
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



n. 3, maio/ago. 2004

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 2, n. 3, maio/ago. 2004

Atuação

Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andrey Cunha Amorim

Guido Feuser

Pedro Roberto Decomain

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

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

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

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint, CRB 384

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação
Catarinense do Ministério Público. - v. 2, n. 3, (maio/ago. 2004)
- Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 -

Quadrimestral

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

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: Lúcia Anilda Miguel

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

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 224.4600/224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Ary Capella Neto

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Francisco Bissoli Filho

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Gunther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jaco Bruning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarielli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Pedro Sérgio Steil - <i>Presidente</i>	Narcísio Geraldino Rodrigues
José Eduardo Orofino da Luz Fontes	Nelson Fernando Mendes
José Galvani Alberton	André Carvalho
Odil José Cota	Cid José Goulart Júnior
Paulo Roberto Speck	Sandro José Neis - <i>Secretário</i>

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Aor Steffens Miranda
Rui Arno Richter
Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Coordenadoria de Recursos

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Walkyria Ruicir Danielski

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*
Márcia Aguiar Arend – *Coordenadora*
Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*
Alexandre Herculano de Abreu – *Coordenador*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Fábio de Souza Trajano – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Durval da Silva Amorim – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Ernani Guetten de Almeida – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antônio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Francisco de Assis Felipe – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Galvani Alberton – *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1ª Secretária

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

2ª Secretário

Fabiano David Baldissarelli

Tesoureira

Walkyria Ruicir Danielski

Diretor de Patrimônio

Hélio José Fiamoncini

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Andrey Cunha Amorim

Conselho Fiscal

Presidente

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Secretária

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Membros

Eduardo Mendonça Lima

Marcílio de Novaes Costa

Nuno de Campos

SUMÁRIO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atuação do Ministério Público na efetivação
da Lei de Responsabilidade Fiscal 11
Affonso Ghizzo Neto

A Parceria Público Privado objeto do Projeto de
Lei nº 2.546/2003 e a prevalência do mercado sobre o Estado 23
Márcia Aguiar Arend

A contratação de serviços jurídicos pelo poder público 29
Rogério Ponzi Seligman

CIDADANIA

Práticas psicológicas no Ministério Público 43
Gisele Gubaua, Josef Giovanni Demeda Groisman,
Kenny Secchi e Renata Pruner de Castro

A formação policial no Brasil e seus desafios 55
Marcello Martinez Hipólito

A questão de gênero e violência contra a mulher 65
Renata de Souza Lima e Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

CIÊNCIA POLÍTICA

Parlamentarismo e Presidencialismo 75
João José Leal e Pedro Roberto Decomain

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Conexões psicológico-morais da criminalidade 101
Gilberto Callado de Oliveira

Interceptação telefônica ilegal: organização criminosa oficial (?) 105
Renato Marcão

Direito Ambiental e os crimes cometidos pela pessoa jurídica 113
Rodrigo Goetten de Almeida

O princípio bagatelar próprio e impróprio:
conceito, classificação e aplicação 131
Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Breves apontamentos sobre o Estatuto do Desarmamento 145
Wilson Paulo Mendonça Neto

DIREITO URBANÍSTICO

Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001: operação
urbana consorciada – um instrumento de inclusão 155
Alexandre Herculano Abreu e Rodrigo J. De Oliveira

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Estatuto da Criança e do Adolescente: um projeto de sociedade 171
Durval da Silva Amorim

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Affonso Ghizzo Neto
Promotor de Justiça - SC

O Ministério Público não aceita causas nem representa partes, edifica causas e sustenta-as, como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas.¹

Sumário: 1. Introdução – 2. A atuação do Ministério Público ante a LRF; 3. A Lei Federal nº 10.028/00 – 4. A interpretação conjunta com a Constituição Federal de 1988 – 5. A interpretação conjunta com a Lei Federal nº 8.429/92 – 6. Conclusão.

Introdução

A instituição do Ministério Público representa hoje a defesa da própria liberdade. Nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Detém imprescindível parcela de soberania Estatal,

¹ CLUNY, António. *Pensar o ministério público hoje*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

edificando fundamentos a favor da coletividade e do bem comum.

Portanto, torna-se imperioso compreender a natureza política da Instituição, verificando as principais funções que lhe são conferidas bem como os instrumentos disponíveis para o exercício de suas atribuições.

O exercício da titularidade da ação penal assim como das curadorias coletivas representa a defesa da legalidade democrática necessária à consolidação do verdadeiro Estado de direito democrático, sendo primordial a intervenção do Ministério Público como advogado-magistrado da sociedade.

O Ministério Público, incumbido de relevantes funções – promover, privativamente, a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, promovendo, inclusive, as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos; exercer o controle externo da atividade policial, entre outras (art. 129, e incisos, da CF) –, não pode esquivar-se de apreciar (ajustar extrajudicialmente ou em juízo) e decidir, aplicando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, a necessidade e a relevância do respectivo exercício funcional.

É importante destacar que o Ministério Público, em que pese a regra geral de atuação regradada pelos princípios da legalidade estrita, da objetividade e da imparcialidade, poderá (deverá), analisando situações fáticas individualmente, conforme a peculiaridade de cada caso concreto, determinar quais ocorrências irrelevantes para coletividade devem ser ignoradas (proporcionalidade e razoabilidade).

Com efeito, a atuação Ministerial sempre deve ser conduzida por uma investigação preliminar valorativa, comparando a situação fática e seu enquadramento jurídico, a relevância e o interesse público, assim como a probabilidade inicial de sucesso da demanda. Como bem assevera António Cluny, ao indicar o juízo de possibilidade razoável da condenação final que deve pautar o exercício da atividade Ministerial, *verbis*: “Tal juízo probalístico incorpora e constrói-se a partir do objecto fundamental sobre o qual irá incidir o juízo do juiz”.²

António Cluny resume com extrema felicidade:

O Ministério Público não aceita causas nem representa partes, edifica causas e sustenta-as, como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas.

2 CLUNY, *op. cit.*, p. 51

Isso não significa, porém, que o Ministério Público tenha poder de disposição sobre o conteúdo material da ação penal (princípio da indisponibilidade do objecto processual)... Tão só se quer referir que o Ministério Público, por causa do dever de objectividade, tem em cada momento de ajuizar da sustentabilidade da pretensão acusatória.³

O Ministério Público exerce suas funções em nome do Estado de direito democrático, no estrito (e amplo) interesse difuso e coletivo, jamais representando interesses individuais ou desejos de determinadas classes.

Nesse contexto, importante a observação dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios fundamentais que garantem a universalidade dos direitos difusos e coletivos dos administrados e administradores perante a Administração Pública, em respeito ao próprio Estado de direito democrático.

Com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, o Ministério Público, além de possuir o dever expresso de fiscalizar o fiel cumprimento das normas vigentes, possui importante papel como controlador das atividades administrativas, seja na defesa do erário ou em outras questões fiscais, direta ou indiretamente, relacionadas com o gerenciamento administrativo. Vejamos, portanto, os principais aspectos da atuação do Ministério Público na efetivação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A atuação do Ministério Público ante a LRF

A Lei de Responsabilidade Fiscal é um código de conduta destinado aos gestores públicos, com nítido desiderato de fazer que sejam obedecidos as normas e os limites das finanças públicas (art 163, inciso I, da Constituição Federal), resguardando-se os interesses difusos e coletivos da comunidade. Disciplinando a gestão dos recursos públicos, a Lei de Responsabilidade Fiscal possibilita o equilíbrio, a transparência e o controle dos gastos e das contas pública. Em outras

3 CLUNY, *op. cit.*, p. 53

palavras: nenhum gestor público poderá gastar mais do que arrecada.

O planejamento, o controle e a fiscalização das receitas e despesas, a transparência e a responsabilização dos gestores públicos deficientes ou corruptos são preceitos fundamentais constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Necessário, portanto, um controle real da atividade pública, com especial atenção para o cumprimento do orçamento público, das metas fiscais e dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O gestor público faltoso deverá ser responsabilizado por meio da imposição de diversas penalidades, atingindo-o pessoalmente, como o próprio governo (art. 73 da LRF).

A suspensão das transferências voluntárias, das garantias e da contratação de operações de crédito, inclusive a antecipação de receita orçamentária (ARO), é sanção institucional que atinge diretamente o ente público administrado.

As sanções administrativas serão aplicadas pelo Tribunal de Contas (multas).

Restando caracterizado qualquer crime por parte do gestor público, estará sujeito também às sanções criminais previstas nos respectivos dispositivos legais.

O ressarcimento dos danos, a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a perda dos bens obtidos irregularmente, a multa civil e a proibição de contratar com a administração pública e dela receber benefícios são sanções de natureza cível que poderão ser aplicadas ao gestor público ímprobo.

A atuação do Ministério Público, em decorrência da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, poderia, numa visão deficiente do texto legal, ser resumida à condição de mero e superficial fiscalizador (art. 60, inciso I *usque* VII, da LRF). Vejamos:

Art. 60. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e o Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei, com ênfase no que se refere a:

I – atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

II – limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em restos a pagar;

III – medidas adotadas para o retorno da despesa total

com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;

IV – providências tomadas, conforme disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;

V – destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei;

VI – cumprimento da lei de diretrizes orçamentárias quanto à aplicação de recursos de que trata o art. 4º, inciso IV;

VII – cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

Os comandos indicados nos incisos do artigo são objetivos e determinados, não causando maiores dificuldades de interpretação. Ressalte-se a exigência do inciso III, segundo a qual a despesa de pessoal não pode exceder 95% do limite legal fixado, sob pena de imposição das sanções previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo ainda ser eliminado pelo gestor público, nos dois quadrimestres seguintes, os excessos constatados como irregulares. Destaque também para o conteúdo do inciso IV, que exige a recondução da dívida aos limites legais determinados. Por fim, conforme norma prescrita no inciso VI, deve a lei de diretrizes orçamentárias conter a avaliação da situação financeira e atuarial.

Ao contrário do que se poderia interpretar pela leitura isolada do dispositivo em apreço, o Ministério Público deve usar todos os instrumentos que para ele estão disponíveis (ação penal pública, inquérito civil, ação civil pública etc.) para fazer cumprir o ordenamento legal.

O Ministério Público embora tenha o poder-dever de analisar a relevância do suposto ato de irresponsabilidade fiscal, aplicando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, deverá agir com objetividade e imparcialidade, sempre verificando a sustentabilidade da pretensão desejada.

A observação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade é obrigação do membro do Ministério Público. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possuem uma ligação estreita. A importância de ambos os princípios para a responsabilização do ato de irresponsabilidade fiscal encontra fundamento na análise da discricionariedade administrativa bem como na ampliação da apreciação do ato de irresponsabilidade fiscal por parte do órgão do Ministério Público.

Referidos princípios exigem do gestor público congruência e responsabilidade em sua atuação administrativa. Deverá observar o comando da lei, sua finalidade, a concretização do ato, os meios utilizados para o alcance deste e o efetivo atendimento dos interesses públicos. Com bom senso, visão técnica e valoração dos interesses sociais envolvidos na situação concreta, o gestor público deverá respeitar o comando da Lei de Responsabilidade Fiscal, sempre fundamentado nos princípios constitucionais ora invocados.

Usando os instrumentos constitucionais disponíveis, numa interpretação ampla e justificada, cabe ao Ministério Público dar especial atenção a 5 (cinco) questões de destaque previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal:

1ª) GASTOS COM PESSOAL:

A Lei de Responsabilidade Fiscal indica limites de gastos com pessoal, como percentual das receitas, para os três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, distribuídos em percentuais determinados.

