aliás, que essas categorias de conflitos estão longe do tipo de dissolução por consenso e pelos diálogos multilaterais, o que põe em causa a validade dos organismos internacionais.

No entanto, ao pensarem-se em situações problemáticas cujo objeto não é de disputa, mas é compartilhado por uma diversidade de Estados, e que afetam não exclusivamente um povo, mas várias nações ou, até mesmo, a humanidade, como as que foram aqui referidas, em relação ao meio ambiente e à economia, só se alcançará um bom nível de tratamento mediante consenso de Estados diretamente interessados, sem a necessidade, contu-

⁴⁴ A propósito, cf. HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and remaking of world order*. Londres: Free Press, 2002.

do, de coordenação supranacional. Não é por outro motivo que se fala da criação de espaços transnacionais⁴⁵.

Já se foi um pouco mais longe em termos de desenvolvimento da categoria transnacional, para se pensar na fundação do Estado transnacional⁴⁶, talvez, pensamos nós, por não se enxergar um modelo de organização política que transcenda os limites conceituais de Estado. Mas, a princípio, a ideia parece esbarrar, pelo menos no estágio atual, na fronteira da autodeterminação dos povos, e não será demais aqui lembrarmos do que se sucedeu com a experiência de criação da Constituição europeia, quando houve a recusa popular do documento político na França e Holanda. No entanto, não discrepa da realidade, no plano prático, a aceitação de espaços transnacionais para tratarem de problemas comuns de Estados organizados por blocos. Assim, da mesma forma que hoje a União Europeia estabelece pautas políticas não só para economia mas para estratégias de combate a certas modalidades criminosas e cooperação no âmbito de segurança, pode imaginar-se o surgimento de outros espaços transnacionais. A União das Nações Sul-Americanas (UNASUL), *v.g.*, poderá vir a colocar em diálogo seus doze Estados integrantes, para estabelecerem, de forma efetiva, políticas econômicas, culturais e sociais de interesse de seus povos, como já permitem entender seus objetivos institucionais⁴⁷.

O palco das relações transnacionais, como se vê, não se confunde com o esquema de solução de situações problemáticas por organizações internacionais. Primeiramente, porque ele decorre de um momento histórico em que o isolacionismo – constatável ao tempo da Guerra Fria – cedeu lugar às relações mais estreitas entre os Estados; de maneira que já não haverá condição de preeminência para certos Estados alinhados com a esquerda ou com a direita, com a finalidade de exercerem influência na política internacional (o surgimento do BRIC - grupo formado pelo Brasil, Rússia, Índia e China - equilibra as relações econômicas protagonizadas pelo G-8, formado pelos Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá e Rússia; da mesma forma que hoje a Turquia aparece, ao lado dos Estados europeus, como mediador de situações conflituosas no mundo árabe; e as decisões de política internacional não estão mais polarizadas entre Estados Unidos, de um lado, França e Inglaterra

45 BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 189. Título original: **Was ist globalisierung?** Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

46 *Ibidem*, p. 190-200.

47 UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/americado-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 16 novembro 2011.

de outro). Em segundo lugar, porque a ideia de direitos humanos vem ganhando projeção universal, *de facto*, seja pelas possibilidades criadas pelo encurtamento de distâncias (as ações humanitárias governamentais ou não chegam aos mais distantes povos, *v.g.*, na África, diferentemente da inapetência que se via no século passado), seja pela consciência histórica a se propagar em ondas acerca das prerrogativas e qualidades humanas (e mesmo entre povos de estrutura cultural homogênea, ou submetidos ao sistema teocrático, verificam-se insurgências contra a opressão, como se viu, ao longo de 2011, no mundo árabe, no fenômeno que ficou conhecido como “primavera árabe” e, atualmente, na Síria); em razão disso, pode dizer-se haver na contemporaneidade um empenhamento de ações que atende ao princípio da solidariedade, maior compromisso da comunidade de Estados, para além de um tabuleiro no qual o jogo político se realiza entre vários jogadores. Esse novo contexto mundial permite alinhar um conceito de democracia pós-moderna.

Se, por um lado, as teorias contratualistas de formação do Estado se alicerçavam na noção de poder democrático (tanto a teoria hobbesiana que dava origem ao modelo de governo autocrático como as teorias de Jean-Jacques Rousseau e de Locke, que davam origem ao sistema democrático, fundavam-se justamente no consenso geral dos homens de após *status naturalis*), percebendo-se, no trabalho dos filósofos políticos, uma vertente ideológica que levava a crer nos fundamentos democráticos de formação do Estado⁴⁸; por outro, com o surgimento do Estado moderno de após Independência Norte-americana e Revolução Francesa de 1789, as condições de seu exercício no plano prático-político passaram do aspecto formal – o direito dos cidadãos de elegerem e serem eleitos para cargos políticos – para uma configuração substantiva, que não apenas reivindicará a otimização de mecanismos de inclusão mas deverá estar concorde com um conjunto de valores ético-sociais. Ambas posições categoriais, ao fim e ao cabo, são expressões legitimadoras do Estado moderno. No entanto, não se pode negar que a democracia agregou novas dimensões e, atualmente, já se pode falar de um conjunto de valores éticos que a substantivavam em espaços muito mais amplos, transpondo territórios nacionais. A preocupação com a preservação do meio ambiente e o interesse de intervir nessa questão demonstram ser um exemplo lídimo disso. Há, com efeito, organizações formadas por pessoas de diversas nacionalidades tratando da floresta amazônica, da pesca predatória e da emissão de poluentes na

48 REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

atmosfera. Já não se fala da proteção ambiental de um Estado ou de um território determinado, mas de todo planeta. É diante dessa circunstância que se poderá falar de uma democracia substantiva transnacional.

De forma mais desenvolvida e após constatar a insuficiência do Estado constitucional moderno, Cruz pensa na realização de um novo “contrato social”, de dimensão transnacional, cuja discussão teórica fundamentar-se-á na erradicação da pobreza, na sustentabilidade ambiental, na garantia de educação para todos e no sentido ético para a vida humana⁴⁹. As concretizações nesse sentido, embora não devidamente arrançadas teoreticamente, já são perceptíveis e colocam-se como um novo horizonte para os estudiosos.

CONCLUSÃO

As transformações observadas na sociedade humana, especialmente a partir dos fins dos anos 80, tanto na ciência e tecnologia como nas relações econômicas e de produção, além do fim da Guerra Fria, causaram, inapelavelmente, fissuras no paradigma de Estado moderno, que já não atenderá às demandas da contemporaneidade. Seja porque sua estrutura organizacional colide com a dinâmica da economia e das regulamentações globalizadas, seja porque a pura e simples reivindicação de soberania (como poder total e incontestável) impõe entraves no relacionamento dos Estados no cenário mundial.

A ideia de comunidade global, de muitas formas proclamada pela sociologia, e determinados fenômenos culturais que tendem a esbater as fronteiras, também colocarão em causa a teoria do Estado como unidade. Mas, nem por isso, poder-se-á prescindir da organização política, tal como a que emana do Estado, por diversas razões, inclusive a que se refere à impossibilidade de estruturação autopoietica da sociedade humana.

No entanto, a consciência histórica do homem, que lhe permite entender algumas de suas prerrogativas sob a cláusula da irrenunciabilidade, disso decorrendo não apenas a agregação e especificação de direitos humanos, mas a exigência de seu respeito, torna inviável – ou, pelo menos, mitiga – a determinação de política internacional por meio de potências hegemônicas. A discussão sobre a guerra no Iraque após o 11 de setembro demonstra-o bem, à medida que a crítica contra o unilateralismo é uma

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**. Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 41.

forma de postular a atuação multilateral, com a participação de mediadores e demais interessados numa solução menos aflitiva para os direitos humanos. Uma mais bem acabada noção de solidariedade, também permite que os problemas da humanidade sejam tratados por diversos atores políticos (aqui se incluindo as organizações não governamentais e grupos de pressão). E, ainda, a preocupação com os novos problemas do planeta, que são de todos e não de certos povos, permite a estruturação de um novo conceito de democracia.

A democracia da contemporaneidade poderá exercer-se, sob a forma de um novo contrato social, em espaços transnacionais, nos quais interesses comuns e a abstenção de disputas permitirão o trato dos novos problemas das sociedades sem se recorrer a órgãos de execução inter ou supranacionais.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: **Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.**

BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud.** Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus, Séfer, 2003. Título original: **In his image - the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.**

Bíblia hebraica. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Séfer, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio.** 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Título original: **End of millennium.**

CÍCERO. **Tratado das leis.** Tradução de Marino Kury. Caxias do Sul: Educus, 2004. Título original: **De legibus.**

COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito.** Tradução, notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008. Título original: **La ignorancia del Derecho.**

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade.** Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, jan./jun. 2010, p. 159-176.

CÍCERO. **Dos deveres**. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70. Título original: **De officiis**.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica. Texto inédito.

HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: **Staatslehre**.

HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002.

JOSEFO, Flavio. **Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía**. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: **General theory of law and state**.

MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: UnB, 1997. Título original: **Histoire d'une démocratie**: Athènes.

REY CANTOR, Ernesto. **Teorías políticas clásicas de la formación del Estado**. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

TOURRAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de**

hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
Título original: **Un nouveau paradigme**.

UNASUL. Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 16 novembro 2011.

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Fábio de Souza Trajano

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí.*

RESUMO

O princípio da sustentabilidade relaciona-se com a proteção ambiental, com aspectos sociais e com aspectos econômicos, tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações. O princípio da sustentabilidade deve ser considerado um princípio constitucional estruturante ou fundamental. O direito do consumidor tem como princípio implícito o da sustentabilidade, pois sua meta é a proteção da segurança, da saúde, da dignidade, dos interesses econômicos e da melhoria da qualidade de vida dos consumidores, todos os objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade. Além de direitos, os consumidores têm responsabilidade solidária para a concretização do princípio da sustentabilidade. Todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade, dependendo sua consolidação dos operadores do Direito em aplicá-los, especialmente dos Tribunais fundamentarem suas decisões com base em tal princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da sustentabilidade. Direito do consumi-

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 205 - 220	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

dor. Princípio constitucional estruturante. Princípio implícito de direito do consumidor. Concretização.

ABSTRACT

Sustainability principle is related to environmental protection and to social and economic aspects, having as background the dignity of people and the life of current and future generations protection. The sustainability principle must be considered an structuring or fundamental constitutional principle. The consumer rights have as implicit principle the sustainability one, because its goal is the security, health, dignity, economic interests and the improvement of quality of consumers' life protection, all the objectives also pursued by the sustainability principle. Besides rights, consumers have solidary responsibility to the concretion of the sustainability principle. All the constituted powers and the civil society must watch over to the effectuation of the sustainability principle, depending its consolidation on the law operators to apply them, specially the Courts to fundament their decisions based on that principle.

KEYWORDS: Sustainability principle – Consumer rights - Structuring constitutional principle – Implicit principle the consumer rights – Concretion.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com este artigo destacar a relação existente entre o princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor, sob a ótica da Constituição Federal. Inicialmente, demonstra-se a evolução da economia ecológica até chegar ao princípio da sustentabilidade. Na sequência, abordar-se-á a classificação dos princípios constitucionais, enquadrando o princípio da sustentabilidade como um princípio constitucional estruturante ou fundamental. No tópico seguinte, após discorrer sobre a relação existente entre o direito do consumidor e o princípio da sustentabilidade, conclui-se que este é um princípio implícito naquele. Destaca-se, na sequência, a necessidade da concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor pelos poderes constituídos e pela sociedade civil,

por serem valores constitucionais da mais alta relevância. Por derradeiro, enumeram-se as considerações finais.

1 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

Conforme ensinamentos de Juan Rosa Moreno, em 1966, alguns economistas passaram a preocupar-se com a limitação dos recursos naturais, eclodindo, na década de 70, a economia ecológica, com severas críticas à economia do crescimento, até que as conclusões da Conferência de Estocolmo e do Clube de Roma destacaram o fim da utopia do crescimento ilimitado. Apesar de tais conclusões, a economia da década de 80 não sofre qualquer reorientação. Já, na década de 90, a partir da Conferência do Rio, a política ecológica ganha força em razão da demanda social, baseada em postulados econômicos sustentáveis, o que perdura até os dias de hoje.¹

Da política ecológica evoluiu-se para o princípio da sustentabilidade, que, segundo lições do Professor Gabriel Real Ferrer², relaciona-se com a proteção ambiental (defesa do entorno), com aspectos sociais (inclusão social) e com aspectos econômicos (crescimento e distribuição de renda), tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações.

Em outras palavras, o princípio da sustentabilidade significa “assegurar a satisfação das necessidades das atuais gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades”³, ou, ainda, “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas eqüitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”⁴.

O princípio da sustentabilidade relaciona-se, diretamente, com o princípio do Estado Social, que pede ações estatais para a realização do programa social contido na Constituição Federal, como o direito ao tra-

1 MORENO, Ruan Rosa. El derecho ambiental em Latino América. In FERRER, Gabriel Real (Coord.). *Intracación económica y medio ambiente en América Latina*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000. p. 16-17.

2 Ferrer, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica (CCPJ), Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27/4/2009.

3 Ferrer, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica (CCPJ), Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27-4-2009.

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 3. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: < <http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz> >. Acesso em: 11/12/2009

balho, a uma remuneração adequada, ao direito de habitação, à proteção das gerações futuras e às bases da vida naturais, denominados de direitos fundamentais sociais, exigindo ações ativas do Estado para sua efetivação e implicando, algumas vezes, restrições ao direito de liberdade de outros, conforme lição de Konrad Hesse analisando o texto constitucional germânico, todavia, com inteira aplicação aqui, destacando-se o seguinte trecho que trata da proteção ao meio ambiente:

[...] Na Lei Fundamental foi, pela 42ª Lei Modificadora, inserida somente a proteção ao meio ambiente como nova determinação estatal. Segundo o artigo 20ª, protege o Estado, também, em responsabilidade pelas gerações futuras, as bases da vida naturais no quadro da ordem constitucional pela legislação e, conforme a lei e direito, pelo poder executivo e poder judiciário.⁵

Destaca-se, a seguir, o significado dos vocábulos “sustentável” e “sustentabilidade” proposto por Edis Milaré:

SUSTENTÁVEL – Termo aplicado às economias e ao desenvolvimento. Implica que o ‘capital’ do sistema se mantenha e que as sociedades vivam dos ‘rendimentos’. Em termos ecológicos, requer estabilidade ao longo dos tempos e uma ausência de degradação ambiental que, de algum modo, podem ser avaliadas [...] **SUSTENTABILIDADE** - Qualidade, característica ou requisito do que é sustentável. Num processo ou num sistema, a sustentabilidade pressupõe o equilíbrio entre ‘entradas’ e ‘saídas’, de modo que uma dada realidade possa manter-se continuamente com suas características essenciais [...].⁶

Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanziola Vieira⁷, invocando lição de Monédiaire, destacam a importância de o desenvolvimento sustentável ser reconhecido como um princípio jurídico autônomo, apesar de seu reconhecimento em vários âmbitos do Direito, notadamente o Direito Internacional, exigindo-se, a partir da consagração desses novos princípios e valores, uma “nova conformação e percepção do direito. MONEDIAIRE tem dado a isso o nome de “Direito Pós-Moderno Mundializado”.

5 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 170-172.

6 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 1.339.

7 CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, 13/173-197.

2 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Para Canotilho⁸, esquematicamente, a Constituição é formada por princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, formando uma unidade da Constituição e podendo ganhar maior grau de concretização e densidade por intermédio da concretização legislativa e jurisprudencial. Em primeiro plano, temos os princípios estruturantes, no dizer de Canotilho, “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional” ou as “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político”, enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano.⁹

Luiz Roberto Barroso não discrepa, dividindo os princípios constitucionais materiais em fundamentais, gerais e setoriais ou especiais. Considera, todavia, princípios, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da República indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais¹⁰.

Quanto à proteção da dignidade da pessoa humana, um dos escopos do princípio da sustentabilidade, conforme ensinamento de Konrad Hesse, assim como na Constituição, está prevista no art. 1º da Constituição Alemã, como um dos princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e devem ser exercidas as tarefas estatais, destacando-se o seguinte trecho que tem inteira aplicação na nossa ordem constitucional:

[...] o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de imunidade e sob o signo da ameaça atual

8 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1173.

9 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1173.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374-375.

latente à “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade”.¹¹

Tendo em vista que o princípio da sustentabilidade, como visto, tem como escopo preservar os interesses maiores da sociedade, como a proteção do meio ambiente, da vida da atual e de futuras gerações, da dignidade da pessoa humana, levando, ainda, em consideração os aspectos sociais e econômicos, relaciona-se com direitos e interesses inerentes à cidadania, decorrentes da relação de participação estabelecida “entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva”¹².

Destaca-se, ainda, a ideia de cidadania relacionada a questões de natureza ecológica, porquanto, conforme ensinamento de Liszt Vieira, a cidadania não estará completa até que tenhamos um mundo que preserve os recursos naturais, que só será alcançado com um desenvolvimento sustentável¹³, preservando, assim, a sobrevivência da atual e das futuras gerações.

Podemos, assim, concluir que o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito em nosso texto constitucional e enquadra-se na classificação de estruturante ou fundamental, na afirmação de Gabriel Real Ferrer. Acerca da conceituação de princípio implícito, ensina Juan Ruiz Manero:

Tanto quando se trata de princípio em sentido estrito como de diretrizes, é comum distinguir, no âmbito dos princípios constitucionais, entre princípios explícitos e princípio implícitos. Entendemos por princípios constitucionais explícitos aqueles que se encontram enunciados no texto constitucional, e por princípios constitucionais implícitos aqueles que o texto constitucional não enuncia, dos quais se diz que são subjacentes ao mesmo, como razões justificativas de regras constitucionais expressas.¹⁴

Luiz Roberto Barroso, ao se referir aos princípios, diz que poderão ser explícitos ou implícitos, estes quando “decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade”.¹⁵

11 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

12 BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça**. p. 21.

13 VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. p. 264.

14 AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la Constitución**. Madrid: Lustel, 2007, p. 98-99. Tanto si se trata de principios em sentido estricto como de directrices, es usual distinguir, en el ámbito de los principios constitucionales, entre principios explicitos y principios implícitos. Entendemos por principios constitucionales explicitos aquellos que se encuentran enunciados en el texto constitucional, y por principios constitucionales implícitos aquellos que el texto constitucional no enuncia, pero de los que se sostiene que subyacen al mismo, como razones justificativas de reglas constitucionales expresas.

15 BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

Canotilho afirma que a República Portuguesa é verde, acrescentando um novo elemento ao Estado de direito democrático, o ecológico, destacando vários dispositivos constitucionais relacionados a uma “República ecologicamente autossustentada, exortando a responsabilidade dos poderes públicos com as gerações futuras, destacando-se a seguinte lição:

A dimensão ecológica obrigará, porventura, ao repensamento da localização do homem dentro da comunidade biótica independentemente de se saber se existem direitos fundamentais dos seres vivos (dos animais, das plantas). Por outro lado, a dimensão ecológica da República justificará a expressa assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de autosustentabilidade ambiental. O ambiente passa a ser, assim, não apenas um momento ético da República (ética político-ambiental), mas também uma dimensão orientadora de comportamentos públicos e privados ambientalmente relevantes.¹⁶

Aproveitando as lições de Canotilho, poderíamos afirmar que a República Brasileira é verde, acrescentando ao Estado de direito democrático - considerado um dos princípios estruturantes - a sustentabilidade, com abrangência maior que o termo ecológico.

3 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO UM PRINCÍPIO IMPLÍCITO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O princípio da defesa do consumidor¹⁷ e o princípio da sustentabilidade decorrem, diretamente, do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes últimos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, II e III, da CF/88, sendo, todos, enquadrados como princípios estruturantes, de acordo com o consignado anteriormente.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com o princípio da sustentabilidade e com a defesa do consumidor.

A defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade - são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente, conforme disposição de nossa Constituição Federal (CF/88), *in verbis*:

16 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 227.

17 Reconhecido como direito e garantia fundamental, conforme previsão do art. 5º, XXXII, da CF/88.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

E não poderia ser diferente, porquanto a proteção do meio ambiente e um desenvolvimento sustentável guardam estreita e direta relação com a produção e o consumo dos bens e serviços de forma adequada e consciente, como, por exemplo, observando-se a política dos “três erres”: reciclar, reduzir e reutilizar.

Newton de Luca, ao tratar da evolução da proteção do consumidor, em relação aos dias atuais, destaca a preocupação com a ecologia e com os riscos provocados ao planeta pelo consumismo exagerado e pelo desenvolvimento tecnológico:

Finalmente, na terceira fase¹⁸, correspondente aos dias atuais, de mais amplo espectro filosófico – marcada por consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania -, interroga-se sobre o destino da humanidade, conduzido pelo torvelinho de uma tecnologia absolutamente triunfante e pelo consumismo exagerado, desastrado e trêfego, que põe em risco a própria morada do homem.¹⁹

Edis Milaré, na mesma linha, salienta que as distorções do consumo geram problemas até chegar ao consumismo, consistente em uma “mentalidade arraigada e em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista.” Os milhões de consumistas, segundo o Autor, “representam uma ameaça global para o meio ambiente, tanto mais que essa mesma população cresce em taxas ainda assustadoras, sobretudo nos países pobres ou em vias de desenvolvimento”.

Mais adiante, destaca Milaré a existência de áreas comuns entre a proteção do consumidor e do meio ambiente, havendo maior convergência do que divergência entre ambos, concluindo que “não é só o desenvolvimento-não-sustentável que causa a degradação ambiental. O consumo não-sustentável também está na origem de muitos dos nossos males ambientais”.²⁰

18 Em relação as duas fases precedentes, vide subitem 3.1.3.3.

19 LUCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 47.

20 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. p. 81-83.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada, no Rio de Janeiro, em 1992, foi incisiva, ao proclamar, no seu Princípio 8, que “para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e promover políticas demográficas adequadas”.²¹

Não há dúvidas, assim, de que, para a concretização do princípio da sustentabilidade, exige-se um consumo sustentável.

A Política Nacional de Relações de Consumo tem como princípios basilares o atendimento das necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; e a melhoria da sua qualidade de vida, conforme o *caput* do art. 4º, do CDC (Lei n. 8.078/1990), todos eles objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade.

Outra demonstração de ponto de contato entre a defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade é o art. 51, XIV, do CDC ao considerar como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de defesa do Consumidor, já menciona a preocupação da ciência consumerista com o “chamado consumo sustentável”, destacando a Resolução ONU n. 153/1995 ([sic] – o número correto é 1195-53/1995). Salienta Filomeno que “o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como atividade predatória dos recursos naturais”, acrescentando que as necessidades dos indivíduos são infinitas, em decorrência dos meios de comunicação de massa e pela força do *marketing*, enquanto os recursos naturais são limitados, especialmente quando não possam ser renovados.

Conclui o Autor que a nova vertente do consumerismo objetiva alcançar o indispensável equilíbrio diante de tais realidades, “a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta.”²²

Poder-se-á dizer que, além de direitos, o consumidor, como cidadão consciente de suas responsabilidades para a concretização do princípio da

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 8. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: < <http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaradorio.doc>.147. wiz >. Acesso em: 11-12-2009.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 20.

sustentabilidade, também tem deveres, como uma espécie de responsabilidade solidária, tais como: priorizar o consumo de produtos ecologicamente corretos, levando em consideração, dentre outros aspectos, a energia utilizada em sua fabricação ou sua utilização; o uso de substâncias tóxicas; a possibilidade de reciclagem da embalagem; a constituição regular do fabricante (evitando-se a sonegação fiscal e aquisição de produtos falsificados); a existência da licença ambiental da unidade fabril; o respeito às normas técnicas; a responsabilidade socioambiental do fabricante; e a “substituição do capital natural pelo capital artificial²³” etc.

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a Resolução da ONU 1195-53, de julho de 1995, reconhece o consumo sustentável “como um dos direitos-deveres dos consumidores, o que consubstanciaria o sexto direito do consumidor, universalmente considerado.²⁴

Canotilho, na mesma linha, salienta que hoje se assiste a um deslocamento do direito ao ambiente do campo dos direitos para o “terreno dos direitos fundamentais”. Pretende-se, com tal mudança de *status*, destacar a necessidade de “se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais.”²⁵

O Governo, por sua vez, poderia incentivar a fabricação e produção sustentável, criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos”, como um selo verde, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e informando a sociedade da importância de um consumo sustentável.

Diante de tantos pontos em comum e em razão da importância para as gerações atuais e futuras, poderíamos dizer que, na verdade, o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito²⁶ no direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações.

23 FERRER, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica (CCPJ), Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27/4/2009.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 134.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 178.

26 O Código de Defesa do Consumidor é um diploma legal de caráter principiológico, com vários princípios expressos e, entende-se, também, implícitos, como o princípio da sustentabilidade.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Verificando-se, assim, que o princípio da sustentabilidade e o da defesa do consumidor têm fundamento constitucional e que o primeiro deve ser considerado como princípio estruturante ou fundamental enquanto o segundo decorre diretamente dele e é considerado direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII, CF/1988), todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação desses, destacando Luiz Roberto Barroso²⁷ que “uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”.

Importante salientar que a concretização dos valores consagrados na Constituição Federal depende da aplicação direta, pelos operadores do Direito, das normas constitucionais, quer na fundamentação das postulações levadas a juízo, quer na fundamentação das decisões judiciais, sendo, todavia, indispensável a criatividade do intérprete para alcançar tal desiderato.

Com efeito, conforme ensina Barroso, para a realização da vontade constitucional, não se pode desprezar o método clássico de interpretação, baseado na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais continuam com um papel relevante para se buscar o sentido das normas e para a solução dos casos concretos. Todavia, algumas vezes, tais métodos não são suficientes para alcançar o referido desiderato, enaltecendo a importância da criatividade do intérprete na concretização da norma constitucional:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.²⁸

Paulo Bonavides, na mesma esteira, registra que os métodos tradicionais são inadequados e insuficientes para captar o sentido das normas constitucionais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação

27 BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196-197.

28 BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 307.

na resolução do problema. O autor Invoca a tese da concretização desenvolvida por Konrad Hesse, surgindo a necessidade de uma operação valorativa, fática e material por parte do intérprete na compreensão da norma que vai concretizar.²⁹

Não é demais destacar que o intérprete, anteriormente, tinha como missão descobrir a vontade daquele que elaborou a norma, limitando-se apenas a deixar claro sua mensagem, partilhando pressupostos e valores. Na visão de Emilio Betti³⁰, analisada por Raquel F. Lopes SpareMBERGER³¹, o intérprete deveria deixar a forma representativa “falar”, subordinando-se ao criador, em uma atitude de humildade e resignação, para chegar a sua intencionalidade, dependendo do entendimento entre os “espíritos” de absoluta comunhão de valores e pressupostos, ou mesmo “concordância entre ambos”.

Não exercia o intérprete, assim, qualquer papel criativo ou construtivo, mas apenas um papel passivo de descobrir o sentido da forma representativa. O juiz seria reduzido ao papel de “boca da lei”, utilizando cânones hermenêuticos para garantia da correta interpretação e representando o texto um verdadeiro dogma.

Analisando a influência da Constituição Federal de 1988 no direito privado brasileiro e, por consequência, no direito do consumidor, destaca-se a seguinte lição de Claudia Lima Marques:

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (força normativa da Constituição), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.78/90), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/92), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850.³²

Vive-se, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar à constitucionalização do Direito, dependendo todas as normas jurídicas e decisões judiciais de sua adequação aos valores con-

29 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 619.

30 Emilio Betti (Camerino, 20 de agosto de 1890 - Camerino, 11 de agosto de 1968) foi um jurista italiano, tendo se dedicado especialmente ao Direito Romano, além de filósofo e teólogo. Ele é mais conhecido por suas contribuições à hermenêutica, como consequência de seu interesse por interpretação [...]. In *Enciclopédia Wikipédia On-line*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7/9/2009.

31 SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: *Hermenêutica e argumentação*. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003. p. 39-77.

32 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

sagrados no texto constitucional, e não apenas a requisitos formais e procedimentais, conforme lição de Manuel Atienza ao responder à indagação da Professora Claudia Rosane Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo. Enfatizou o referido Autor que o positivismo jurídico conclui o seu ciclo, assim como o Direito Natural concluiu seu tempo histórico, em razão da “constitucionalização do Direito, preferindo o termo pós-positivismo a outros, por sugerir a ideia de uma fase posterior ao positivismo.

Esclarece Atienza, todavia, que, para referir-se à concepção de Direito de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou do próprio Atienza, está sendo utilizada a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista”, para exprimir a ideia que “estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição”, especialmente tendo em vista que a validade das normas depende de sua conformidade com a Constituição, não apenas considerando-se os critérios formais e procedimentais mas também critérios materiais. Os tribunais constitucionais têm grande importância em referido cenário, por desempenharem o papel de controle da constitucionalidade das leis.³³

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal deve ser o norte para a edição de todas as normas, além de fundamento das postulações e decisões judiciais, não apenas se levando em conta critérios formais e procedimentais, mas, especialmente, critérios materiais, tendo os enunciados constitucionais, assim, caráter de norma jurídica.

Em outras palavras, os valores consagrados no texto constitucional, destacando-se o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, devem pautar todas as ações não só dos operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.) mas também dos legisladores e autoridades do Poder Executivo destacando-se, para alcançar tal objetivo, a importância da compreensão do novo significado de norma jurídica e da diferença entre regra e princípio.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se considerar que:

1 – o princípio da sustentabilidade tem como objetivo proteger os interesses maiores da sociedade, como o meio ambiente, a vida e a digni-

33 CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43-84.

dade da pessoa humana, levando em consideração os aspectos sociais e econômicos;

2 - o princípio da sustentabilidade está diretamente relacionado a direitos inerentes à cidadania e deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental;

3 - o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor decorrem do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, todos fundamentos da República Federativa do Brasil e considerados estruturantes;

4 - a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com a concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor;

5 - a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade -, conforme art. 170, V e VI, da CF/88, são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente;

6 - a concretização do princípio da sustentabilidade exige produção e consumo sustentável;

7 - o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida são objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo - art. 4º do CDC - e também do princípio da sustentabilidade;

8 - o consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária;

9 - o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito do direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações;

10 - todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, por serem valores constitucionais da mais alta relevância;

11 - a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do direito (advogado, juízes, desembarga-

dores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente dos Tribunais fundamentarem suas decisões baseadas em tal princípio; e

12 - o governo poderia incentivar a fabricação e produção sustentável, criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos” - como um selo de preservação ambiental, verde, por exemplo -, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e, por intermédio de propaganda institucional, informar a sociedade da importância de um consumo sustentável, impulsionando, dessa forma, o interesse dos consumidores por tais produtos e as respectivas vendas.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la Constitución**. Madrid: Lustel, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**, OAB/SC Editora. 2., 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, 13/173-197, São Paulo, jan-mar. 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ENCICLOPÉDIA Wikipédia *On-line*. **Hans-Georg Gadamer**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7/9/2009.

_____. **Emilio Betti** . Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7/9/2009.

FERRER, Gabriel Real. **Informação verbal**. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/Univali e Madas/UA, 27/4/2009.