2ª) DÍVIDA PÚBLICA:

Estabelecidos os limites e os respectivos percentuais para pagamento das dívidas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atribuição esta do Senado Federal, por meio de proposta do Presidente da República, cabe apenas questionar a flexibilidade da exigência perante diversas obrigações constitucionais impostas aos gestores públicos. Por exemplo: deixar de satisfazer o pagamento integral da dívida pública no percentual indicado em virtude de investimentos urgentes e necessários na área social, decorrente de uma tragédia natural inesperada (Furacão Catarina). Indaga-se: praticaria referido gestor público um ato de irresponsabilidade fiscal, ou estaria cumprindo mandamento constitucional superior?

3ª) METAS FISCAIS:

A Lei de Responsabilidade Fiscal determina o estabelecimento de metas fiscais trienais. Assim, o gestor público poderá planejar as receitas e as despesas de seu governo, podendo retificar eventuais deficiências e/ou dificuldades inicialmente não previstas.

4ª) COMPENSAÇÕES:

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que nenhum gestor público poderá criar uma nova despesa continuada - por prazo superior a 2 (dois) anos - sem indicar sua fonte de receita ou a redução de uma outra despesa pré-existente.

5ª) ANO ELEITORAL:

A Lei de Responsabilidade Fiscal contém restrições adicionais para controle das contas públicas em anos eleitorais, sendo vedada a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO), a contratação de despesas que não possam ser pagas no respectivo ano, salvo disponibilidade de caixa, e o aumento de despesa com pessoal nos Poderes Legislativo e Executivo nos 180 dias anteriores ao final da legislatura ou mandato.

O Ministério Público deve buscar nos gestores públicos a responsabilidade administrativa, consistente na gestão fiscal planejada e transparente, prevenindo riscos e corrigindo desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, em busca do fiel cumprimento das metas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (§ 1º do art. 1º).

Embora seja dever do Tribunal de Contas alertar os órgãos competentes sobre eventuais irregularidades existentes no cumprimento das metas e dos deveres financeiros determinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ministério Público pode e deve agir de ofício, seja investigando ou interpondo judicialmente o remédio próprio para corrigir e responsabilizar o gestor público faltoso.

O fundamental para efetivação do comando previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal é a análise conjunta com o Texto Constitucional e toda legislação extravagante aplicável, em especial, a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000

A responsabilização penal ou criminal rege-se pelos princípios e pelas normas do Direito Penal, apresentando suas peculiaridades, especialmente com relação ao direito de punir do Estado, sendo mais exigente na comprovação da autoria e materialidade do ato de irresponsabilidade fiscal criminoso. Entre os crimes a que estão sujeitos os gestores públicos se encontram os delitos funcionais, político-administrativos e comuns.

Responsabilizando penalmente os agentes públicos, encontram-se os delitos comuns praticados contra a Administração Pública previstos nos arts. 312 a 326 e 359-A a 359-H, todos do Código Penal Brasileiro. Os crimes são próprios, tendo como sujeito ativo o agente público, ressalvada a possibilidade de co-auto-

ria ou de participação do particular nos termos do art. 30 do mesmo Estatuto Criminal. Entre os crimes comuns próprios de maior incidência, encontra-se o peculato, a prevaricação, a concussão, com “destaque especial” para a corrupção passiva.

Importante frisar, com a edição da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que acrescentou os arts. 359-A a 359-H ao Código Penal Brasileiro, houve considerável adição à responsabilização criminal direcionada aos gestores públicos faltosos.

Destaque ainda para o art. 4º da Lei nº 10.028/00, que acrescentou, no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, inciso XVI *usque* XXIII, todos referentes a práticas financeiras e administrativas caracterizadoras de crimes especiais.

Com a regulamentação da matéria fiscal, pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, a Administração Pública, mais do que nunca, deverá observar, em suas finanças, a obediência direta aos princípios da Administração Pública e às regras específicas previstas na própria Lei Complementar, sob pena de incidir em diversas e graves sanções penais.

A gestão fiscal deverá ser planejada, transparente e responsável, evitando-se riscos nas atividades públicas desenvolvidas, evidenciada a preocupação com o equilíbrio das contas públicas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, inovadoramente, responsabiliza os gestores públicos ímprobos pela má gestão financeira, devendo ser realizada fiscalização sistemática nas atividades públicas (mensal, anual e plurianual). Em curtas palavras: o administrador não poderá gastar mais do que arrecada.

Em harmonia com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, acrescentou novas figuras penais ao Código Penal e ao Decreto-Lei nº 201/67, objetivando defender a própria Administração Pública, resguardadas suas finanças pela imposição cumulativa de sanções (pena privativa de liberdade e multa pecuniária).

A interpretação conjunta com a Constituição Federal de 1988

Com referido alhures, impossível efetivar o comando da Lei de Responsabilidade Fiscal sem a necessária interpretação simultânea com o Texto Constitu-

cional de 1988. A Constituição Federal ampliou consideravelmente as funções do Ministério Público, atuando, hoje, como verdadeiro defensor da sociedade, paladino da justiça e da moralidade, fiscalizador por excelência do efetivo cumprimento do comando previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Entre suas funções, encontra-se a obrigação de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, inc. III).

Como se vê, a Constituição da República aumentou o alcance da Lei da Ação Civil Pública, determinando o Ministério Público como defensor da própria cidadania, devendo resguardar todos os interesses difusos e coletivos, entre os quais, o efetivo e regular cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Ministério Público deve ficar atento para constatar eventuais descumprimentos dos diversos comandos da Lei de Responsabilidade Fiscal, apurando pessoalmente, por meio de procedimento próprio (inquérito civil), a existência ou não do ato de irresponsabilidade fiscal.

Restando comprovado o ato de irresponsabilidade fiscal, analisando cada situação concreta individualmente, com proporcionalidade e razoabilidade, o Ministério Público poderá propor a ação civil pública competente para a proteção dos interesses públicos lesados pelo gestor público, sem prejuízo da interposição da respectiva ação penal pública cabível, caso também seja tipificado algum crime previsto no ordenamento legal.

A interpretação conjunta com a Lei Federal nº 8.429/92

Necessário também, à luz do texto constitucional, fazer uma leitura conjunta entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal nº 8.429/92.

A prática do ato de irresponsabilidade fiscal, via de regra, também vai caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa. Nos termos da Lei nº 8.429/92, diversas sanções podem ser aplicadas ao gestor público que não observou o comando prescrito na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa determina que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. Entendimento imediato é que

a responsabilização civil correspondente ao ato de irresponsabilidade fiscal (também ato de improbidade administrativa) se exterioriza em decorrência do comportamento desobediente, faltoso ou omissivo do gestor público que, dolosa ou culposamente, causa prejuízo à Administração Pública. Nesse caso, o gestor público que agir – ou se omitir –, dolosa ou culposamente (vínculo subjetivo), causando, pela desobediência ao comando da Lei de Responsabilidade Fiscal, um ato ímprobo em prejuízo ao erário, presente o nexo de causalidade entre a má gestão fiscal e o resultado lesivo, responderá severamente nos termos da Lei nº 8.429/92.

É muito importante destacar que a responsabilização civil pela prática de ato de irresponsabilidade fiscal, quando também caracterizado o ato de improbidade administrativa, não depende da efetiva comprovação da ocorrência de dano material ou da aprovação ou rejeição das contas pelo Tribunal de Contas (LIA, art. 21, *caput* e incisos I e II).

Além das penas institucionais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, como suspensão das transferências voluntárias, das garantias e da contratação de operações de crédito, inclusive a antecipação de receita orçamentária, o gestor público faltoso deverá ressarcir os danos resultantes da má gestão pública, sujeitando-se ainda às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, perda dos bens obtidos irregularmente, multa civil e proibição de contratar com administração pública e receber benefícios, sem prejuízo de outras sanções administrativas e penais.

Conclusão

Com independência e objetividade, deve o Ministério Público cobrar da administração pública o fiel cumprimento do compromisso ético e moral dos gestores públicos, com a estrita observância dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que deverão ser observados por meio de uma interpretação conjunta com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Improbidade Administrativa e o Código Penal, além de outras legislações especiais.

O respeito aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – serve como alicerce fundamental de controle e de fiscalização da administração pública pelo órgão do Ministério Público.

Verificada a ampla atuação constitucional do Ministério Público, exercendo importantes funções para a consolidação do estado de direito democrático, não podemos pensar a democracia numa visão restrita e limitada do aparelhamento político estatal. Uma visão panorâmica torna-se necessária.

A importância da atuação Ministerial, além da pacificação dos casos concretos que lhe são ofertados extra e judicialmente, encontra respaldo no simbolismo que a sua existência, por si só, representa, presente a possibilidade de efetivo controle dos diversos aparelhos políticos e administrativos do Estado e, em especial, a fiscalização das finanças públicas e o efetivo cumprimento das normas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não podemos esquecer, entretanto, que a sociedade está sujeita a poderosas pressões de determinados grupos, flagrante a manipulação da mídia e, em consequência, da opinião pública nacional.

O Ministério Público, como agente político constitucional, a quem incumbe importantes funções (art. 129, e incisos, da CF), alcançou um papel fundamental e imprescindível para a vida democrática moderna. Ao Ministério Público cabe a difícil missão constitucional de agir em defesa da legalidade democrática e da igualdade universal entre os cidadãos brasileiros.

Assim, o aperfeiçoamento do Ministério Público, pela consolidação de sua autonomia política – hoje o Chefe da Instituição ainda é indicado pelo Chefe do Executivo –, bem como das garantias necessárias ao independente e responsável exercício funcional, livre de intervenções político-partidárias, é medida que se impõe com urgência.

É preciso (re)pensar o Ministério Público para que lhe sejam fornecidos instrumentos reais para a concretização efetiva de suas responsabilidades constitucionais, dando à Instituição maior poder de fogo, visibilidade, transparência e organização funcional, sem prejuízo da devida responsabilização de eventuais membros deficientes e/ou corruptos. Depois de assegurada a pretendida independência política, possível será o exercício e o cumprimento das inúmeras e importantes funções Ministeriais determinadas pela Constituição Federal de 1988. Funções estas que deverão ser sempre exercidas com imparcialidade e objetividade em busca dos interesses comuns dos cidadãos.

Antônio Cluny conclui com propriedade peculiar, *verbis*:

Pensar o Ministério Público hoje implica, assim e antes do mais, assumir claramente a natureza eminentemente judicial deste órgão e dela extrair todas as necessárias conseqüências democráticas.

Isto é, pressupõe concebê-lo como uma magistratura dotada de uma organização que lhe assegure a unidade e a eficácia, mas também, como um corpo de magistrados que, por isso, devem dispor de um estatuto que salvaguarde um exigente regime de garantias e lhes preserve, com visibilidade e responsabilidade públicas, a imparcialidade e, portanto, a objectividade.⁴

Nesse quadro dramático, de normas, de paixões, de interesses politiquieiros escusos e de desmandos administrativos inconstitucionais, cabe ao Ministério Público, considerando o notável instrumento que representa a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, fiscalizar, com bom senso, o seu fiel cumprimento, efetivando, sob o Manto Constitucional e da legislação extravagante aplicável, as medidas e as ações cabíveis para a responsabilização dos gestores públicos relapsos, deficientes e/ou corruptos.

Referências

CLUNY, António. *Pensar o ministério público hoje*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

GHIZZO NETO, Affonso. GATTRINGER, João Luiz. *Cartilha legal*. RS: Gráfica Editora Pallotti, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. GHIZZO NETO, Affonso. *Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal, conexões necessárias*. Florianópolis: Habitus, 2001.

4 CLUNY, *op. cit.*, p. 150

A PARCERIA PÚBLICO PRIVADO OBJETO DO PROJETO DE LEI Nº 2.546/2003 E A PREVALÊNCIA DO MERCADO SOBRE O ESTADO

Márcia Aguiar Arend

*Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de
Apoio Operacional da Moralidade Administrativa - SC*

“Para que a mão permaneça invisível é necessário que o olho seja cego”.¹

Não há como resistir ao forte impulso no sentido de compartilhar a indignação e também reagir diante da possibilidade de implantação da chamada parceria público privado, nos moldes propostos no texto do Projeto de Lei nº 2.546/2003, procedente do Poder Executivo da República, em tramitação no Legislativo Federal, cujo Relator é o Deputado Paulo Bernardo. Com o citado projeto pretende o governo federal a instituição das normas gerais para licitação e contratação de parceria público – privado, a chamada PPP.

Cumprе registrar, já de início, a natureza indisfarçada das pretensões que nele estão plenamente instaladas, as quais evidenciam o abandono dos pudores ideológicos originais que configuravam discursos e promessas da chamada esquerda.

1 Daniel Bensaïd. *La discordance des temps*, Editora de la Passion, Paris, 1995, 301 p.

A cooptação operada pelas máximas neo-liberais instituíram a pasteurização nos modos de olhar a realidade, impondo um único discurso decorrente da chamada racionalidade indolente que a todos arrasta porque a ausência de dor é, realmente, a melhor maneira de ser contemporâneo nestes tempos em que a mediocridade é o atributo rotineiro dos eleitos para governarem a quase totalidade do mundo ocidental. E é justamente nesta parte do mundo que a lógica regente dos governos de orientação neo-liberal vai encontrando cada vez mais viço e espaço.

Deste modo, compartilhar a análise do citado Projeto de Lei implica também revelar a linha ideológica pela qual transita o analista.

Por mera questão de metodologia cumpre abordar a idéia de parceria, tantas vezes já experienciada em muitos setores da administração pública. Não haveria, em certa medida, nenhuma novidade, posto que os institutos da concessão e permissão, além das muitas formas de renúncia de receita fiscal por meio da outorga de incentivos fiscais, constituem inequívocos mecanismos de parceria na gestão da economia, cujo norte ético compromete-se com a pretensão de universalizar a fruição transversal e capilar dos direitos sociais pela totalidade das gentes que aqui vivem.

A parceria até então defendida pelo PT contemplava uma forma de gestão pública com a união de diferentes setores para a realização de objetivos de interesse comum, tudo sem comprometer o papel principal do Estado e sem prejudicar a execução das políticas públicas prioritárias.

Mas o texto do aludido projeto abriga uma profunda e por isso mesmo perigosa entrega de amplos poderes e recursos públicos provenientes da imposição tributária, para aplicação e obtenção de resultados financeiros peculiares aos apetites do mercado que pouco se importa com investimentos para o desenvolvimento social.

Afinal, qual o modelo de Estado que se quer ou que melhor se apresenta para atender às demandas de bens e serviços públicos para satisfação das gentes que nele prestam seu trabalho, entregam suas vidas e produzem as novas gerações? O que se percebe no atual momento da vida nacional é a indefinição sobre o modelo de Estado do atual governo, uma hora parece perfilar-se como provedor, outra como gestor e outras tantas como interventor. Há mutações discursivas adequadas às múltiplas platéias nacionais e internacionais, situação que parece atender ao imbróglio conceitual em meio ao qual copiar e repetir as máximas dos países centrais significa estar próximo e não muito atrás dos gran-

des, como se entre os grandes não tivesse havido expansão da miséria, expansão da violência e do sistema prisional seguidos de aguda concentração da riqueza.

Esse projeto deve ser tratado sob a ótica de como a sociedade e seus agentes (suas instituições representativas) poderão estabelecer um efetivo e permanente gerenciamento sobre os contratos (parcerias) a serem realizados, metas, resultados e qualidade da contraprestação de serviços, obras ou ações a serem pactuadas.

As garantias ao parceiro privado (“regras de proteção do crédito do particular”) estão ampliadas e estrategicamente contempladas no projeto. Não se pode desconsiderar a real descaracterização do Estado brasileiro, operada pela divisão e repartição entre grupos econômicos que, ocupados na satisfação de suas ganâncias – elemento anímico matricial da lógica capitalista – conduziram maquiadas parcerias em cujo cerne avultavam nada mais do que apetites financeiros determinantes de agires políticos que produziram nos instrumentos tradicionais utilizados pela administração pública brasileira, ao longo da experiência republicana, câmbios conceituais que foram flexibilizando a natureza da intervenção, execução e mesmo a gestão de parcelas de serviços sob a responsabilidade primária – porque constitucional – do Estado. Os institutos da concessão, permissão e mesmo da contratação de serviços de terceiros através da licitação, mais recentemente os chamados contratos de gestão, as parcerias com as ONG’s, etc, estão aí no acervo da história recente a impedir a negação do ocorrido. Some-se a isso, o recente e devastador processo de privatização realizado pelo governo federal e governos estaduais nos últimos anos, onde se testemunhou a vigorosa e acelerada transferência de recursos públicos para sanear empresas públicas sucateadas por má gestão para, na imediata seqüência, transferi-las para a iniciativa privada. Na parceria o Estado sempre é chamado a promover a assepsia financeira para entregar o negócio em condição de saúde perfeita, e acaso sobrevenham moléstias próprias e peculiares ao negócio “comprado” pelo parceiro privado, chama-se o Estado para respaldar a aplicação de terapias tarifárias ou seguros “apagões” para acalmar o mercado.

Essa multiplicidade de formas que o Estado utiliza hoje para se relacionar com a iniciativa privada, e também com o chamado terceiro setor, tem gerado muitas tensões e conflitos, muitos inclusive em prejuízo dos consumidores.

Não se pode esquecer os episódios das Agências Nacionais Anatel, Ana, Aneel, etc, que não conseguem cumprir nenhum dos papéis que lhes foram determinados sob a ótica de interesse do Estado e menos ainda da população. A agencialização do Estado implica fluidez absoluta do poder para garantir apenas o

negócio, sendo até possível atender o consumidor do serviço que puder pagar. Para aqueles que não conseguem atingir a condição de bons pagadores, ou mesmo para aquelas parcelas da população estabelecidas em zonas indicadoras de baixo lucro em razão do volume de investimentos aplicados, a premissa da universalização na fruição dos chamados direitos sociais, continuará apenas seguindo como devaneio utópico, bem ao gosto e ao tempo dos palanques, onde as promessas de igualdade tão bem se prestam para hidratar a superfície ressequida das esperanças populares.

Com efeito, o Projeto das chamadas PPPs segue seu percurso como artefato domesticador operado pelo mercado para submissão da administração pública em quase todo o mundo ocidental. De certa forma, sob os auspícios da tese do esgotamento da capacidade do Estado de tributar e de arrecadar para se autofinanciar, gerar superávit, promover investimentos e responder às demandas sociais que diz e proclama poder resolver e atender.

É necessário reconhecer que aprovado o Projeto aqui em comento, não estaremos debutando nesta chamada parceria, posto que ainda nas décadas de 70 e 80 experimentamos a proliferação dos chamados distritos industriais. Dizia-se, na época, uma parceria onde o poder executivo buscava atrair para o seu território atividades produtivas diversas, através da concessão de inúmeros benefícios e ou vantagens (isenções fiscais, subsídios, terrenos, infra-estrutura gratuita).

Não se pode ser ingênuo a ponto de ignorar que havia, na verdade, pouquíssima parceria, mas a idéia desceu da teoria para a empiria em velocidade peculiar “ao negócio de ocasião”. A propalada contrapartida do setor privado, na maioria dos casos, entretanto, não passou de promessas abstratas de oferta de postos de trabalho, juras que se esboroaram nas ondas e ânimos do mercado, além dos já reconhecidos males provocados ao meio ambiente, à degradação das condições de vida urbana, todos impondo ao Estado aporte de recursos para atender a dilapidação do patrimônio ambiental e cultural, assacado pela violência estrutural que se exponenciou e espargiu pelo tecido social em todas as regiões onde a experiência foi adotada, sem contar com a deflagração da efetiva “guerra fiscal” protagonizada pelos estados federados.

O édem econômico prometido há mais de quatro décadas, pelas prevalentes retóricas da economia de mercado, não aconteceu e tampouco tem possibilidades de acontecer. A riqueza foi sendo cada vez mais concentrada e a pobreza cada vez mais expandida, fato comprovado por todas as agências que medem desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano.

Mas há que se avançar, em outros estudos, para além da abordagem política para concentrar-se na análise jurídica, especialmente para apreciar as tensões que o projeto é potencialmente apto a produzir, desde que não se perca a senda luminosa e incontroversa de que, ao menos deonticamente, a ordem constitucional brasileira escora-se nos pilares da ordem republicana, da ordem democrática e da ordem tributária, com a tessitura semântica e mandamental que dimana de cada uma dessas vigas estruturais do Estado nacional. Sobre elas erige-se o vigoroso elenco de valores e objetivos do Estado para o desfrute não adiado dos direitos e garantias de cada cidadão.

Prevalecendo esta premissas estruturais tem-se que admitir que o Projeto de Lei nº 2.546, de 2003, em tramitação no Poder Legislativo Federal, procedente do Poder Executivo da República e que tem por Relator o Deputado Paulo Bernardo, afasta-se, sem pejo, do compromisso de manter preservadas grande parte das conquistas constitucionais em termos de administração pública, por meio de facilidades e garantias aos que irão se apresentar como parceiros do Estado, mas não necessariamente do contribuinte, do consumidor, enfim do povo.

É fundamental que as instituições comprometidas com a tutela dos direitos, especialmente o Ministério Público, despertem e envolvam-se no processo legislativo em gestação, nem que se seja para minorar a maldade que ele antecipa e defende.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- ARISTÓTELES. *Política* (livro I). Trad. de Mario da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.
- CHATELET, François, PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *As concepções políticas do século XX – História do Pensamento Político*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. RJ: Zahar, 1983.
- CHATELET, François. *História das idéias políticas*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Licurgo Gomes da Costa. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Versão eletrônica. Disponível em . Acesso em 10 fev. 2004.
- SCHORSKE, Carl E. *Pensando com a história. Indagações na passagem para o modernismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, I. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS PELO PODER PÚBLICO

Rogério Ponzi Seligman

Promotor de Justiça e Coordenador Adjunto do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa - SC

Sumário: 1. Introdução – 2. O acesso ao serviço público – 3. Terceirização na Administração Pública – 4. Contratação de serviços jurídicos – 5. Inexigibilidade de licitação – 6. Conclusão.

1 Introdução

É problema recorrente, nas Promotorias de Justiça de defesa do patrimônio público, a questão da contratação de advogados pelo poder público para assessoramento jurídico ou defesa do órgão público em juízo. O tema é de suma importância para o cotidiano da Administração, em todas as suas esferas, e não parece ter alcançado pacificação doutrinária, enfrentando muitas controvérsias. Discussões acerca da nomeação de servidores comissionados ou temporários, em detrimento da realização de concurso público, não são raras, como também não o são aquelas fundadas na opção pela terceirização de serviços jurídicos e, nesses casos, pela contratação independentemente de licitação.

O artigo buscará sucintamente abordar as formas de acesso ao serviço público e demonstrar que os serviços jurídicos, tendo caráter permanente, devem ser prestados por servidores efetivos admitidos mediante concurso público. Abordará, ainda, os limites da contratação de prestadores desses serviços e a excepcionalidade da não-exigência de licitação, pretendendo com isso, sem esgotar o tema, auxiliar os operadores jurídicos, especialmente os Promotores de Justiça com atuação na seara da defesa do patrimônio público, quando do enfrentamento da matéria.