FERRER, Gabriel Real (Coord.). *Intragracion económica y medio ambiente en América Latina*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

LUCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 3**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz>>. Acesso em: 11/12/2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman;; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: **Hermenêutica e argumentação**. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS: DA ESPERANÇA À DESILUSÃO¹

Bartira Soldera Dias

Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Mestranda em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

Henrique da Rosa Ziesemer

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

SUMÁRIO

Introdução. 1 A histórica formação dos Juizados Especiais no Brasil. 2 A esperança do novo sistema: facilitação do acesso à justiça; celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. 3 A desilusão: a indesejada semelhança do novo “microsistema processual” com o tradicional e malfadado rito comum. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo traçar um perfil dos Juizados Especiais, cíveis e criminais, tendo em vista sua evolução, propostas e ferramentas. A ênfase do trabalho é dada ao Juizado Especial Estadual, assim

¹ Artigo produzido no âmbito da disciplina Constitucionalismo e Juizados Especiais, ministrada pelo Professor Doutor Zenildo Bodnar na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, como parte das atividades do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI - Curso de Mestrado.

como à mudança de paradigmas que envolve o tema, sobretudo pelo prisma do acesso à justiça e da eficiência da prestação jurisdicional. A deturpação do modelo de justiça informal inicialmente proposto é abrangida de modo a possibilitar a reformulação de seus conceitos e a readequação de sua estrutura, a fim de que os Juizados Especiais possam realmente conferir a todos os cidadãos o direito fundamental de acessar a justiça e de obter dela uma resposta rápida e efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Evolução. Propostas. Acesso à Justiça. Prestação Jurisdicional. Eficiência. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article aims to draw a profile of the Special Courts, civil and criminal, in view of its evolution, proposals and tools. The emphasis of the work is given to the State Special Court, as well as the paradigm shift that involves the subject, especially from the perspective of access to justice and efficiency of adjudication. The distortion of the model originally proposed informal justice is covered to enable the reformulation of the concepts and the readjustment of its structure, so that the Special Courts can really give all citizens the fundamental right to access justice and obtain her quick response and effective.

KEY-WORDS: Special Civil and Criminal Courts. Evolution. Proposals. Access to Justice, to Provide Judicial. Efficiency. Judiciary.

INTRODUÇÃO

O Brasil, preocupado com a ineficiência de seu sistema judicial, há tempos reclamava uma prestação jurisdicional mais célere e um modelo de justiça que permitisse um maior acesso não só às massas marginalizadas, mas também aos conflitos de pequena monta. Para minimizar este problema, o legislador implantou no país, a partir da década de 1980, um novo modelo de “justiça”, assim compreendido como um mecanismo menos burocratizado à prestação jurisdicional, a fim de que os conflitos da população brasileira fossem resolvidos de maneira mais eficiente.

Criado pela Lei n. 7.244/1984 e alterado, sobretudo, pelas Leis n. 9.099/1995 e 10.259/2001, o sistema dos Juizados Especiais acarretou uma mudança de paradigmas no Brasil, gerando inicialmente desconforto e desconfiança e, posteriormente, comemoração ante os seus significativos avanços. Nascia, nesse momento, a esperança para resolução de milhares de conflitos interesses que, há muito tempo, estavam ou fora do amparo estatal ou à espera da prestação jurisdicional.

No entanto, passados mais de dezessete anos de sua criação, esse modelo de justiça, destinado a ser mais célere e menos burocrático do que o tradicional procedimento comum, tem se mostrado ineficiente. A esperança de outrora deu lugar à desilusão: o sistema de justiça informal dos Juizados Especiais continua a amargar as mesmas mazelas que assombram os clássicos processos de rito comum.

É hora, portanto, de rever-se esse “microsistema jurídico processual”, a fim de que possamos efetivar seus princípios e suas propostas para conferir a todos os cidadãos o acesso à justiça e a obtenção de uma rápida e efetiva prestação jurisdicional.

1 A HISTÓRICA FORMAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL

O julgamento de causas de pequena monta no ordenamento jurídico pátrio, sejam elas de natureza cível ou criminal, foi incorporado ao sistema processual brasileiro recentemente (conforme será visto no decorrer deste artigo). Compreendido como um universo particular pertencente ao conjunto do sistema processual, ou como um “microsistema jurídico processual”, esse novo modelo de justiça – Juizados Especiais Cíveis e Criminais -, inicialmente destinado para o processo e julgamento das “pequenas causas”, constitui-se hoje em uma referência legislativa importantíssima para a configuração de uma nova forma de prestação jurisdicional.

As inovações introduzidas com a edição da Lei n. 7.244/1984² e, posteriormente, com as Leis n. 9.099/1995³ e 10.259/2001⁴ representaram

2 BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7244.htm>>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

3 BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012.

4 BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

um avanço legislativo significativo e marcaram modificações profundas em alguns postulados de ordem material e processual no Brasil, permitindo, dessa forma, a ampliação do acesso à justiça e da efetiva tutela jurisdicional.

Para melhor compreensão desse novo “modelo de justiça”, torna-se necessário fazer uma breve regressão aos seus fundamentos, analisando-se, para tanto, os contextos políticos, históricos, jurídicos e sociais que condicionaram o seu surgimento. Esse recorte permitirá observar que, ao contrário do que se possa imaginar, a instituição de juizados informais para julgamento de causas de menor complexidade no Brasil não é algo novo. A propósito, é a lição de Abreu:

[...] aquilo que nos parece novo, em nosso sistema jurídico, e ainda nos causa perplexidade, já integrou nosso ordenamento jurídico, e pode ser resgatado de nosso passado histórico. Essa percepção serve para situar e compreender a evolução do próprio sistema, e, ao mesmo tempo, para dimensionar o que sucede, em nível de movimento histórico, em outros países, que lograram produzir um sistema de justiça mais comprometido com as transformações sociais.⁵

As raízes dos chamados “juizados informais” no Brasil emergem do período colonial, quando Portugal – durante o processo de colonização e aculturação de sua nova colônia na América – transplantou para cá sua ordem jurídico-político-cultural. Desde as Ordenações Filipinas e Manue-linas⁶, já é possível observar que a estrutura da administração da justiça na metrópole dividia-se de acordo com critérios diversos, como o número de famílias submetidas à jurisdição do magistrado ou o valor de alçada dos bens⁷.

Com as modificações advindas em 1832, com a reforma da estrutura administrativa portuguesa, surgiram os Juízes de Paz, com competência para atuar nas divisões distritais dos Municípios. A Justiça de Paz, como assevera Abreu, “prestou relevantes serviços à causa da Justiça no sistema judiciário brasileiro”, uma vez que os Juízes de Paz possuíam competência

5 ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 30.

6 As Ordenações Filipinas e Manue-linas são compilações jurídicas portuguesas publicadas, respectivamente, em 1446/1447, sob o reinado de D. Afonso, e em 1521, sob o reinado de D. Manuel (PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**: desde as origens até o advento do milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42).

7 Abreu explicita que, no período colonial, quando da vigência das Ordenações, o Direito português mantinha a seguinte estrutura da administração da justiça: “[...] o *Juiz Ordinário* (anualmente eleito nas Câmaras Municipais e com residência local, com jurisdição sem apelação nem agravo nos lugares com mais de 200 vizinhos); o *Juiz de Fora* (nomeado por carta-régia, bacharel, com alçada, até a quantia de mil réis nos bens móveis; e nas comunidades de até 200 vizinhos, nos bens móveis até 600 réis e em bens de raiz até 400 réis, sem apelação nem agravo); o *Juiz de Vintena* (com jurisdição em localidade de até vinte famílias); o *Juiz Pedâneo* (com alçada de até 400 réis, decidia oralmente e de pé, exercendo, ainda, funções de polícia).” (ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 3 de janeiro de 2012).

para solucionar pequenos conflitos e conciliar as partes.⁸

No entanto, “no regime republicano a administração da justiça passou a perder paulatinamente o caráter local e o critério valorativo de um sistema de quantia mínima”⁹. Como consequência, a figura do Juiz de Paz foi perdendo força no cenário jurídico-político brasileiro, chegando ao ponto de hoje estar praticamente limitado à celebração de casamentos¹⁰. Aos poucos, o sistema de justiça brasileiro transformava-se nesse conhecido “modelo de justiça tradicional, de natureza contenciosa, sabidamente menos acessível ao povo.”¹¹

Essa nova trajetória, afirma Abreu, colocou o País na contramão da história, vez que, enquanto no Brasil as pequenas causas perdiam espaço, no resto do mundo ganhavam novos contornos com a criação de juizados que objetivavam uma justiça rápida e barata.¹²

A criação dos juizados informais brasileiros ressurgiu em um momento crítico da retomada da democracia política no País¹³ e derivou de um duplo movimento: de um lado, a iniciativa do Ministério da Desburocratização, órgão do governo federal, criado em 1979, que tinha o objetivo de promover uma reforma administrativa e descentralizar as atividades do

8 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 3 de janeiro de 2012.

9 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 115.

10 A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 98, inciso II, que: “A União, no Distrito e nos Territórios, e os Estados criarão” [...] a “justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direito, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5

11 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acesso em: 3 de janeiro de 2012.

12 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 115-116.

13 “A partir da década de 80, praticamente já consolidada a reabertura política com a Lei de Anistia, a Nova Lei Orgânica dos Partidos, [...], começaram a tomar corpo movimentos sociais diversos, seja das classes dominadas, seja de outros matizes, caladas pela ditadura. Foi nesse contexto que surgiram a Central Única dos Trabalhadores, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, Movimentos Ecológicos e ONGs diversas, exigindo a efetivação de direitos fundamentais e sociais, enfim, uma vida digna e livre e, portanto, justiça, na sua concepção mais ampla e nobre. Inúmeras publicações científicas de sociólogos, filósofos, psicanalistas, cientistas políticos, a partir de uma visão interdisciplinar, abordavam temas ligados aos direitos fundamentais e sociais e, em especial, o relativo acesso à justiça de forma igualitária e eficiente, na busca da consolidação de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49-50). Por essa razão, nesta época, efervesceram discussões na defesa da descentralização da justiça e de interesses difusos e coletivos. Como consequência, nasceram, na década de 80, a Lei n. 6.938/81, que regulamentava a Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei n. 7.347/85, disciplinando a ação civil pública, e a Lei n. 7.244/84, que criava o Juizado de Pequenas Causas, que surgiu em meio à campanha nacional das “Diretas Já” e durante a transição para a democracia política brasileira (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, cit., p. 52-54).

governo de modo a melhorar o desempenho do Estado; de outro, a experiência emergida da práxis da magistratura gaúcha, que criou o Conselho de Conciliação e Arbitragem, em julho de 1982.¹⁴

Empenhado em minimizar a burocracia do aparato estatal, o Ministério da Desburocratização, saturado de reclamações acerca do péssimo desempenho do Poder Judiciário, ampliou seu programa de desburocratização para abarcá-lo. Buscando soluções para o problema da justiça brasileira, em 1980, o Secretário Executivo do citado programa, João Piquet Carneiro, viajou aos Estados Unidos da América para conhecer o sistema de juizado de pequenas causas, que funcionava de maneira satisfatória na cidade de Nova Iorque. Chamou a atenção do então Secretário a forma como o Poder Judiciário americano julgava um número excessivo de processos de forma rápida, barata e informal. Na volta ao Brasil, impressionado com o que vira no exterior, João Piquet Carneiro resolveu pôr em discussão a relevância e a eficiência do juizado de pequenas causas. Entre os convidados para o debate estavam alguns representantes da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (Ajuris), que havia implantado, no mês de julho de 1982, na Comarca de Rio Grande (RS), os juzizados de pequenas causas, a partir da experiência pioneira dos conselhos informais de conciliação.¹⁵ Inspirado na experiência nova-iorquina das *Small Claims Courts*¹⁶¹⁷, a comissão elaboradora do Projeto de Lei n. 1.950/83, que propunha a criação dos Juzizados

14 CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

15 CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, cit., p. 16-18.

16 O Juizado de Pequenas Causas do Estado de Nova Iorque (*Small Claims Courts*) foi implementado em 1934, com a finalidade, inicial, de julgar causas de reduzido valor econômico. Estas cortes integram o sistema judiciário do Estado e possuem “jurisdição sobre qualquer matéria cível cujo valor não exceda ao teto máximo da competência daquele Juizado. O acesso é restrito a pessoas físicas e a assistência de advogado não é obrigatória, sendo estimulada, alternativamente, a ‘apresentação pessoal da causa como forma de aproximar a parte do julgador’. Trata-se de um tribunal informal, no qual indivíduos podem mover ações indenizatórias, sem advogado. [...] O rito processual é simples, informal e essencialmente oral; a audiência de julgamento só ocorre quando se vêem esgotadas as possibilidades de solução arbitral ou a via da conciliação, que é estimulada e conduzida pelos próprios árbitros. [...] É oportunizada a assistência por um advogado, mas a parte terá de pagá-lo às próprias expensas, uma vez que se entende que a presença do profissional é desnecessária, já que o Juizado de Pequenas Causas é conhecido como o “Tribunal do Povo” (*People’s Court*), onde as reclamações podem ser julgadas rápida e informalmente, sem grandes custos. Apesar da informalidade prevista, o réu pode exigir, mediante uma declaração juramentada e com base na boa-fé, o julgamento por um corpo de seis jurados, hipótese em que deverá garantir o Juizado com um depósito de US\$50.00, pelo aumento dos custos. Pela 7ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, nos casos de Direito Consuetudinário, em que o valor da causa exceda a US\$20.00, é assegurado à parte o direito de julgamento pelo Júri.” (PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Juizados especiais nos países das famílias da Common Law e da Civil Law**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/revistaJuris/rje/192rje020.pdf>>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2011).

17 Discordando desse posicionamento, Abreu afirma que “O modelo de Juzizados de Pequenas Causas implantado na comarca de Rio Grande não se inspirou no sistema de *small claims courts* dos Estados Unidos ou de qualquer outro país, mesmo porque os nossos operadores aparentemente desconheciam a experiência estrangeira sobre o assunto.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juzizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 117).

Especiais de Pequenas Causas, preocupou-se em resgatar a credibilidade popular do Poder Judiciário, “fazendo renascer no povo [...], vale dizer, no cidadão comum, a confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande expressão, sempre deve ser defendido.”¹⁸ Por isso, um dos objetivos da Lei era conferir um tratamento processual adequado ao cidadão, diga-se, uma solução rápida e barata às causas de reduzido valor econômico, de modo a “canalizar para o Judiciário todos os conflitos de interesses, uma vez que é aí o *locus* próprio para sua solução.”¹⁹

Ciente de seu desprestígio junto à população, em especial, junto às camadas mais débeis, o Poder Judiciário começou a repensar os seus institutos, “com vistas a amoldar o processo à nova situação reclamada pela sociedade, de sorte a possibilitar o atendimento de classes, de interesses menores, desde há muito fora do amparo do Estado.”²⁰ Conhecedor de sua estrutura, que não comportava o julgamento de pequenos conflitos, o Judiciário, a partir da promulgação da Lei n. 7.244, em 7 de novembro de 1984, viu-se obrigado a apreciar também as quizilas menores entre os cidadãos, uma vez que essas questões também são afetadas ao dever do Estado de prestar justiça.²¹

A Lei n. 7.244/84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, nasceu com o fito de conferir caráter de judicialidade aos Tribunais de Pequenas Causas, em funcionamento no Estado do Rio Grande do Sul desde 1982, assim como para coroar o programa do Ministério da Desburocratização. Essa Lei, segundo Abreu e Brandão, representa “uma referência legislativa importantíssima para a definição dos institutos e a perfeita compreensão do microsistema processual dos Juizados Especiais.”²² Isso porque não se trata da “mera formulação de um novo tipo de procedimento, mas sim de um conjunto de inovações que vão desde uma nova estratégia no tratamento de certos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação processuais.”²³

Com efeito, a Lei n. 7.244/84, ao combinar “dois regimes tradicionais

18 WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas.** *Revista dos Tribunais*, v. 74, n. 600, out. 1985, p. 274.

19 WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas**, cit., p. 275.

20 DOREMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 24.

21 DOREMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**, cit., p. 24-25.

22 ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: aspectos destacados.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 42.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências no direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 182.

de solução dos conflitos, através da conjugação de mecanismos extrajudiciais de composição (conciliação e arbitragem) e de solução judicial propriamente dita (prestação jurisdicional específica)”,²⁴ revolucionou o processo clássico, inovando em suas formas e em sua dinâmica. Dessa forma, ampliou-se a ideia de uma espécie de Justiça informal conciliadora e de cunho não jurisdicional, que priorizou a conciliação como forma alternativa de resolução de conflitos.²⁵ Inovou, também, a Lei n. 7.244/84, ao estabelecer princípios informativos antes menosprezados, como os princípios da oralidade, simplicidade, economia e celeridade processual, que objetivavam a efetividade da prestação jurisdicional.²⁶

Esse movimento de desburocratização experimentado pela legislação brasileira acompanhou a tendência de outros países do mundo que fizeram surgir um “fenômeno global de estruturas judiciárias voltadas para um maior acesso e celeridade da Justiça”²⁷. A experiência estrangeira demonstrou que um número considerável de países da América do Sul e da Europa, assim como, em menor quantidade, da Ásia, cansados da ineficiência dos processos que revelavam “a obediência à liturgia processual imposta” e implicavam “procedimentos morosos, quicá onerosos sob o ângulo temporal e econômico”, passaram a adotar “outras formas de prestação de justiça”, por meio da busca de uma tutela diferenciada e da ampliação do acesso à justiça²⁸. A propósito, complementa Pinto:

[...] o movimento de acesso à Justiça passou a ser uma preocupação mundial, em cada país a seu modo, de tornar o Poder Judiciário acessível aos menos favorecidos economicamente, inclusive, estendendo-se fisicamente para os lugares onde os conflitos ocorrem.²⁹

Em prol de uma maior simplicidade e oralidade dos ritos, países da América Latina³⁰, como o México, a Colômbia, a Costa Rica, a Guatemala, a

24 ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, cit., p. 39.

25 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Juizado de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**. v. 598. Agosto de 1985. p. 15.

26 CAMPOS, Antonio Macedo de. **Juizados especiais de pequenas causas**: comentários à Lei n. 7.244, de 7/11/1984. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15 e ss.

27 PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Juizados de pequenas causas em países latino-americanos**. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/juizadosdepequenascausas.pdf>>. Acessado em: 20 de setembro de 2011.

28 FUX, Luiz. Juizados especiais: um sonho de justiça. **Revista de Processo**. São Paulo. Não determinada. v. 90. abr. 1998, p. 152.

29 PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/AborHistRicaJurDica.pdf>. Acessado em: 11 de setembro de 2011.

30 “No México há a Justiça de Paz, desde 1913, com competência mista para o cível (fixada em razão do valor em até 5 mil pesos) e para o crime (para pena de prisão para o máximo de um ano). O juiz de paz pode ser qualquer cidadão, desde que bacharel em Direito, sendo designado pelo Tribunal Superior de Justiça. O procedimento

Venezuela, o Uruguai e o Chile adotaram, no âmbito cível e criminal, microsistemas especiais de justiça. Experiências semelhantes foram vivenciadas por países da “família da *Common Law*”, dentre os quais a Inglaterra³¹, os Estados Unidos da América³², a Austrália³³ e o Canadá³⁴, assim como por

-
- observa os princípios da oralidade e informalidade. Todas as pretensões e exceções são apresentadas em audiência, tendo o juiz ampla liberdade para conduzir a fase probatória. A conciliação pode ser proposta em qualquer fase da audiência, sendo esta normalmente conduzida pelo secretário do juízo. Na Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Uruguai e Chile há os *Juzgados de Mínima Cuantía*, usualmente com procedimentos breves e concentrados. Na Colômbia, as controvérsias são julgadas por *jueces municipales*; na Costa Rica, por *alcades*; na Guatemala, por *jueces de paz* e, à sua falta, por *alcades municipales* ou os *concejales* como *jueces menores*; no Uruguai, por *jueces de paz*, com alçada de 100 dólares; no Chile há procedimentos especiais, sendo as causas classificadas, em razão do valor, em *de mínima cuantía* e *menor cuantía*.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, *cit.*, p. 171).
- 31 Na Inglaterra, foram criadas, em 1846, as *Country Courts*, que eram Tribunais de Condado, municipais, que substituíram as Cortes locais, objetivando uma justiça rápida e barata. (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, *cit.*, p. 33) “Atualmente, a Inglaterra possui um juizado oficial de pequenas causas, o qual integra as cortes inglesas, e um juizado de pequenas causas não-oficial, ambos com características próprias. O primeiro possui as seguintes características: limite de competência às causas de valor igual a 100 libras; escolha entre magistrado ou árbitro; possibilidade de representação por advogado; prevalência de solução arbitral; princípios da informalidade e concentração; possibilidade de recorrer ao auxílio de perícia, inclusive no interrogatório da audiência. As do segundo são: é consensual; não existe em todas as comarcas (iniciou em Manchester, depois em Westminster); possibilidade de apreciação de causas de valor superior a 100 libras; o consentimento das partes para se recorrer a essa corte deve ser dado por escrito; não há custas, exceto uma pequena taxa inicial; o procedimento é simples, basta o auxílio de um secretário no preparo dos pedidos, provas, etc; o julgador, geralmente um advogado, não é remunerado, apesar da possibilidade de remuneração a um eventual perito; a representação por advogado é vedada.” (PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Juizados especiais nos países das famílias da *Common Law* e da *Civil Law***. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/revista/juris/rje/192rje020.pdf>>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2011).
- 32 “A maioria dos Estados norte-americanos dispõe do chamado juizados de pequenas causas, cujo propósito básico é oferecer procedimento simplificado e de fácil acesso, visando a solução de litígios que envolvam pequenas quantias.” (LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 35) Suas principais características são: a) competência variável de 100 dólares (em alguns Estados) a 2 mil dólares; b) o autor, em alguns Estados somente pode ser pessoa física e, em outros entes federados, também pode ser pessoa jurídica; c) normalmente é exigido uma espécie de “preparo” na propositura da ação (pequena taxa, reembolsada, ao final, pelo vencido); d) funcionamento em horário noturno (em alguns Estados); e) procedimento simplificado e informal; f) desnecessidade de advogado; g) previsão de tentativa prévia de conciliação na audiência, sendo as partes aconselhadas a buscar o acordo; entre outras (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, *cit.*, p. 163).
- 33 “Na Austrália, os tribunais de pequenas causas são instituídos pelos Estados federados, geralmente possuindo total autonomia administrativa. Compõem-se por árbitros e por secretários, que lhes são suporte administrativo. Dependendo da região os árbitros são magistrados os advogados. [...] Os tribunais habitualmente têm as seguintes características: (a) horário de funcionamento: não há registro, com exceção dos tribunais de consumidores e de pequenas causas de New South Wals, onde as sessões são realizadas à noite; (b) competência: em razão do valor, em Queensland, era de até 100 dólares australianos e nos outros tribunais de até mil dólares australianos. Quanto à matéria, normalmente envolve direito do consumidor e, em algumas regiões, locações; (c) partes: tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem figurar na relação processual [...]; (d) representação por advogado: geralmente proibida, exceto se as partes acordarem e não houver desvantagem para a parte não-assistida, a critério do julgador; (e) custas: não costuma haver sucumbência, mas é autorizada a cobrança de uma pequena taxa; (f) conciliação: a primeira função do árbitro é tentar conciliar; [...]; (g) Dos acordos homologados descabe recurso; (g) [...]; Na produção de provas, o árbitro pode nomear perito ou ele próprio realizar inspeções de propriedade ou bens sujeitos à disputa. [...] Na decisão da causa o árbitro pode socorrer-se de critério de justiça e equidade. Descabe recurso das decisões dos tribunais e a execução da sentença é transferida à competência de uma corte ordinária.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, *cit.*, p. 165-166).
- 34 “Cada província, no Canadá, tem costumeiramente poderes para instituir tribunais de pequenas causas, compostos por juizes e escrivãos. Em várias cortes têm funcionado serviços de aconselhamento jurídico, com o propósito de prestar esclarecimentos e orientar os litigantes. [...] Os tribunais de pequenas causas usualmente possuem as seguintes características: (a) horário de funcionamento: não há registro; (b) competência: pelo valor, dependendo da província varia de 400 a mil dólares canadenses havendo tendência de permitir a apreciação de causas de montante inferior ao estabelecido. Pela matéria, são priorizadas as

países da “família da *Civil Law*”, como a Itália³⁵, a França³⁶ e a Alemanha³⁷. Países asiáticos, como o Japão³⁸ e a China³⁹ também são pioneiros na formulação desse “novo modelo de justiça”.

Conforme visto anteriormente, o Brasil, por ter se inspirado na bem-sucedida realidade dos tribunais de pequena monta de Nova Iorque (*Small Claims Courts*), aproxima-se mais das experiências desenvolvidas pelos países da *Common Law*. No entanto, a experiência dos demais Estados estrangeiros que adotaram práticas semelhantes nunca deixou de ter importância para os juristas brasileiros, visto que “o conhecimento do

questões concernentes à cobrança e indenização por danos, excluindo-se causas envolvendo posse e propriedade, sucessão e crimes de difamação. [...] (c) processo e procedimento: com exceção de Quebec, não há restrição às pessoas jurídicas para atuarem como partes. Também somente em Quebec há restrição à representação por advogado [...]; (d) custas: variam entre o mínimo de 3 dólares canadenses e o máximo de 14,50 dólares canadenses. Em Quebec há isenção; [...] Em matéria de prova, é aceita a produção de qualquer tipo. A conciliação pode anteceder a audiência. [...]” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 166-167).

- 35 “Na Itália existem os pretores e os conciliadores para atendimento das pequenas causas, onde há previsão de um procedimento que prima pela celeridade e pela concentração dos atos, sendo dispensada a intervenção de advogado. O *pretore* exerce a jurisdição, enquanto o *conciliatore* atua em causas de menor expressão.” (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, cit., p. 34).
- 36 “A França não dispõe – de acordo com indicações extraídas do Projeto Florença – de um Juizado de Pequenas Causas. Este fato não que em absoluto dizer que o país não se preocupa com a litigância que envolve pequenos valores ou expressões.” (LAGRATA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**, cit., p. 29) Existe neste país a figura do “Conciliador de Vizinhança”, que “Geralmente são vizinhos que trabalham com amplas atribuições para promover a conciliação, resolvendo conflitos de forma equitativa. Podem, ainda, assessorar e aconselhar, sem receber qualquer contrapartida financeira, exceto o re-embolso das despesas. Ouvem as partes, assistidas ou não por profissionais, propondo uma solução para a controvérsia. A competência costuma ser ampla, excluindo, todavia, as questões entre particulares e o Estado, arrendamento rural, conflitos individuais de trabalho e questões sobre o estado civil das pessoas. É admitida a conciliação por dano causado por delito, salvo se postulado na esfera penal.” (ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cit., p. 169).
- 37 A Alemanha dispõe, de certa forma, de um Juizado de Pequenas Causas, “na medida em que limita a competência de sua justiça comum em razão do valor discutido, com o intuito de minimizar as despesas judiciais, com isso facilitando o acesso à justiça. [...] a experiência denominada *Stuttgarter Modell* que permite aos litigantes, advogados e juizes, participarem, através de franco diálogo, da solução das questões de fato e de direito, fazendo com que a sentença seja rápida e inteligível para as partes, que dela podem imediatamente apelar.” (LAGRATA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**, cit., p. 31).
- 38 “No Japão, depois da segunda guerra mundial foram criadas novas Cortes Sumárias (*Summary Courts*) substituindo as *Country Courts*, visando dar maior rapidez no julgamento dos conflitos, através de procedimentos simples, possibilitando uma justiça acessível a todos. [...] o sistema japonês tem sido apontado como exemplo de utilização das conciliações. Existem as chamadas *Comissões de Conciliação*, compostas por duas pessoas e por um juiz. Sua função é ouvir, de maneira informal as partes e sugerir uma solução adequada. Tal comissão pode ser provocada por uma das partes ou convocada pelo juiz, logrando excelentes resultados notadamente na área de família.” (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, cit., p. 35-36).
- 39 A China, segundo o Estudo feito pelo Projeto Florença, possui o mais expressivo dos sistemas judiciais. Isso porque, “Os chineses seguem o princípio da filosofia de Confúcio, segundo o qual o homem sábio consegue resolver suas diferenças de maneira amigável. A necessidade de lançar mão de recursos judiciais, significa, a princípio, que as partes são despojadas de sensatez, sendo, portanto, pessoas inferiores. [...] Havendo insistência na controvérsia judicial, a parte recebe toda a assistência de advogados (que cobram uma taxa irrisória ou nada cobram pelos seus serviços), assim como por conciliadores, juizes, vizinhos, conselheiros e anciãos. Para tanto, existe mais de um milhão de conciliadores leigos que atuam em nível de vizinhança. As controvérsias econômicas de vulto, normalmente de empresas, são resolvidas a nível administrativo. É largamente aplicada a técnica *Shuo-fu* (persuasão pelo diálogo), àqueles empenhados em disputas ou engajados numa conduta anti-social.” (ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, cit., p. 37-38).

direito interno de cada país, poderá criar expectativas políticas de melhoria do acesso à justiça, a partir dessa inter-relação que se estabelece através do processo de integração.”⁴⁰

Portanto, como se observa desse contexto, o Brasil aderiu a essa nova “onda” mundial de desburocratização da justiça e de ampliação do acesso a ela. Contudo, tal movimento referiu-se apenas, nesse primeiro momento, ao âmbito cível. Não havia, até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qualquer previsão de simplificação dos ritos criminais, o que agravava os problemas existentes em torno da questão da ineficiência do sistema penal pátrio.

Ademais, a implantação dos juizados de pequenas causas nos diversos Estados brasileiros deu-se de maneira diversa, variando de ritmo e de características de local para local. Isso porque a Lei n. 7.244/84 deixou a cargo dos Estados a aplicação e a operacionalização de seus princípios, de forma que cada ente federado pudesse estabelecer suas próprias regras de aplicação e o Poder Judiciário, colocá-las em operação.⁴¹ Por essa razão, “entre 1984 e a Constituição Federal de 1988, poucos foram os Estados que colocaram em funcionamento, com alguma estrutura física e material, os juizados de pequenas causas”.⁴²

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, surgiram importantes inovações sobre o tema. Isso porque a novel Carta Magna incorporou ao seu texto os juizados de pequenas causas (art. 98, inciso I) - que passaram a se chamar Juizados Especiais -, tornando obrigatório a sua criação pelos Estados. Com efeito, houve ampliação do conceito de “pequenas causas”^{43 44} e expansão da competência dos Juizados Especiais, que passaram a englobar também as infrações penais de menor potencial ofensivo⁴⁵.

40 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 3 de janeiro de 2012.

41 CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, *cit.*, p. 48.

42 CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, *cit.*, p. 51.

43 O conceito de “pequenas causas”, segundo Abreu, até a Constituição Federal de 1988, estava “adstrito a um critério meramente valorativo, de conteúdo econômico”. A partir da promulgação da nova Carta constitucional, o conceito foi ampliado, “passando a incorporar, agora, as chamadas *causas cíveis de menor complexidade*, incorporando na definição da competência um critério qualitativo material, fundado na natureza da lide.” (ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acesso em: 3 de janeiro de 2012).

44 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

45 Art. 61 da Lei n. 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos,

No entanto, o comando constitucional acima mencionado somente foi regulamentado em meados de 1995, com o advento da Lei n. 9.099, quando se definiu a disciplina jurídica dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Por isso, entre os anos 1988 e 1995, quando ainda não havia regulamentação dos juizados especiais, “houve um avanço considerável no número de juizados em atividade em todo País. Neste período, alguns Estados se anteciparam, regulamentando por lei os juizados e os instalando nas áreas cíveis e criminais.”⁴⁶ Foi o que aconteceu, no Estado de Santa Catarina, por exemplo, com a edição da Lei n. 1.141/93⁴⁷.