2 O acesso ao serviço público

O poder público, quando da constituição de seu corpo jurídico, tem a possibilidade de proceder ao provimento de cargos em sua estrutura administrativa ou à contratação de serviços, com a escolha de prestadores estranhos ao funcionalismo. Obedecerá, nesse caso, às normas da Lei nº 8.666/93.

Na primeira hipótese, a contratação de bacharéis dar-se-á, como regra, mediante seleção em concurso público de provas ou de provas e títulos, na proporção dos cargos existentes criados por lei. Trata-se de exigência constitucional insculpida no inciso II do art. 37 da Carta Magna, segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, ressalvando o próprio texto as nomeações para cargo em comissão, com característica de livre nomeação e exoneração.

A exigência de concurso público harmoniza-se com os princípios constitucionais, notadamente o da isonomia e o da impessoalidade na Administração Pública. A todos é facultado o ingresso no serviço público remunerado, sem qualquer distinção, desde que observados os critérios constantes em lei. Representa, por outro lado, a busca pela qualidade no serviço público, uma vez que se presume sejam os aprovados no certame os candidatos melhor qualificados para o exercício das funções correspondentes aos cargos em disputa.

Advogados poderão ocupar cargos de provimento em comissão. Nesse caso, entretanto, exige-se obediência às limitações impostas pelo art. 37, V, da Constituição da República. Criados por lei com estabelecimento de suas condições e percentuais, destinam-se às funções de direção, chefia ou assessoramen-

to. Isso não veda o procuratório judicial,¹ ressalva feita ao que dispõem os artigos 131 e 132 da Carta Magna, que tratam, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e das procuradorias dos Estados e do Distrito Federal. Porém não se pode perder de vista a transitoriedade dos chamados cargos de confiança, de livre admissão e exoneração, a implicar certa inadequação no que tange ao caráter permanente do serviço de representação judicial e extrajudicial do Estado.

Cabe ressaltar, todavia, que, no Brasil, há municípios de portes muito distintos. Entre os pequenos, vários conferem a representação judicial e extrajudicial a apenas um advogado, não raro ocupante de cargo de provimento em comissão. Isso se justifica, bem como a livre escolha dos procuradores-gerais dos Estados e dos municípios de porte maior, ou dos chefes de departamentos jurídicos dos demais entes da Administração Pública, pela relação de confiança e sintonia política que deve existir entre o governante eleito e as assessorias de especial valor estratégico. Tem razão, nesse aspecto, Adílson Abreu Dallari,² ao afirmar que há assuntos de repercussão política relativos a programas estabelecidos pela supra-estrutura política eleita democraticamente que requerem a presença de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão.

Com efeito, já firmou entendimento o Supremo Tribunal Federal de que as atividades permanentes da Administração Pública hão de ser exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.³ Não se pode subverter a importante serventia dos cargos de provimento em comissão, para que venham a representar burla à exigência de concurso. São eles destinados àquelas funções em que convém especial liame de confiança entre o administrador público e o servidor. Não é por outra razão que são destinados a profissionais de carreira – exigindo-se portanto especial qualificação técnica – e que são de livre provimento e demissão *ad nutum*. Alexandre de Moraes vaticina:

Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as *funções de confiança e os cargos de confiança* que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, pois a exigência constitucional de

1 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 136.549/RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 03-4-2001, publ. DJ 28-5-2001.

2 DALLARI, Adílson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 31, 1998.

3 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 890-1/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11-9-2003, publ. DJ 06-02-2004.

prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza.

A previsão legal para cargos em comissão declarados de livre nomeação e exoneração é de iniciativa do Chefe do Poder respectivo e deve, obrigatoriamente, respeitar a existência de *vínculo de confiança* entre a função a ser realizada e autoridade nomeante, pois nas demais hipóteses deverão ser realizados concursos públicos, sob pena de inconstitucionalidade.⁴

O mesmo raciocínio aplica-se às contratações temporárias. O permissivo constitucional concernente à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos casos estabelecidos por lei (art. 37, IX), não permite ao administrador que desborde da norma. Tampouco confere ao legislador ordinário “ampla liberdade para pontuar os casos suscetíveis de contratação temporária”, devendo essas leis “atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade”, só prevendo casos que “efetivamente justifiquem a contratação”.⁵

A necessidade excepcional contida no texto normativo não é fruto da conveniência do administrador público, nem de sua inércia. Não se origina também de dificuldades de operacionalização de atividades corriqueiras da Administração. A atividade estatal é imprescindível, e disso resultará a necessidade da contratação temporária, em caráter excepcional e por razões por demais relevantes. Poderá ocorrer, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶ quando temporária ou eventual é a própria atividade a ser desempenhada, não sendo justificável a criação do cargo público (o que não vem a ser o caso dos serviços jurídicos), ou quando a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade, por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que sua demora preju-

4 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 157. Grifo do autor.

5 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 890-1/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, loc. cit.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 261.

dique a satisfação do interesse incomum que deve ser acobertado.

Em se tratando os serviços jurídicos de atividade perene da Administração Pública, mostram-se praticamente incompatíveis com a contratação temporária, a não ser em situações excepcionalíssimas, quando o tempo não permitir a realização de concurso público, mediante autorização em lei e com prazo determinado. Não pode tal modalidade de acesso extraordinário ao serviço público ser utilizada como subterfúgio à exigência do concurso.

A regra geral, como visto, é a de que os serviços jurídicos da Administração Pública sejam prestados por servidores efetivos, o que é imposto pela própria Constituição da República. Toleram-se os advogados públicos ocupantes de cargos de provimento em comissão na exceção constitucional do exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. Também excepcionalmente poder-se-á proceder à terceirização dos serviços jurídicos.

3 Terceirização na Administração Pública

A terceirização, embora expressão de cunho mais recente, é de longa data admitida no Direito Administrativo brasileiro como contrato de prestação de serviços. A contratação de terceiros para a execução de tarefas executivas era prevista no Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 7^o). O Decreto-Lei nº 2.300/86 previa a possibilidade de contratação para execução indireta de serviços, o que foi recebido pelo art. 37, XXI, da Constituição da República e reiterado pela Lei nº 8.666/93.

Ocorre que “o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia”.⁷ Realmente, a Administração Pública foi atingida, nos últimos anos, por vagas neoliberais impregnadas do discurso da “desestatização” e da “desburocratização”, justificador do desmonte do Estado e especialmente do serviço público, por meio de privatizações desastrosas e da terceirização de mão-de-obra. Um receituário que compreende

cortes de subsídios (ainda que praticados nos países dominantes), combate à inflação, para o que se entende

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 179.

indispensável o congelamento dos salários (particularmente do funcionalismo estatal, eleito bode-expiatório da desdita econômico-financeira), ajuste fiscal (cujos ônus, mostra a experiência, em pouco ou nada recaem sobre os setores privilegiados, onerando a classe média, inviabilizando a poupança popular e levando à concentração da renda), privatizações de bens públicos (sobretudo os rentáveis, depois de saneados com recursos estatais, contribuindo ao aumento da dívida interna).⁸

Ao invés da realização de concursos públicos, que levam à nomeação de servidores qualificados para os cargos da Administração, eleitos pelo mérito pessoal demonstrado na disputa, passou-se a fazer uso em larga escala de contratações de empresas ou cooperativas que, a título de prestação de serviços técnicos especializados, fornecem apenas mão-de-obra, em evidente burla ao princípio da exigência de concurso público e das relações funcionais e previdenciárias que decorreriam da nomeação.

Trata-se de prática realizada sob os auspícios de um discurso encharcado de ideologia desestatizante, que encobre a grave inconstitucionalidade da admissão ao serviço público independentemente de concurso público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que a indevida terceirização de mão-de-obra tem sido feita

sob a fórmula de **prestação de serviços técnicos especializados**, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização **tradicional** ou **com risco**, porque mascara a relação de

8 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999. p. 107.

emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias [...].⁹

A terceirização de mão-de-obra é inconstitucional, afrontando o art. 37, inciso II, da Lei Maior, que condiciona ao concurso a investidura em cargo ou emprego público, e o inciso XXI, que permite a contratação, mediante licitação, de obras, serviços, compras e alienações. Terceiriza-se, desse modo, apenas a prestação de serviços. Do contrário, valerá tal intermediação somente para “servir aos ideais de nepotismo e apadrinhamento a que não pode resistir tradicionalmente a classe política brasileira”.¹⁰

4 Contratação de serviços jurídicos

Os serviços jurídicos da Administração Pública – análise jurídica de seus atos e contratos e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas – detêm caráter permanente. Somente se justificará a contratação dos serviços particulares de advocacia, nos moldes da Lei nº 8.666/93, quando da impossibilidade de utilização do corpo de procuradores do ente público, seja pela sua insuficiência ou incapacidade ou em virtude de situação singular.

Tal entendimento encontra ressonância nos julgados do Tribunal de Contas da União, a exemplo do voto do Min. Lincoln Magalhães da Rocha, no processo TC 575.395/92-3,¹¹ que ressalta não ser impeditivo à contratação de advogado particular o fato de o ente público contar com quadro próprio de advogados, “desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidades desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie que não poderão ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros”.

9 DI PIETRO, op. cit., p. 177-178, grifo do autor.

10 DI PIETRO, op. cit., p. 178.

11 Julgamento em 05-10-1994. *Apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 119-120.

No mesmo rumo já assentou o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina no pré-julgado nº 873,¹² segundo o qual, quanto à contratação de advogado ou serviços jurídicos, mostra-se recomendável que haja o correspondente cargo efetivo no quadro de servidores do ente público, em face da natureza de atividade administrativa permanente e contínua, com provimento mediante concurso público, sendo “cabível a contratação de profissional do ramo do direito, desde que devidamente justificada para atender específicos serviços (administrativo ou judicial) que não possam ser realizados pela assessoria jurídica dada a sua complexidade e especificidade”. Em idêntico sentido, veja-se também o pré-julgado nº 1232.¹³

Noutras palavras, a terceirização dos serviços de advocacia é possível, exceto se o ente público tiver em seus quadros departamento próprio, com cargos criados por lei, capacitado à prestação de tais serviços. Ou, como ressalva Fernandes, “se o serviço jurídico pode ser desempenhado pelo órgão jurídico da unidade é vedado terceirizá-lo”.¹⁴

O próprio caráter transitório da contratação terceirizada atenta contra a eficiência dos serviços jurídicos da Administração. Um quadro de advogados efetivos vivencia diariamente os problemas do ente público, conhecendo seu nascedouro e acompanhando sua evolução; possui assim melhores condições de solucioná-los. Da mesma forma, a monitorização de processos judiciais não é atividade que se exaure no prazo de vigência de uma relação contratual ou no período de um mandato. É atividade permanente e contínua, de suma relevância ao interesse público e imprescindível de ser realizada independentemente de quem ocupe o posto de governante.

Repise-se, por outro lado, que a terceirização não pode ter por objeto o fornecimento de mão-de-obra, mas a prestação de serviço. A mão-de-obra do serviço público é selecionada por concurso público e dotada das prerrogativas necessárias à prática e execução dos atos administrativos. Processos generalizados de terceirização podem representar justamente a burla à exigência de concurso público. Bem por isso a União fez editar o Decreto nº 2.271/97, regulamen-

12 Proc. CON-TC9480611/98, Bandeirante, Parecer COG-377/00, rel. Aud. Thereza Aparecida Costa Marques, julgado em 23-8-2000. Disponível em: <www.tce.sc.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2004.

13 Proc. CON-01/01101511, de Sombrio, Parecer COG-524/02, rel. Cons. Luiz Roberto Herbst, julgado em 07-10-2002. Disponível em: <www.tce.sc.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2004.