Em 26 de setembro de 1995, foi promulgada a Lei n. 9.099, em cumprimento ao disposto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, dispondo sobre os juizados especiais cíveis e criminais. A respeito das alterações promovidas por essa Lei, acrescenta Abreu:

[...] Na parte cível acolheu por inteiro, com pequenas modificações e acréscimos, as idéias e os princípios contidos na Lei n. 7.244/84, que foi expressamente revogada (artigo 97). A modificação mais significativa verificou-se na ampliação da competência dos juizados. Todavia, não foi alterada a matriz ideológica do sistema, que preconizava a facilitação do acesso à justiça pelo cidadão comum, especialmente pela camada mais humilde da população.⁴⁸

Na esfera criminal, a Lei n. 9.099/95 produziu uma revolução não só no âmbito processual penal mas também no interior do próprio Direito Penal.⁴⁹ Isso porque a citada Lei criou um “novo modelo de Justiça Criminal, com a introdução de novos institutos (acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo) e com mudanças profundas em certos postulados que regem a função punitiva do Estado”.⁵⁰ As inovações produzidas com a Lei n. 9.099/95 decorreram da necessidade da desburocratização e simplificação da Justiça Penal, a fim de propiciar às infrações penais uma solução mais rápida, mediante o consenso das partes e uma resposta penal célere, em consonância com os instrumentos jurídicos já utilizados,

cumulada ou não com multa.” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012).

46 CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, *cit.*, p. 52.

47 BRASIL. SANTA CATARINA. **Lei Promulgada n. 1.141, de 25 de março de 1993**. Dispõe sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de recursos, cria os Juizados de Pequenas Causas e cargos de Juiz Especial, e dá outras providências. Disponível em <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

48 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, *cit.*, p. 108.

49 ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados, *cit.*, p. 109.

50 PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 18.

com êxito, em outros países.⁵¹

A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais rompeu as arcaicas estruturas do Poder Judiciário, que se mostravam totalmente incompatível com os anseios da sociedade. Assim, no âmbito civil, representou um avanço considerável na sistemática processual, com a conjugação de mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, com o especial fito de buscar uma resolução consensual para as pequenas demandas. Por outro lado, no campo penal e processual penal, mostrou-se como uma das saídas para a crise vivenciada pela Justiça Criminal, que “buscava sanar suas falhas, especialmente as decorrentes de sua morosidade no julgamento de fatos típicos de ínfima expressão do ponto de vista da reprovabilidade social”, conferindo-lhe mais tempo para a investigação e o julgamento de graves atentados aos valores protegidos pelo Direito Penal e uma tentativa de prestação jurisdicional mais efetiva.⁵²

No entanto, como se verá a seguir, a proposta do Juizado Especial, seja no âmbito cível ou no criminal, muitas vezes não cumpre sua finalidade. Com isso, deixa-se de julgar com agilidade e simplicidade os processos que lhes são submetidos à apreciação, o que torna o procedimento desse microsistema processual muito semelhante ao conhecido e malfadado procedimento comum, próprio da arcaica e tradicional estrutura do Judiciário brasileiro.

2 A ESPERANÇA DO NOVO SISTEMA: FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA; CELERIDADE E EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A proposta dos Juizados Especiais, conforme dito anteriormente, foi vista, ao menos inicialmente, como alternativa ao desafogo dos juízos comuns. O excessivo número de feitos judiciais que tramitavam no Poder Judiciário constituía-se em um verdadeiro entrave à célere e eficiente prestação jurisdicional. Por tal razão, a entrada em vigor da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduziu “no mundo Jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não confunde com a competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito”.⁵³

51 PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95, *cit.*, p. 18.

52 PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95, *cit.*, p. 18.

53 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**: Comentários à Lei 9.099/1995. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

Inicialmente combatidas, as mudanças trazidas pela Lei supramencionada foi, aos poucos, sendo festejada pelos juristas pátrios, assim como pela população em geral, que viu, na gama de ferramentas descritas na Lei de criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a chance de simplificar o rito de determinadas causas. A esperança que todos tinham era a de que, com a implantação desses juizados informais, a justiça seria célere e eficaz e de que as súplicas dos jurisdicionados seriam finalmente atendidas.

Para tornar isso possível, a legislação em comento trouxe, em seu bojo, novos paradigmas de ordem processual, estabelecendo que o procedimento dos Juizados Especiais dar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, assim como que buscará, sempre que possível, a conciliação ou a transação, como forma pacífica de resolução dos conflitos.⁵⁴

De forma gradativa, iniciou-se uma nova conformação processual, no qual a ênfase passou a ser conferida mais ao ato judicial falado do que ao escrito. Com efeito, a simplicidade e a informalidade ganharam espaço nesse novo modelo de justiça, retirando a carga excessivamente formal e burocrática dos atos judiciais comuns. A economia e a celeridade processual consagraram, por fim, o rito das causas cíveis e criminais de competência dos Juizados Especiais, que adquiriram formas mais práticas e objetivas.

Na busca da satisfação dos jurisdicionados, ganharam destaque no procedimento informal, tanto na esfera cível quanto na criminal, novos institutos visando à rápida entrega da prestação jurisdicional e à minimização da litigiosidade entre as partes. Entre os instrumentos citados na legislação, para a solução pacífica das controvérsias, tem-se a conciliação, o acordo civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Não obstante isso, o sistema de justiça informal ainda simplifica os mecanismos de ordem recursal, com vistas a tornar mais ágil a prestação jurisdicional das causas de menor complexidade.

No âmbito cível, a Lei n. 9.099/95 limitou sua abrangência em razão do valor da causa e em decorrência de causas taxativas previstas em lei⁵⁵.

54 Art. 2º da Lei n. 9.099/95 (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012).

55 Art. 3º da Lei n. 9.099/95; “O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos

Na área criminal, optou o legislador pela limitação da competência em face da potencialidade da ofensa⁵⁶. Nesse prisma, houve uma significativa virada na política criminal até então adotada pelo Código Penal, de modo a mitigar o exercício da ação penal pelo Ministério Público (e também, nas ações privadas, pelos querelantes), além da aplicação de penalidades. Assim, inegável que as maiores inovações no campo criminal decorreram da ruptura da cultura da punibilidade e da busca pela transação penal e aplicação de penas não privativas de liberdade como formas alternativas à pena restritiva de liberdade.

Por tudo isso, inegável que a nova sistemática adotada pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais representou uma revolução no modo de se pensar o Direito e, sobretudo, na maneira de operacionalizá-lo. Todavia, as modificações advindas com a criação dos juizados informais trouxeram também incertezas a respeito da efetividade do sistema que, mesmo com as alterações promovidas pela Lei n. 9.099/95, não deixou de se assemelhar, por vezes, ao obsoleto modelo de justiça tradicional.

3 A DESILUSÃO: A INDESEJADA SEMELHANÇA DO NOVO “MICROSSISTEMA PROCESSUAL” COM O TRADICIONAL E Malfadado Rito Comum

Com o passar do tempo, as lacunas e incoerências da Lei n. 9.099/95 começaram a ser percebidas e, aos poucos, a ideia inicial dos juizados especiais foi sendo retificada e alargada.

No âmbito civil, a Lei Federal n. 12.126/2009⁵⁷ trouxe significativa mudança no que concerne às partes nos processos de competência dos juizados especiais, passando a admitir no polo ativo das ações não só as pessoas físicas como também as jurídicas, anteriormente vedadas.

seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei. § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.” (BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012).

56 Ver nota de rodapé n. 47.

57 BRASIL. **Lei n. 12.126, de 16 de dezembro de 2009**. Dá nova redação ao § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12126.htm>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

Na esfera criminal, a Lei Federal n. 11.313/2006⁵⁸ alterou a pena máxima dos crimes admitidos nos Juizados Especiais Criminais, ampliando-a para dois anos e permitindo, dessa forma, o alargamento do rol de crimes abarcados pela Lei.

A Lei Federal n. 12.153/2009⁵⁹, por sua vez, inovou, ao criar os Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, e dos Municípios. Cuida-se de mais uma exceção à regra geral esculpida na Lei n. 9.099/95, que impedia a Fazenda Pública de adotar tais procedimentos, criando verdadeiros entraves à eficiente prestação jurisdicional. A propósito, esclarece Figueira Júnior:

[...] Assim, mais uma vez o legislador procura reduzir os efeitos - sempre perversos - da litigiosidade contida, desta feita em demandas que envolvam os particulares, a Fazenda Pública e outros entes públicos definidos no art. 5º da referida norma, além de propiciar-lhes uma jurisdição mais simples, informal, célere e econômica.⁶⁰

Outra importante inovação deu-se com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/2001⁶¹, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Todas essas complementações à Lei n. 9.099/95 ampliaram a abrangência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de forma a permitir um alargamento de sua competência. Entretanto, não foram suficientes para solucionar alguns problemas que tornam parcialmente inoperante o sistema de justiça informal.

Atualmente, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sobretudo os de âmbito estadual, padecem dos mesmos problemas do juízo comum. A máquina estatal, abarrotada de procedimentos, carente de funcionários e sem uma logística adequada, não consegue impulsionar os feitos nem dar uma solução adequada às controvérsias. Como consequência, os juizados

58 BRASIL. **Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

59 BRASIL. **Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

60 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais da Fazenda Pública**: Comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

61 BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

especiais, que deveriam ter um procedimento diferenciado, conduzem a um efeito contrário ao do inicialmente previsto pelo legislador ordinário, caindo na mesma celeuma do tradicional rito comum. Destarte, o que era para ser mais célere, simples e eficiente, acaba por concorrer em igualdade de condições com os julgamentos mais burocráticos.

Como se não bastasse isso, a falta de estrutura adequada do sistema judiciário muitas vezes conduz os feitos criminais à prescrição. Ademais, o ânimo de litigiosidade das partes envolvidas nos processos criminais também emperra o bom resultado das causas, uma vez que há, não raras vezes, confusão, pelos jurisdicionados, entre os conceitos de “justiça” e “vingança”, de maneira que o primeiro é visto como o resgate de um equilíbrio perdido, e, o segundo, como a busca pela justiça privada, feita por meio da máquina do Estado.

Por tudo isso, os Juizados Especiais muitas vezes não cumprem com seu papel, deixando, mais uma vez, a população brasileira à mercê de amparo judicial. Com isso, o tão belo postulado constitucional que assegura o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, é desrespeitado. Seja pela ineficiência do Estado, seja pela deturpação dos conceitos utilizados, certo é que os Juizados Especiais, nos moldes hodiernamente postos, são ineficientes para solucionar o problema das causas cíveis e criminais de pequena monta e complexidade.

CONCLUSÃO

Previsto pela Constituição Federal de 1988 e trazido à vida pela Lei n. 9.099/95, o sistema dos juizados especiais surgiu com a esperança de desafogar a “justiça”. Trouxe conceitos inovadores e uma série de simplificações processuais, na ansiedade de tornar o processo de determinadas causas, cíveis e criminais, menos burocrático e mais célere do que o mal-fadado rito comum.

No entanto, ultrapassada a festividade da estreia, observa-se que esse sistema “informal e desburocratizado” não alcançou, ao menos por ora, o consagrado objetivo de tornar a justiça acessível e a prestação jurisdicional efetiva. Na tentativa de resgatar sua inicial credibilidade, várias alterações foram promovidas pelo legislador. A par das benesses trazidas por tais modificações, percebe-se que muitas delas acabaram por retirar o

caráter informal do rito e a permitir que, por meio da ampliação da matéria, houvesse uma demanda cada vez maior de processos, abarrotando os escaninhos já saturados de ações fadadas ao insucesso.

Dessa maneira, o Poder Judiciário, por falta de material humano e deficiência estrutural, não consegue solucionar a contento as lides que a ele são submetidas para apreciação, gerando impunidade e descrédito. Com efeito, os mesmos sentimentos que serviram, nos idos de 1980, para fazer nascer a ideia de justiça informal, são hoje os mesmos que a tornam mal afamada.

Diante do cenário que se afigura, necessário se torna que os Juizados Especiais recebam um olhar diferenciado por parte de todos: do Estado, que deve lhe dar estrutura; do Poder Judiciário, que deve aplicar seus critérios orientadores de modo eficiente; e da população em geral, que deve resgatar a “confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande expressão, sempre deve ser defendido.”⁶²

É, portanto, repensando esse “microsistema jurídico processual” que poderemos conferir a todos os cidadãos o direito fundamental de acessar à justiça e de obter do Poder Judiciário uma resposta rápida e efetiva a todos os conflito de interesses submetidos à sua apreciação, sejam eles de grande ou de pequeno valor e expressão.

REFERÊNCIA

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Juizados Especiais**: uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acessado em: 3 de janeiro de 2012.

ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**: aspectos destacados. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 de janeiro de 2012.

62 WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas, *cit.*, p. 274.

_____. **Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7244.htm>>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2012.

_____. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

_____. **Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006.** Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acessado em: 13 de julho de 2012.

_____. **Lei n. 12.126, de 16 de dezembro de 2009.** Dá nova redação ao § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12126.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

_____. **Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

_____. SANTA CARATINA. **Lei Promulgada n. 1.141, de 25 de março de 1993.** Dispõe sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de recursos, cria os Juizados de Pequenas Causas e cargos de Juiz Especial, e dá outras providências. Disponível em <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 13 de julho de 2012.

CAMPOS, Antonio Macedo de. **Juizados especiais de pequenas causas:** comentários à Lei n. 7.244, de 7/11/1984. São Paulo: Saraiva, 1985.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça:** Juizados especiais e a ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial:** criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008.

DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais da Fazenda Pública**: Comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**: Comentários à Lei 9.099/1995. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FUX, Luiz. Juizados especiais: um sonho de justiça. **Revista de Processo**. São Paulo. Não determinada. v. 90. abr. 1998, p. 151-158.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências no direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizados especiais de pequenas causas no direito comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**: desde as origens até o advento do milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; *et al.* **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/AborHistRicaJurDica.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2011.

_____. **Juizados especiais nos países das famílias da *Common Law* e da *Civil Law***. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/revistaJuris/rje/192rje020.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

_____. **Juizados de pequenas causas em países latino-americanos**. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/Juizadosdepequenascausas.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Juizado de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**. v. 598. Agosto de 1985. p. 9-23.

WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e características básicas. **Revista dos Tribunais**. v. 74. n. 600. out. 1985. p. 273-277.

A GUARDA COMPARTILHADA NO COMBATE À OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Nayara Machado de Aragão

Graduanda em Direito - UNIVALI

Maria Fernanda do Amaral Gugelmin Girardi

Graduanda em Direito - UNIVALI

SUMÁRIO

Introdução. 1 Do Princípio do Melhor Interesse e do Princípio da Convivência Familiar Garantidos à População Infantojuvenil. 2 Da Ruptura da Vida Conjugal e do Problema da Atribuição da Guarda dos Filhos Menores. 3 Da Guarda: Bases Conceituais. 4 Dos Tipos de Guarda Admitidos no Direito Brasileiro. 5 Conceito de Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental (SAP). 6 Do Perfil do Alienador. 7 Dos Atos que Caracterizam a Alienação e a SAP. 8 Das Provas da Alienação Parental e da SAP. 9 Das Medidas Legais Aplicáveis ao Genitor Alienador. 10 Da Aplicação da Guarda Compartilhada em caso de Alienação Parental. Conclusões. Referências.

RESUMO

A guarda compartilhada como uma alternativa para se combater a ocorrência de alienação parental é o objeto deste artigo científico. Seu objetivo geral é verificar, com base na legislação e doutrina brasileira, a aplicação do instituto da guarda compartilhada para evitar a ocorrência de alienação

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 241 - 262	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

parental. O problema deste estudo pode ser resumido na seguinte pergunta: Em caso de comprovada ocorrência de alienação parental - promovida pelo genitor guardião em relação ao seu filho e ao genitor não guardião - poderá a aplicação da guarda compartilhada auxiliar no seu combate? O método utilizado foi o indutivo. Ao final, foi observado que as características da guarda compartilhada são compatíveis com os Princípios do Melhor Interesse e da Convivência Familiar previstos, prioritariamente, às crianças e adolescentes e, também, por este modelo de guarda manter ambos os genitores próximos aos filhos e conjuntamente responsáveis pela educação e criação dos mesmos, pode ser eficaz no combate à ocorrência da alienação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

The joint custody as an alternative to combat the occurrence of parental alienation is the objective of this scientific article. Its general purpose is to verify, based on legislation and Brazilian doctrine, the application of the institute of the joint custody to avoid the occurrence of parental alienation. The problem in the study can be summarized in the following question: In case of proven occurrence of parental alienation - promoted by the custodial parent in relation to their child and not the parent guardian - the implementation of joint custody may assist in its combat? The method used was inductive. In the end, it was observed that the features of joint custody are consistent with the Principles and Best Interest of Family Living provided, primarily, to children and adolescents, and, also, by keeping both parents and children together and making both responsible for education and creation of their kids, this model keeps can be effective in combating the occurrence of parental alienation.

KEY-WORDS: Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Joint Custody.

INTRODUÇÃO

Tão frequente quanto as rupturas conjugais (separações, divórcios e dissoluções de uniões estáveis) são os episódios de alienação parental que, muitas vezes, acontecem nesses casos. Alienação parental se trata de um termo novo para uma conduta antiga: pais separados que tentam colocar o filho contra o outro genitor, desmoralizando-o e/ou implantando “falsas memórias” no filho, com a finalidade de promover o afastamento do pai (ou mãe) do filho. A alienação parental gera consequências muito danosas para todos os envolvidos, especialmente, para os filhos menores.

O **objeto** do presente artigo científico é a guarda compartilhada como instrumento hábil a compelir a ocorrência de alienação parental, fenômeno este capaz de causar sérios distúrbios à criança ou adolescente. Seu **objetivo** geral é verificar, com base na legislação e doutrina pátria, a aplicação do instituto da guarda compartilhada para evitar a ocorrência de alienação parental.

O problema central deste artigo repousa na seguinte indagação: Em caso de comprovada ocorrência de alienação parental - promovida pelo genitor guardião em relação ao seu filho e o genitor não guardião - poderá a aplicação da guarda compartilhada auxiliar no seu combate?

Buscando respostas para o problema, o artigo científico aborda os seguintes temas: os princípios fundamentais próprios da população infanto-juvenil, o problema gerado pela ruptura conjugal no que tange à guarda dos filhos, as bases conceituais e os tipos de guarda admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de alienação parental e de síndrome da alienação parental (SAP), o perfil do alienador, os atos caracterizadores da alienação parental e da SAP e da comprovação em juízo, as medidas legais aplicáveis ao alienador, além da modificação de guarda como consequência da alienação parental. Quanto à **metodologia** empregada, esta se realizou pela base lógica Indutiva¹, assim como foram utilizadas as Técnicas do Refe-

1 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

rente², da Categoria³, do Conceito Operacional⁴ e da Pesquisa Bibliográfica⁵.

1 DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR GARANTIDOS À POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988⁶, a família passou a ter proteção integral do Estado, constituindo-se, conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1988⁷, na base da sociedade.

Do mesmo modo, houve uma inversão no foco de prioridades, pois, no sistema jurídico anterior, o adulto possuía interesses privilegiados e a família apenas sofria intervenção Estatal caso falhasse na assistência dada ao menor, ficando a criança e o adolescente em segundo plano. Porém, com o advento do atual diploma legal constitucional, os menores passaram a ser prioridade absoluta e o Estado pode agora ser demandado caso não preste a assistência devida a eles⁸.

A partir dessa modificação de prioridades, a criança e o adolescente passaram a ser tratados não mais como objetos de direito, conforme mencionava o Código de Menores⁹, mas, sim, como sujeitos de direitos mercedores de proteção integral.¹⁰

Diante dessas novas normas constitucionais, o Código de Menores tornou-se ultrapassado, ficando tais normas à espera de uma nova regula-

2 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 53.

3 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 25.

4 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 37.

5 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 209.

6 Doravante denominada de Constituição Federal de 1988.

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

8 ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**: Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 2.

9 Lei 6697/1979 “C Legislação revogada pelo artigo 267 do Estatuto da Criança e do adolescente.

10 O princípio da proteção integral “quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem estar da gestante e da família, natural ou substituída da qual irá fazer parte”. In: CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 51.

mentação e efetivação dos direitos fundamentais lá previstos.

Nascia, assim, a Lei n. 8.069/90 “C Estatuto da Criança e do Adolescente”, a qual revogou o Código de Menores e reforçou a positivação da proteção integral ao menor em seus artigos 1º, 3º, 4º e 6º¹¹.

Nesse sentido, ao elevar o “menor”, até então mero “destinatário das ordens dos adultos”, ao patamar de sujeitos jurídicos¹², surgem diversos princípios basilares de proteção à criança e ao adolescente, dentre eles o princípio do melhor interesse e o princípio da convivência familiar.

O princípio do melhor interesse, incorporado pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe um significado mais amplo ao princípio da proteção integral, pois “significa que a criança “C incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança “C deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família [...]”¹³”.

Segundo Gama¹⁴, a criança e o adolescente, por ainda estarem em processo físico e psíquico de desenvolvimento, merecem tratamento diferenciado das outras pessoas, o qual possui o objetivo de proteger e permitir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A criança, portanto, é considerada vulnerável e frágil, um ser ainda em desenvolvimento, o que justifica a quebra do princípio da igualdade, passando, então, a ser dado um tratamento diferenciado.

Já o princípio da convivência familiar, segundo Lobo¹⁵, é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco, ou não, no ambiente comum.

Tal princípio tem referência constitucional no artigo 227, que diz

11 BRASIL. Lei n. 8.069/90. “Artigo 1º: Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral à criança e ao adolescente**; Artigo 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei. [...] Artigo 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, 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; Artigo 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige [...] e a condição peculiar da criança e do adolescente como **pessoas em desenvolvimento**.”

12 MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 43.

13 LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

14 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80-81.

15 LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. p. 52.

que a família, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à convivência familiar. O princípio se expressa também no artigo 1513 do Código Civil, o qual diz que é proibida a interferência de qualquer pessoa na comunhão de vida instituída pela família e ainda no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶.

Importante ressaltar que o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação é atribuído primeiramente à família e, depois, à sociedade e, por último, ao Estado, segundo Dias¹⁷.

Também acerca do princípio da convivência familiar, esse subsiste ainda que os pais estejam separados, pois o filho menor tem o direito de conviver com cada um dos genitores, não podendo aquele que possui a guarda infringir tal princípio restringindo as visitas, por exemplo.

Desse modo, há que observar e levar a efeito, sempre, em nosso ordenamento jurídico, os princípios do melhor interesse e da convivência familiar, aplicáveis às crianças e aos adolescentes, tendo em vista seu tratamento diferenciado, no que tange às prioridades, assim como seu direito de um convívio de forma regular e sadio no seio de sua família.

2 DA RUPTURA DA VIDA CONJUGAL E DO PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES

Neste tópico será abordada a problemática envolvendo a guarda dos filhos menores quando ocorre a ruptura da vida conjugal.

É cediço que, na constância da união do casal, a guarda e o poder familiar são exercidos por ambos os cônjuges. Porém, quando se rompe tal união, o poder familiar é mantido, contudo, a guarda passa a ser de competência de apenas um dos genitores¹⁸, exceto no caso de aplicação da guarda compartilhada, a qual será posteriormente analisada.

O término da vida conjugal pode se dar por via da separação judicial ou extrajudicial (realizada em cartório público), divórcio judicial ou extrajudicial, separação de fato ou, ainda, em caso de dissolução de união estável, que também poderá ser efetuada pela via judicial ou extrajudicial.

16 Artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente “C Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

17 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67.

18 NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 244.

Dessa maneira, é esperado que o casal “C em via de separação, divórcio ou dissolução de união estável - acorde sobre com quem ficarão os filhos, bem como sobre o direito de visitas que esses possuem em relação ao outro genitor não guardião. Todavia, sabe-se que nem sempre a ruptura da vida conjugal é exercida amigavelmente, ficando, por muitas vezes, os filhos no meio do litígio. Nesse caso, caberá ao magistrado decidir sobre a guarda destes.

Por essa questão é que o legislador se preocupou em tratar sobre a proteção devida aos filhos menores pelos pais separados e divorciados, no Código Civil, após tratar da disciplina separação e divórcio.

Tal proteção vem para corroborar com o princípio da convivência familiar, previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, mesmo após a ruptura conjugal, o filho menor de idade possui o direito de conviver com cada um dos pais, independentemente de apenas um deles possuir a guarda.

Desse modo, os pais que estão finalizando a vida conjugal, têm que decidir a quem competirá a guarda dos seus filhos menores. Caso não haja consenso, caberá ao juiz tomar tal decisão baseando-se em quem possui as melhores condições, conforme previsto no art. 1.583, § 2º, do Código Civil, que assim prescreve:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II saúde e segurança;
- III educação.

Nota-se que o termo “melhores condições” para deter a guarda do filho menor não significa apenas condições financeiras, mas, sim, condições físicas e psíquicas. Tanto é assim que jamais será deferida uma guarda a uma mãe, por exemplo, que possui uma ótima situação econômica, porém é dependente química.

Assim, não convencionando os genitores quanto à guarda dos filhos, deverá o juiz, sempre que possível, fixar a guarda compartilhada, de acordo com o § 2º do artigo 1584 do Código Civil, tendo em vista que essa modalidade de guarda é a que atende melhor aos interesses da criança e aos dos pais.

3 DA GUARDA: BASES CONCEITUAIS

Após ter sido abordada a problemática que envolve a guarda dos filhos em caso de ruptura da vida conjugal, faz-se necessário abordar o conceito de guarda.

Conforme se observa na atual legislação brasileira, não há qualquer definição acerca da palavra “guarda”, tendo o legislador deixado a cargo doutrinário e jurisprudencial.

Dessa forma, Lôbo¹⁹ conceitua a guarda como a atribuição, a um dos pais separados ou a ambos, da responsabilidade de proteção, cuidado, zelo e custódia do filho.

Freitas²⁰, por sua vez, ensina que a guarda é aquela atribuída de forma legal ou judicial aos pais, para manter um menor de 18 anos sob sua dependência sócio-jurídica.

A Lei n. 8.069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), traz, em seu artigo 33, que “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

É importante ressaltar que a guarda pode ser atribuída a terceiros, sejam avôs, tios, irmãos etc., quando o juiz verificar a impossibilidade de ser atribuída aos pais, qualquer que seja o motivo²¹. Tal medida é aplicada sempre visando ao melhor interesse do menor.

Desse modo, deve-se entender por guarda, não apenas o poder de zelar pelo menor, mas sim, o dever de orientá-lo e dar-lhe assistência no que necessitar.

Neste trabalho científico, não será levado em conta o instituto da guarda previsto no ECA. O enfoque recairá apenas no instituto da guarda civil, ou seja, naquele previsto no Código Civil, no qual o filho menor, em caso de dissolução conjugal, permanecerá sob guarda e companhia de um dos pais ou de ambos.

19 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. p. 169.

20 FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 33.

21 Brasil. *Lei 10.406/2002. Art. 1584, § 5º*.

4 DOS TIPOS DE GUARDA ADMITIDOS NO DIREITO BRASILEIRO

Há, em nosso ordenamento jurídico, diversos tipos de guarda civil, as quais serão abordadas no presente tópico. São elas: guarda única ou exclusiva; guarda alternada; guarda compartilhada; e nidação.

A guarda exclusiva, conforme Quintas²², é aquela em que “os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança”.

É importante frisar que esse tipo de guarda pode ser mudado a qualquer momento, bastando apenas que o guardião passe a carecer de condições (afetivas, emocionais, materiais, físicas, dentre outras) para manter o filho em sua companhia.

Já a guarda alternada é “caracterizada pela distribuição de tempo que a guarda deva ficar com um e com outro dos pais [...], transferem-se, portanto, a coabitação e a responsabilidade legal e doméstica para a pessoa do novo guardião [...]”²³.

Na verdade, essa modalidade de guarda é um modo de guarda exclusiva, mas exercida por ambos os pais de forma alternada, quando os genitores não possuem o consenso a respeito das decisões tomadas em relação aos filhos, colocando-os em conflito entre os genitores²⁴.

Há, ainda, a guarda compartilhada, a qual se dá, segundo Zuliani²⁵, “quando os pais separados se responsabilizam, de forma conjunta, pelo exercício dos direitos e dos deveres decorrentes da companhia e da autoridade dos filhos”.

Tal modalidade de guarda é priorizada pelo Código Civil sempre que não haja acordo por parte dos pais.

Por fim, embora não previsto na legislação, a doutrina pátria menciona um tipo diferente de guarda, chamada de nidação ou aninhamento, modalidade de guarda em que os filhos possuem uma residência e são os pais que se mudam a fim de conviver em períodos alternados com os me-

22 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 24.

23 SILVA, Chrystian Quintino. **Guarda compartilhada como a melhor forma de priorizar o bem estar do menor**. 2008. p 97. Monografia. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Itajaí. Biguaçu, 2008. Disponível em < <http://siaibib01.univali.br> >. Acesso em: 10 out. 2011.

24 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. p. 27.

25 ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo como estabelecido. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 60, p. 44, out./nov. 2010.

nores²⁶. Ressalta-se que são os pais que bancam tal moradia, por isso, tal modalidade não é muito usada em virtude de seu alto custo.

Dessa forma, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio comporta vários tipos de guarda civil, devendo ser observado o melhor interesse do filho menor para nortear a escolha de um deles.

5 CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A alienação parental e a síndrome da alienação parental (SAP) são fenômenos antigos, porém somente agora vêm ganhando espaço e aceitação pela sociedade, principalmente por ferir os direitos das crianças e dos adolescentes.

Embora intimamente ligados, os conceitos de alienação parental e síndrome da alienação parental não se confundem, pois um é o complemento do outro, assim como um decorre do outro.

Alienação parental, segundo Velly²⁷, “consiste em um processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa em uma trajetória de desmoralização desse mesmo genitor”.

Para Dias²⁸, “trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor”, na qual o filho é o instrumento utilizado para atingir o não guardião.

A Lei 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, prevê, em seu artigo 2º:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Já a SAP foi definida, pela primeira vez, em 1985, pelo professor e

26 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

27 VELLY, Ana Maria Frota. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 23, out./nov. 2010.

28 DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental (Org). **Associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 12.

psiquiatra da Universidade de Columbia, nos EUA, Richard Alan Garder (1931-2003), o qual a definiu como um “distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças”²⁹.

Sobre o tema, explica Valente³⁰:

Segundo Garder, a síndrome resulta de uma campanha para denegrir, sem justificativa, uma figura parental boa e amorosa. Consiste na combinação de uma lavagem cerebral para doutrinar uma criança contra esta figura parental e da consequente contribuição da criança, para atingir o alvo da campanha difamatória.

Observa-se, assim, que a alienação parental compreende tanto as manipulações quanto os atos configuradores da desconstituição da figura parental de um dos genitores perante a criança, atitudes que acabam desencadeando a síndrome da alienação parental, a qual afeta diretamente o emocional e psíquico do menor, causando-lhe sérios distúrbios.

Desse modo, para ser desencadeada a SAP, faz-se necessária a prática de atos caracterizadores da alienação parental.

6 DO PERFIL DO ALIENADOR

Conforme Silva³¹, os pais alienantes normalmente apresentam desequilíbrios psicológicos, “vivenciado exclusão social, devido ao estabelecimento de relações difíceis e necessitam, assim, a presença constante dos filhos, não podendo dividi-los com ninguém”.

Na maioria dos casos, são pessoas que não aceitam a separação ou o divórcio e enxergam o filho como um instrumento de vingança, capaz de atingir o outro genitor.

O alienador, portanto, passa a desqualificar o genitor alienado perante o filho e “tenta enfraquecer, controlar ou excluir o contato com o outro genitor por meio de comportamentos tais como, retirar a criança da proximidade física com o genitor alienado [...]”³².

29 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009. p. 43.

30 VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva (Org). **Síndrome da alienação parental: a perspectiva do serviço social. Associação de pais e mães separados.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 71.

31 SILVA, Evandro Luiz (Org). **SAP: a exclusão de um terceiro. Associação de pais e mães separados.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 28.

32 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **A síndrome da alienação parental. Associação de pais e mães separados.** (Org), Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p. 36.

Do mesmo modo, a criança passa a ter comportamentos estranhos, os quais serão abordados no próximo tópico, porém citam-se alguns exemplos como a negação da criança em ir visitar o outro pai ou inventar falsas acusações de abuso sexual.

Importante aqui frisar que a alienação pode operar-se por qualquer terceiro interessado na destruição familiar, como avós, tios etc³³, não recaiando somente nos pais.

Percebe-se, portanto, que, normalmente, é fácil identificar o alienador, pois suas condutas, além de serem explícitas, refletem diretamente na criança, facilitando ao genitor alienado detectar a alienação no seu início para que tome as devidas precauções.

7 DOS ATOS QUE CARACTERIZAM A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SAP

São diversos os atos caracterizadores da alienação parental, não se podendo precisar exatamente todos. Por tal razão é que a Lei 12.318/10 lista, nos incisos I a VII do parágrafo único de seu artigo 2º, um rol meramente exemplificativo, podendo ser constatado qualquer outro ato pelo juiz ou por perícia.

Assim exemplifica o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 12.318/10:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência

³³ SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?* p. 53.

deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Do mesmo modo, Silva³⁴ descreve alguns comportamentos clássicos do alienador:

- a) recusar-se a passar as chamadas eletrônicas aos filhos;
- b) apresentar o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como “a sua nova mãe” ou “o seu novo pai”;
- c) desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- d) impedir o outro genitor de exercer seu direito de visitas;
- e) envolver pessoas próximas (mãe, novo cônjuge etc.) na “lavagem cerebral” dos filhos; e
- f) proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor;
- g) ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escrever ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira, dentre outros.

A partir desses comportamentos, dentre outros, é que se pode detectar a presença da alienação parental, principalmente, pela conduta do menor, momento em que o genitor alienado deverá buscar ajuda judicial, visando a demonstrar ao juiz que está sendo vítima desses atos tanto quanto o filho, a fim de que seja tomada a melhor decisão para se reverter tal situação.

Dessa feita, também deverá buscar ajuda psicológica para o filho e para o genitor alienante, se este aceitar, pois somente assim poderá evitar o agravamento da situação.

A mesma regra vale para detectar a síndrome da alienação parental na criança, pois são diversos os comportamentos exteriorizados pelo menor alienado, seja por palavras, gestos ou desenhos. Silva³⁵ cita os cinco principais comportamentos:

- a) A criança denigre o pai alienado com linguajar impróprio e severo comportamento opositor, muitas vezes utilizando-se de argumentos do genitor alienador e não dela própria; para isso, dá motivos fracos, absurdos ou frívolos para sua raiva. Por exemplo, diz que o pai não é “confiável”.

34 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** p. 55-56.

35 SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** p. 70-71.

b) Declara que ela mesma teve a ideia de denegrir o pai alienado. O fenômeno do “pensador independente” acontece quando a criança garante que ninguém disse aquilo a ela, nega que alguém a tenha induzido a falar daquele modo, afirma que seus sentimentos e verbalizações são autênticos. Quando a própria criança contribui com seu relato, a SAP fecha seu circuito.

c) O filho apoia e sente a necessidade de proteger o pai alienador. Com isso, estabelece um pacto de lealdade com o genitor alienador em função da dependência emocional e material, demonstrando medo em desagradar ou opor-se a ele. “O filho tem medo de ser abandonado e rejeitado pelo alienador, e por isso se compadece de seu 'sofrimento' (ou acredita em sua dramatização), alia-se a ele e rejeita o outro genitor, a quem considera a 'causa' de todo esse “sofrimento”.

d) Menciona locais onde nunca esteve, que não esteve na data em que é relatado um acontecimento de suposta agressão física/sexual ou descreve situações vividamente que nunca poderia ter experimentado- Implantação de “falsas memórias”. Inclusive, nem se dá conta das contradições e lacunas dos relatos de acusação de molestação sexual, construídos ao longo das diversas ocasiões em que a criança depõe para profissionais, por vezes despreparados e desconhecedores da ocorrência de memórias falsas.

e) A animosidade é espalhada para também incluir amigos e/ou outros membros da família do pai alienado (voltar-se contra avôs paternos, primos, tios, companheira). A “vovó querida” torna-se “aquela velha chata”, a namorada do pai alienado torna-se “intrusa”, agora o papai não tem mais tempo ou dinheiro para você porque agora ele tem uma nova namorada e tem de sustentar os filhos dela (ou deles). Conforme se verá adiante, o comportamento da criança muda também em relação aos demais familiares ou pessoas que tenham contato com o pai/mão alienado, pode esquivar-se de vista-los, evitar entrar em contato com eles nas datas comemorativas (não telefonar para o avô no Natal ou no aniversário dele), podendo chegar ao desrespeito e desacato.

Assim, havendo indícios de quaisquer dos atos mencionados ou qualquer outro que seja, deve o genitor alienado, o promotor de justiça e o magistrado tomarem as devidas providências previstas na Lei 12.138/10, as quais serão explicadas nos dois próximos tópicos: das provas da alienação parental e da SAP e das medidas legais aplicáveis ao genitor alienador.

8 DAS PROVAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DA SAP

Após toda a explanação acerca do conceito e dos atos caracterizadores da alienação parental e da SAP, é necessário adentrar na questão das provas, sem as quais se torna inviável falar-se sobre o assunto.

Sobre a temática, assim prescreve o art. 5º da Lei 12.318/10³⁶: “havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”.

Ao se analisar o dispositivo legal acima, percebe-se que o legislador fala em apenas indícios da prática de alienação parental, tendo em vista a gravidade que envolve o problema, não necessitando estar plenamente provada.

Assim, havendo indícios de ato de alienação parental, poderá o representante do Ministério Público, o genitor alienado ou até mesmo o juiz, em qualquer momento processual, requerer ou determinar, em ação autônoma ou incidentalmente, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso³⁷.

Diz-se em ação incidental quando já existir qualquer processo que envolva os filhos, como, por exemplo, regulamentação de visitas e fixação de alimentos.

O mesmo artigo 5º prevê, caso necessário, a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, a qual abrangerá diversos pontos necessários ao entendimento do caso, tais como: entrevistas pessoais das partes, histórico do relacionamento do casal e da separação³⁸, dentre outros.

A perícia será realizada por profissional habilitado ou equipe multidisciplinar também habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental³⁹. O prazo para a elaboração da perícia será de no máximo 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado mediante autorização judicial e justificativa circunstanciada⁴⁰.

36 BRASIL. Lei n. 12.138/10.

37 BRASIL. Lei n. 12.138/10. Arts. 4º e 5º da Lei n. 12.318/10.

38 BRASIL. Lei n. 12.138/10. Art. 5º, § 1º, da Lei 12.318/10.

39 BRASIL. Lei n. 12.138/10. Art. 5º, § 2º, da Lei 12.318/10.

40 BRASIL. Lei n. 12.138/10. Art. 5º, § 3º, da Lei 12.318/10.

Por fim, e não menos importante, é o que prevê o parágrafo único do artigo 4º da Lei 12.138/10:

Art. 4º. [...]

Parágrafo Único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Nota-se, dessa maneira, que, mesmo havendo indícios da prática da alienação parental, o filho e o genitor terão a garantia mínima de visitação, até porque os meros indícios podem ser falsos e, caso não fosse preservada a convivência mínima até o encerramento do processo, pais e filhos perderiam um tempo precioso de convívio.

9 DAS MEDIDAS LEGAIS APLICÁVEIS AO GENITOR ALIENADOR

Conforme explicado no tópico anterior, bastam apenas indícios da suposta prática da alienação parental para que seja instaurado o devido processo autônomo ou incidental, para que, ao final deste, seja comprovada a prática ou não dos atos de alienação parental.

Caracterizados, portanto, atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência⁴¹ de criança ou adolescente com genitor, caberá ao juiz, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, aplicar, cumulativamente, ou não, as sanções previstas no artigo 6º da Lei 12.138/10, quais sejam:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

41 "Ao definir 'qualquer conduta que dificulte a convivência', abre o legislador vasto campo de possibilidades ao Magistrado na utilização do poder discricionário" DUARTE, Marcos. *Alienação Parental: comentários iniciais à lei n. 12.138/10*. *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 40, out./nov. 2010. p. 48.

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Cumpre, ainda, salientar que, caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar⁴².

10 DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA EM CASO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste último tópico, será abordado um breve histórico do surgimento da guarda compartilhada, seu conceito e sua aplicação nos casos de alienação parental.

O instituto da guarda compartilhada nasceu há, mais ou menos, 20 anos, na Europa, tendo posteriormente se desenvolvido na França, Canadá e nos Estados Unidos⁴³.

No Brasil, várias normas trataram acerca da guarda dos filhos após a separação do casal, porém nenhuma delas disciplinava a guarda compartilhada diretamente, até que, no ano de 2008, foi promulgada a Lei n. 11.698, a qual prevê a aplicação do instituto.

A guarda compartilhada consiste em um sistema jurídico no qual os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade de ambos os genitores e as decisões em relação àqueles são tomadas em conjunto por estes⁴⁴.

Tal modalidade de guarda, na visão de Motta⁴⁵, nada mais é do que um incentivo aos pais para “participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole”, tendo em vista que tal participação compete a ambos os pais, assim como a responsabilidade pelos filhos.

Por tal razão é que a guarda compartilhada vem ganhando espaço e

42 BRASIL. Lei n. 12.138/10. Art. 6º da Lei 12.138/10.

43 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. p. 123.

44 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. p. 63.

45 MOTTA, M. A. P. Guarda compartilhada. Uma solução possível. In: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

substituindo os outros tipos de guarda, principalmente a unilateral, a qual “não atende às necessidades da criança e do adolescente em plena formação, visto que não se deve dispensar a presença do pai ou da mãe diariamente para a vida dos filhos⁴⁶”.

Ainda segundo a guarda unilateral, tem-se que essa é preconceituosa, em virtude de permitir que o genitor guardião pense que detém a posse do menor e que é ele que apenas decide sobre sua educação, excluindo o outro genitor de tal responsabilidade, além de passar a denegrir sua imagem perante os filhos, acarretando, assim, os atos de alienação parental.

Desse modo, Freitas⁴⁷ sustenta que a guarda compartilhada ameniza tal situação, tornando-se “a melhor forma de reduzir ou eliminar os efeitos da alienação parental.”

Importante aqui destacar a diferença da guarda compartilhada e da guarda alternada, pois nesta o filho fica um período predeterminado sob a guarda da mãe e outro sob a guarda do pai, podendo ser anual, semestral ou mensal, tendo em vista que os genitores não possuem o consenso a respeito das decisões tomadas em relação aos filhos, colocando-os em conflito entre os genitores⁴⁸.

Já, na guarda compartilhada, há o consenso entre os pais com relação às decisões concernentes aos filhos, ou seja, há um consenso entre os pais sobre a educação dos filhos e o tempo destinado a cada um para ficar com eles. Por essas razões é que tal modalidade de guarda é a mais vantajosa para o menor, visto que atende aos princípios do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

Desse modo, caso o magistrado constate que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atende aos interesses do menor, deve aplicá-la imediatamente, assim como ao perceber sinais de alienação parental.

Isso evitará que, nos casos de guarda unilateral, o genitor guardião passe a ter uma ideia equivocada de deter a posse do filho em relação ao não guardião, sentindo-se o “dono exclusivo” do menor, gerando, assim, o afastamento deste do outro pai.

Do mesmo modo e, conforme já mencionado, a guarda compartilhada irá equilibrar o tempo de convívio dos genitores com os filhos, pois, na

46 FREITAS, Douglas Phillipis. **Reflexos da lei da alienação parental** (Lei n. 12.318/2010). *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 21, out./nov. 2010.

47 FREITAS, Douglas Phillipis. **Reflexos da lei da alienação parental** (Lei n. 12.318/2010). *Revista Síntese Direito de Família*. p. 21.

48 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. p. 27.

guarda unilateral, o genitor guardião passa a maior parte do tempo com eles e, nesse tempo, se o guardião estiver desequilibrado psicologicamente, poderá, mais facilmente, “envenenar” os filhos em relação ao não guardião.

Ademais, conforme se sabe, com a separação do casal, o poder familiar continua com ambos os pais e não somente com aquele que detém a guarda, razão pela qual a guarda compartilhada ganha mais um ponto.

CONCLUSÃO

Conforme já conceituada, a alienação parental consiste na manipulação feita por um dos genitores a fim de denegrir a imagem do outro, objetivando o afastamento do filho em relação a este. Essa manipulação acaba gerando a síndrome da alienação parental, que consiste nos distúrbios causados ao alienado.

Os atos caracterizadores podem ser de diversos modos, como, por exemplo, denegrir perante o filho a imagem do outro genitor, implantando em sua cabeça falsas memórias.

Tais atos ocorrem mais comumente nos casos de guarda unilateral, tendo em vista que o filho permanece mais tempo apenas com um dos cônjuges, gerando, assim, uma disputa entre os pais, quando não há acordo em relação à educação dos filhos.

Desse modo, ao verificar a ocorrência da alienação parental, poderá o juiz modificar a guarda para a modalidade compartilhada, visando a amenizar o sofrimento dos principais afetados: os filhos e os genitores não guardiões.

Assim, com o término do presente trabalho, observou-se que a aplicação da guarda compartilhada se torna um meio eficaz no combate à alienação parental perpetrada pelo genitor guardião em relação aos filhos. Isso porque proporciona aos filhos um contato contínuo com ambos os pais, mantendo-os sempre presentes na vida dos filhos, fazendo com que estes estejam sempre amparados pela figura materna e paterna.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.138, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a Alienação Parental. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice (Org). Síndrome da alienação parental. **Associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

DUARTE, Marcos. Alienação Parental: comentários iniciais à lei n. 12.138/10. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 40, out./nov. 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito, 2009.

FREITAS, Douglas Phillipis. Reflexos da lei da alienação parental (Lei n. 12.318/2010). **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 21, out./nov. 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Org). A síndrome da alienação parental. **Associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada. Uma solução possível. IN: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Chrystian Quintino. **Guarda compartilhada como a melhor forma de priorizar o bem estar do menor**. 2008. 97. Monografia. Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Itajaí. Biguaçu, 2008. Disponível em < <http://siaibib01.univali.br> >. Acesso em: 10 out. 2011.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, Evandro Luiz (Org). SAP: a exclusão de um terceiro. **Associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva (Org). Síndrome da alienação parental: a perspectiva do serviço social. **Associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

VELLY, Ana Maria Frota. A síndrome da alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 62, p. 23, out./nov. 2010.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo como estabelecido. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, RS, v.12, n. 60, p. 44, out./nov. 2010.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES POSSÍVEIS À QUALIDADE DA EDUCAÇÃO

Antonio Carlos Ozório Nunes

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução. 1 Ações possíveis. 1.1. Diagnóstico da situação. 1.2. Estabelecimento de canais de conversação e núcleos de articulação. 2 Plano de atuação no Município. 2.1 Zelar pela correta aplicação das verbas de financiamento da educação. 2.2 Verificação da existência e da regularidade no funcionamento dos Conselhos municipais relacionados à Educação, a saber: Conselho Municipal de Educação, Conselho do Fundeb e Conselho da Alimentação Escolar. 2.3 Verificar como está a situação da educação infantil. 2.4 Plano Municipal de Educação. 2.5 Verificar a não criação/implantação do Plano de Carreira dos Profissionais da Educação Básica. 2.6 Incentivo ao funcionamento dos Conselhos Escolares. 2.7 Cobranças para uma escola mais inclusiva. 2.8 Segurança escolar. 2.9 Prevenção e combate à evasão escolar. 2.10 Vigilância quanto aos sistemas apostilados de ensino. Conclusão.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 263 - 278	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

RESUMO

O Ministério Público brasileiro tem sido procurado cada vez mais para tratar dos temas relacionados à educação. Promotores e Procuradores de Justiça estão cada vez mais envolvidos nesta temática de grande relevância, numa área prioritária para a efetividade dos direitos sociais. O presente artigo traça algumas considerações a respeito da importância da atuação do Ministério Público na área e alguns pontos que podem ser considerados prioritários para que essa atuação tenha um maior alcance social.

Palavras-chave: Ministério Público. Direitos Sociais. Conselhos Municipais. Fiscalização das verbas de financiamento da educação. Educação Infantil. Plano Municipal de Educação. Conselhos Escolares. Educação inclusiva. Sistemas apostilados de ensino.

INTRODUÇÃO

A educação é um processo de construção contínua do ser humano e de integração de todas as dimensões da nossa vida: dos saberes, das aptidões, das habilidades, da capacidade de discernimento e de ação. Educar é contribuir para o aperfeiçoamento intelectual, profissional e emocional do homem.

O Ministério Público pode e deve ser o órgão articulador para garantir ao cidadão, em especial a crianças e adolescentes, o direito à educação de qualidade, pois é instituição autônoma, independente e defensora da ordem jurídica, dos interesses sociais, difusos e coletivos, conforme dispõe a Constituição Federal.

A expressão qualidade na educação é fenômeno complexo, multifatorial e pode ser compreendido por diversas perspectivas. A UNESCO aponta algumas dimensões que compõem a qualidade da educação: filosófica, pedagógica, cultural, social e financeira. Do ponto de vista filosófico, a educação tem qualidade quando os objetivos propostos nos currículos estão baseados e projetados para promover os valores que os mais variados setores da sociedade consideram desejáveis. No plano pedagógico, a educação é de qualidade quando os objetivos propostos nos currículos, planos e programas educacionais são cumpridos de forma eficaz. Na perspectiva cultural, a educação tem qualidade quando os seus conteúdos derivam das aspirações relacionadas às distintas populações a quem se dirige. Sob

o prisma social, a UNESCO sinaliza que a educação é de qualidade quando beneficia igualmente todos os setores da sociedade, contribuindo para a inclusão. Por fim, sob a ótica financeira, a qualidade da educação se refere à eficiência no uso dos recursos destinados à educação (UNESCO, 2003, p. 44).

A atuação do Ministério Público na defesa da Educação é um desafio de grande relevância institucional, a exigir dos Promotores e Procuradores de Justiça o aprimoramento e a intensificação dos trabalhos nessa área, buscando garantir a todos uma educação de qualidade¹. Sobre os critérios para verificação dos padrões mínimos de qualidade de ensino para a Educação Básica pública, vide Parecer CNE/CEB n. 08/2010, que estabelece normas para aplicação do inciso IX do artigo 4º da Lei n. 9.394/96 (LDB), que trata deste tema¹.

A nossa atuação deve se pautar pela busca no cumprimento dos dispositivos constitucionais e legais; na luta pela implementação das políticas públicas educacionais que busquem levar qualidade à educação como um todo e, sobretudo, na fiscalização da eficiência no uso dos recursos destinados à educação.

É preciso, com bastante urgência, uma atuação mais eficiente do Ministério Público brasileiro nesta área. Para tanto, muitas vezes será necessário reformular as atribuições atuais dos Promotores naturais; criar Promotorias de atuação regional, Grupos Especiais e/ou forças-tarefa de atuação.

Muitas ações, principalmente no campo preventivo, podem ser feitas e, por vezes, elas implicam atividades fora do gabinete do Promotor e para além do expediente regular de trabalho, exigindo a realização de audiências públicas, reuniões diversas, trabalhos em rede, entre outras. O esforço é recompensado quando pensamos que a educação não se compara a nenhuma outra área em termos de relevância e função social.

1 AÇÕES POSSÍVEIS

A seguir elencamos algumas sugestões de trabalhos que estão ao alcance dos membros do Ministério Público para uma atuação eficiente como articulador, mediador e protagonista de ações sociais que efetiva-

¹ Sobre os critérios para verificação dos padrões mínimos de qualidade de ensino para a Educação Básica pública, vide Parecer CNE/CEB n. 08/2010, que estabelece normas para aplicação do inciso IX do artigo 4º da Lei no 9.394/96 (LDB), que trata deste tema.

mente possam contribuir para a melhoria da qualidade da educação nos seus respectivos municípios de atuação (e também nas regiões ou no âmbito estadual). São as seguintes:

1.1 DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO

A primeira ação importante a ser feita é a realização de um diagnóstico sobre a situação educacional do município. Para tanto, se houver possibilidade, pode ser feita uma Audiência Pública na qual serão levantados os problemas relacionados à comunidade escolar do respectivo Município.

A audiência servirá para a colheita de informações, obtenção de dados e levantamento de problemas gerais e relacionados à comunidade escolar.

1.2 ESTABELECIMENTO DE CANAIS DE CONVERSAÇÃO E NÚCLEOS DE ARTICULAÇÃO

Na própria audiência pública será possível estabelecer contatos com os principais atores relacionados à comunidade escolar do Município: representantes das Secretarias de Educação; membros dos Conselhos da Educação, dos Conselhos do FUNDEB e da Alimentação Escolar; dos Conselhos de Escolas; representantes de ONGs; servidores, representantes dos pais, alunos, professores, entre outros.

Dessas pessoas, o representante do Ministério Público selecionará aquelas que ele entende mais importantes ou adequadas para funcionar como elementos de interlocução para a discussão, reflexões conjuntas e busca de melhorias na qualidade do ensino do Município. Estabelece-se uma rede de contatos na área, com possíveis cronogramas de trabalho, com pautas pré-definidas.

2 PLANO DE ATUAÇÃO NO MUNICÍPIO

Com o diagnóstico pronto de toda a realidade do Município, caberá ao membro do Ministério Público averiguar quais são as demandas que exigirão uma atuação mais prioritária. Várias delas vão surgir; o Promotor vai verificar as prioridades locais e as possibilidades mais viáveis de

atuação. Vai também seguir o Plano de Atuação institucional. Sugerimos alguns temas abaixo que devem ser alvo de planejamento e de futuras ações.

2.1 ZELAR PELA CORRETA APLICAÇÃO DAS VERBAS DE FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO

Cabe ao Ministério Público zelar pela correta aplicação das verbas de financiamento da educação. O artigo 212 da Constituição Federal estatui que

a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

O artigo 68, e seguintes, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) trata dos recursos financeiros destinados à educação.

Atualmente, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) é a principal fonte atual de financiamento da educação brasileira e cobre toda a Educação Básica, que abrange a educação infantil, ensino fundamental e médio, além de classes segmentadas, como a Educação de Jovens e Adultos, educação indígena, profissional, do campo e educação especial.

Ao longo dos seus primeiros anos de existência, o FUNDEB promoveu significativos avanços na Educação Básica, possibilitando, entre outras, as seguintes conquistas: aumento significativo das matrículas na educação infantil, elevando o número para mais de 450 mil matrículas; estímulo à ampliação e melhoria do ensino médio; melhoria das Escolas de Jovens Adultos (EJAs); cumprimento do piso salarial nacional dos professores, pois o FUNDEB é um importante instrumento de operacionalização e transferência de recursos da União para Estados e Municípios que necessitem de suplementação; o referencial aluno/ano mínimo nacional passou de R\$ 941,68, no início, para R\$ 2.096,68, em 2012; os investimentos em educação básica passaram de 48,2 bilhões de reais, em 2007, para 95,9 bilhões de reais, em 2011; o aluno matriculado passou a ser uma espécie de “unidade monetária”, convertendo-se em mecanismo indutor da expansão quantitativa do atendimento educacional: “mais matrículas, mais dinheiro”, resultando numa ampliação de vagas e no incremento do mercado de trabalho para os profissionais da educação. O FUNDEB atende, atualmente, por volta de 48 milhões de alunos no Brasil.

Por outro lado, as verbas do FUNDEB são as que mais indevidamente são utilizadas pelos gestores, pois é comum a prática de prefeituras utilizar-se de recursos do FUNDEB para custear despesas alheias à manutenção e desenvolvimento da educação básica, contrariando o artigo 21, § 1º, da Lei 11.494/2007, sem contar as frequentes fraudes e desvios em diversos Municípios brasileiros.

Cabem ao Ministério Público a prerrogativa e o dever de atuar, preventiva e repressivamente, para uma boa fiscalização dessas verbas. Para tanto, diversas ações podem ser feitas, entre outras : a) zelar, com o apoio dos Conselhos ligados à educação, pelo **orçamento detalhado** da Educação Básica; orçamentos genéricos permitem desvios e fraudes e dificultam o acompanhamento de sua execução; b) cobrar e fiscalizar a transparência da folha de pagamentos das Secretarias da Educação; c) fiscalizar, ou cobrar para que os conselhos fiscalizem a aquisição de bens e a prestação de serviços ligados à Educação; e d) acompanhar e fiscalizar a eficiência nos trabalhos dos Conselhos do FUNDEB.

Para eficiência nas ações de fiscalização, é necessário que o Ministério Público tenha contatos periódicos com os atores ligados à educação, realize reuniões frequentes com os Conselhos ligados à educação e faça parcerias com outros órgãos de controle, como os Tribunais de Contas.

2.2 VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA E DA REGULARIDADE NO FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS RELACIONADOS À EDUCAÇÃO, A SABER: CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CONSELHO DO FUNDEB E CONSELHO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

É preciso verificar o efetivo funcionamento desses Conselhos. Em regra, eles têm sido apenas uma realidade jurídico-formal ou um instrumento nas mãos do Chefe do Executivo. Isso se deve a diversos problemas sociopolíticos e culturais que vão desde a falta de tradição participativa da sociedade civil no controle das atividades políticas e negócios públicos, até a arraigada concepção dos conselhos como órgãos formais, necessários apenas para captar recursos financeiros.

Para tanto, o Promotor de Justiça deve verificar a lei que criou os conselhos e consultar os respectivos regimentos internos para aferição de sua eficácia e funcionalidade. Deve ainda reunir-se com esses Conselhos,

oferecer apoio, exigir estruturas adequadas no Executivo, cobrar dos conselheiros uma postura mais compatível com a grandeza das suas atividades, em suma, ser um órgão articulador e fiscalizador para que os Conselhos sejam efetivamente operantes e eficientes nas suas missões.

Este trabalho é recompensador, porque, uma vez atuante e eficiente, o Conselho terá mais condição de desempenhar melhor as suas atribuições, principalmente aqueles que exercem o controle social, como é o caso dos Conselhos do FUNDEB.

2.3 VERIFICAR COMO ESTÁ A SITUAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL

É importante que seja feito um levantamento para saber como anda o atendimento e a oferta de vagas à educação infantil, que abrange as creches, de zero aos três anos, e a pré-escola, dos quatro aos cinco anos. Todas as crianças nessas faixas etárias têm direito à educação infantil.

Educação infantil deve ser a prioridade das prioridades, pois, nos primeiros anos de vida, é que se têm os períodos mais propícios para a aprendizagem. Segundo o Plano Nacional de Educação, a Educação Infantil

estabelece as bases da personalidade humana, da inteligência, da vida emocional, da socialização. As primeiras experiências da vida são as que marcam mais profundamente a pessoa. Quando positivas, tendem a reforçar, ao longo da vida, as atitudes de autoconfiança, de cooperação, solidariedade, responsabilidade. (PNE, 2001/2010).

Além de informações obtidas nas Prefeituras, é possível ter acesso sobre Educação Infantil em bancos de dados, em *sites* especializados em pesquisas, análises e estatísticas, tais como: MEC, INEP, IBGE, Fundação SEADE, *sites* de ONGs ou nas próprias Secretarias de Educação. A Fundação SEADE tem um amplo levantamento sobre creches no Estado de São Paulo que pode ser consultado no *site* <http://www.seade.gov.br>.

Com os dados em mãos, é possível negociar com o Executivo um acordo para expansão do atendimento em médio prazo, de acordo com as necessidades e possibilidades econômicas do Município, preferencialmente por meio de um Termo de Ajustamento de Conduta.

2.4 PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

O Plano Municipal de Educação deve ser discutido com a sociedade, por meio de debates, plenárias e conferência municipal, e depois ser convertido em lei municipal. A exigência vem da Lei Federal que institui o Plano Nacional de Educação (atualmente Lei 10.172/01). O plano tem a proposta de desenvolver e determinar as metas de médio e longo prazo para o setor e as estratégias de ações na educação escolar no Município.

Esse planejamento é essencial para garantir que as metas e estratégias para a área de Educação sejam política de Estado, e não de governo, com mudanças a cada troca de governante.

Dados de 2010 do IBGE apontavam que quase metade dos Municípios brasileiros não tinha plano municipal de educação. No Estado de São Paulo, o cenário não é diferente.

O Ministério Público deve cobrar, por meios extrajudiciais ou judiciais, a elaboração desse plano, após prévia discussão com a sociedade.

2.5 VERIFICAR A NÃO CRIAÇÃO/IMPLANTAÇÃO DO PLANO DE CARREIRA DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Essa é uma irregularidade ainda comum em mais da metade dos Municípios brasileiros, em descumprimento ao dever constitucional. É preciso checar se o Município implantou o Plano de Carreira e Remuneração dos profissionais de educação básica, conforme exigência dos seguintes dispositivos constitucionais e legais: art. 206, V, da CF, art. 40 da Lei n. 11.494/2007, art. 67 da Lei n. 9.394/1996 e item 10.3.1 do Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001).

Conforme dispõe o artigo 40 da Lei 11.494/07, o plano de carreira busca assegurar: a) a remuneração condigna dos profissionais na educação básica da rede pública; b) integração entre o trabalho individual e a proposta pedagógica da escola; e c) a melhoria da qualidade do ensino e da aprendizagem.

O Ministério Público deve oficiar ao Chefe do Poder Executivo requisitando informações acerca da existência de lei instituindo o Plano de Cargos de Carreira e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica, com o objetivo de evidenciar a omissão. Ao obter a resposta, tomar as providências legais (extrajudiciais ou judiciais) cabíveis.

2.6 INCENTIVO AO FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS ESCOLARES

Os Conselhos escolares, segundo o Ministério da Educação (BRASIL, 2004b), são órgãos colegiados constituídos por representantes da comunidade escolar (professores, demais funcionários e alunos) e local (pais ou responsáveis pelos alunos), cuja principal atribuição, para além de suas funções consultivas, fiscais e de mobilização, é a deliberação sobre questões político-pedagógicas, administrativas e financeiras da escola.

Como sabemos, a gestão democrática do ensino público é um dos princípios do ensino e está prevista na Constituição Federal de 1988, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Plano Nacional da Educação. O Conselho Escolar reflete uma maior participação social e a gestão democrática da escola e é um espaço para discussão, negociação, encaminhamento das demandas educacionais. São atribuições dos Conselhos deliberar sobre questões político-pedagógicas, administrativas, financeiras, no âmbito da escola e analisar as ações a serem empreendidas e os meios a serem utilizados para o cumprimento das finalidades da escola.

A gestão democrática e participativa na escola apresenta-se como um dos aspectos fundamentais das condições de oferta de ensino com qualidade e por isso é essencial a participação da comunidade escolar para a resolução de problemas, planejamento e tomada de decisões. Essa participação pode ser feita principalmente por meio dos Conselhos Escolares. Outros meios participativos são as Associações de Pais e Mestre, os Grêmios Estudantis, os Conselhos de Classe etc.