14 FERNANDES, op. cit, p. 119.

tando as atividades que poderiam ser terceirizadas no nível da Administração Pública federal, abrangendo as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, capoeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação e manutenção de prédios, equipamentos e instalações (art. 1º), vedando a “execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal” (§ 2º).

Tal contratação atenderá, obrigatoriamente, as normas da Lei nº 8.666/93, submetendo-se a procedimento licitatório. A exigência reside no ordenamento jurídico em patamar constitucional, estabelecendo o art. 37, XXI, que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, ressalvados os casos especificados na legislação.

Há quem diga, em sentido contrário, que o exercício da advocacia é incompatível com a realização de certame licitatório. Alice Gonzalez Borges¹⁵ assevera haver antagonismo entre as normas gerais de licitação e o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) e seu Código de Ética, entendendo que “o exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação”. A suposta incompatibilidade residiria na proibição de captação de clientela, presente na indicação das instalações materiais da empresa licitante (requisito de habilitação técnica), e na vedação de procedimentos de mercantilização da profissão, vistos na concorrência de advogados com outros advogados, pelo critério do menor preço, e no cotejamento de preços, na modalidade de melhor técnica, tudo levando ao amesquinamento da profissão.

Não se resume o debate, contudo, a um conflito de regras jurídicas. Não se trata de saber se há colisão entre o Estatuto da Advocacia e a Lei de Licitações e qual resta invalidada. Cuida-se da preponderância de princípios constitucionais que informam a matéria. Por trás da licitação para a contratação de qualquer serviço ou aquisição de qualquer bem, encontram-se os pilares principiológicos da *isonomia*, garantindo a todos idêntico tratamento pelo Estado e pela Administração; da *legalidade*, a impor a completa subordinação da Administração às leis e ao interesse público; da *impessoalidade*, pelo qual é defeso o tratamento aos

15 BORGES, Alice Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 206, p. 138, out./dez. 1996.

administrados com discriminação, benéfica ou detrimetosa; e da *exigibilidade de licitação*, explicitado no inciso XXI do art. 37 da Constituição.

As normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios, pois ambos se constroem a partir de expressões deontológicas. Sem embargo, os princípios possuem vagueza enunciativa, mas significação determinada, o que lhes permite atualização pelo decurso do tempo. As regras, embora abstratas, têm aplicação especial, regulando apenas os atos e fatos aos quais se destinam. Os princípios integram o sistema, orientam e delimitam a aplicação das regras, o que faz com que, ao serem aplicadas, as regras tragam em seu bojo a essência dos princípios e não os contrariem. Os princípios, assim, aparecem no pináculo do sistema, hierarquicamente superiores às regras propriamente ditas, especialmente se têm natureza constitucional. Evoquem-se os ensinamentos de Bonavides¹⁶, que, reconhecendo serem as normas jurídicas o gênero do qual são espécies as regras e os princípios, sustenta a superioridade e a hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, supremacia material que se faz possível “na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.

Na situação em estudo, parece evidente que os princípios constitucionais devem prevalecer sobre regras insertas no Estatuto da Advocacia ou em seu Código de Ética. Com a devida vênia, soa demasiado crer que a concorrência entre advogados ou a oferta de melhor preço, dentro de um procedimento licitatório regido por lei, possa vir a configurar captação de clientela ou mercantilização da advocacia. Se ao cidadão é admitido consultar vários advogados para decidir qual se insere nas qualificações pretendidas e qual melhor se ajusta à sua capacidade econômica, habilitando-se para o representar na defesa de seu direito, não há por que vedar ao Estado a verificação de qualificação e preço do profissional que tutelará o interesse público. Especialmente se isso é exigido pela própria Constituição.

É claro que há situações em que o serviço a ser prestado é singular e apenas determinados profissionais dotados de especial capacitação técnica poderão fazê-lo. Tais situações, como se verá adiante, poderão configurar a inviabilidade de competição. Porém, em se tratando de serviços corriqueiros, que por razão plausível não podem ser prestados pelos advogados públicos, ensejando

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 288.

a terceirização, far-se-á o devido processo licitatório.

Nesse particular, a licitação do tipo menor preço não se mostra a mais adequada, haja vista a inconveniência de se escolher um prestador de serviço de tamanha relevância pelo menor preço oferecido, correndo o risco a Administração Pública de contratar serviços desprovidos da devida qualificação. Mais oportunos são os tipos de melhor técnica ou técnica e preço, em que se levam em consideração elementos denotadores da qualificação profissional do candidato, como o tempo de experiência profissional na área, publicações, magistério, cursos de pós-graduação etc. Também é alternativa viável a licitação na modalidade de concurso (art. 22, IV), admitida por Marçal Justen Filho¹⁷ e Adílson Abreu Dallari,¹⁸ em que o valor da remuneração é previamente fixado pela Administração e os licitantes são instados a demonstrar suas qualificações e seus conhecimentos técnicos.

5 Inexigibilidade de licitação

Diferem-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação (respectivamente, artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93). A dispensa diz respeito aos casos em que a licitação é facultativa, sendo a relação legal exaustiva. A inexigibilidade é concernente à inviabilidade de competição, e as situações previstas em lei são exemplificativas.

A inexigibilidade ocorre quando não se encontram presentes os pressupostos necessários à realização da licitação e forçá-la poderia até contrariar o interesse público. Situações diversas podem levar à inexigibilidade, sendo classificadas por Marçal Justen Filho¹⁹ em dois grandes grupos. Um primeiro, em que a inviabilidade de competição deriva de circunstâncias atinentes ao sujeito, não sendo viável a competição porque existe uma única pessoa para ser contratada. Em uma outra categoria, relacionada com a natureza do objeto, o número de sujeitos não é relevante para o poder público, mas a natureza da atividade a ser desenvolvida ou peculiaridades quanto à profissão a ser desempenhada.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 292.

18 DALLARI, op. cit. p. 35.

19 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 277.

A situação tratada neste escrito focaliza a regra contida no inciso II do art. 25: a contratação de serviços técnicos previstos no art. 13 (e dentro desta hipótese, os serviços jurídicos de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, referidos no inciso V), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Aqui, pouco importa a diversidade de alternativas à Administração, mas a natureza do serviço e a qualificação de quem o presta. Natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos aptos à prestação do serviço.

Para configurar a situação de inexigibilidade, também não basta a mera caracterização de um serviço constante da relação do art. 13. É indispensável a demonstração da natureza singular do objeto contratado. O simples fato de o serviço jurídico ser um serviço intelectual, não padronizado, não o torna necessariamente singular, a inviabilizar a competição pública. Como diz Bandeira de Mello, “se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado ‘de natureza singular’ logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13”. E exemplifica com a hipótese do patrocínio de causa em juízo, considerando que “para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização”.²⁰

O objeto singular importa em uma atividade complexa, que requer conhecimento e experiência específica e reputada fora do padrão. Implica situação que, fosse realizada licitação, provavelmente acarretaria a contratação de profissional não habilitado à execução do serviço. No entender de Justen Filho, a singularidade do objeto é caracterizada por se tratar de “situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional *especializado*”, envolvendo “casos que demandam mais do que simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)”.²¹

A notória especialização, como se depreende, não é causa de inviabilidade da competição, mas requisito de contratação do prestador do serviço. A Administração Pública não está livre, na hipótese do inciso II do art. 25, para contratar quem bem entender, mas apenas o profissional reconhecido pela comunidade como apto a realizar dito mister, tendo maior habilitação para tanto que outros profissionais de seu ramo de atuação.

20 MELLO, op. cit., p. 506.

21 JUSTEN FILHO, op. cit, p. 287.

Os contornos de tal requisito vêm delineados pela própria legislação, no art. 25, § 1º, da Lei de Licitações, sendo marcados pelo conceito, perante a comunidade, no campo da especialidade do contratado, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica etc., que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O serviço jurídico cotidiano não se reveste de natureza singular, podendo ser exercido por profissionais razoavelmente habilitados. Somente originarão inviabilidade de concorrência causas que se revelarem de natureza singular, seja pela complexidade da questão, especialidade da matéria, relevância econômica, local de exercício da atividade, grau de jurisdição etc., casos em que se admitirá a contratação direta de profissional com notória especialização. As hipóteses de contratação direta de serviços jurídicos, com base no art. 25, II, não se esgotam em uma relação abstrata. Como dito, são muitas e variáveis, dependendo de diversos fatores, que poderão ensejar o reconhecimento da singularidade do serviço, desenhada pela impossibilidade de ser prestado por qualquer profissional.

6 Conclusão

Os serviços jurídicos do poder público serão prestados, ordinariamente, por servidores efetivos selecionados mediante concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República. De modo extraordinário, nos casos previstos na própria Carta Política, e em face da regulamentação legal quanto às hipóteses, tolera-se que tais serviços sejam prestados por servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão ou admitidos temporariamente por prazo determinado em razão de necessidade de excepcional interesse público.

A terceirização dos serviços jurídicos também possui caráter excepcional e somente pode ser admitida quando da impossibilidade ou incapacidade de o quadro jurídico da Administração satisfazer a situação requerida. Uma vez justificada a terceirização, deve ela se restringir à prestação de serviços, não sendo aceita a terceirização de mão-de-obra, por representar burla à exigência constitucional de acesso ao serviço público pela via do concurso.

Nas hipóteses de terceirização dos serviços jurídicos, a realização de licitação é de rigor. As situações de inexigibilidade, em face da combinação do art. 25, II, e do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (serviços técnicos especializados), reque-

rem antes de tudo a inviabilidade de competição, concretizada pela singularidade do objeto, isto é, seu caráter único.

Para a contratação dos serviços, deve-se atender ao requisito da notória especialização do prestador. Essa qualidade não se confunde com a especialização no campo de atuação, mas representa capacidade diferenciada para prestar o serviço de natureza singular, a ser demonstrada pela atuação anterior, formação acadêmica, publicações pertinentes ou outros meios que demonstrem ser o profissional contratado possuidor de credenciais que permitam supor sua capacidade de satisfazer a necessidade da Administração.

Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999. 144 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.
- BORGES, Alice Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 206, p. 135-141, out./dez. 1996.
- DALLARI, Adílson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 30-39, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. 395 p.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 724 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2001. 735 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. 381 p.

PRÁTICAS PSICOLÓGICAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Gisele Gubaua

Psicóloga

Josef Giovani Demeda Groisman

*Psicólogo e Chefe do Setor de Desenvolvimento Humano
do Ministério Público de Santa Catarina – SC*

Kenny Secchi

Psicóloga

Renata Pruner de Castro

Psicóloga

O presente artigo tem o intuito de expor o trabalho desenvolvido na interação entre as ciências psicológicas, jurídicas e sociais, no Ministério Público de Santa Catarina¹, expor de maneira breve os conceitos constitutivos da Psicologia Jurídica bem como discorrer sobre a temática da violência doméstica², visivelmente um dos mais significativos sustentáculos para a existência do sistema jurídico atual.

Por meio da organização de grupos de apoio e reflexão, atendimento individualizado a crianças, adolescentes e pais, fornecimento de assessoria técnica em ciência psicológica nos procedimentos extrajudiciais e judiciais, por meio da elaboração de pareceres, laudos e relatórios psicológicos a crianças e adolescentes em situação de violação de direitos ou em conflito com a lei e no repasse de subsídios técnicos capazes de auxiliar na fundamentação técnica de pareceres de

1 O presente artigo teve como referencia as atividades que estão sendo realizadas no município de Lages – SC.

2 Segundo pesquisa realizada em 128 municípios do Brasil pela Universidade de São Paulo em 2003, foram registrados 20.757 denúncias de violência doméstica, apensa contra infantes e adolescentes.

Promotores de Justiça com atuação na área da Infância e Juventude, procura-se inserir um novo olhar no mundo jurídico, não apenas correlacionado ao paradigma vítima e algoz e sim na possibilidade da resolução das contendas judiciais ou extrajudiciais por meio da mediação dos conflitos e dos conhecimentos sobre si.

Nesse sentido, são repassadas orientações aos adolescentes e familiares envolvidos em procedimentos judiciais ou extrajudiciais e realizados os respectivos acompanhamentos psicológicos, nas seguintes áreas: adolescentes em conflito com a lei, processos de tutela, destituição do poder familiar, suspensão de pátrio poder, guarda, adoção e medidas de proteção, para que o Promotor de Justiça obtenha compreensão dos elementos característicos da personalidade³ dos usuários do Programa.

Dessa forma, o papel do Psicólogo é de favorecer uma atitude de cooperação, encorajando o contato entre familiares e equilibrando as relações de poder, favorecendo a troca de informações, para que a ideologia ganhador-perdedor, seja substituída por um modelo baseado na compreensão dos elementos constitutivos dos atos praticados, objetivando, nas partes, a percepção de ganho recíproco.

Esse trabalho, apesar de experimental em Santa Catarina, vem no sentido de, efetivamente, fazer valer os pressupostos referendados no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 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, assegurando sê-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 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.

3 Segundo Ballone (2003), “personalidade é a organização dinâmica dos traços no interior do eu, formados a partir dos genes particulares que herdamos, das existências singulares que suportamos e das percepções individuais que temos do mundo, capazes de tornar cada indivíduo único em sua maneira de ser e de desempenhar o seu papel social”.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a)* primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b)* precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c)* preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d)* destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Assim, a atividade jurisdicional perpassada pelo olhar da Psicologia, desenvolvida por meio de uma linguagem coloquial, abarca aspectos de ordem relacional dificilmente abordados pelo operador do direito. A mudança de linguagem move as pessoas da posição de reação para a de reflexão, pois se caracteriza por ser uma intervenção que encoraja a comunicação e a responsabilidade, sendo mais humana e menos traumática, em um espaço apropriado para as pessoas exporem com liberdade suas idéias e seus sentimentos, tendo a garantia de seus direitos preservados.

No decorrer dos acompanhamentos psicológicos, são repassadas às Promotorias de Justiça informações sobre o andamento dos atendimentos realizados, para que seja possível um diálogo entre a Lei e a personalidade. A inserção da Psicologia no âmbito Jurídico garante intervenções nos aspectos que dizem respeito aos processos de desenvolvimento humano, da aprendizagem e das relações interpessoais, colaborando na avaliação e redirecionamento dos planos e das práticas jurídicas.

Elementos para compreensão da Psicologia Jurídica?

Tendo como referência Silva (2003), podemos dizer que a Psicologia Jurídica tem se preocupado em compreender os processos psicossociais que produzem o comportamento humano em situações de violência, criminalidade e conflito

social, tendo como perspectiva a construção de instituições jurídicas mais articuladas com as contradições sociais e igualmente acessíveis à comunidade na busca de seus direitos. Portanto, a Psicologia Jurídica pode ser aplicada nas mais variadas instituições jurídicas como o Poder Judiciário, o Ministério Público (MP), as Delegacias, Penitenciárias, os Conselhos Tutelares, os Serviços de Assistência às vítimas do crime, e nos cursos de Direito.

Conforme observa França (acessado em 2004), no Brasil, são inegáveis os avanços dos profissionais em setores mais tradicionais, como a Psicologia Penitenciária, a Psicologia Criminal, a Psicologia Jurídica e as questões da Infância e Juventude e do Direito de Família.

A demanda por este tipo de trabalho é hoje muito grande e envolve questões sociais de diversas complexidades: problemas decorrentes do movimento permanente de transformação da família enquanto instituição, transformação que vem produzindo atualmente desajustes com o abandono de crianças, a violência infringida ao menor, disputas pela guarda de menores e adoção. (FRANÇA, acessado em 2004)

A avaliação

Os Atos Infracionais cometidos por menores devem ser avaliados com muita cautela, tendo em mente que, por trás do delito, existe um ser em conflito, seja ele psicológico, social ou econômico. Esses atos podem ter como pano de fundo desvios de conduta e problemas comportamentais, alguns deles podem ser caracterizados como depressão, transtorno explosivo de personalidade, transtorno de personalidade di-social, transtorno de personalidade *borderline*, transtorno de conduta, transtorno bipolar, esquizofrenia, psicoses, psicopatias, entre outros.

Essas classificações podem ter origem manifesta no âmbito psicológico ou cerebral. Segundo Ballone (acessado em 2004):

Guardando inúmeras exceções, a tendência à agressão e a violência poderão ser concebidas como traços de personalidade, como respostas aprendidas no ambiente, como reflexos estereotipados de determinados tipos de pessoas ou até como manifestações psicopatológicas, considerando a agressão como eventuais conseqüências

de processos biopsicológicos subjacentes.

O dano cortical desencadeia sintomas que geralmente iniciam na adolescência, fase onde o desenvolvimento cerebral se completa, ou seja, quando o cérebro está maduro para executar todas as suas funções. Quando ocorreu uma falha no desenvolvimento ou má estruturação da região cerebral responsável pelo comportamento social do indivíduo, os transtornos mentais se manifestam.

O efeito exato do dano cerebral depende, em grande parte, da extensão e da localização da lesão, bem como o tipo de perturbação que ela pode resultar. Por isso pode-se ter perturbações das habilidades sensoriais ou perceptivas, da coordenação muscular ou motora, da fala, da memória e assim por diante. Quando o dano atinge o Sistema Límbico os efeitos tendem a ser motivacionais. (BALLONE, acessado em 2004)

Hoje em dia, existem instrumentos científicos para comprovar e localizar a existência desses danos. A ressonância magnética mostra a funcionalidade cerebral e a tomografia computadorizada aponta as anomalias. Estes exames mostram com precisão a área afetada e a gravidade da disfunção cerebral.

Imagens funcionais obtidas por PET (positron emission tomography) têm sido usadas para investigar possíveis alterações na função do cérebro das pessoas portadoras de distúrbios caracterizados por excessiva violência e agressividade. Algumas pesquisas nesta área têm mostrado porcentagem alta de um nível diminuído do funcionamento cerebral do córtex pré-frontal em pessoas criminosas violentas em relação às pessoas normais. (BALLONE, acessado em 2004)

Ballone (acessado em 2004) postula que geneticamente pode-se dizer da fisiologia da agressão que, de fato, não se trata de um traço de personalidade invariavelmente herdado, mas os fatores que influenciam na agressão podem ser transmitidos geneticamente. Tais fatores incluem o perfil de atividade hormonal, os limiares de ativação das estruturas cerebrais e, evidentemente, as epilepsias geneticamente transmitidas.

A maioria dos pesquisadores que estudam os transtornos mentais sugere que embora uma grande parcela da responsabilidade sobre a etiologia desses esteja sob a tutela de fatores genéticos, há muitos fatores de risco envolvidos no transtorno que não são identificados geneticamente, mas sim designados pelo

ambiente. Holmes (1997) relata que não se sabe o que desencadeia o transtorno em pessoas pré-dispostas geneticamente, porém fatores como viroses, complicações obstétricas, anormalidades cerebrais estruturais, estresse e falhas neurodesenvolvimentais e neuroquímicas do cérebro têm significativa influência no desenvolvimento da maioria dessas descompensações.

Os sinais observáveis pelos profissionais da psicologia como inadequação à realidade, inseguranças generalizadas, embotamento afetivo, alterações da percepção e da consciência e estruturação do ego, podem ser detectados por de testes psicológicos, materiais lúdicos, manuais de diagnóstico, entre outros, que fornecem subsídios para a formulação de pareceres psicológicos. Essa sustentação serve para garantir uma maior qualidade ao trabalho desenvolvido nas avaliações, nos encaminhamentos e acompanhamentos.

Segundo Kapczinski (2000), fatores como nascer em meio urbano (ambiente com maior vulnerabilidade à infecção viral), no inverno (época do ano em que os organismos estão mais propícios a infecções, devido às mudanças climáticas e atmosféricas), ou em condições exacerbadoras dos riscos ao nascer (prematuridade, baixo peso, falta de nutrientes, complicações obstétricas, entre outras.), são debilitadores do organismo e aliados das infecções e viroses. Em regiões com clima subtropical, caracterizada por invernos rigorosos e com altos índices de proliferação de viroses, existe uma maior pré-disposição fisiológica a transtornos mentais.

A cultura e a violência

A construção histórica do Brasil é caracterizada por relações de dominação em decorrência de uma ideologia machista e patriarcal. Nesse sentido, a reprodução das relações de desigualdade entre homens e mulheres resulta em violência e agressividade, porque, na maioria dos casos, são mulheres e crianças as vítimas.

A violência contra a mulher, ao contrario do que se pensa, ocorre em todas as classes sociais. Está longe de ser um fenômeno exclusivo das camadas sociais mais baixas. O que talvez possamos dizer é que nesta camada social as coisas acontecem claramente, ou seja, o sigilo familiar é menor, e é mais difícil de ser mantido, até mesmo por fatores sócio-economicos culturais , uma vez que a disposição

das habitações, o número de pessoas que ali vivem, o seu nível cultural, a proximidade física das moradias favorecem a quebra do sigilo. Nas camadas sociais mais altas, há condições que facilitam o sigilo tais como: residências mais isoladas, espaço físico maior, preocupação em dar escândalos, o fato de muitos morarem em apartamentos etc. Assim como muitas das coisas que acontecem entre as quatro paredes do que costumamos chamar de lar, este tipo de violência costuma ser camuflado por um amplo “complô de silêncio” do qual participam os familiares, vizinhos e a sociedade em geral. (Irmandade Nossa Senhora das Graças, Caritas Diocesana de Lages, 2001.p.13)

Certamente, a disseminação das informações, com a ampliação e disseminação dos meios de comunicação, o movimento feminista, as conquistas sociais e a pequena, mas crescente distribuição de renda (IBGE, 2000), têm proporcionado um maior equilíbrio nas relações de poder existentes entre homens e mulheres, visto que cerca de metade das famílias tem como colaborador principal no orçamento doméstico as mulheres, fato que lhe proporciona outro *status* hierárquico no seio familiar.

Todavia, a violência doméstica é uma marcante realidade, sobretudo quando falamos de infantes e jovens, a qual é caracterizada por todo ato ou omissão, praticado por pais, parentes ou responsáveis, sendo capaz de causar dano físico, sexual ou psicológico às vítimas. Para entender a violência doméstica, deve-se ter em mente alguns conceitos sobre esta dinâmica e suas diversas faces.

A violência física é o uso da força com o objetivo de ferir, deixando ou não marcas evidentes. São comum murros e tapas, agressões com diversos objetos e queimaduras por objetos ou líquidos quentes. Quando a vítima é criança, além da agressão ativa e física, também é considerado violência os atos de omissão praticados pelos pais ou responsáveis.

A violência psicológica ou agressão emocional, às vezes é tão ou mais prejudicial que a física, é caracterizada pelo exercício da rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, desrespeito e punições exageradas. Trata-se de uma agressão que não deixa marcas corporais visíveis, mas emocionalmente causa cicatrizes indeléveis para toda a vida.

A negligência, subentendida como negligência precoce, é o ato de omissão do responsável pela criança ou adolescente em prover as necessidades básicas para seu desenvolvimento. Considerando negligência precoce a situação onde

não há uma interação satisfatória entre mãe e filho durante uma fase crítica na vida da criança. Essa ocorrência caracteriza uma das condições capazes de interferir no desenvolvimento infantil. Dependendo da dimensão psicológica e neurológica dessa negligência precoce, mesmo que a criança tenha recebido cuidados materiais e físicos adequados, mas tenha sido, esse relacionamento, emocionalmente indiferente ou carente, os danos causados podem ser permanentes.