No portal do MEC, há uma página sobre o Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares que possui diversas cartilhas sobre os Conselhos Escolares. O endereço é http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12384&Itemid=655

O Ministério Público pode e deve ser um grande fomentador da criação e do pleno funcionamento desses Conselhos Escolares.

2.7 COBRANÇAS PARA UMA ESCOLA MAIS INCLUSIVA

A escola inclusiva permite que os alunos em geral vivenciem as diferenças e que aqueles discriminados pela deficiência, ou qualquer outro motivo, ocupem o seu espaço na sociedade e sejam cidadãos. Toda criança

e todo adolescente têm o direito à educação na diversidade, garantindo-se o seu aprendizado de acordo com suas potencialidades (art. 208, V, CF).

O promotor deve cobrar condições do poder público e deve articular a comunidade escolar para agir na perspectiva da educação inclusiva. O grande desafio da escola hoje é a educação inclusiva para todos. Entre outras ações, o Promotor de Justiça deverá: a) realizar diagnósticos para saber as razões da não matrícula em salas comuns da rede pública, de alunos que frequentam escolas e classes especiais; b) cobrar das escolas o desenvolvimento e a implementação da educação inclusiva no Projeto Político Pedagógico; c) acompanhar a progressão dos alunos com deficiência das escolas/classes especiais para o sistema regular de ensino; d) incentivar a realização de um planejamento de acessibilidade com relação às escolas públicas do Município; e) exigir dos sistemas estadual e municipal a capacitação dos educadores das salas de recursos multifuncionais e outros suportes necessários para o acesso, a permanência e o aproveitamento do aluno com necessidades especiais; e f) estimular a criação e/ou funcionamento do Conselho Municipal da Pessoa com Deficiência.

Para mais informações sobre o tema, vide o “Guia Prático: O Direito de Todos à Educação”, distribuído pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

2.8 SEGURANÇA ESCOLAR

Os cuidados com a segurança escolar interferem no processo de ensino e de aprendizagem e, portanto, na qualidade da educação. O Ministério Público pode colaborar com mais paz nas escolas incentivando-as a melhorar e ampliar as relações com a comunidade local, sobretudo com a criação e o fortalecimento dos Conselhos Escolares; a apoiar e cobrar as ações de segurança no entorno da escola, tais como: rondas escolares, limpeza de terrenos, fornecimento de iluminação adequada etc; zelar pela observância do perímetro escolar, que é a área contígua aos estabelecimentos escolares na qual devem ser vedadas determinadas atividades, como vendedores ambulantes, venda de bebidas alcoólicas etc.

Caso seja possível, poderá o Promotor de Justiça realizar visitas e palestras nas escolas, falar nas rádios e TVs comunitárias sobre o enfrentamento do problema. Falar para os pais sobre a importância da família no processo escolar dos filhos é sempre válido e útil; conversar com professores

e gestores sobre os problemas e as vulnerabilidades da escola pode ser uma boa forma de contribuir com ações conjuntas e/ou para cobrar ações dos órgãos responsáveis.

2.9 PREVENÇÃO E COMBATE À EVASÃO ESCOLAR

A evasão escolar é um sério problema brasileiro e tem se colocado como um dos principais desafios à educação escolar no país, maior até do que simplesmente garantir a matrícula dos alunos na escola. As causas e raízes deste problema são muito complexas e demandam vários olhares e reflexões.

Um estudo coordenado por Marcelo Neri (2009, 35) mostra que as motivações das pessoas que estão fora da escola podem ser agregadas em quatro grandes grupos: a) dificuldade de acesso à escola (10,9 %); b) necessidade de trabalho e geração de renda (27,1%); c) falta intrínseca de interesse (40,3%); e (d) outros motivos (21,7%).

Em termos globais, portanto, cabe pouco ao Ministério Público agir com eficiência em termos de prevenção e combate à evasão escolar. Entretanto, algumas ações podem ser úteis e ajudar, tais como: combater o trabalho infantil; facilitar o acesso à escola, cobrando políticas de adequado transporte escolar; estimular campanhas de orientação, por meio de rádios e TVs locais, para conscientizar o jovem e a sua família do alto impacto da educação na ocupação e na renda do cidadão; apoiar mutirões comunitários para identificar e contactar alunos que estão fora da escola; fazer cobranças no sentido de que os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comuniquem ao Conselho Tutelar a reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, nos termos do artigo 56, II, do ECA, entre outras.

2.10 VIGILÂNCIA QUANTO AOS SISTEMAS APOSTILADOS DE ENSINO

Deixamos para o fim uma importante e tormentosa questão: a dos sistemas apostilados de ensino. Um número significativo de Municípios brasileiros tem adotado esses sistemas para a sua rede educacional, os quais são comprados de grandes grupos ou empresas da rede privada,

muitos deles com materiais inadequados à realidade dos alunos. Vários especialistas ligados à educação têm questionado essas parcerias, pois o dinheiro público é repassado ao setor privado, sem a necessária melhora na qualidade de ensino.

Essas parcerias normalmente envolvem a aquisição de livros para os alunos, treinamentos para professores e planejamento pedagógico, desconsiderando-se que essas atividades são de responsabilidade dos Municípios.

Uma escola de qualidade exige planejamento das prefeituras e discussões amplas com a comunidade escolar; somente usar grife de escolas particulares não é necessariamente garantia de qualidade no ensino.

A educação transmitida por esses sistemas de apostilas normalmente é conteudista e preparatória para o vestibular, não se atentando para a formação geral de cada aluno. Ademais, muitas dessas redes passam aos pais e à comunidade, de forma geral, a ilusão de que o nível de ensino por meio desses sistemas é igual ao dos colégios particulares, o que nem sempre corresponde à verdade. Com isso, estamos assistindo a uma terceirização da educação, desacompanhada de um debate com a sociedade.

Portanto, a primeira irregularidade que se aponta é a falta de participação da comunidade escolar na discussão desses sistemas. As escolas precisam de projetos político-pedagógicos próprios e não podemos uniformizar o currículo sem atentarmos para a realidade de cada local. Por isso, ao escolher arbitrariamente um sistema privado de ensino, sem ouvir a rede escolar, o titular do Poder Executivo ou o Secretário da Educação, está incorrendo-se numa grave ilegalidade, pois a Lei Federal 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) dispõe que:

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

I - elaborar e executar sua proposta pedagógica; [...]

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino.

Outra irregularidade que se aponta é que os gastos com esses sistemas podem caracterizar *bis in idem*, pois há duplo pagamento pelo mesmo serviço, ou seja, a população paga, por meio dos tributos, pelos programas de livros didáticos do Governo Federal e acabam pagando também por esses livros adquiridos da rede privada.

Com efeito, o governo federal executa três programas relacionados à distribuição de livros didáticos: o “Programa Nacional do Livro Didático” (PNLD), iniciado em 1989; o “Programa Nacional do Livro Didático” para o Ensino Médio (PNLEM), implantando em 2004, e o “Programa Nacional do Livro Didático para a Alfabetização de Jovens e Adultos” (PNLA), iniciado em 2007 (disponível em: <www.fnde.gov.br/home/index.jsp?arquivo=livro_didatico.HTML>). Esses recursos são oriundos do Ministério da Educação (MEC) para o “Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação” (FNDE). O duplo pagamento por materiais didáticos se deve ao fato de que a compra desses livros é feita com percentual dos recursos vinculados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino e que poderiam ser destinados a outros gastos para a melhoria da educação.

O “Programa Nacional do Livro Didático” (PNLD) tem por objetivo precípuo subsidiar o trabalho pedagógico dos professores por meio da distribuição dos livros didáticos aos alunos da educação básica. O MEC publica o “Guia de Livros Didáticos”; este guia é enviado às escolas e estas escolhem aqueles que melhor atendem ao seu projeto político-pedagógico. Esses livros são conservados e devolvidos para a utilização por outros alunos, nos anos subsequentes.

Ressalte-se que o PNDL é uma experiência exitosa no Brasil. Segundo o MEC, há previsões para a distribuição, em 2013, de 52 milhões de livros didáticos somente para os três primeiros anos do ensino fundamental. O acervo é de comprovada qualidade, pois o processo de avaliação e seleção do livro didático é feito de forma aberta e democrática pelas universidades federais. São inúmeras opções para cada área.

Com um programa tão bom e eficiente, vêm as perguntas: por que então os Municípios optam pelos sistemas de apostilas das empresas de ensino, que nem sequer são submetidas à fiscalização do MEC? Por qual motivo não se gasta esse dinheiro com a formação dos professores? Por que gastar num produto que se apresenta como bom e sofisticado se temos muitas dívidas sociais nessa área e se o livro didático já oferecido é de altíssimo nível e qualidade?

Outras perguntas cabíveis: houve processo licitatório nessas aquisições? Onde estão os editais e os contratos de fornecimento? Como falar em “singularidade de objeto” se o MEC oferece livros de altíssima qualidade e não são feitos comparativos entre esses e os livros oriundos desses sistemas privados?

Por esses motivos e outros que deverão ser mais bem estudados pelo

Ministério Público, caberão essas reflexões e indagações a cada Promotor, para evitar que esses sistemas apostilados venham para o Município sem uma discussão com a comunidade escolar, feitas ao livre arbítrio e, muitas vezes, com interesses escusos do Prefeito Municipal ou do Secretário de Educação, com todas as implicações já vistas.

Ações preventivas, por meio de Termos de Ajustamento de Condutas que façam previsão de ampla discussão social e com a comunidade escolar, podem ser feitas para se evitar que o problema se instale, com maiores dificuldades de questionamentos posteriores.

CONCLUSÃO

Muitas são as ações possíveis por parte do Ministério Público como órgão parceiro da Educação; listamos algumas que entendemos relevantes. Diversos são os desafios para a efetivação das políticas públicas que levarão a uma educação de qualidade, principalmente diante do binômio “escassez de recursos *versus* multiplicidade das necessidades educacionais”. O Ministério Público deve participar dessa discussão, atuando como articulador, fiscalizador e mediador social, a impulsionar o Estado na escolha dos critérios e nas prioridades de gastos.

Para tanto, cabe ao Ministério Público, por intermédio dos promotores naturais ou por meio dos grupos regionais especializados, assumir uma postura pró-ativa, buscando: a) envolver e fortalecer o papel das organizações não governamentais nessas questões; b) dialogar mais, nessa área, com a sociedade civil, por meio de conferências, debates, audiências, consultas públicas, entre outras; c) cobrar melhorias e qualidade na transparência dos gastos ligados à educação; e, se necessário for, d) valer-se dos meios extrajudiciais ou judiciais para a implantação de políticas públicas nessa área tão essencial ao futuro do País e do mundo, pois, como ressaltou Immanuel Kant, “é no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade”.

REFERÊNCIAS

ADRIÃO, T.; GARCIA, T.; BORGHI, R.; ARELARO, L.R.G. Uma modalidade peculiar de privatização de educação pública: a aquisição de “sistemas de ensino” por municípios paulistas. *Educ. Soc. Out* 2009, Vol. 30, no 108, p. 799-818.

ADRIÃO, T; PINHEIRO, D. Parcerias entre municípios paulistas e a esfera privada para a aquisição de “Sistemas de Ensino Apostilados” na Educação Infantil. Revista Eletrônica Política e Gestão Educacional: Número 8. 1º Semestre 2010. Disponível em <http://www.fclar.unesp.br/publicações/revista/>. Acesso em julho de 2012.

BRASIL. Ministério da Educação. Programa de Fortalecimento dos Conselhos Escolares - Cadernos 01 a 10. SEB/MEC, Brasília/DF, 2004, disponíveis no site: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12384&Itemid=655.

CALLEGARI, Cesar (org.). **O Fundeb e o financiamento da educação pública no Estado de São Paulo**. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Aquariana: IBSA: APEOESP, 2011.

Cartilha: “Subsídios ao Ministério Público para acompanhamento do Fundeb” – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, disponível em <http://www.fnde.gov.br/>

Guia prático: o direito de todos à educação: diálogo com os Promotores de Justiça do Estado de São Paulo/Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: MP-SP, 2011.

Motivos da Evasão Escolar. Marcelo Néri (Coord.). São Paulo: Fundação Dpaschoal, Fundação Getúlio Vargas e Instituto Unibanco, 2009.

UNESCO. Proyecto Regional de Indicadores Educativos. Alcanzando las metas educativas: Informe Regional, Santiago de Chile, 2003. p. 44-45.

Sites:

<http://portal.mec.gov.br>

<http://www.fnde.gov.br>

<http://www.inep.gov.br>

<http://www.mec.gov.br>

O AFASTAMENTO ANTECIPADO DO GESTOR ÍMPROBO E O DEVER DE TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Tiago de Sousa Afonso da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso

SUMÁRIO

Introdução. 1 A Lei de Repressão à Improbidade Administrativa (Matriz e *Mens Legis*). 2 As Sanções Impostas aos Ímprobos e a sua Eficácia. 3 Das Causas de Afastamento do Gestor antes do Trânsito em Julgado da Decisão Condenatória e da Possibilidade de Suspensão Temporária do Exercício da Função Pública. Conclusão. Referências.

RESUMO

A legislação brasileira, especialmente a Lei Federal 8.429/92, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de o agente público ser afastado do exercício de suas funções por ato de improbidade administrativa antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, entretanto, as suas normas são comumente compreendidas de modo restritivo a ponto de impedir que essa medida tenha eficácia, fazendo prevalecer o interesse particular em detrimento da aspiração coletiva de preservação do patrimônio público. É necessária uma mudança de paradigma,

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 279 - 292	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

de maneira a conferir uma interpretação sistemática e teleológica o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, e mais consentânea com o quadro de impunidade que ainda impera nacionalmente, a fim de obrigar que o gestor réu em ação civil seja suspenso antecipadamente do desempenho de suas atividades em outras situações que não aquelas textualmente previstas nessa lei federal, sobretudo quando seu histórico denuncia a reiteração de ações atentatórias à moralidade pública.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa. Legislação brasileira. Agente ímprobo. Afastamento. Possibilidade. Interpretação restritiva. Interesse Público. Prevalência. Patrimônio Público. Ilícitos. Reiteraões. Medida assecuratória. Exercício das funções. Suspensão antecipatória. Exegese sistemática e finalística. Paradigma. Mudança.

ABSTRACT

Brazilian law, especially the Federal Law 8.429/92, the Code of Civil Procedure and the Consumer Protection Law, provides that the agent be removed from the public exercise of their functions by act of administrative misconduct before the final judgment of conviction, however, their rules are commonly understood so restrictive as to prevent this measure to be effective, making prevail over the private interest of the collective aspiration of preservation of public property. We need a paradigm shift in order to provide a systematic and teleological interpretation of Article 20 of Impropriety Administrative Law, and more in line with the framework of impunity that still prevails nationally, in order to force the manager is accused in civil suit suspended in advance of the performance of its activities in other situations than those envisaged by the federal law verbatim, especially when his record reveals the repetition of actions prejudicial to public morality.

KEY-WORDS: Impropriety Administrative Law. Brazilian law. Agent unrighteous. Removal. Chance. Restrictive interpretation. Public Interest. Prevalence. Public Property. Unlawful. Reiterations. Security Measure. Performance of duties. Suspension anticipatory. Exegesis systematic and teleological. Paradigm. Shift.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal n. 8.429/92), cujo advento foi anunciado no próprio texto constitucional em 1988 (art. 37, § 4º), é um diploma legal extensível a todos os entes públicos e que, sem dúvida, representou um enorme avanço no campo do combate às gestões públicas ineficazes, incúrias ou vocacionadas à dilapidação do patrimônio público.

Se, por um lado, antes da edição dessas normativas específicas de repressão à imoralidade administrativa, mecanismos legais já existiam capazes de propiciar ao Ministério Público o exercício da defesa desse destacado interesse transpessoal, indiscutivelmente, com o advento dessa Lei, tanto o órgão ministerial quanto o próprio ente público lesado passaram a contar com uma ferramenta mais eficiente não apenas para promover a recomposição dos danos causados ao patrimônio público como também para coibir que novas condutas ofensivas à coletividade continuassem a ser perpetradas.

No entanto, embora tenha sido de todo louvável a iniciativa do legislador infraconstitucional, notadamente ao estabelecer penas mais enérgicas aos agentes públicos desidiosos ou ímpios, não se pode perder de vista que muitas delas (as mais temidas e que, portanto, possuem maior carga pedagógico-preventiva) somente podem alcançar efeitos no mundo jurídico, em regra, após o decurso do trânsito em julgado da sentença condenatória.

É sabido e consabido que o sistema processual civil hoje brasileiro, sob o ponto de vista revisional, é enormemente licencioso aos demandados, em especial aos que têm o privilégio de serem mais bem assistidos processualmente, já que lhes dá a oportunidade da utilização de reiterados instrumentos recursais, e nas mais variadas instâncias, como meio de postergar a imutabilidade do decreto judicial que lhe é desfavorável.

Em socorro ao interesse da coletividade e com vistas a corrigir essas excrescências, surge, enfim, notável corrente no meio jurídico sustentando a possibilidade de se operarem alguns desses efeitos tão indesejáveis pelos gestores ímprobos “antes mesmo de o trânsito em julgado da sentença”.

Doutrinária ou jurisprudencialmente exsurge no País atualmente, ainda que de maneira incipiente, um movimento tendente a mitigar os efeitos nefastos que decorrem da interpretação literal e apartada da Lei n. 8.429/92, defendendo-se, assim, a ideia de que é perfeitamente viável juridicamente, em determinados casos, o afastamento temporário e antecipado dos agentes públicos processados, mormente quando o que estiver em xeque for essencialmente a higidez administrativa e a incolumidade do erário.

A proposta desse singelo trabalho não é senão auxiliar na propagação desse salutar entendimento, que tanto vai ao encontro dos anseios sociais de efetivo combate da corrupção e de preservação do patrimônio público, tema o qual se passará a desenvolver doravante.

1 A LEI DE REPRESSÃO À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (MATRIZ E *MENS LEGIS*)

Sabidamente o legislador constituinte originário de 1988, no elogiável propósito de conferir contornos mais democráticos e isonômicos à população, trouxe à lume disposições expressamente endereçadas aos que desempenham atividades funcionais na Administração Públicas, em qualquer um de seus patamares federativos.

Logo, no preâmbulo do artigo 37 da Constituição da República, percebe-se nitidamente a pretensão do constituinte de instituir um caderno de condutas mais rígido e definido inclusive aos que ocupam funções de relevo perante os entes públicos, merecendo sobrelevado destaque o dever de observância por parte dos agentes aos princípios da “impessoalidade e da moralidade”.

Em sequência, ainda nesse mesmo preceptivo, mais precisamente em seu parágrafo 4º, institui o legislador originário as balizas pelas quais os atos administrativos imorais ou ofensivos ao patrimônio público haveriam de ser tratados juridicamente. Veio à baila, poucos anos depois, então, a propalada Lei Federal n. 8.429/92, consolidando, por conseguinte, a vontade externada pelo constituinte de coibir de maneira mais eficaz atos de agentes públicos que sabida e historicamente tanto já haviam prejudicado o bom funcionamento do Estado e a consequente implementação de suas políticas públicas.

Com efeito, por meio de uma conceituação abrangente de sujeito ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa e mediante a tipificação não menos ampla do que vêm a ser condutas ímprobas que causam enriquecimento ilícito, ofensa ao erário e desrespeito aos princípios administrativos, estabeleceu a alcunhada “Lei de Improbidade Administrativa” um rosário de punições passíveis de ser imposto aos que as suas regras infringem, sem prejuízo, por óbvio, da imposição do dever de recomposição do dano causado ao patrimônio público.

Algumas dessas sanções, especialmente as mais severas, tiveram

o seu poder retributivo e preventivo (a sua eficácia) acentuadamente mitigados, em virtude da impossibilidade de elas se fazerem operantes enquanto ainda esteja sujeita à revisão a decisão judicial condenatória. Por conta disso, há os que se convenceram de que nem mesmo parcela de seus efeitos poderia ocorrer antecipadamente.

Entretanto, entendimento assim somente tem lugar, em verdade, se o operador do Direito não prestar a atenção devida ao sentido emprestado pelo legislador constituinte originário à Lei de Improbidade Administrativa, concebida que foi ela essencialmente para substituir um passado favorável aos agentes públicos, de injustiças e de impunidade, por um presente e futuro em que as atitudes corruptivas dos *intraneus*, prejudiciais ou não ao patrimônio público, seriam intoleráveis e energicamente repreendidas.

Conforme se perceberá oportunamente, não se pode admitir que o diploma legal - que reconhecidamente representou um marco no País no combate à corrupção e à imoralidade administrativa - sirva justamente de instrumento para o fomento de situações prejudiciais à própria coletividade.

Daí se segue que as disposições consignadas, em seu texto de lei, não de ser tomadas pelo intérprete à luz exatamente dos motivos que levaram os órgãos legiferantes a editá-lo, abstraindo-se, por consequência, qualquer tradução que não condiga com o propósito de trazer um mínimo de ética e responsabilidade ao cenário administrativo nacional.

2 AS SANÇÕES IMPOSTAS AOS ÍMPROBOS A SUA EFICÁCIA

Embora reconhecidas como de natureza cível, algumas das sanções irrogadas aos agentes públicos praticantes de atos de improbidade são tão restritivas quanto as comumente previstas no ordenamento jurídico penal.

E de outra maneira não poderia estabelecer a Lei n. 8.429/92, à medida que a intensidade dessas “penas” guarda inequívoca relação de proporcionalidade se considerada a mácula causada por esses infratores ao patrimônio público material e imaterial.

Agindo assim, quem concebeu esse diploma legal evidentemente pretendeu prestigiar os bens pertencentes ao Estado e à população em geral, estabelecendo aos que dele diretamente cuidam o “dever de zelo e moralidade”, erigindo a coisa pública ao patamar de bem jurídico eminentemente tutelado, atribuindo, por corolário, acentuado desvalor às condutas que o põem em xeque.

Das sanções que mais se prestam a coibir a prática dos atos de improbidade, merecem destaque a de “suspensão dos direitos políticos” e à “perda do cargo público”; ambas, contudo, ao menos pela literalidade da norma vigente, somente poderiam se efetivar depois de esgotados todos os mesmos processuais disponíveis de se impugnar o decreto condenatório (LIA, art. 20, *caput*).

Por certo, nenhum detentor de cargo público, especialmente os que ocupam postos de ordem eletiva, seja por sua incúria, seja por seus ímpetos de desonestidade, desejam se ver tolhidos de seu direito de serem novamente reconduzidos pelo voto popular à função da qual se valeu para se locupletar, ou mesmo de outra que lhe propicie idênticas facilidades.

De igual modo, nenhum gestor ímprobo aspira a ser surpreendido com um decreto judicial que promova a absoluta ruptura de seu vínculo funcional com a Administração Pública.

Entretanto, apesar da razoabilidade da imposição dessas penalidades e da sua inegável importância para que se concretize aquele propósito originário de iniciar o processo de instalação da moralidade, na seara público-administrativa, no Brasil, o legislador ordinário fez consignar, no artigo 20 da Lei Federal 8.429/92, que “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Tendo como foco especialmente a sanção de “perda do cargo”, até seria defensável o entendimento de que o afastamento do agente público das suas funções (sem finalidade de colheita de prova ¹), somente se operaria após a imutabilidade da sentença. Ocorre que, lamentavelmente, não militamos em um mundo jurídico-processual ideal, em que os instrumentos de revisão das decisões judiciais somente são usados criteriosamente e apenas com o propósito de corrigir injustiças que se acreditam terem sido cometidas.

É cediço que a realidade jurídica brasileira é bem diversa, não sendo rigorosamente incomuns as ocasiões em que recursos são interpostos ou ações autônomas são ajuizadas com o fito, único e exclusivo, de retardar, a todo custo, a eficácia de decisão judicial que se afigura inconveniente ao demandado.

Logo, a se tomar como premissa a inclinação histórica e arraigada dos réus de utilizarem-se, em seu favor, de expedientes meramente procrastinatórios, evidentemente não se conforma com o interesse do legislador

1 A que faz expressa alusão o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

constitucional nem infraconstitucional a ideia de que (além do interesse na colheita de provas) nenhum outro motivo seria apto a promover a retirada temporária do gestor público da cadeira que tanto o favorece o cometimento de injuridicidades.

Aqui cabe se levantar a seguinte hipótese, apenas com o intuito de melhor ilustrar quão prejudicial pode ser esse entendimento à tutela do bem jurídico “patrimônio público” - especialmente tutelado pelo ordenamento jurídico nacional.

Não raramente, os órgãos do Ministério Público se deparam com situações em que o réu na ação civil de improbidade, já considerado ímprobo por duas instâncias judiciais e que ocupava posto eletivo de relevo à época dos fatos ímprobos, consegue ainda se reeleger por copiosas vezes consecutivamente, em que pese a imposição da penalidade de perda do cargo.

Fatos tão descabidos como esses acontecem justamente pelo fato de não ter sido ordenado antecipadamente o afastamento do requerimento das funções públicas que desempenhava.

Por causa da não utilização desse expediente e à base do uso de consecutivos recursos com aparente viés procrastinatório, cotidianamente, agentes públicos praticantes de ato que não os credencia minimamente para permanecer exercendo tarefas de notável relevância estatal, veem-se desobrigados de se afastar de seu cargo por anos a fio.

Importa chamar-se a atenção, inclusive, para o fato de que, com o esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, a nenhum de seus novos recursos provavelmente será conferido efeito suspensivo, mas ainda assim serão eles bastantes para impedir que salutar providência em favor do interesse público seja levada a efeito.

3 AS CAUSAS DE AFASTAMENTO DO GESTOR ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA E DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA

Bem se sabe que a Lei de Improbidade Administrativa autoriza a autoridade judicial a determinar o afastamento temporário do agente público processado, cuidadosa que foi para que o processo alcançasse a máxima eficácia (art.20, parágrafo único).

Igualmente é consabido, contudo, que essa normativa contempla apenas as situações em que a permanência do processado no cargo tem o condão de conspurcar os atos de colheita de prova, seja testemunhal ou documental. Esse instituto, portanto, apresenta nítida feição cautelar.

No entanto, não raras vezes, encontram-se os operadores do Direito que oficiam nesses processos, notadamente juízes e promotores de justiça, em situações de “absoluta perplexidade e aparente impotência”, obrigado que fica o Poder Judiciário, por mais deletéria que possa ser essa medida à coletividade, a permitir que o gestor público afastado regresse normalmente às suas atividades simplesmente por causa da cessação da fase de instrução.

Ocorre que, em conformidade com o que já foi destacado anteriormente, permite, sim, o ordenamento jurídico pátrio, por força de uma interpretação sistemática e teleológica dos diplomas legais vigentes, que motivos outros ensejem o afastamento do gestor ou agente público processado das suas funções.

Seria ilógico sustentar outro entendimento, a menos que fosse possível se conceber que o legislador infraconstitucional tivesse instituído meios de desvincular provisoriamente o agente apenas para fins probatórios, relegando o fato de que a conservação do demandado em seu posto - mantendo-o em contato com as mesmas situações e submetendo-o às mesmas oportunidades que lhe motivaram a falir - resultaria fatalmente em novas lesões ao patrimônio público e à moralidade administrativa, inclusive depois de finda a etapa processual instrutória.

A propósito, não se pode perder de vista que, em matéria de ação de improbidade administrativa, comumente, a fase de colheita de provas acaba por ser dispensável, em virtude da profusão de provas documentais antecipadamente apresentadas pelo Ministério Público. De tal sorte, para aqueles com entendimento pouco abrangente desse diploma legal, estaria terminantemente rechaçada a chance de afastamento temporário do agente público.

Excrescência, em rigor, seria defender a tese de que a Lei de Improbidade Administrativa, ao estabelecer como marco da incidência da sanção da perda do cargo a imutabilidade da decisão condenatória (art. 20, *caput*), estaria tornando absolutamente defesa a desvinculação temporária do agente público de seus afazeres enquanto o processo não chega, enfim, ao seu termo.

Ninguém olvida que o Código de Processo Civil prevê textualmente o poder/dever da autoridade judicial de antecipar alguns ou todos os efeitos da tutela que se busca obter ao final da ação, com vistas a impedir que a

pretensão levada a conhecimento da Justiça seja fadada à total imprestabilidade (arts. 273 e 461). Também não se pode deslembrar que o próprio Código de Defesa do Consumidor, sabidamente um dos diplomas legais que compõem o denominado Microssistema da Tutela Coletiva Brasileira, prevê a possibilidade de concessão de idêntica medida de satisfação antecipada da pretensão principal deduzida no processo (Lei Federal 8.078/90, art. 84).

De igual modo, bem se sabe que às ações instauradas por ato de improbidade administrativa são aplicáveis subsidiariamente os regramentos genéricos contidos na lei processual civil, sendo certo que não é possível abstrair, de nenhum preceptivo existente na Lei 8.429/92, o propósito de esgotar todas as possibilidades de afastamento temporário do agente público antes do trânsito em julgado do decreto condenatório.

Aliás, no contexto desse microssistema de tutela do interesse coletivo, é oportuno destacar que as próprias Leis de Ação Popular e de Ação Civil Pública preveem, cada qual, a necessidade de incidência subsidiária das regras processuais gerais sobre os próprios regramentos que elas estabelecem². Disso forçosamente se conclui que o Código de Processo Civil tem aplicação em todos os diplomas legais que visam à tutela de direitos transindividuais, a não ser que normas expressamente contrárias constem dos respectivos textos legais.

O silêncio desse diploma legal, portanto, considerando o espírito redentor do qual se imbuíu o legislador ao concebê-lo, deve necessariamente ser tomado como uma não vedação ao Juiz, abrindo-lhe, pois, a faculdade para que esses instrumentos de garantia da efetividade da Justiça consignados nessas normativas processuais genéricas tenham espaço também nas ações civis de improbidade administrativa.

De fato, são exatamente nas ações de improbidade que mais se mostram necessárias medidas antecipatórias dessa espécie, à medida que de nada adiantaria a formalização pelo Ministério Público da acusação contra o agente público desonesto se não contasse a autoridade judicial, e porque não dizer a própria sociedade, com ferramentas que impedissem que novos atos de malversação do patrimônio público continuassem a acontecer durante todo o período de tramitação processual, quase sempre demasiadamente estendida em consequência da postura protelatória adotada pelos réus. Aí, inclusive, reside a situação de periclitância a que faz referência os incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que justifica plenamente a tomada dessa providência.

2 Arts. 22 e 19, respectivamente.

Logo, carece de razoabilidade a ideia de que o imperativo legal que proíbe a perda do cargo público antes da irrecorribilidade da sentença ensejaria, a reboque, a total impossibilidade da suspensão provisória das atividades por parte do agente ímprobo. A propósito, jamais se pode perder de vista a garantia prevista constitucionalmente da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV).

É de rigor destacar, aliás, que os mesmos fatos que podem levar ao processamento do agente pela prática de improbidade, quando se em sede de ação de apuração de infração penal, podem manifestamente conduzi-lo a sofrer diversas medidas constritivas temporárias, algumas delas tendentes justamente a evitar que o acusado ainda encontre em seu ambiente funcional as mesmas ocasiões que lhe permitiram infringir a lei.

Além da medida extrema da custódia provisória elencada no artigo do Código de Processo Penal, que bem pode ser ordenada para garantia da ordem pública (e da preservação do patrimônio público), importa salientar que com as modificações impostas, em 2011, pela Lei Federal 12.403, estabelecendo novo regramento para as prisões processuais, passou agora explicitamente a ser admitida a possibilidade de “suspensão do exercício da função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais” (CPP, art. 319, VI).