A pesquisa do Serviço de Advocacia da Criança revelou que violência sexual chega a 13% do total das denúncias de violência recebidas pelo serviço. A família foi responsável por 62% desses casos de violência sexual. O pai aparece como o principal agressor em 59% das vezes, seguido pelo padrasto em 25%. Entre os meninos, o pai foi o violentador principal em 48% dos casos, seguido dos padrastos e dos tios. As violências sexuais aparecem também vinculadas a outras formas de agressão, como as violências físicas e a restrição à liberdade (PASSETTI, 1995).

Esse assunto costuma ser muito polêmico e difícil de se resolver. Normalmente interfere no padrão e dinâmica da família, envolvendo punições e separações. Afirma Passetti que não é raro que a criança vitimada por violência sexual seja severamente punida depois de relatar sua experiência para outros familiares; ou é considerada mentirosa, promotora de discórdia, difamadora, ou é considerada facilitadora e estimuladora da agressão.

As transgressões sexuais acabam acarretando culpa, vergonha e medo na vítima e mesmo nos possíveis denunciadores solidários a ela. Assim, a ocorrência desses crimes sexuais tende a ser ocultada. Inúmeras são as mães que negam a ocorrência da violência sexual por parte de seus maridos contra suas filhas porque temem suas conseqüências sociais, policiais e intrafamiliares, preferem viver juntamente com seus maridos a separar-se deles, enfim, há uma complacência omissa que pode ser tão criminosa quanto à agressão.

No Brasil, de um modo geral, as pesquisas são poucas e, às vezes, contraditórias. Conforme Ballone (acessado em 2004), nos Estados Unidos, sabe-se, com maior precisão, que o abuso sexual ocorre em um terço das famílias. Mas lá, tanto quanto aqui, a pequena vítima não revela seu segredo à mãe por temer magoá-la. E quando a mãe toma conhecimento dos fatos, ela costuma escolher uma das seguintes atitudes:

1 - Denunciar o agressor. A maioria das mães que optam por essa alternativa não a faz de imediato. Elas costumam levar anos para ter coragem para enfrentar o marido e as conseqüências. Quando ocorre a denúncia, em cerca de

dois terços dos casos, as mães levam a notícia do crime à autoridade policial e se separam do companheiro.

2 - Não acreditar que seu companheiro ou marido seja capaz de abusar sexualmente da própria filha.

3 - Suspeitar que possa ser verdade, mas não tem certeza de que o marido ou companheiro seja um agressor sexual. Essas mães preferem viver eternamente na dúvida a investigar a veracidade dos fatos, pois, de modo geral, a certeza costuma ser muito ameaçadora. Algumas vezes, quando as evidências são incontestáveis, ainda arriscam acreditar que a filha foi quem seduziu o pai.

Na maioria dos casos, de algum modo, quase toda mãe sabe o que está acontecendo. Mas é um conhecimento que os mecanismos de defesa do “Ego” empurram para os porões do inconsciente. Portanto, as mães negam e reprimem esse fato para subterrâneos onde ele incomoda menos, negam esse conflito para se desobrigarem de atitudes severas em relação ao companheiro. Nessa situação, a mãe costuma ser vítima e cúmplice simultaneamente.

Ao contrário do que se pensa com frequência, a violência sexual doméstica não ocorre somente em famílias desestruturadas, independe da estrutura familiar para que haja o abuso de poder no qual a vítima (criança, adolescente ou mulher) é induzida ou forçada a práticas sexuais com ou sem violência física. Segundo Ballone (acessado em 2004), os fatores que podem predispor o indivíduo ao desenvolvimento do Transtorno de Conduta são: rejeição e negligência parental, temperamento difícil no bebê, práticas de criação dos filhos com disciplina rígida, abuso físico e sexual, falta de supervisão, mudanças frequentes dos responsáveis pela criança, família numerosa, entre outros. Isso sugere que não há relação estreita entre diferença econômica ou social dos diferentes tipos de família e a predisposição à violência doméstica. Nesse sentido, a violência mostra que sua etiologia vem desde as primeiras relações intrafamiliares, porém esses efeitos emergem somente mais tarde, trazendo sérias conseqüências em qualquer que seja a família.

Conseqüências da violência doméstica

Inúmeros trabalhos mostram que o apoio afetivo, o carinho e o amor são tanto ou mais essenciais para o desenvolvimento da pessoa quanto a mesa farta. A violência física (espancamento) é a agressão mais comum, alguns agressores

chegam a amarrar as crianças com cordas ou correntes e espancá-las com objetos como cinto, vassoura, panelas, martelos etc. A violência física engloba ainda outros atos de verdadeiro sadismo como, por exemplo, queimaduras com pontas de cigarro, água fervendo, privação de comida e água etc. A atitude de agredir, covardemente prevalecida da maior força física dos pais, pode resultar em severos traumatismos. São casos de adultos que batem a cabeça da criança ou ainda atiram esta contra a parede. Muitas vezes essas atrocidades levam à morte. Além das marcas físicas, a violência doméstica costuma causar também sérios danos emocionais. Normalmente é na infância que é moldada grande parte das características afetivas e de personalidade que a criança carregará para a vida adulta.

As crianças aprendem com os adultos, normalmente e primeiramente, dentro de seus lares, as maneiras de reagir à vida e viver em sociedade. As noções de direito e respeito aos outros, a própria auto-estima, as maneiras de resolver conflitos, frustrações ou de conquistar objetivos, tolerar perdas, enfim, todas as formas de se portar diante da existência são profundamente influenciadas durante a idade precoce. É assim que muitas crianças abusadas, violentadas ou negligenciadas na infância se tornam agressoras na idade adulta. Alguns indícios de mau desenvolvimento de personalidade podem ser observados em idade precoce. Algumas dessas características podem ser manifestadas por dificuldades para se alimentar, dormir, concentrar-se. Essas crianças podem se mostrar exageradamente introspectivas, tímidas, com baixa auto-estima e dificuldades de relacionamento com os outros, outras vezes, mostram-se agressivas, rebeldes ou, ao contrário, muito passivas. Crianças que estão atravessando problemas domésticos relacionados à violência, invariavelmente, apresentam problemas na escola e no grupo social ao qual pertencem, sentimento de raiva e medo em relação ao vitimizador, dificuldade de confiar nas pessoas, delinquência, uso de drogas e álcool, tolerância à agressão, autoritarismo, baixa auto-estima, dificuldade de concentração, apatia ou isolamento e depressão. Elas podem se recusar a falar sobre esses problemas, tanto com o adulto que cometeu a agressão quanto com familiares e professores. Falta-lhes confiança nos adultos em geral.

Perfil da família agressora

A violência física ocorre em famílias em que essa prática é considerada adequada para o disciplinamento, a criança ou o adolescente é visto como objeto

e não corresponde à idealização dos pais. A violência sexual ocorre em famílias consideradas incestogênicas, as quais apresentam as seguintes características:

- o afeto é dado de forma erotizada;
- a comunicação não é aberta;
- as práticas familiares se baseiam no exercício do poder do abusador; e
- faltam limites claros.

O comportamento da família negligente é de apatia e passividade, parece não se preocupar com a situação da criança, aparenta desleixo com a higiene e aparência pessoal, transfere às crianças responsabilidades incompatíveis com a idade. Assim, a violência doméstica tornou-se cíclica ao longo dos tempos e é agravada por vários fatores: estresse, problemas de relacionamento familiar, alcoolismo, drogas, isolamento, desemprego, fanatismo religioso e ausência de compromisso com os direitos da mulher, da criança e do adolescente.

Quando há motivos para a preocupação e suspeita de qualquer tipo de violência contra crianças, adolescentes e mulheres, a denúncia é o primeiro passo a ser dado e deve ser feita no conselho tutelar ou na delegacia de Proteção à mulher, à criança e aos adolescentes. Não é necessário apresentar provas, pois cabe ao conselho tutelar ou à autoridade judiciária a averiguação dos fatos.

Para que se abordem integralmente todos os aspectos que envolvem o ser humano e se faça uma avaliação adequada, é necessário que o psicólogo absorva o máximo de conhecimento de algumas áreas da Psicologia, como Teorias da Personalidade, Psicopatologia, Processos Básicos do Comportamento, Teorias Motivacionais e também a Psicologia Social e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas áreas fornecem suporte para a compreensão dos processos de marginalização e estigmatização sofridos pelos sujeitos.

Com isso, a atuação da Psicologia no Ministério Público pretende como resultados garantir às Promotorias de Justiça um suporte teórico nas suas intervenções proporcionando um atendimento humanizado e que vá ao encontro das necessidades de cada caso e inserir deste modo, a Psicologia como elemento imprescindível para a prática jurídica. Futuramente, este projeto objetiva abranger também o Poder Judiciário, uma vez que os processos nos Tribunais de Justiça aumentam diariamente. Consideramos a Psicologia Jurídica hoje, tão importante para a Justiça brasileira quanto são as evidências materiais para a criminalística. Sem essa contribuição, o suporte teórico e prático do judiciário fica

fragilizado, podendo produzir uma decisão capaz de provocar rupturas emocionais profundas nas pessoas envolvidas. A conseqüência do desenvolvimento da Psicologia no Judiciário, segundo França (2004), é uma contribuição mais efetiva da Psicologia para as políticas públicas, tendo em vista que a Psicologia Jurídica lida com questões onde há o rompimento do tecido social que são tratados no sistema da Justiça. Quanto mais qualificada a Psicologia Jurídica, mais o profissional poderá assegurar aos indivíduos seus direitos de forma humanizada, colaborando com o bem estar biopsicossocial da comunidade em que está inserido.

Referências

- BALLONE, G.J. *Personalidade*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br>> Campinas, SP. Acessado em 3.6.2004.
- Enfrentando a Violência Contra a Mulher. Irmandade N. SRA. Das Graças, Caritas diocesana de Lages, 2001.
- Estatuto da Criança e do Adolescente. Governo do Estado de Santa Catarina, 1990.
- FRANÇA, F. *Cidadania valoriza a Psicologia Jurídica*. Disponível em: <<http://www.psicologiajuridica.gov.br>> Acessado em: 23.5.2004.
- FIORINI, Hector J. *Terias e técnicas psicoterápicas*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.
- HOLMES, D. S. *Psicologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- KAPCZINSKI, F. et al. *Bases biológicas dos transtornos psiquiátricos*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- PASSETTI, E. *Crianças, Adolescentes Violentados e Justiça*. São Paulo: Ed. Imaginário, 1995.
- SILVA, D. M. P. de. *Psicologia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.
- TALLAFERRO, A. *Curso básico de psicanálise*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

A FORMAÇÃO POLICIAL NO BRASIL E SEUS DESAFIOS

Marcelo Martinez Hipólito

Capitão da Polícia Militar de Santa Catarina

Ainda penso no dia em que o policial possa ser um guia, um filósofo e um amigo, tudo isto talvez, numa posição quixotesca, mas acima de tudo otimista.¹

Nas sociedades democráticas contemporâneas, a polícia se apresenta como o principal braço do Estado nas questões relativas à segurança pública. No Brasil, a situação não é diferente, concentrando a maior atenção no seguimento uniformizado, versão mais visível do aparato policial, constituída pelas Polícias Militares Estaduais.

Formadas inicialmente por integrantes oriundos das forças regulares do Exército Brasileiro, as Polícias Militares, até 1969, não se dedicavam ao policiamento ostensivo, mas tão-somente à segurança interna e manutenção da ordem pública, com prioridade para a primeira missão, consideradas, por esse motivo, Forças Auxiliares e Reserva do Exército. Tal situação impelia que os corpos militares estaduais buscassem a “ser a imagem e semelhança da força principal”² a que estavam ligados.