O que não se apresenta sensato, certamente, é reconhecer a viabilidade dessa providência - tomada a bem do interesse público - *apenas no âmbito do processo penal*, mesmo diante da certeza de que idêntica necessidade pode advir também das ações civis de improbidade administrativa, para a qual poderia ser aplicado o instituto da tutela antecipatória prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

O que aqui se defende, a rigor, não é o rompimento absoluto dos liames existentes entre o processado e a Administração Pública sem que haja o trânsito em julgado da decisão condenatória; em verdade, a desvinculação a que alude *caput* do artigo 20 de Lei 8.429 é evidentemente aquela peremptória, por meio da qual são cessados todos e quaisquer direitos do demandado, notadamente à percepção salarial ou de natureza previdenciária³.

O afastamento decretado pela Justiça que presentemente se apregoa, que tem o propósito de salvaguardar o interesse público além meramente daquele que diz respeito à prova processual, enseja ao demandado os mesmos efeitos de como se tivesse ele deixado temporariamente o exercício

3 É sabido que os ocupantes exclusivos de cargos públicos eletivos, que não possuem vínculo efetivo anterior com a Administração, em regra, contribuem para o regime geral da previdência social (RGPS).

das suas funções por força do que faculta o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade.

Frise-se que a contraprestação, inclusive de ordem pecuniária, conforme consta expressamente na parte final do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade, continua a ocorrer em favor do processado, no entanto assegura a medida antecipatória que o agente público não mantenha contato diretamente com o dinheiro público e com as mesmas facilidades que favoreceram o cometimento do ato injurídico.

Obviamente que a providência de antecipação de tutela somente pode ter lugar nas situações em que exista a probabilidade de provimento do pedido condenatório ministerial (CPC, 273, *caput*; CDC, 84, § 3º). Não menos certo é que incumbirá ao autor da ação civil de improbidade, em regra o Ministério Público, aparelhar a autoridade judicial com provas que evidenciem a plausibilidade do pedido punitivo endereçado ao agente público. Nada impede, sendo até recomendável, que a providência seja adotada quando da formação do convencimento condenatório, ou seja, no instante da entrega da prestação jurisdicional, sabedor que será o magistrado que o resultado de seu exercício de cognição exauriente muito provavelmente, por conta dos diversos recursos que deverá enfrentar a sua decisão, ainda tardará a ter a eficácia pretendida, sobretudo em relação às penalidades mais severas (e eficazes) impostas por ele.

Impende que o julgador ainda conjugue esses fatores com a avaliação do histórico comportamental do demandado, o qual geralmente já se vê às voltas com diversos outros processos de igual natureza dos quais, inclusive, já resultaram condenações, demonstrando então que todas as demandas ajuizadas e as penalidades irrogadas pela Justiça ainda não foram suficientes para conter seu ímpeto dilapidatório.

Reunidas todas essas condições, é perfeitamente possível que o juiz presidente do processo ou mesmo o órgão judicial de instância superior determine a suspensão do exercício da função pública atribuída ao agente público, certo de que essa providência nada mais traduzirá do que a propósito da Justiça além de simplesmente se preocupar com a higidez da instrução processual, pois terá a finalidade de evitar que novos desfalques ao erário ou imoralidades atentatórias à austeridade administrativa continuem a ser perpetradas enquanto ainda não alcança o efeito desejado (devido ao uso de repetidos instrumentos recursais) o decreto condenatório que lhe impôs a sanção de perda do cargo ⁴.

4 Em Comarca do Estado de Mato Grosso, sentença condenatória em ação civil de improbidade proferida

CONCLUSÃO

A Lei de Improbidade Administrativa, apesar de sua promulgação remontar aos idos anos de 1992, ainda se encontra em período de conformação e ajuste jurisprudencial e doutrinário em todo o território pátrio, até porque se constitui um diploma legal relativamente recente se levados em conta outros de similar conteúdo que o precederam, a citar: a Lei de Ação Popular (n. 4.717/65) e de Ação Civil Pública (7.347/85).

em meados de 2011 determinando a título de **antecipação de tutela a suspensão do exercício da função pública** por parte de gestor foi objeto de posterior enfrentamento por meio de recurso de **Agravo de Instrumento**, devido ao fato de o juízo singular ter se recusado a receber a apelação em seu efeito suspensivo. O Tribunal de Justiça negou provimento ao pedido antecipatório de tutela recursal, sob o seguinte argumento: “EMENTA PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - AFASTAMENTO DO CARGO - APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO - INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO - OBSERVÂNCIA DO RITO PRÓPRIO DA LEI Nº 7347/85 - INTELIGÊNCIA DO ART. 520, VII, DO CPC - INEXISTÊNCIA DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - PROTEÇÃO AO ERÁRIO PÚBLICO - IMPROVIMENTO. 1. O recurso de apelação interposto contra sentença proferida em ação civil pública deve ser recebido em seu efeito devolutivo e suspensivo apenas quando restar comprovada cristalina ocorrência de dano de difícil reparação. 2. Para a concessão do efeito suspensivo contra apelação interposta em ação civil pública, deve-se efetuar a ponderação entre o interesse do apelado com eventual dano a ser causado à coletividade com a suspensão da determinação judicial que afastou o Prefeito Municipal considerado improbo da administração do município (AI n.º 83278). Até o presente instante a respectiva apelação não foi julgada. A insurgência contra a medida antecipatória da Justiça de Primeiro Grau alcançou, mais recentemente, as barras do **Supremo Tribunal Federal**, o qual monocraticamente, em sede de **Ação Reclamatória** sob a relatoria do Ministro **Joaquim Barbosa**, conheceu a manifesta adequação da providência antecipatória tomada, recusando-se a cautelarmente suspendê-la: “A leitura da sentença proferida (...) revela que o afastamento do reclamante do cargo de prefeito municipal foi o instrumento jurídico encontrado pelo magistrado de primeira instância para permitir o efetivo cumprimento das medidas saneadoras impostas em sentença. No quadro ali descrito, nota-se que o afastamento da função pública foi necessário para permitir a cessação do ato de improbidade e evitar a sua repetição, tendo o magistrado prolator da decisão reclamada ressaltado que a situação verificada nos autos daquela ação de improbidade constituía reiteração de condutas similares anteriormente verificadas, devidamente punidas pelo Poder Judiciário, mas que teriam deixado de ser cumpridas em virtude de medidas judiciais de caráter protelatório (...).O requisito da relevância do fundamento da demanda (fumus boni iuris) restou satisfatoriamente demonstrado, eis que comprovada a responsabilidade do requerido não só no ato de improbidade objeto da presente demanda (satisfatoriamente demonstrado na instrução processual), mas de todos os atos praticados contra a coletividade em sua gestão pública, inclusive, quanto a alegado e comprovado fato novo (contas do Município reprovadas pelo TCE na gestão do réu ante o desvio de 4 (quatro) milhões de reais, que corrobora na tese apresentada pelo Parquet quanto à ocorrência de reiterados atos de improbidade. Observa-se, ainda, a possibilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora), caso o provimento jurisdicional instado só seja reconhecido na sentença final de mérito, eis que a manutenção de gestor inapto ao cargo público de chefia continuaria a prejudicar o interesse público até o final da demanda dilapidando ainda mais os cofres públicos, que por sua vez, vulneráveis às suas investidas sagazes e daquelas protagonizadas pelos membros do secretariado eleito pelo próprio. Imperioso ressaltar que ao co-requerido foi regularmente observado o princípio da garantia de defesa, assegurado no art. 5º, LV da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), inclusive, quanto ao fato novo noticiado pelo Ministério Público que culminou com o presente pedido de antecipação de tutela. Resta clarivamente demonstrado que, o risco a que está submetido o patrimônio público em permanecendo o Requerido na chefia do Poder Executivo, haja vista a quantidade de denúncias de atos de improbidade que evidenciam a má administração dos recursos públicos colocados à sua disposição. Sem contar, as reiteradas fraudes nos processos licitatórios, absolutamente contrários à moralidade administrativa e lesivos ao patrimônio público. As condutas do Alcaide já foram objeto de análise e foram três condenações anteriores, inclusive cassações. Só permanece no cargo por força de recurso meramente procrastinatórios. Cumpre ressaltar, portanto, que o fundamento do ato judicial reclamado parece ter sido a necessidade de assegurar o efetivo afastamento do gestor público de suas funções, uma vez que, se fosse mantido no exercício do cargo de prefeito municipal, sua presença poderia comprometer o saneamento das irregularidades comprovadas na ação de improbidade.” (STF - Reclamação n. 12671). Pesquisas mais recentes realizadas no sítio eletrônico do Tribunal informam que o feito encontra-se com vista à **Procuradoria-Geral da República**.

O que essa Lei nacional mais tem de valoroso, sem dúvida, são as sanções colocadas à disposição do prudente arbítrio do julgador que podem ser aplicadas aos agentes públicos infratores; entretanto, a corrente majoritária pretoriana tem claudicado em reconhecer a possibilidade de algumas dessas sanções poderem ser, ainda que não em toda a sua extensão, aplicadas de maneira antecipada em desfavor do demandado, mesmo tratando-se de medida tendente à preservação do próprio patrimônio público – bem jurídico sublime que o diploma legal tem como escopo tutelar.

Apesar do rigor e conseqüentemente do efeito pedagógico benéfico, que encerra a penalidade de perda do cargo público ao agente ímprobo, frequentemente a coletividade tem se visto vítima de situações absolutamente incongruentes, nas quais indivíduos sabidamente despreparados moralmente para o exercício de funções de relevância na Administração conseguem ainda assim se perpetuar no desempenho das suas atividades, mesmo sendo iminentes os efeitos dessa sanção.

Alguns operadores do Direito, especialmente por não emprestarem a devida atenção ao escorço histórico que motivou a edição das disposições constitucionais (art. 37, § 4º) e infraconstitucionais (Lei Federal 8.429/92), acabam por atribuir a determinados preceptivos da Lei de Improbidade Administrativa carga que efetivamente não possuem. Interpretam, pois, que a vedação contida no artigo 20, *caput*, ou a não permissão explícita de afastamento do processado por razões que não sejam probatórias estaria a impedir que alguns dos efeitos do decreto condenatório, diferidos até o trânsito em julgado da sentença, aconteçam antecipadamente.

Por certo, não há nenhuma impropriedade em o magistrado que preside o processo, a título de antecipação de tutela, conceder o afastamento provisório do agente público de suas funções, em conformidade com o que permite o artigo 273 do Código de Processo Civil, inclusive em sede recursal (CPC, art. 527, III), sendo essa, frequentemente, a única medida capaz de estancar o fluxo de evasão indevida de recursos públicos enquanto ainda não passada em julgado a sentença ou acórdão condenatório.

Da providência acautelatória, evidentemente, deverá lançar mão a autoridade judicial com parcimônia, reservando-a precipuamente para as situações em que o agente implicado, pelo grau de imoralidade do ato cometido, estiver efetivamente sujeito à penalidade da perda do cargo, não se podendo ainda prescindir da constatação de que a continuidade de suas atividades, durante o processo, provavelmente, implicará copiosos danos ao patrimônio, dada a existência de outras ações civis propostas

e condenações, passíveis ou não de recurso, por atos de injuridicidade análogos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de, **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

COSTA, Susana Henrique da. **O Processo Coletivo de Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2009.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA: HISTÓRICO, DENOMINAÇÃO E CONCEITO

Ana Paula Koch De Bona

Assessora Jurídica da Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região

“A deficiência é uma forma de diversidade social que merece resposta inclusiva que se proponha à construção de uma sociedade para todos.” (Declaração de Copenhague – 1995)

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é reconhecida por sua pluralidade e diversidade. Inseridos nessa heterogeneidade estão as pessoas com deficiência, que, atualmente, segundo dados estatísticos, representam de 10% a 15% da população brasileira. Entretanto, é sabido que apenas uma pequena parte desse percentual está plenamente integrada à vida em comunidade.

Neste breve ensaio será feito um levantamento histórico acerca do tratamento dispensado a essas pessoas ao longo da História, tanto no âmbito internacional quanto no nacional. Abordar-se-á, ainda, a questão da correta denominação e conceituação das pessoas com deficiência, sendo esses aspectos importantes para que as pessoas com deficiência sejam tratadas como sujeitos de direitos, merecedoras de proteção legal e, desse modo, chegue-se a sua efetiva inclusão social, abandonando-se de vez a visão assistencialista/discriminatória tão reinante.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 293 - 302	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

A autora, por possuir uma deficiência física, acompanha de perto a luta pela inclusão social das pessoas com deficiência.

1 HISTÓRICO

1.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Ao longo da história, o tratamento dispensado às pessoas com deficiência era baseado em medidas discriminatórias e medidas assistencialistas; sendo já encontradas diversas normas legais referentes às pessoas com deficiência em civilizações antigas, como a grega, a romana e a hebraica¹. Como leciona Fonseca², os povos primitivos tratavam as pessoas com deficiência de formas diversificadas: muitas acabavam eliminadas porque representavam “empecilhos” ao modo de vida daquelas civilizações, baseado no nomadismo, outras, porém, eram protegidas e sustentadas, como forma de conseguir a simpatia dos deuses.

As bases legais sobre as pessoas com deficiência têm origem na cultura grega, na qual imperou o tratamento discriminatório: toda criança que nascia com algum tipo de deficiência deveria ser jogada do alto de um abismo com cerca de 2.400 metros de altura, denominado Taygetos³.

Por outro lado, povos como os Hindus consideravam que as pessoas com deficiência visual, “reuniam condições de maior sensibilidade espiritual, justamente pela ausência da visão, e as escolhiam, preferencialmente, para o desempenho de funções religiosas”⁴.

Na Idade Média, a política assistencialista tornou-se regra, porquanto os senhores feudais amparavam os deficientes e os doentes em casas de assistência, alternando a concepção de deficiência ora como noções teológicas de possessão pelo demônio, ora como desígnios divinos⁵.

1 MELO, Sandro Nahmias. *O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência*. São Paulo: LTr, 2004. p. 24.

2 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006. p. 71.

3 MELO, Sandro Nahmias. *O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência*. São Paulo: LTr, 2004. p. 29.

4 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006. p. 72.

5 GUGEL, Maria Aparecida; CASAGRANDE, Cássio Luís *et al.* *Manual de Procedimentos visando a inserção da Pessoa Portadora de Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho*. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2002.

Até o período Renascentista, houve a predominância das ações assistencialistas. Para Fonseca, “foi com o Renascimento que a visão assistencialista cedeu lugar, definitivamente, à postura profissionalizante e integradora de pessoas com deficiência”⁶. Todavia, somente com a Revolução Industrial é que, efetivamente, despertou-se atenção para a questão da habilitação/reabilitação das pessoas com deficiência, em virtude do grande número de mutilados em acidentes de trabalho⁷. É nessa época, também, que surgem invenções como a cadeira de rodas e a bengala.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, devido ao grande número de mutilados, é que houve, efetivamente, a preocupação com uma legislação protetiva, relacionada às pessoas com deficiência em âmbito internacional⁸.

1.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

No direito brasileiro, houve uma certa demora para que leis de amparo à pessoa com deficiência fossem criadas. Essa demora relaciona-se com o fato de que o Brasil não viveu, contemporaneamente, os efeitos de marcos históricos como a Revolução Industrial e a Segunda Guerra Mundial⁹.

No período colonial, na ausência de políticas públicas, ficava a cargo das famílias a responsabilidade pelo sustento das pessoas com deficiência, sendo elas, muitas vezes, segregadas do convívio social¹⁰.

A Constituição do ano de 1891 foi a pioneira a tratar de temas referentes às pessoas com deficiência, inovando ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei”. Grande inovação foi a garantia de aposentadoria aos servidores públicos que adquirissem alguma espécie de deficiência a serviço do Poder Público¹¹.

O Código Civil do ano de 1916 enquadrou as espécies de deficiência como causas de incapacidade. Esse tratamento impossibilitou a prática de

p. 9.

6 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência**: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 73.

7 *Ibidem*.

8 LOPES, Glaucia Gomes Vergara. **A Inserção do Portador de Deficiência no Mercado de Trabalho**: a efetividade das leis brasileiras. São Paulo: LTr, 2005. p. 17-18.

9 LOPES, p. 19.

10 LOPES, p. 19.

11 LOPES, p. 20.

diversos atos da vida civil por parte das pessoas com deficiência, porquanto estas eram consideradas relativa ou totalmente incapazes de realizá-los. Por conseguinte, o Código Civil de 1916 não fez qualquer diferenciação acerca dos níveis de deficiência mental e, desse modo, considerou todos como “loucos de todo o gênero”, ou seja, com deficiências mentais severas¹².

Somente em 1978, com a Emenda Constitucional n. 12, feita à Constituição de 1967, é que houve relevante avanço em relação à proteção da pessoa com deficiência, porquanto, pela primeira vez, foi tratada, de forma explícita, da inserção econômico-social desse grupo¹³.

A promulgação da Constituição de 1988 rompeu com o modelo assistencialista, que imperava na sociedade brasileira até então¹⁴. Ou seja, optou-se pela efetiva inclusão social em detrimento da política assistencialista.

A CRFB/88 é rica em diversos dispositivos que tratam sobre as pessoas com deficiência. Na seara do direito ao trabalho, o art. 7º, XXXI, prevê a proibição de qualquer tipo de discriminação, no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, ademais, dispõe sobre a reserva de cargos e empregos públicos na Administração Pública para pessoas com deficiência de acordo com o art. 37, VIII.

Quanto aos outros direitos preconizados pela CRFB/88 às pessoas com deficiência, destacam-se: critérios diferenciados para concessão de aposentadoria (art. 40, § 4º, I, c/c 201, § 1º); direito à habilitação e reabilitação, além da promoção da integração à vida comunitária (art. 203, IV); a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência que comprovar não possuir meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V); atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); atendimento especializado às pessoas com deficiência, além da integração social do adolescente e do jovem com deficiência (art. 227, 1º, II); adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e de veículos de transporte coletivo a fim de garantir acesso adequado (art. 227, § 2º, c/c art. 244).

Ao zelar pelas pessoas com deficiência, a Constituição de 1988 quis, na verdade, conforme aduz Araújo, “dar as mesmas condições das pessoas

12 LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: LTr, 2006. p. 228 e 232.

13 LOPES, p. 21.

14 GUGEL, Maria Aparecida; CASAGRANDE, Cássio Luís *et al.* *Manual de Procedimentos visando à inserção da Pessoa Portadora de Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho*. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2002. p. 10.

não portadoras de deficiência [sic]¹⁵”.

Com o advento da Constituição de 1988, foi impulsionada a criação de leis infraconstitucionais preocupadas com a inserção social das pessoas com deficiência, com destaque para as seguintes normas:

- Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência [sic] - CORDE e dá outras providências; Decreto Lei n. 3.298;
- Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência [sic], consolida as normas de proteção, e dá outras Providências;
- Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências;
- Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de Deficiência [sic] ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências;
- Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência [sic];
- Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência [sic] ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências; e
- Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

15 ARAÚJO, Luiz Roberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE/MJ, 2001. p. 88.

2 DENOMINAÇÃO

Ao longo da História, vários termos foram — e ainda são — utilizados para designar as pessoas com algum tipo de deficiência. Termos como incapacitado, inválido, aleijado, excepcional e pessoa deficiente foram utilizados, inclusive, em textos normativos, como na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934¹⁶.

Evidentemente, tais denominações refletiram o olhar da sociedade em relação às pessoas com deficiência, qual seja, a exclusão ou o assistencialismo, colocando-as à margem da sociedade e, até mesmo, em grupos iguais, uniformes, sem considerar que cada forma de deficiência é única e se manifesta diferentemente das demais¹⁷.

No dizer de Cruz:

O estereótipo do portador de deficiência se liga à própria denominação do mesmo: *deficiente*. Esta palavra se associa na psicologia de massas à idéia de incapacidade, de dependente, de pedinte e de mendicância. O deficiente é aquele que a sociedade considera digno de pena, o inútil e inválido que necessita da ajuda dos outros¹⁸.

Na CRFB/88, adotou-se a expressão *Pessoa Portadora de Deficiência*, sendo essa a mais adotada na legislação pátria, presente, por exemplo, na Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; na Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991; no Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999; no Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001; no Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004; e em outras legislações.

Entretanto, nos últimos anos, abandonaram-se as expressões “Pessoa com Necessidades Especiais e Pessoa Portadora de Deficiência” e passou a ser utilizada, principalmente no âmbito internacional, a expressão “Pessoa com Deficiência”, pois a deficiência não é portada ou carregada pelo indivíduo, é, sim, um atributo intrínseco à pessoa, como também é a cor da pele.

16 GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho: Reserva de Cargos em Empresas e Emprego Apoiado**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 23.

17 *Idem*.

18 CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença**: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=mxYsgg0mO8C&printsec=frontcover&source=gbs_slider_thumb#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

3 CONCEITO

No tocante à conceituação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não define quem seria a pessoa com deficiência, o que deixa tal conceito a cargo das normas infraconstitucionais.

O conceito de pessoa com deficiência está presente no art. 3º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, com redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, o qual regulamentou a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para Integração da pessoa portadora de deficiência [sic]:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência [sic] possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Tais conceitos são extremamente tecnicistas, baseados em critérios médicos, o que sugere um conceito estático que não considera as relações sociais e o meio no qual a pessoa com deficiência vive. Isso pode acarretar a exclusão das pessoas que não se enquadram exatamente no conceito fechado presente no Decreto em comento. Luiz Alberto David Araújo observa que:

O que define a pessoa portadora de deficiência [sic] não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência [sic] é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência [sic]¹⁹.

Alexandre Vitorino Silva também critica a utilização de critérios puramente médicos:

[...] a deficiência é produto de um contexto social e não a característica atávica a um indivíduo. É, portanto, definida

19 ARAÚJO, Luiz Roberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE/MJ, 2001. p. 09.

em bases funcionais que relacionam a limitação a barreiras sociais, culturais e arquitetônicas antiinclusivas. [...] A ideia central, portanto, é a de que as pessoas não são, por si sós, deficientes; a sociedade é que produz a deficiência, em um processo cultural de exclusão²⁰.

O conceito presente no Decreto n. 3.298/99, portanto, não considerava a pessoa com deficiência sujeito de direitos e que poderia usufruir de todas as oportunidades garantidas ao resto dos cidadãos de dada sociedade²¹.

Com o advento da Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que “estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência [sic] ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências”, houve o acréscimo de outro elemento ao conceito presente no Decreto n. 3.298/99: a capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo, sendo considerada “pessoa portadora de deficiência [sic] ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio [...]”. Entretanto, ainda não havia a concepção da pessoa com deficiência como sujeito de direito.

A pessoa com deficiência passou a ser considerada como “sujeito de direitos” pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da “Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência” [sic], também conhecida como “Convenção da Guatemala”, feita pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001, que trouxe importante conceito sobre a deficiência e definiu o termo discriminação:

O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

O termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” [sic] significa toda diferenciação, exclusão, ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência [sic] de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

A Subprocuradora-Geral do Trabalho Maria Aparecida Gugel argumenta que este importante conceito eleva a pessoa com deficiência à

20 SILVA, Alexandre Vitorino. Direitos a Prestações Positivas e Igualdade. São Paulo: LTr, 2007. p. 17 e 19.

21 GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho: Reserva de Cargos em Empresas e Emprego Apoiado**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 29.

categoria de sujeitos de direitos, “determinando [...] que se promova a vida independente, a auto-suficiência e a sua total integração, em efetivas condições de igualdade”²².

Todavia, o conceito presente no ordenamento jurídico brasileiro atualmente foi definido pela “Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência”, promulgada pelo Decreto n. 6.949, em 25 de agosto de 2009:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Acredita-se, portanto, que a definição de pessoa com deficiência constante na “Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência” é a mais abrangente que existe no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Com o presente ensaio restou evidente que o tratamento dispensado às pessoas com deficiência ao longo dos anos passou por mudanças, principalmente após a promulgação da CRFB/88, porquanto se tem substituído a visão assistencialista/discriminatória que imperava até então, pela inclusão social dessas pessoas.

Conclui-se, também, que, atualmente, a nomenclatura mais adequada, utilizada, inclusive, em documentos internacionais, é “Pessoa com Deficiência”, em que pese na legislação pátria ainda é mais usual o termo “Pessoa Portadora de Deficiência”, sendo essa expressão a utilizada pela CRFB/88.

No tocante à conceituação, evidenciou-se que o conceito de pessoa com deficiência, presente no art. 3º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, com redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, não consiste em um conceito completo, pois está baseado em critérios, puramente, técnicos, sem considerar que a deficiência é agravada de acordo com a (falta de) interação social entre a pessoa com deficiência e o meio no qual ela vive.

Assim, o conceito legal que mais se coaduna com o posicionamento defendido neste ensaio é o presente na *Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência* (Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009), pois, além de

²² GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho: Reserva de Cargos em Empresas e Emprego Apoiado*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 30.

considerar as pessoas com deficiência como sujeitos de direitos, acrescenta que as diversas barreiras encontradas à integração com o meio social em que vive pode obstruir a participação plena dessas pessoas na sociedade em igualdade de condições. Destarte, além de considerar a pessoa com deficiência sujeito de direitos, essa definição apresenta um conceito baseado em diversos critérios e não somente no critério médico/técnico. Tal conceito considera que a deficiência não está presente no indivíduo, mas está presente no ambiente no qual ele vive, pois, dependendo da adaptação ou ausência da mesma, sua deficiência é agravada e torna-se mais perceptível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Roberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE/MJ, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=mxYsgg0mO8C&printsec=frontcover&source=gbs_slider_thumb#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006.

GUGEL, Maria Aparecida; CASAGRANDE, Cássio Luís *et al.* **Manual de Procedimentos visando à inserção da Pessoa Portadora de Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho**. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2002.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho: Reserva de Cargos em Empresas e Emprego Apoiado**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. **A Inserção do Portador de Deficiência no Mercado de Trabalho: a efetividade das leis brasileiras**. São Paulo: LTr, 2005.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: LTr, 2006.

MELO, Sandro Nahmias. **O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

PREFEITOS MUNICIPAIS - DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – ASPECTOS PENAIS

Maynara Campos Borges Pinto da Luz

*Advogada. Especialista em Direito Econômico
e Empresarial pela FGV.*

RESUMO

Os aspectos penais da dispensa ou inexibilidade de licitações por prefeitos municipais é o tema do presente artigo e o seu objetivo é analisar a conduta descrita na primeira parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, denominada “Lei de Licitações”. Para tanto, elegeu-se como enfoque principal para abordar o assunto, a divergência doutrinária e jurisprudencial existente quanto à classificação do crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses autorizadas em lei, com apoio metodológico do raciocínio de abordagem dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica. Como resultado do esforço de pesquisa realizado, verifica-se que, apesar de uma pequena resistência por parte de doutrina e da jurisprudência, o inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 foi revogado por aquele dispositivo.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Prefeito. Dispensa ou inexibilidade. Crime.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 303 - 318	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

ABSTRACT

Legal aspects of exemption or unenforceability bids within the Public Administration sphere is the theme of this article aims and its object is to analyze the described conduct in the first part of article 89 of law 8.666/1993, named "The Law of the Bids". So, as a primary focus to address the issue it was elected the doctrinal and jurisprudential divergence that exists regarding the classification of the crime of dispensing or not require bidding beyond hypotheses authorized by the law, with the support of the methodological approach and the deductive technique of literature. As a result of the research effort carried out, it appears that despite a minor resistance from other doctrines and jurisprudence, the item XI of article 1 of the decree-law number 201/1967 was revoked by that device.

KEY-WORDS: Bids. Mayor. Exemption or unenforceability. Crime.

INTRODUÇÃO

Visando ao interesse público, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal declara o princípio da obrigatoriedade das licitações, razão pela qual não pode o administrador público abrir mão do anterior procedimento licitatório para a celebração de contratos.

No direcionamento desse comando constitucional, situa-se o objeto de estudo para caracterizar a conduta criminosa do prefeito municipal que dispensa ou declara inexigível a licitação fora das hipóteses previstas em lei.

A propósito, não obstante os inúmeros questionamentos que surgem quando iniciamos a análise da referida conduta, no presente artigo, serão tratados, especificamente, os seguintes aspectos: a) a revogação da disciplina do inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 por força do disposto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993; e b) a divergência doutrinária e jurisprudencial existente na classificação do crime, quanto a sua caracterização, ou seja, constitui-se crime material ou de mera conduta.

2 DECRETO-LEI N. 201/1967 OU LEI N. 8.666/1993. QUAL DISPOSITIVO LEGAL É APLICADO AOS PREFEITOS MUNICIPAIS?

2.1 O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE PARA SUSTENTAR A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N. 201/1967

De início, é importante indagar qual dispositivo legal deve ser aplicado quando é o prefeito municipal que dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses legais, se o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967¹, que trata da responsabilidade de prefeitos ou a Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993², que cuida das normas para licitações e contratos na esfera da administração pública.

Precisamente, a disciplina do inciso XI do art. 1º do citado Decreto-Lei, assim dispõe:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

[...]

XI - adquirir bens, ou realizar serviços e obras sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

[...]

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os itens I e II, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Em contrapartida, tem-se a conduta criminosa capitulada no art. 89 da Lei n. 8.666/1993³, nos seguintes termos: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Há quem defenda que o inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 89 da Lei n. 8.666/1993, prin-

1 BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em: 9 jul. 2012.

2 BRASIL. Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 11 dez. 2011.

3 BRASIL. Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 11 dez. 2011.

cialmente porque não houve revogação expressa, ficando configurado um conflito de normas, que, na doutrina e nos julgados abaixo transcritos, foi solucionado por meio de um dos critérios de resolução de conflito aparente de normas existente, no caso, o da especialidade – *Lex specialis derogat legi generali* (critério) – *Lex posterior generalis non derogat speciali* (metacritério).

Tito Costa⁴, doutrinador mencionado em alguns julgados, assim se posiciona. ao sustentar a supremacia do princípio da especialidade e a aplicação do Decreto-Lei n. 201/1967:

Segundo observa José Nilo de Castro, ‘a Lei 8.666/93 dispõe sobre sanções penais, aplicáveis aos agentes administrativos (art. 82), sujeitando-os inclusive à perda de mandatos eletivos (art. 83). **O Dec. Lei 201/67, art. 1.º, XI, prescreve a responsabilidade penal dos Prefeitos em ilícitos coincidentes com alguns previstos na Lei 8.666/93, com sanções penais até mais graves do que as previstas no Dec.-lei 201/67. Daí a questão: cometidas tais espécies de ilícitos penais por Prefeitos, que penalidade prevalecerá a do Dec.-lei 201/67 ou a da Lei 8.666/93? Prevalecerá a do Dec.-lei 201/67, art. 1º, XI, porque, a uma, o decreto-lei é *norma especial*, e, a duas, as punições da Lei 8.666/93 são mais rigorosas (art. 89, 90, 92 e 97). Aplicação do princípio geral de direito de norma mais benigna aqui se impõe’.** Correta, a nosso ver, a colocação do ilustre doutrinador mineiro. (Grifos nossos).

Em seguida, colacionam-se ementas de acórdãos catarinenses, nos quais seus julgadores comungam do entendimento anteriormente esboçado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DUAS VEZES POR CADA APELANTE. (ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA DEFESA.

[...]

ADÍLCIO E NELSOLI. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA *EMENDATIO LIBELLI*. REENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS IMPUTADAS AO EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DO DECRETO LEI N. 201/67 (ART. 1º, XI E § 1º) EM DETRIMENTO DA LEI N. 8.666/93 (ART. 89). OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO COAUTOR (ART. 29 DO CÓDIGO PENAL). [...]. [Grifos nossos].⁵

4 COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 106-107.

5 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Processo Crime nº 2011.072415-9**, Laguna. Relatora Des. Marli Mosimann Vargas. Florianópolis. Julgado em 24.03.2012. Publicado em 30/4/2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JY170000&nuSeqProcessoMv=null&tipDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4391840&pdf=true>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. RECURSO DA DEFESA ALMEJANDO O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM BASE NA PENA EM PERSPECTIVA. INVIABILIDADE. SÚMULA 438 DO STJ. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PREVISÃO LEGAL. [...]

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI DE REGÊNCIA. ART. 89, *CAPUT*, DA LEI N. 8.666/93.

[...]

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* (ART. 383, CPP) EM GRAU RECURSAL. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N. 201/67 (ART. 1º, XI) EM DETRIMENTO DA LEI N. 8.666/90 (ART. 89). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES.

RECURSO PROVIDO. [...]. [Grifos nossos].⁶

PREFEITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N. 201/1967 (ART. 1º, INC. XI) EM DETRIMENTO DA LEI N. 8.666/1993 (ART. 89). **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EXTENSÃO AO CORRÉU.** (Grifos nossos).⁷

Como pode ser constatado, as decisões retro, em grau de recurso e com base no princípio da especialidade, deram nova capitulação à conduta descrita na denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual, aplicando o Decreto-Lei n. 201/1967 em detrimento da Lei de Licitações, acarretando, inclusive, a prescrição da pretensão punitiva.

2.2 CONFLITO APARENTE DE NORMAS E ANTINOMIA DE SEGUNDO GRAU

Quando há dúvidas com relação a qual dispositivo legal deve ser aplicado ao caso concreto, surge um conflito normativo ou antinomia, que tem origem na impossibilidade de o legislador conhecer todas as normas que

6 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Processo Crime n. 2010.009432-1**, Tangará. Relator: Des. Newton Varella Júnior. Florianópolis. Julgado em 30.11. 2010. Publicado em 17.12.2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000FQGL0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2951849&pdf=true>> acesso em 24 jul. 2012.

7 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Inquérito n. 2006.036239-3**, Tubarão. Relator Designado: Des. Cesar Abreu. Florianópolis. Julgado em 6/10/2009. Publicado em 8/1/2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010008U8M0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2059702&pdf=true>> Acesso em 9 jul. 2012.

existem no ordenamento jurídico e pela dinamicidade do próprio direito.

Maria Helena Diniz⁸ explica que as antinomias serão aparentes quando puderem ser solucionadas por um dos critérios de resolução de conflito:

O **critério hierárquico** (*Lex superior derogat legi inferiori*) é baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre outra. [...] p. ex., a Constituição prevalece sobre uma lei.

[...]

O **critério cronológico** (*Lex posterior derogat legi priori*) [...] normas gerais estabelecidas pelo mesmo órgão em diferentes ocasiões, a validade da norma editada em último lugar sobreleva à norma fixada em primeiro lugar que a contradiz.

[...]

O **critério da especialidade** (*Lex specialis derogat legi generali*) [...]. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral. (Grifos nossos).⁹

Quando ocorrem situações em que surgem conflitos entre os próprios critérios, havendo dúvidas sobre qual deve ser aplicado, ter-se-á, no entanto, antinomia de antinomia, ou seja, antinomia de segundo grau.

O confronto do inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 (lei especial) com o artigo 89 da Lei n. 8.666/1997 (lei posterior), dispositivos legais hierarquicamente iguais, permite-nos perceber a existência de um conflito entre os critérios da especialidade e cronológico, gerando uma antinomia de segundo grau que foi resolvida por alguns com o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

Apesar da referida regra, dito conflito foi muito bem explicado por Maria Helena Diniz¹⁰, que dá outros meios para solucioná-lo:

Em caso de antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, valerá o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior (*Lex posterior inferiori non*

8 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73-75.

9 Nas doutrinas de direito penal encontramos também outros critérios ou princípios que pretendem solucionar o conflito aparente de normas - subsidiariedade, consunção e alternatividade. Vide: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 89-100.

10 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 79.

derogat priori speciali), podendo gerar uma antinomia real. **A meta-regra *Lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.** (Grifos nossos).

A partir da análise da autora, conclui-se que nem sempre o critério da especialidade irá prevalecer, pois poderá haver a supremacia do critério cronológico.

2.3 SUPREMACIA DO CRITÉRIO CRONOLÓGICO SOBRE O DA ESPECIALIDADE

Não obstante entendimentos contrários, no presente estudo, o critério cronológico prevalece sobre o da especialidade. O § 1º do art. 2º da Lei de Introdução¹¹ às Normas do Direito Brasileiro é claro ao dispor que:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º **A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.** (Grifos nossos).

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal estabelece que é da competência privativa da União Federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, restando aos Estados legislar sobre normas específicas.

O inciso XXI do art. 37 da Magna Carta, complementando, determina que:

Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]**

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de con-

11 BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 jul. 2012.

dições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifos nossos).

A Lei n. 8.666/1993 veio, por determinação constitucional, regulamentar o artigo 37, inciso XXI, sendo fonte legislativa primária disciplinadora das licitações, trazendo, em seu bojo, a tipificação de crimes e a cominação de sanções penais. Considerando que foi editada posteriormente ao Decreto-Lei n. 201/1967 e regulou por completo a matéria de que tratava a lei especial anterior, inclusive no aspecto penal, a novel legislação tem, por conseguinte, caráter derogador diante do referido Decreto-Lei.

Na lição de Carlos Maximiliano¹², não podemos correr o risco de engessar o ordenamento jurídico em nome do casuísmo, porquanto:

[...] o preceito do adágio, embora venerável e seguro, não é absoluto. Tenha-se cautela em postergar o que adquiriu foros de verdade consolidada; porém, quando a ela se contrapuser a ciência nova, razões fortes e autoridades prestigiosas ampararem conclusão diferente, abandone-se, por amor ao progresso, a exegese tradicional [...] 'Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade'.

Então, em resposta ao questionamento inicialmente formulado, aos prefeitos municipais é aplicada a disciplina do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, pois *lex posterior generalis derogat priori speciali* quando regulamentar inteiramente a matéria de que tratava a lei especial anterior.

3 DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89 DA LEI DAS LICITAÇÕES): CRIME MATERIAL OU DE MERA CONDUTA?

3.1 DA DIVERGÊNCIA NA CLASSIFICAÇÃO DO TIPO DESCRITO NO ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993

Aspecto a ser comentado é quanto ao tipo penal descrito na primeira parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, ou seja, perscrutar se é crime material ou de mera conduta.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica a aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 249.

A referida classificação traz reflexos na tipificação da conduta, pois há divergência na doutrina e na jurisprudência para a configuração do fato típico no crime descrito no citado dispositivo, isto é, de um lado o entendimento da prescindibilidade de existência de dano para configurar o crime, considerando-o de mera conduta, de outro, a compreensão de que, por ser crime de resultado, só se aperfeiçoa com o dano ao erário.

3.2 HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, mencionado anteriormente, e o art. 2^o¹³ da Lei n. 8.666/1993 dispõem que a licitação é a regra. Dessa forma, quando o prefeito municipal contrata dispensando ou declarando a inexigibilidade da licitação indevidamente estará incidindo nas penas previstas no art. 89 da Lei de Licitações ou será necessário um resultado lesivo ao erário para caracterizar o crime?

Bem a propósito, as hipóteses legais que permitem dispensar ou inexigir licitação estão listadas nos artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/1993.

3.3 PRESCINDIBILIDADE DE RESULTADO LESIVO (CRIME DE MERA CONDUTA)

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt¹⁴, crime de mera conduta é aquele “[...] no qual o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado (desobediência, invasão de domicílio)”.

Para Diogenes Gasparine¹⁵, o tipo descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é crime de mera conduta, pois independe de um resultado para a sua consumação, bastando a irregular dispensa ou inexigibilidade da licitação. Afirma ainda que as causas de dispensa e de inexigibilidade previstas em lei são excludentes de ilicitude, pois a licitação é obrigatória e a sua ausência é crime e, sendo crime, é sempre doloso e de perigo abstrato.

13 “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – 1. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273-274.

15 GASPARINE, Diogenes. **Crimes na licitação**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2004. p. 89-100.

Vicente Greco Filho¹⁶, nessa mesma linha de raciocínio, assim se posiciona quanto ao elemento subjetivo do agente:

É o dolo consistente na vontade livre e consciente de praticar o ato de dispensar ou de declaração de inexigibilidade, tendo a consciência de sua ilicitude, ou de deixar de observar as formalidades a elas pertinentes, também tendo consciência da ilicitude da omissão. **É admissível o dolo eventual se o agente, tendo dúvida quanto à legalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade ainda que irregular.** (Grifos nossos).

De acordo com o entendimento acima, se o agente, tendo dúvida quanto à existência de causa de dispensa ou inexigibilidade, deixar de fazer a devida licitação, estará assumindo o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade irregularmente, caso que caracteriza o dolo eventual.

Atualmente, a jurisprudência tem se posicionado no sentido da desnecessidade da comprovação de um resultado lesivo ao erário, bastando o dolo de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses permitidas em lei. É o que se depreende do excerto do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI 8.666/93. CRIME DE MERA CONDUTA. COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DE PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DELITO QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO CONSIGNADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Segundo a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 ('dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade') é de mera conduta, não se exigindo a constatação de resultado naturalístico (demonstração de efetivo prejuízo para a Administração Pública) para a sua consumação. [...].¹⁷

Outra decisão do STJ aponta no sentido de que:

AGRAVOREGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DELITO DE MERA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO VERBETE

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13, nota.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 159.896/RN*. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DF. Julgado em 19.05.2011. Publicado em 28/5/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801902620&dt_publicacao=28/5/2012>. Acesso em 27 jul.2012.

SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. No tocante à alínea c do permissivo constitucional, a decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Aplicação da Súmula n.º 83 desta Corte. [...].¹⁸

Ainda:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO TAMBÉM PELA ALÍNEA 'C' DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. NÃO ADMISSIBILIDADE PELA DIVERGÊNCIA PRETORIANA. [...]

ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO POR PARTE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE.

2. Para a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, é dispensável a comprovação de que teria ocorrido prejuízo ao erário, sendo suficiente a ocorrência de dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que também afasta a necessidade de dolo específico para que o crime se configure. Precedentes. [...].¹⁹

Essa é a corrente que vem preponderando nos tribunais, em contrapartida ao posicionamento que prega a necessidade de um resultado lesivo ao erário para a configuração do fato típico.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1367169/PR**. Rel. Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. Julgado em 27/3/2012. Publicado em 3/4/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002099600&dt_publicacao=03/04/2012> Acesso em: 27 jul.2012.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1084961/RS**. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Brasília, DF. Julgado em 17.05.2012. Publicado em 28.05.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801902620&dt_publicacao=28/5/2012>. Acesso em: 27 jul.2012.

3.4 DA NECESSIDADE DO RESULTADO LESIVO (CRIME MATERIAL)

Na interpretação de Cezar Roberto Bitencourt²⁰, o crime é material ou de resultado quando “[...] descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um resultado separado do comportamento que o precede”.

Para Marçal Justen Filho²¹, o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não se aperfeiçoa sem dano aos cofres públicos, ou seja:

[...] consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas também na produção de um resultado final danoso. **Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação.** O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração. (Grifos nossos).

Discorrendo sobre o elemento subjetivo, o autor esclarece:

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. **Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para caracterizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa.** Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade, é imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.²² (Grifos nossos).

Há jurisprudência no presente sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DENÚNCIA. NATUREZA GENÉRICA. INÉPCIA CARACTERIZADA. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. [...]

2. A peça acusatória deve especificar, ao menos sucintamente, fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago.

3. O crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* - 1. Parte geral, p. 273.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 864-868.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 904.

de mera conduta, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo ou de dolo específico. Precedentes desta Corte.

4. Ordem concedida.²³ (Grifos nossos).

E na mesma vertente:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO FORO TRABALHISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA CIDADE DE SÃO PAULO.

1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à ação penal. [...]

PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário. [...].²⁴

Diferentemente do posicionamento anterior, a doutrina e os últimos julgados colacionados entendem que, para caracterizar o dolo, é imperioso um resultado lesivo ao erário, pois a conduta livre e consciente descrita no tipo não é suficiente para concretizar o crime.

A questão trazida pela presente corrente tem grande relevância, pois poderá haver dúvida quanto ao elemento volitivo do agente, contudo, não parece a mais acertada.

CONCLUSÃO

No estudo dos posicionamentos dissonantes, percebe-se um ponto em comum na classificação do crime descrito na primeira parte do art. 89 da Lei n. 8.666/1993: ele sempre será doloso.

O cerne da divergência, qual seja a necessidade ou não de dano ao erário, está na dificuldade da prova sobre o elemento volitivo, uma vez que desvendar a real intenção do agente sempre foi um dos maiores desafios do Direito Penal. O acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais pode dificultar o alcance da verdade dos fatos, fazendo com

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 164.172/MA**. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. Brasília, DF. Julgado em 12.04.2012. Publicado em 21/5/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000381756&dt_publicacao=21/05/2012>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apn. 214/SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 7/5/2008. Publicado em: 1º/7/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200200396456&dt_publicacao=1º/7/2008> Acesso em: 27 jul. 2012.

que, beneficiando-se da dúvida, refugie-se no princípio do *in dubio pro reo*.

Como já referido, no âmbito da administração pública, a licitação é a regra e o desconhecimento da Lei é inescusável. A exigência de um resultado lesivo pode ser até relevante quando houver dúvida sobre o dolo do agente, mas não deve ser a regra para caracterizar o crime.

Ademais, o prejuízo ao erário é somente uma das possíveis consequências perniciosas do crime em questão, pois sempre haverá uma lesão ao bem jurídico tutelado quando os princípios que regem a administração pública, ínsitos no artigo 37 da Constituição Federal, forem ofendidos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – 1. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em: 09 jul.2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 11. dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1084961/RS**. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Brasília, DF. Julgado em 17.05.2012. Publicado em 28.05.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801902620&dt_publicacao=28/05/2012>. Acesso em: 27 jul.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1367169/PR**. Rel. Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. Julgado em 27.03.2012. Publicado em 03.04.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002099600&dt_publicacao=03/04/2012> Acesso em: 27 jul.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apn. 214/SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 07.05.2008. Publicado em: 01.07.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&n_um_registro=200200396456&dt_publicacao=01/07/2008> Acesso em: 27 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 159.896/RN**. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DF. Julgado em 19.05.2011. Publicado em 28/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801902620&dt_publicacao=28/05/2012>. Acesso em 27 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 164.172/MA**. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. Brasília, DF. Julgado em 12.04.2012. Publicado em 21.05.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000381756&dt_publicacao=21/05/2012>. Acesso em: 30 jul. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica a aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GASPARINE, Diogenes. **Crimes na licitação**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Inquérito n. 2006.036239-3**, Tubarão. Relator Designado: Des. Cesar Abreu. Florianópolis. Julgado em 6/10/2009. Publicado em 08.01.2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010008U8M0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2059702&pdf=true>> Acesso em: 09 jul. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Processo Crime n. 2010.009432-1**, Tangará. Relator: Des. Newton Varella Júnior. Florianópolis. Julgado em 30.11.2010. Publicado em 17.12.2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000FQGL0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2951849&pdf=true>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Processo Crime nº 2011.072415-9**, Laguna. Relatora Des^a. Marli Mosimann Vargas. Florianópolis. Florianópolis. Julgado em 24.03.2012. Publicado em 30.04.2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JYT70000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4391840&pdf=true>>. Acesso em: 9 jul.2012.

TAC EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Eduardo Sens dos Santos

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

Mestre em Direito do Estado e da Sociedade.

*“Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o **melhor caminho** para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade”*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Mirando no centro do problema. 3. Um curtíssimo histórico da evolução do direito – das soluções judiciais às consensuais. 4. Parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa – só o juiz pode punir? 5. Na falta de norma expressa, devemos acatar a restrição implícita? 6. Devido processo legal é garantido integralmente no TAC. 7. Lei da Ficha Limpa e Lei de Improbidade Administrativa. 8. Proteção do patrimônio público mediante a escolha de mecanismos econômicos. 9. Compreendendo conjuntamente a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ação Civil Pública. 10. Competências administrativas – sanções disciplinares, Tribunal de Contas. 11. A doutrina e a jurisprudência – sempre elas! 12. Conclusões.

Atuação	Florianópolis	V. 8	n. 18	p. 310 - 341	jan./jun. 2011
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

1. INTRODUÇÃO

Um Ministério Público que se pretenda moderno, eficiente, proativo e atento às demandas sociais da pós-modernidade não pode continuar analisando a diversidade da vida contemporânea com base em esquemas interpretativos civilistas clássicos, nem tampouco de acordo com interpretações pautadas por argumento de autoridade de uma meia dúzia de escritores de manuais de direito – os “doutrinadores”. Não pode continuar com o silogismo simples e passivo que se limita a citar a conclusão do doutrinador – sem se perguntar o fundamento por detrás de sua conclusão –, encaixar o conceito ao caso concreto e extrair daí a solução jurídica para o caso em mesa.

Não que silogismos, doutrina e os princípios civilistas devam ser abandonados como se fossem uma calça velha, fora de moda e inútil. Não. Mas um Ministério Público que pretenda ser efetivo deve passar a analisar também o direito como realidade viva; um Ministério Público que queira evoluir tem que “sair às ruas”, tem que encontrar, como princípio hermenêutico, algo que o faça aproximar-se dos anseios de justiça que a sociedade lhe impõe. Não basta ao Ministério Público contemporâneo afirmar “infelizmente a lei diz isso e não temos mais alternativa”. O Ministério Público do Século XXI encontra as alternativas para que a justiça se concretize; é promotor e advogado da justiça, é seu fiel e incansável defensor, é seu mais firme guardião: busca soluções para os problemas que lhe são apresentados; não apenas uma resposta formal de direito, mas uma resposta que seja sentida na sociedade.

Uma das realidades bem sensíveis ao Ministério Público é a morosidade do Judiciário. Quer seja decorrente de causas externas (crise de legitimidade do Judiciário, p. ex.), quer seja decorrente de causas internas (técnica processual inadequada, p.ex.), o certo é que a morosidade do Judiciário acaba frustrando boa parte das tentativas de se promover a justiça, notadamente quando a intervenção do Estado-Juiz é imprescindível.

Como não é só o Ministério Público que sofre os efeitos da morosidade, diversas ideias surgiram nos últimos quinze anos na busca de um direito mais ágil, rápido e efetivo. A começar pela Lei de Arbitragem, passando pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que também retirou do juiz togado a exclusividade de “dizer o direito”, pelo poder das Agências Reguladoras, pelo Código de Defesa do Consumidor e seus Procons, e inclusive com a Lei da Ação Civil Pública e o compromisso de ajustamento de condutas.

Nossas mentes, acostumadas com Tício e Caio comparecendo perante

Bártolo para obter uma sentença, saíram dilaceradas diante do abalo promovido pelo divórcio com os conceitos clássicos. Daí o frequente recurso aos dogmas, aos postulados, aos doutos para minimizar a aflição comparável à da mãe que perde o filho de vista por alguns minutos. Daí a técnica hermenêutica frequente de interpretar novos institutos da forma que mais se aproximem com os velhos e já solidificados entendimento.

No campo do direito público não foi diferente. Basta lembrar que a ação penal pública, antes sempre indisponível e obrigatória, passou a ser objeto de acordo entre o Ministério Público e o suspeito, com a criação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Vozes se insurgiram contra o que parecia blasfêmia: deixar ao critério do promotor definir a pena? Permitir que o acordo entre as partes impeça a persecução de um crime de ação pública? Suspender um processo aplicando pena ao réu antes mesmo da instrução? O choque foi o mesmo com a Lei de Arbitragem. Como permitir a um particular que julgue a divergência civil? E assim diversos exemplos poderiam ser citados.

Como a prática do direito é sempre mais fecunda que os manuais, o dia-a-dia acaba trazendo novas e mais exigentes dúvidas. No âmbito da improbidade administrativa, que é o objeto deste texto, surge então o conflito entre a “indisponibilidade do interesse público” e a permissão implícita da Lei de Improbidade Administrativa, de celebrar ajustamentos de conduta fora das ações de improbidade, ou seja, na fase anterior à propositura da demanda.

O cérebro trava, a garganta se fecha e as respostas não afloram facilmente. É juridicamente possível celebrar TAC em casos de improbidade administrativa? É conveniente que assim se proceda? Qual a extensão da proibição do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade? Pode-se restringir o poder do Ministério Público em celebrar TACs, ainda que por lei? Como dispor do indisponível interesse público? Não seria melhor deixar para o juiz decidir?

Aqui entram em choque duas visões distintas de Ministério Público. De um lado, o *Ministério Público demandista*, que entende concluída sua missão ao apresentar a demanda ao Judiciário. De outro, o *Ministério Público resolutivo*, que obtém de forma negociada, e portanto rápida, prática e eficiente, o resultado esperado de suas ações.

A resposta não é simples. Mais fácil seria recorrer de pronto aos manuais, socorrer-se da “doutrina” e apelar para um até hoje mal explicado princípio da “indisponibilidade do interesse público”. Mas e a vida por detrás do processo? E a sociedade? Será a demanda, ou seja, a ação

de improbidade administrativa, o melhor *instrumento* para coibir e punir a improbidade? Ou será um remédio caro, de ação lenta e dolorosa, com poucas chances de cura?

A estas e a outras perguntas pretende este breve estudo responder. Pede-se desde já desculpas pelo tom por vezes mais ácido da crítica subjacente ao texto. Não é nossa pretensão atacar ninguém. O objetivo é convencer o leitor de que, sim, há *instrumentos*, há remédios mais eficazes para conter o mal da improbidade administrativa.

2. MIRANDO NO CENTRO DO PROBLEMA

Quando, com a crescente aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, os promotores de justiça de todo o país passaram a se dedicar aos casos de improbidade, fatalmente se depararam com situações de diversa gravidade. Para alguns casos a prisão era pouco; para outros, uma multa era muito.

Nestes últimos, ou seja, nos casos de improbidade de pequeno potencial ofensivo, certamente os promotores se depararam com a mesma inquietação que deu origem a este estudo. Basta imaginar uma conduta que configurasse ao mesmo tempo o crime de advocacia administrativa e uma improbidade administrativa. Para o crime (teoricamente algo mais grave) caberia a transação penal; para a improbidade a solução seria propor uma ação de improbidade, e aguardar por longos anos uma sentença...

Por outro lado, caso estivessem diante de dano ambiental de pequena monta, admitir-se-ia um acordo para compensar os danos ambientais. Caso o problema fosse um dano causado aos consumidores, um TAC poderia ser celebrado com o fabricante, definindo desde já uma sanção (ainda que sob o velado nome de “dano extrapatrimonial coletivo”).

Mas, atentos aos textos que decoraram como condição para aprovação no concurso de admissão ao cargo, aqueles promotores logo lembraram da restrição da Lei de Improbidade Administrativa:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”.

E nisso não estavam sós. Boa parte dos escritores que tratam da improbidade administrativa aceitam a tese de que o art. 17, §1º, da Lei de

Improbidade Administrativa, veda o TAC não apenas na *ação* de improbidade, tal como consta no texto do dispositivo legal, mas também antes de qualquer ação existir, ou seja, no inquérito civil público que investigue improbidade.

A postura que se defende aqui é contrária. Advoga-se aqui a ideia de que a vedação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, deve ser interpretada restritivamente, já que se trata de **restrição ao poder do Ministério Público**, limitando a possibilidade de acordo entre as partes apenas no momento processual específico da ação de improbidade, quer dizer, depois de recebida a petição inicial, quando já esteja instaurada a instância.

Em nosso entender, a Lei de Improbidade Administrativa veda acordos “nas ações” de improbidade administrativa (art. 17, §1º). Logo, não havendo ainda “ação de improbidade administrativa”, não está vedada a celebração de TAC.

Esta premissa é ainda mais válida quando se observa que se está tratando aqui de **poderes do Ministério Público**; em específico, do **poder** do Ministério Público de tomar dos responsáveis por improbidade administrativa o compromisso de se ajustarem ao que prevê a Lei de Improbidade Administrativa, inclusive aceitando, se houver aquiescência dos envolvidos, desde logo a aplicação da sanção de multa prevista na própria Lei de Improbidade Administrativa.

Ora, como ampliar para o campo **extraprocessual** uma restrição **processual** ao poder do Ministério Público tal como a prevista no art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa? Como compreender que o próprio Ministério Público interprete restritivamente os poderes de seus promotores de justiça em ponto que nem mesmo a própria lei claramente restringiu?

Como, enfim, negar a possibilidade de as partes, de comum acordo, assistidas por advogado, aceitarem o pagamento de uma multa que, numa análise antecipada das provas, da gravidade do ato, do custo e do tempo de duração do processo, não ultrapassará o pagamento daquela mesma multa caso haja condenação?

Em nosso modesto entender, pautado, como se verá adiante, por diversas experiências vividas no decorrer dos últimos oito anos de atuação ministerial, é sempre recomendável a celebração de TAC quando se vislumbrar que o ato de improbidade vá ser sancionado no máximo com multa.

3. UM CURTÍSSIMO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO - DAS SOLUÇÕES JUDICIAIS ÀS CONSENSUAIS

Já ingressando numa análise jurídica, é conveniente lembrar que uma das nuances da evolução do direito processual é a constante busca pela desjudicialização de conflitos, ou, em outras palavras, a fuga das soluções judiciais em prol das soluções extrajudiciais de conflitos, tudo para evitar que demandas desnecessárias cheguem ao Judiciário.

De um início tímido com a Lei de Arbitragem, passou-se à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que criou o instituto da transação penal para ações penais que até então eram públicas *incondicionadas*. A mesma razão levou o direito a evoluir e adotar institutos como o da delação premiada e cada vez mais soluções consensuais para problemas jurídicos ordinários, a exemplo dos mutirões de conciliação promovidos em todo o Brasil. Os tribunais de justiça incentivam em todo o país a instalação da mediação familiar. Mais recentemente ainda, concedeu-se às partes, perante os tabelionatos, o poder de celebrarem acordos relativos a divórcios, inventários e partilhas (Lei nº 11.441/2007).

A razão desta evolução é muito evidente. Diante da natural morosidade do Judiciário e do excesso de demandas rotineiramente submetidas aos juízes (que além de juízes são hoje administradores de fóruns, fiscais de abrigos, fiscais de presídios, psicólogos familiares, caçadores eletrônicos de patrimônio) é absolutamente impossível obter resposta rápida da Justiça em todos os casos. Somente a justiça consensual, afirmam os teóricos do Direito, é a verdadeira justiça, aquela que devolve a paz social, que estimula o respeito pelo direito e pelo outro, justamente porque não encontra resistência depois da sentença.

Ora, se o art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa não proíbe expressamente acordos na fase pré-processual, se a tendência mundial é a justiça consensual, se, além disso, a mesma sanção proposta na fase de inquérito é aquela que se obterá com uma sentença judicial impositiva, no final de um processo judicial moroso e caríssimo, e se, afinal de contas, o Ministério Público deve ser eficiente na sua missão de zelar pelo respeito dos poderes públicos e do patrimônio público, e de fortalecer a democracia, não há razão alguma para negar validade a um TAC que, consensualmente, obtenha exatamente o mesmo que se poderia obter pela sentença judicial.

É preciso também lembrar que as condutas que configuram atos de improbidade nunca têm todas a mesma gravidade. Bem por isso a própria

Lei de Improbidade Administrativa prevê uma série de sanções que podem ser melhor dosadas de forma a assegurar uma proporcionalidade no apenamento da improbidade.

Todavia, pela redação dos arts. 9º, 10 e 11, condutas de ínfima e de pequena gravidade, tanto quanto atos de improbidade de grande extensão, todas podem ser consideradas igualmente “improbidade administrativa” e sujeitar os responsáveis às sanções legais. É evidente, contudo, que um ato de ínfima ou de pequena gravidade deva ser apenado com as sanções mais brandas, tais como a multa, ao passo que somente os atos mais graves devam ser apenados com perda de função pública, perda de direitos políticos e as outras sanções previstas em lei.

Alguns exemplos de nossa prática de Ministério Público permitem ilustrar este ponto, para demonstrar claramente como é mais útil, eficiente, ágil e econômica a permissão de celebração de TAC para pequenos atos de improbidade.

Num primeiro caso que vem à lembrança, um prefeito do Vale do Itajaí estampou seu nome e de sua vice numa placa de inauguração de obra pública. A placa custava algo em torno de R\$ 200,00. A exigir-se a propositura de ação de improbidade, fatalmente a sentença condenaria o prefeito a pagar multa civil de até duas vezes o valor do dano (art. 12, II), ou seja, R\$ 400,00. Isso se não considerasse o fato como *improbidade bagatelar*, como já vem sendo propalado por parte da jurisprudência. Vale lembrar aqui que o TJRS, por exemplo, já mandou trancar ação de improbidade por aplicação analógica do princípio da insignificância por entender que a escolha do número da placa do veículo (por questões políticas), no valor de R\$ 169,94, não justificava a provocação do Judiciário.

Neste caso, propusemos à época TAC com cominação de pagamento de multa de duas vezes o valor do dano, o que foi aceito pelas partes e homologado pelo CSMP. O prefeito foi sancionado, a comunidade tomou conhecimento e percebeu que o Ministério Público agiu eficazmente para punir a conduta irregular. Tivesse sido escolhida a via da ação de improbidade, fatalmente, se o caso ainda não estivesse em tramitação, o fim teria sido o mesmo dado pelo TJRS: a ação de improbidade teria sido trancada em reconhecimento ao princípio *minima non curat praetor*.

Noutro caso que passou por nossas mãos, uma vereadora em viagem a Brasília apresentou notas para ressarcimento de passagens aéreas. Todavia, descobriu-se que as passagens jamais foram custeadas pela vereadora, que havia ganhado as passagens de um parlamentar. O valor do dano era de

R\$ 739,24. Propusemos TAC e foi aceito para que a vereadora devolvesse o valor do dano e pagasse mais R\$ 739,24 de multa. O CSMP homologou o arquivamento e o TAC. Tivesse sido proposta a ação de improbidade, como tantas outras do período, ainda não teriam sido julgadas e a sensação de impunidade estaria muito mais evidenciada.

Por outro lado, a Ação de Improbidade nº 015.05.000458-6 que, ainda sem experiência, propusemos em 2005 para apenar servidor público que utilizou veículo oficial para fins particulares só foi sentenciada em 2008, com acórdão proferido em 2011, e atualmente, **mais de sete anos depois**, ainda está em fase de liquidação de sentença. A sanção aplicada: ressarcimento dos danos e... pagamento de multa, algo que hoje obteríamos facilmente num TAC!

Outro exemplo. Recentemente foi divulgada como vitoriosa a condenação do ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina à multa de R\$ 5.000,00 por atos de improbidade administrativa. A multa, aplicada em ação de improbidade ainda não transitada em julgado, consumiu mais de duas mil folhas, centenas de horas de trabalho do Ministério Público e Judiciário, e levou **nove anos** para ser obtida por sentença! Teria o Ministério Público obtido consensualmente este mesmo valor via TAC ainda durante o inquérito? Certamente que sim!

Em todos os casos de sua esfera de atuação, seja na improbidade administrativa, seja em qualquer direito difuso ou mesmo na área penal, cabe ao Ministério Público, como representante da sociedade, escolher a estratégia mais **eficiente** para sancioná-los, já que também o Ministério Público, se submete ao princípio da eficiência, que está no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ao lado do princípio da legalidade. E, como se vê do documento *Planejamento Estratégico – MPSC, 2012-2022*, na missão, na visão e nos valores, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina carrega consigo a **efetividade** como elemento para construir uma instituição forte, proativa e capaz de atender ao que dela espera a sociedade.

Pode-se dizer com toda certeza, enfim, que **jamais** atos de improbidade de menor lesividade seriam **sancionados efetivamente** se fosse necessário submetê-los sempre ao Judiciário. Por outro lado, em muitas vezes a necessidade de contratação de advogado para defesa já seria sanção muito exagerada em face da pequena gravidade do ato de improbidade.

Todavia, como inclusive é lema da campanha *O que você tem a ver com a corrupção*, é nos pequenos atos que a corrupção se cria, se desenvolve, se espalha. Se não são coibidos, punidos, sancionados, os grandes atos de corrupção passam a ser considerados normais e até mesmo saudáveis.

Os exemplos constantes da “cervejinha” para o guarda são por demais evidentes.

Em contraponto, convém lembrar que o dia-a-dia de uma Promotoria de Justiça logo revela que os agentes públicos, quando flagrados em situação de improbidade de pequena e até média magnitude, acabam concordando em receber logo a sanção prevista em lei. Aceitam o erro, reconhecem o equívoco e inclusive pedem que prontamente possam expiar a pena desde logo. Por que razão então submeter ainda estes atos ao julgamento pelo Judiciário, com elevadíssimos custos operacionais?

Basta imaginar que uma ação de improbidade qualquer exigirá ordinariamente notificação inicial por oficial de justiça, manifestação pelo Ministério Público, despacho de admissibilidade pelo juiz, citação novamente por oficial de justiça, contestação, impugnação à contestação, audiência de instrução e julgamento, com intimação de testemunhas por oficial de justiça, alegações finais do Ministério Público, alegações finais da parte, sentença, recurso, contrarrazões de recurso, parecer do Ministério Público em segundo grau, relatório, voto, acórdão, publicação... Tudo isso se não houver recursos especiais ou embargos declaratórios. Imagine o leitor, portanto, a abissal desproporção entre o custo operacional e a multa pretendida pelo Ministério Público numa ação de improbidade com valor da causa de baixo valor!!!

Ora, se o Ministério Público deve “zelar pelo *efetivo* respeito dos Poderes Públicos”, “promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, e se o Ministério Público deve promover o inquérito civil público para “proteção do patrimônio público e social” (art. 129, Constituição da República), por que razão excluir do Ministério Público a possibilidade de celebração de TAC em que o responsável por ato de improbidade seja apenado com a **mesmíssima** sanção que receberia eventualmente ao final de uma custosa, cara, demorada e burocrática ação de improbidade administrativa?

Vale sempre lembrar que o Ministério Público é, em sentido lato, órgão público. E a administração pública de qualquer dos Poderes da União, Estados e Distrito Federal deve obedecer ao princípio da “eficiência”, tal como previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Como ser “eficiente” e ao mesmo tempo obrigar o promotor, em não havendo vedação legal expressa, a optar pela custosa ação de improbidade administrativa quando, pela via de um TAC, um acordo celebrado consensualmente entre as partes, se pode alcançar o mesmo objetivo, com custo ínfimo, com agilidade adequada e com grande eficiência?!

Utilizar a ferramenta correta para consertar o problema da improbidade parece, portanto, muito mais do que uma opção: uma obrigação!

Outro argumento de ordem prática é também de fácil visualização. Retirar o poder do Ministério Público de propor TAC e obter rapidamente a sanção para pequenos atos de improbidade, transferindo este poder ao Judiciário, é na prática esvaziar em grande parte o poder de “zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos” conferido pelo art. 129, II, da Constituição da República ao Ministério Público.

Afinal de contas, por que razão o Judiciário estaria em melhores condições que o Ministério Público, por seus promotores e por seus procuradores, ou no Conselho Superior, de definir se um ato de improbidade deve ser sancionado com multa de um, dois ou dez ou cem salários mínimos? Por que razão o Judiciário estaria em melhores condições, tanto práticas (agilidade, rapidez, eficiência), quanto de mérito (conhecimento da causa, da sociedade, da comunidade) que o próprio Ministério Público?

Poder-se-ia objetar que é necessário um controle sobre este tipo de medida, já que o TAC pode abonar um grave ato de improbidade administrativa, que exigiria a perda da função pública e dos direitos políticos, aplicando apenas a multa.

Todavia, justamente aqui reside o importantíssimo papel do Conselho Superior do Ministério Público, como instância revisora das promoções de arquivamento e dos TACs. Entendemos que o promotor pode propor TAC para atos de improbidade, mas também defendemos até a morte o poder do Conselho Superior em revisar este TAC, por entender, numa ponderação entre os prós e os contras da propositura da ação, que o ato de improbidade é grave e exige mais do que simples multa, sendo necessária a demanda para aplicação das demais sanções (perda do cargo, suspensão de direitos políticos, p.ex.).

Vale lembrar também que em outros ilícitos civis, tais como as condutas lesivas ao meio ambiente ou ao consumidor, o montante da reparação dos danos e o dano moral coletivo (de caráter punitivo) previstos em TAC são revisados pelo Conselho Superior do Ministério Público, e nunca pelo Judiciário. Não há razão, portanto, para pensar de forma diferente quando se trata de outro interesse difuso, como a moralidade administrativa.

Na verdade, jamais o promotor de justiça age sozinho na celebração de um TAC. Além de obrigatoriamente exigir a aquiescência da contraparte, seus procedimentos, tanto formalmente quando em relação ao mérito, serão

sempre minuciosamente analisados pelo Conselho Superior do Ministério Público que poderá, entendendo ser o ato de improbidade passível de outras sanções além da multa, deixar de homologar a promoção de arquivamento e designar outro membro para propor a ação de improbidade. Dizer, enfim, que o Judiciário é o único órgão legitimado a dosar as sanções de improbidade, mesmo quando limitadas à multa, é retirar também este poder do Conselho Superior do Ministério Público e, via de consequência, do próprio Ministério Público brasileiro.

4. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÓ O JUIZ PODE PUNIR?

Por vezes argumenta-se que o art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa confere exclusivamente ao juiz o poder de gradar a sanção a ser aplicada ao agente ímprobo.

De fato, o parágrafo único declara que “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Todavia, parece evidente que somente quando *proposta a ação* é que cabe ao juiz fixar as penas. Não havendo *ação*, não há *jurisdição* e, não havendo proibição expressa, não há razão alguma para retirar do Ministério Público o poder de propor TAC para, numa dosimetria antecipada da pena – tal qual se faz nos juizados especiais criminais, na delação premiada, nos danos ambientais e ao consumidor, dentre outros – chegar a acordo com o agente ímprobo.

No TAC a dosimetria é anterior, é prévia à própria ação de improbidade. Se, pela jurisprudência, percebe o promotor que a sanção para aquela improbidade detectada no inquérito civil público não passará de multa, por que razão não permitir que se celebre TAC com o responsável, obtendo dele a mesma multa que receberia ao final?

Não há aqui qualquer tipo de usurpação da competência jurisdicional. O juiz só tem o poder de fixar a pena *na sentença*, já que por definição a jurisdição é sempre inerte. Não havendo sentença, por não haver processo, por não ter havido a necessidade de provocação da jurisdição, não há que se falar em usurpação da competência do juiz.

Por outro lado, o fato de a lei de improbidade conferir ao juiz a gra-

dação da sanção não retira a possibilidade de o Ministério Público aplicar antecipadamente a multa, em acordo com as partes. Veja-se, por exemplo, que também é o juiz quem deve dosar a indenização por danos ambientais ou contra as relações de consumo e isso nunca retirou do Ministério Público o poder-dever de propor TAC para já no inquérito civil público compensar os danos ambientais, da forma como convierem as partes. Na verdade, a previsão do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa só existe porque se pressupunha, erroneamente, à época da edição da Lei nº 8.429/92, que todos os casos de improbidade seriam, no modelo imperante de Ministério Público demandista, vigentes à época, resolvidos via ação judicial.

Ora, também é o juiz quem deve dosar a pena para crimes de menor potencial ofensivo, pela regra do art. 59 do Código Penal, mas isso não impede que o promotor apresente proposta de transação penal com a pena dosada de acordo com sua prudência. O mesmo se diga nos atos infra-acionais, em que a remissão pode ser cumulada com prestação de serviços comunitários dosada pelo promotor como melhor entender.

Enfim, a tendência, pelo que se observa na legislação, é evitar ao máximo que o juiz tenha que cuidar de casos em que haja consenso das partes sobre a sanção a ser aplicada.

Entendimento em contrário terá o efeito nocivo de, a longo prazo, retirar a *credibilidade* do Ministério Público perante o Judiciário. Basta imaginar a rotina de um promotor que se vê obrigado a propor ações de improbidade por pequenos desvios e os juízes, desembargadores, ministros, debruçados a refletir sobre este tipo de causa: “por que o Ministério Público não nos ocupa com coisas importantes?”.

5. NA FALTA DE NORMA EXPRESSA, DEVEMOS ACATAR A RESTRIÇÃO IMPLÍCITA?

Não é adequado, em nosso ver, o argumento segundo o qual, caso fosse este o entendimento do “legislador”, deveria a Lei de Improbidade Administrativa prever expressamente o poder de o Ministério Público firmar TACs na fase investigativa da improbidade administrativa.

Como imaginar que, em tempos de ataques cada vez mais rotineiros ao Ministério Público, por parte de políticos em grande maioria comprometidos judicialmente por investigações e ações promovidas pelo Ministério

Público, como, enfim, neste cenário político, imaginar, sem nenhuma dose de ingenuidade, que o Legislativo realmente vá tornar expresso um poder do Ministério Público que atualmente se encontra implícito?

Basta imaginar a tramitação de uma proposta legislativa que tenha por objetivo tornar mais clara na legislação a posição aqui adotada. Basta imaginar o nível das discussões, dos debates que travarão os congressistas brasileiros para decidir se devem ou não tornar mais expresso um poder do Ministério Público.

Sinceramente, não acreditamos que possa haver alguma evolução, em favor do Ministério Público, dentro do Legislativo Federal. A involução já demonstrada quando da reforma da própria Lei de Improbidade Administrativa, que passou a exigir uma esdrúxula fase preliminar ao recebimento da inicial, com a declarada intenção de tornar ainda mais morosas as ações, é prova concreta de que qualquer alteração legislativa só será realizada para pior, para diminuir poderes do Ministério Público, para tornar menos efetivo o Ministério Público brasileiro, para, enfim, impedir que a justiça seja promovida.

6. DEVIDO PROCESSO LEGAL É GARANTIDO INTEGRALMENTE NO TAC

A celebração de TAC por improbidade jamais ferirá, como se poderia objetar, a garantia do art. 5º, LIV, da Constituição da República: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Inicialmente, cumpre observar que ninguém jamais foi “privado” de seus bens por celebrar um TAC. Quando se fala em ser “privado de seus bens” sem o devido processo legal, quer-se dizer “ser *espoliado* de seus bens”, “ter seus bens *compulsoriamente* retirados”. Isso jamais acontece num TAC, porque, além de necessária sua aquiescência, o cidadão sempre pode negar-se a assinar o TAC e preferir ser submetido a julgamento.

Dito de outro modo, nenhum TAC *priva* o cidadão de seus bens. Os TACs são *acordos*, em que *consensualmente* são definidas condições para adequação da conduta e para reparação dos danos, e a multa não é outra coisa senão a reparação de um dano coletivo.

O devido processo legal é uma garantia *do* cidadão. Se o cidadão pode doar todos os seus bens sem a aquiescência de um juiz, por que

motivo o cidadão não poderia aceitar pagar uma multa ao FRBL quando identificada uma improbidade? Se pode realizar acordo e partilhar todos os bens perante um tabelião, por que não pode aceitar o pagamento de multa perante o promotor?

Se o cidadão se envolve num acidente de trânsito e atinge veículo do Município, pode fazer acordo com o Município para pagar uma indenização, mesmo extrajudicialmente, e ninguém jamais dirá que ele foi “privado de seus bens” sem o devido processo legal.

Logo, TAC algum “priva” o cidadão de seus bens sem o devido processo legal, já que TAC algum é “imposto”, mas sim apresentado, discutido e, enfim, se todos estiverem de acordo, assinado. A garantia constitucional será sempre, portanto, perfeitamente respeitada.

7. LEI DA FICHA LIMPA E LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por outro lado, argumentar que, pela via do TAC, não terá o agente ímprobo as sanções da Lei da Ficha Limpa, é evidente equívoco interpretativo.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que a Lei da Ficha Limpa *não torna inelegível o réu condenado por qualquer improbidade administrativa*. A condenação à pena de multa, por exemplo, não é prevista na Lei da Ficha Limpa como causa de inelegibilidade. A previsão que hoje lá consta é a seguinte: “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] I) os que forem condenados à *suspensão dos direitos políticos*, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato *doloso* de improbidade administrativa que importe *lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito*, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”.

Por isso, se apenas houver sancionamento com *multa* na ação de improbidade, como no caso do ex-presidente do TJSC, mesmo que transitada em julgado, não haverá inelegibilidade nem tampouco aplicação da Lei da Ficha Limpa. E, mesmo que a sanção aplicada no acórdão seja de suspensão de direitos políticos, só terá incidência a Lei da Ficha Limpa, e via de consequência a inelegibilidade, se a conduta tiver sido *dolosa*.

É quimera imaginar, para qualquer um que conheça a realidade dos tribunais brasileiros, que na prática uma sentença condenatória em casos de menor potencial ofensivo seja realmente levada em conta para tornar

inelegível o cidadão que cometeu improbidade de pequeno potencial ofensivo. Basta ler a jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral para se identificar uma centena de casos em que infrações até graves à lei eleitoral foram abonadas com base em entendimentos que exigem, por exemplo, “prova da capacidade lesiva à lisura das eleições”...

Vale recordar que, se o Ministério Público for obrigado a processar pequenas improbidades, logo o descrédito vai cair sobre a Lei nº 8.429/92 e, como efeito colateral, certamente os tribunais passarão a decidir que condenações por improbidades bagatelares não justificam sequer a prolação de sentença (ausência de interesse processual), como já visto no precedente do TJRS.

E, o pior, fatalmente, com uma sanção política tão grave quanto a da lei da ficha limpa, os juízes deixarão de condenar quando o réu mereceria de fato condenação. Não tentemos aqui esconder o sol com a peneira.

Cabe, em nosso entender, uma visão estratégica pelo Ministério Público, já que, Kelsen que nos perdoe, o Direito não é nem nunca foi pura ciência. Ou se opta pela estratégia que melhor defenda os direitos tutelados pelo Ministério Público ou se trilhará o caminho fantasioso de acreditar numa perfeição técnica da Justiça, que jamais existiu e que jamais existirá.

8. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO MEDIANTE A ESCOLHA DE MECANISMOS ECONÔMICOS

Cabe ainda lembrar que, se a ação de improbidade administrativa é uma forma de tutelar o patrimônio público, é inadmissível onerar o próprio Estado com o custo de uma ação de improbidade, quando a celebração de um TAC puder alcançar o mesmo objetivo.

Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) concluiu que o custo unitário do processo de *execução fiscal* na Justiça Federal é de R\$ 4.368,00. Veja-se que o estudo se refere apenas à *execução fiscal*, ou seja, não se refere à consabidamente mais cara ação de improbidade, que, diferentemente da execução fiscal, tem uma fase prévia à citação, exige audiências instrutórias e permite recursos mais complexos.

Pois bem. Se uma simples execução fiscal na Justiça Federal é estimada em R\$ 4.368,00, o que dizer do custo de uma ação de improbidade, que exige petição inicial, notificação, contestação, recebimento da inicial, instrução, sentença, recursos...

Se se computar no custo da ação de improbidade o custo da execução da sentença de improbidade, certamente pode-se estimar em muito mais de R\$ 20.000,00 o custo total de sancionamento de uma pequena improbidade como o passeio do servidor com o carro público.

Parece justo e razoável exigir que se proponha ação de improbidade para obter o mesmo efeito que se pode obter por via do TAC, onerando o Estado de Santa Catarina com tamanho custo? Em nosso entender não. Em nosso entender, a ação do Ministério Público deve ser pautada também pela eficiência e, como se viu, o sancionamento via TAC é muito mais eficiente do que a morosa e custosa ação de improbidade.

Claro está, entretanto, que na ausência de acordo entre as partes, ainda que por baixos valores, a ação deverá ser proposta. Afinal de contas, ainda que caro, o sancionamento da improbidade é importante como forma de prevenir novos delitos (função dissuasora).

9. COMPREENDENDO CONJUNTAMENTE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Também entendemos que outro fundamento pelo qual não seja necessário explicitar o poder do Ministério Público em celebrar TAC relativamente a atos de improbidade é que a própria Lei da Ação Civil Pública já prevê genericamente esta possibilidade.

Vale recordar que a Lei da Ação Civil Pública rege genericamente as ações de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados “a qualquer direito difuso ou coletivo”. E o direito à moralidade administrativa, como é evidente, é espécie de direito difuso.

O art. 5º, §6º, garante aos legitimados à ação civil pública o poder de tomar dos responsáveis o compromisso de ajustar sua conduta “às exigências legais”, mediante cominações. Ora, o que é tomar o compromisso de pagar a multa prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa se não “tomar compromisso de se ajustar às exigências legais”? O pagamento de multa para quem pratica uma improbidade administrativa não é por acaso uma *exigência legal*?

A posição que restringe o poder do Ministério Público, limitando-o apenas à possibilidade de celebrar TAC relativamente ao ressarcimento do dano, esquece que tanto um projeto de recuperação da área degradada quanto uma multa são *exigências legais*. **O agente ímprobo tem como exi-**

gência legal o pagamento de multa, assim como o poluidor tempo como exigência legal a reparação integral do dano.

Entender que o TAC não serve para este propósito é – além de agir na contramão da história e de retirar enorme parcela de poder do Ministério Público – olhar esta nova necessidade de sancionamento ágil da improbidade com as lentes do passado, do Ministério Público demandista, agente formal da lei, e não, como hoje, do Ministério Público resolutivo, agente de mudanças sociais e talvez o mais forte defensor da sociedade.

10. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS - SANÇÕES DISCIPLINARES, TRIBUNAL DE CONTAS

Há quem diga que a celebração de TAC aplicando multa por ato de improbidade administrativa configuraria indevida interferência do Ministério Público na prerrogativa da Administração Pública em aplicar sanções disciplinares ou mesmo nos poderes do Tribunal de Contas em analisar a regularidade dos atos administrativos de Estado e Municípios.

Aparentemente, esta linha de pensamento compreende o Ministério Público como órgão integrante da Administração Pública e, assim, não vê razão em um órgão (Ministério Público) sancionando administrativamente um ato que está submetido à jurisdição administrativa pelo próprio órgão ao qual está submetido o agente (Estado, municípios, autarquias).

É desnecessário relembrar aqui que o Ministério Público é órgão autônomo e independente. Não é um Poder, na acepção constitucional, embora não esteja vinculado a qualquer dos Poderes da República. Logo, para a discussão desta questão é equivocado partir da premissa de que o Ministério Público é Administração. O Ministério Público é o Ministério Público, e ponto final. É uma instituição constitucional desvinculada de qualquer dos Poderes e, portanto, entre os demais Poderes transita livremente, dentro de suas atribuições, desde que se tenha em mente suas funções previstas no art. 129 da Constituição da República.

Além disso, desconhece este argumento que as instâncias civil, penal e administrativa são sempre independentes entre si no sistema jurídico brasileiro. O inquérito *civil* público, como o próprio nome diz, trata exclusivamente da instância *civil*. Por ele se apura, portanto, um ilícito civil. Se houve ilícito *administrativo*, isso sim poderá ser objeto de apuração quer pelo Município, quer pelo Tribunal de Contas.

O que talvez cause confusão seja o nome dado a esta forma de ilícito civil. Quando se fala em improbidade *administrativa* não se está mencionando apenas um ilícito administrativo, mas sim um ilícito *civil* praticado em detrimento da administração pública. E tanto é civil este ilícito que tem sanções civis previstas na Lei nº 8.429/92.

Para se identificar a natureza de um ilícito não se observa o bem juridicamente tutelado, mas sim as sanções previstas para este ilícito. A subtração de bens de um município, por exemplo, é a um só tempo ilícito administrativo (cabe advertência, demissão, suspensão, pela via do processo administrativo disciplinar), ilícito civil (cabe multa, perda dos direitos políticos, perda da função, pela via da ação de improbidade) e ilícito penal (cabe reclusão, de 2 a 12 anos, pela via da ação penal pública).

Se fosse verdadeira a tese de que o Ministério Público não pode promover os atos necessários à punição de ilícitos administrativos, por usurpar a competência do TCE ou do próprio órgão administrativo, jamais poderia promover a ação de improbidade, já que caberia somente ao TCE e somente ao Município processar administrativamente o servidor. Jamais poderia igualmente propor ação penal pública por corrupção ou peculato, já que, a vingar o entendimento, tais crimes, por ferirem interesse da administração, seriam ilícitos administrativos. E, a levar a conclusão às últimas consequências, o Ministério Público estaria despido de suas funções institucionais, justamente aquelas previstas no art. 129, já que, de uma forma ou de outra, toda improbidade administrativa é também infração disciplinar.

Parece claro, todavia, que este não é o entendimento mais adequado. As sanções administrativas – demissão, suspensão, advertência – estas sim estão dentro da esfera de competência do órgão público e jamais poderá o Ministério Público usurpá-las. Se um servidor utilizar o veículo público para fins particulares, jamais poderá o Ministério Público, via TAC, ação ou qualquer outro instrumento que seja, aplicar uma suspensão ou uma advertência, sanções cuja competência para aplicação é exclusiva da Administração.

Mas, por outro lado, sempre poderá o Ministério Público promover os atos necessários à aplicação das sanções *civis* previstas para o fato. E, no exemplo e no caso concreto, estas sanções estão previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que confere expressamente ao Ministério Público a atribuição para propor a ação principal (Art. 17).

Logo, se os fatos comprovados no inquérito civil público configuram lesão à legalidade, está sempre o Ministério Público legitimado a promover

os atos necessários a sancionar a conduta. O TCE, o Município, o Estado, a União, as autarquias, todos permanecem, é evidente, legitimados a aplicar as sanções previstas em seus estatutos: advertências, multas, suspensão, demissão, e, no caso do TCE, imputação de débito e cominação de multa. Isso tudo porque, repita-se, as instâncias civil, penal e administrativa são independentes.

Quando, portanto, o Ministério Público propõe TAC, e este TAC é aceito pelo responsável por um ilícito civil, assim o faz dentro de suas atribuições de promover a aplicação da lei *civil*, dentro de um inquérito *civil*, preparatório de ação *civil* pública.

Do mesmo modo, quando, por exemplo, empresário pratica conduta que gera poluição (um ilícito civil), o Ministério Público vê à sua frente duas opções: ou promove ação civil pública para reparação dos danos ambientais, que podem incluir o “dano moral ambiental”, atualmente com características essencialmente punitivas; ou propõe TAC para a obtenção do mesmo objetivo.

Embora neste exemplo a poluição também seja ilícito administrativo – tanto é que pode gerar multas lavradas pelos órgãos ambientais – jamais se diria que o Ministério Público não pode propor a ação civil pública ou formalizar TAC porque isso configuraria usurpação das atribuições da Fatma ou do Ibama.

Os ilícitos que configuram improbidade administrativa não são ontologicamente diferentes dos ilícitos que configuram dano ambiental. São igualmente atentados contra direitos difusos (*lato sensu*), que exigem pronta e rápida sanção, em atuação com tal eficiência que gere prevenção especial e geral, ou seja, que iniba outras condutas semelhantes. E, evidentemente, se o Ministério Público tem às suas mãos mecanismos adequados para tanto, certamente deve utilizá-los, até porque no atual estágio evolutivo da política brasileira, dificilmente a legislação dotará o Ministério Público expressamente de mecanismos para ser eficiente.

11. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA – SEMPRE ELAS!

Boa parte dos doutrinadores brasileiros vem realmente ampliando a vedação do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa para a fase extraprocessual, ainda que, como visto, em ponto algum o dispositivo permita tamanha extensão.

Todavia, nenhum dos autores consultados – Wallace Paiva, Marino Pazzaglini, Rodrigo Pacheco Alves – esclarece adequadamente, em nosso entender, qual a *razão*, qual o *fundamento jurídico* a permitir a celebração de TAC relativamente à reparação de danos e não permitir em relação à multa civil.

Marino Pazzaglini Filho afirma que o fundamento para proibir acordo quanto às sanções, como, por exemplo, a multa, é a *indisponibilidade* do direito tutelado, sem maiores considerações. Ponderamos, todavia, que parece evidente que fixar a multa adequada, justamente aquela que seria aplicada na sentença, não é *dispor* dos direitos relativos à moralidade administrativa. É, ao contrário, tutelar com mais eficiência a moralidade administrativa, já que, ao exigir-se a propositura de custosa e lenta ação de improbidade, certamente o interesse não será tutelado.

Wallace Paiva Martins Júnior aparentemente tem a mesma posição, mas reconhece que “*de lege ferenda*, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa que espontaneamente denunciem o fato [...]”.

Rogério Pacheco Alves tem o mesmo entendimento, afirmando ainda que “as vantagens para a sociedade [com a solução *de lege ferenda*] são evidentes, pois a reparação do dano encontrará rápida solução, evitando-se o moroso e custoso processo”.

Não compreendemos as razões de Wallace Martins e Rogério Pacheco considerarem tratar-se de proposta contrária à lei a adoção desde já desta solução. Como salta aos olhos, o art. 17, §1º, somente veda acordos nas “ações de que trata esta lei”. Logo, não há vedação para a celebração de acordo quando ainda não há *ação* de improbidade.

Mas, pensemos bem: o que significa dizer que o interesse público é *indisponível*? Indisponível significa a qualidade daquilo que não pode ser jogado fora, que não pode ser dispensado, que não pode ser desprezado. A pergunta então muda completamente: o interesse público é desprezado quando se celebra TAC por ato de improbidade? O interesse público é, em verdade, dispensado através de um TAC que desde logo obtém uma sanção, de modo mais econômico e eficiente? Ou o interesse público é desprezado com a propositura de uma ação lenta, custosa e demorada, que alivia a carga sobre o promotor (“vou deixar para o juiz decidir”), mas sobrecarrega a sociedade com mais uma impunidade?

Ao contrário da interpretação apressada dos doutrinadores citados, tomamos nossa posição lastreados no profundo estudo de autoria do professor Juarez Freitas, coordenador dos cursos de mestrado e doutorado da PUC/RS. Para este autor, “não parece a melhor política a de vedar transação acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa (erro cometido pelo §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92), na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso e da persuasão. **O Direito Público, em novas bases, reclama estratégias conciliatórias que não significam dispor indevidamente do interesse público, porém, ao contrário, realizá-lo de modo mais efetivo e justo.** Este tema, no entanto, será desenvolvido em estudo específico, mas impõe-se, desde logo, frisar que não é universalizável a regra que veda transação, acordo ou conciliação, notadamente esta última, que deve brotar como uma espécie de ditame preferencial do interesse público e da moralidade, jamais traduzível como uma condescendência nem com a sempre condenável leniência com os desonestos. **Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o melhor caminho para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade”.**

É dizer, em outras palavras: celebrar TAC em improbidade pode ser, dependendo do caso, o melhor caminho para assegurar a própria indisponibilidade; processar a ação de improbidade é, ao contrário, em outro tanto de casos, o caminho para a morosidade, para a ineficiência e para o estímulo às condutas ilegais; processar, quando for possível conciliar, é enfim *dispor* o Ministério Público do interesse público, demitindo-se de suas funções constitucionais e transferindo às costas já arqueadas do Judiciário mais um pesado trabalho que não terá condições de realizar.

A posição que defendemos já foi adotada em acórdão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com parecer favorável do Ministério Público em segundo grau. A decisão considerou que a celebração de TAC, em uma **ação** de improbidade **já proposta** – mas cuja inicial ainda não tinha sido recebida – atendia ao interesse social, sendo obrigação do juízo homologá-la. O acórdão deixou claro que “o ajustamento de conduta não se confunde com transação pois esta última consubstancia concessões recíprocas, ao passo que o ajustamento como o próprio nome diz visa ao reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida”. Da leitura do corpo do acórdão e do parecer do Ministério Público em segundo grau nota-se a tônica de equacionar efetividade e a adequada tutela dos direitos em jogo, exatamente como se sugere aqui.

12. CONCLUSÕES

Um Ministério Público demandista se diferencia de um Ministério Público resolutivo basicamente pelos resultados que obtém. O demandista comemora a propositura de uma ação; o resolutivo comemora o resultado, ou seja, o restabelecimento da legalidade, quer seja a aplicação de multas, quer seja a prisão, a perda do cargo ou outras sanções.

O Ministério Público demandista está saturado, porque saturada está a Justiça com demandas desnecessárias e inócuas. Crimes que fatalmente prescreverão, processos que mofarão nos escaninhos, sanções que, dado o tempo entre o fato e a efetivação, não alcançarão seus objetivos.

O Ministério Público resolutivo, entretanto, busca diminuir a “distância relacional” entre a Justiça e a Sociedade. Não cede, evidentemente, a pressões populares infundadas, aquelas que justificaram linchamentos e forcas. Mas ouve atentamente o sinal dos novos tempos e se agarra ao trem da pós-modernidade, que exige celeridade, eficiência e precisão cada vez mais constantes.

Tal como o médico moderno, que não usa mais sangue-sugas para tratar “doenças do sangue”, mas sim medicamentos sintéticos e cirurgias por laser e vídeo, da mesma forma o promotor resolutivo, ou seja, o promotor moderno, não se contenta com a ação judicial para obter os resultados que lhe ordena o art. 129 da Constituição da República. Aprende, compreende e aplica os novos mecanismos, sejam eles um simples telefonema, sejam recomendações, cruzamento de dados, conferências virtuais, escutas telefônicas e telemáticas, sejam compromissos de ajustamento de condutas ou mesmo ações civis públicas. Aquilo que melhor e mais eficientemente tratar o problema e prevenir a recidiva é que deve ser utilizado.

Cabe, portanto, sob qualquer ponto de vista (jurídico, prático, teleológico, doutrinário e jurisprudencial) a celebração de compromisso de ajustamento de condutas na improbidade administrativa. Não há vedação legal pelo §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que se refere apenas às ações já em andamento (cuja inicial já tenha sido recebida) e a medida é de todo recomendável quando, numa análise antecipada das sanções que se poderiam obter na ação de improbidade, a multa ou a proibição de contratar com o poder público se mostrarem razoáveis.

Para as demais sanções (perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de obter benefícios creditícios ou fiscais), entendemos

sempre necessária a propositura de ação judicial. A primeira delas, perda da função pública, porque se houvesse aquiescência do responsável não se trataria de “perda”, mas sim de exoneração a pedido (o que, nada veda, também poderia ser objeto de TAC). A segunda, a suspensão de direitos políticos, porque é sanção que só terá eficácia se houver sentença judicial, por conta do caráter cogente da Lei de Inelegibilidades. E, por fim, em relação à proibição de benefícios creditícios e fiscais também pela natureza específica do direito tributário e da expressa inoponibilidade de acordos privados ao Fisco.