1 CUNNING, S. *Policeman as philosopher, a guide and a friend*, Social Problems, winter, 1965 apud DONNICI, Virgílio Luiz. *A Criminalidade no Brasil: meio milênio de repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 233.

2 SILVA, Jorge da. *Controle da Criminalidade e Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 184.

Os elementos da Força Policial recebiam a mesma instrução, segundo a Ordenança adoptada para os corpos de infantaria do Exército, limitando-se a instrução, que era dada pelo Commandante do Corpo, ás evoluções ensinadas na Escola de Pelotão, manejo de arma, exercício de tiro etc.³

A actual instrução da Força Pública está entregue ao Centro de Instrução Militar (C.I.M.), reorganizado pelo Decreto nº 5124, de 22 de julho, que alterou o de nº 4940, de 20 de Março, tudo do corrente anno.

Este Centro se destina a conservar, modernizar e acompanhar o desenvolvimento da arte militar, servindo de órgão consultivo á Força Publica, no que se relaciona á instrução; a propagar, atravez suas escolas, os conhecimentos intellectuaes, militares, policiaes e de educação fhyfica que devem formar a base da cultura profissional da corporação; a ministrar o ensino individual preparatorio aos recrutas, aos cabos a aos sargentos; a formar o officialato e aperfeçoar-lhe os conhecimentos exigidos pela evolução da technica militar, e a servir de centro de mobilização, em casos anormaes e de guerra, para alimentar em homens os quadros e os efectivos das diversas unidades da Força Publica e, eventualmente, das unidades provisórias ou de reserva que forem creadas.⁴

Nesse sentido, a formação dos integrantes das Polícias Militares historicamente seguiu um modelo eminentemente militar, constando no currículo apenas noções de Direito, com algumas poucas dezenas de horas-aulas, geralmente suplantadas por disciplinas como guerra revolucionária, segurança física de instalações, cartografia, dentre outras de perfil essencialmente militar.

Já as poucas atividades de policiamento ostensivo e de polícia judiciária eram exercidas pelas polícias civis e guardas municipais, o que não as impediu de, nos momentos de exceção, serem utilizadas como instrumento de ação política do Estado.⁵

3 JUVENAL, Ildefonso. *Força Pública do Estado de Santa Catharina: 1835-1935*. São Paulo: Typ. Cupolo, 1935. p. 11.

4 ANDRADE, Euclides. CAMARA, Hely F. *A Força Pública de São Paulo: esboço histórico 1831-1931*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1982. p. 108.

5 Sobre o emprego das polícias como forças de repressão política do Estado, ver HUGGINS, Martha K. *Polícia e Política: Relações Estados Unidos/America Latina*. Tradução Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1998.

Com o advento do Decreto-Lei 317/67, as polícias militares passaram a ter a atribuição do policiamento ostensivo fardado, bem como o ensino para essas instituições começou a ser padronizado em todo o Brasil, orientado e fiscalizado pelo Ministério da Guerra, por intermédio da recém-criada Inspetoria-Geral das Polícias Militares (IGPM).⁶

A partir da edição do Decreto-Lei nº 667/69, “todas as atividades das Polícias Militares do Brasil passaram a ter o crivo do Estado-Maior do Exército, através da Inspetoria Geral das Polícias Militares”⁷. Também, no mesmo ato, são reorganizadas as corporações militares estaduais, as quais detinham a exclusividade no policiamento ostensivo.

Com o ingresso das polícias militares no âmbito dessa forma de policiamento, as Polícias Civis, pressionadas pelos Secretários de Segurança, geralmente oficiais do Exército, a assumirem funções de defesa interna, dedicaram boa parte de seus esforços às atividades de policiamento ostensivo, o que já faziam antes, inclusive como forma de buscar sua visualização, passando a relegar as tarefas de investigação criminal e de polícia judiciária.⁸

Em consequência, o emprego da Polícia Civil nas atividades de policiamento ostensivo avançou a década de 90, mesmo com sua natureza funcional passando a constar na Constituição.

Ao contrário do esperado após o advento da Constituição de 1988, a Polícia Civil não se voltou para a investigação com o ímpeto que uma determinação constitucional recomenda; ao invés, viu-se proliferar a prática dos atos típicos de polícia ostensiva executadas por seus integrantes, mediante o uso de viaturas, coletes e bonés, todos caracterizados, para identificação imediata do policial, numa ostensividade contrastante com o caráter discreto que qualquer investigação policial bem conduzida requer.⁹

No início da década de 80, o ensino e a instrução ainda eram orientados,

6 Art 12. A instrução militar das Polícias Militares será orientada e fiscalizada pelo Ministério da Guerra, através da Inspetoria Geral das Polícias Militares, na forma deste Decreto-lei. (BRASIL. Decreto-Lei nº 137, de 13 de março de 1967).

7 DONNICI, op. cit., p. 193.

8 SILVA, op. cit., p. 184.

9 SÃO PAULO. Polícia Militar do Estado de São Paulo. *A Força Policial*. São Paulo. nº 5, 1995. p. 23.

coordenados e controlados pelo Ministério do Exército, por força do Decreto nº 88.777/83, porém, com orientação formal para a atividade de policiamento, inclusive tendo de submeter os currículos dos diversos cursos à aprovação desse Ministério, através da IGPM¹⁰, persistindo a ideologia da segurança interna até o fim da década de 80, particularmente até o advento da Constituição Federal de 1988.

Na Escola Superior de Polícia Militar (ESPM) do Rio de Janeiro, por exemplo, até o ano de 1984, os assuntos policiais comuns eram tratados na disciplina de Segurança Interna II, sendo a cadeira de Segurança Interna I destinada à segurança interna propriamente dita.¹¹

Com a Carta Magna de 1988, em que pese seu conteúdo intensamente democrático, a Segurança Pública passou a ser tratada no título referente à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, juntamente com as Forças Armadas.

No referido título, as diversas polícias foram elencadas no art. 144 da Constituição Federal, posicionando-se formalmente como tutoras da democracia brasileira, numa concepção equivocada, mas verdadeira para seus integrantes, pois, numa democracia moderna, sua verdadeira tutela está na sociedade, que a exerce pela participação, seja direta ou representativa.¹²

O texto constitucional de 1988 passou a ter em seu bojo todas as polícias públicas existentes e manteve a destinação das Polícias Militares como força auxiliar e reserva do exército, situação desta última existente desde a Constituição de 1934.¹³

Essa função dúplice, numa conformidade de que “toda polícia, como Janus, tem duas faces: uma voltada para a sociedade civil, a outra, voltada para o Estado”,¹⁴ conduziu as polícias, mais particularmente as militares, a uma crise de identidade, pois, apesar de o Exército ter se retirado do ensino ministrado e

10 BRASIL. Ministério do Exército. *Diretrizes para o Funcionamento dos Estabelecimentos de Ensino das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares Independentes*. Inspetoria-Geral das Polícias Militares. Brasília, 1977. p. 2.

11 SILVA, op. cit., p. 182.

12 ZAVERUCHA, Jorge. *Modelos de Polícia*. In Seminário Nacional sobre o Papel das Universidades na Construção de Novos Modelos de Polícia. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23 de agosto de 2001.

13 SILVA, Jorge da. *Polícia Militar: questões institucionais*. Florianópolis, 1995.

14 MONET, Jean-Claude. *Polícias e Sociedades na Europa*. Tradução Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 2001. p.104.

os currículos, principalmente o de oficiais, passarem a priorizar disciplinas jurídicas, a ideologia reinante nas academias manteve a essência militar e total das relações entre o corpo dirigente do estabelecimento de ensino e os policiais em formação.

Aliás, o modelo militar de ensino, ao estilo “instituição total”¹⁵, difundiu-se nas demais polícias de natureza civil, pela intensa ingerência proporcionada pelos Secretários de Segurança Pública, devido ao fato desses cargos terem sido ocupados, quase que exclusivamente, por oficiais do Exército durante o período militar, como já visto.

Com os indicadores de violência crescendo a cada ano, as polícias mantiveram seus modelos curriculares nas décadas de 80 e 90, nas quais pese a intensa participação na formação da elite dirigente policial de professores das diversas universidades públicas, tanto estaduais quanto federais, e a crescente integração de disciplinas jurídicas nos currículos.

O modelo de formação adotado promoveu “um tipo específico de tensão entre o mundo doméstico e o mundo institucional e usou essa tensão persistente como uma força estratégica no controle de homens.”¹⁶

Lançado ao serviço e à própria sorte após o período de alguns meses de formação, em que foi ministrada intensa carga horária de Direito bem como de outras disciplinas mais específicas do seu trabalho, o policial se depara abruptamente com um universo social corrupto, ditado pelo cotidiano de seu trabalho contra os criminosos, levados em consideração segundo a corrente criminológica positivista, pois “Só uma polícia venal, submissa ao jogo das pressões, atrabilária, preconceituosa convém ao sistema.”¹⁷

O pessoal policizado, além de ser selecionado na mesma faixa etária masculina dos criminalizados, de acordo também com um estereótipo, é introduzido em uma prática corrupta,

15 “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados pela sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.” GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999. p. 11.

16 GOFFMAN, op. cit, p. 24.

17 THOMPSON, Augusto F.G. Reforma da polícia: missão impossível. *Revista do Instituto Carioca de Criminologia – Discursos Sediciosos*, n.º 9 e 10. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 247.

em razão do poder incontrolado da agência da qual passa a fazer parte e é treinado em um discurso interno moralizante e com uma prática interna corrupta.¹⁸

O policial, já no período de formação, recebeu o treinamento padrão institucional enclausurado numa sala de aula ou num laboratório que pouco reproduz as práticas futuras, assimila rapidamente os postulados reais da instituição, transmitidos pelos colegas mais antigos, fragilizado pela situação de anomia¹⁹ com que se depara. “É muito difícil, com efeito, inculcar no jovem policial hábitos opostos aos que lhe recomendam seus colegas antigos quando ele chega a um serviço.”²⁰

A cisão entre o discurso externo e a prática interna é claramente percebida pela população que se comporta em relação ao pessoal da polícia com grande desconfiança, de acordo com o estereótipo popular que mostra a polícia como o indivíduo ‘vivo’, ‘esperto’ e ‘corrupto’. Ao lado deste ‘estereótipo popular’ da polícia, existem demandas dos papéis que são designados ao policizado e que se nutrem da propaganda de massa transnacionalizada: violência justiceira, solução dos conflitos sem necessidade de intervenção judicial e executivamente, machismo, segurança, indiferença frente à morte alheia, coragem em limites suicidas, etc.

Assim, passa o policial a adotar uma cultura do pragmatismo e do estereótipo do policial de rua experiente, como forma, inclusive, de autoproteção, devido a sua possibilidade de criminalização por eventual erro ou excesso durante suas atividades, pois, a qualquer momento, poderia vir a ser objeto de pesada censura por parte dos escalões superiores.

Lamentavelmente é que inúmeras pessoas de bons propósitos embarquem na canoa ajudando a trucidar as fornadas de policiais que costumam ser ofertadas aos altares da purificação, verdadeiros bodes expiatórios, cujo

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 138.

19 “Anomia significa ausência de normas, mas também desorganização social por incapacidade das normas serem eficazmente impostas às condutas. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução Estér Kosovski. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 23.

20 MONET, op. cit., p. 301.

holocausto se concede como garantia de existir da parte do poder vero (*sic*) desígnio de alterar a situação. Lá se vão escrivães e detetives, e soldados e sargentos, a pagar por um estado de coisas que persistirá, pois a corrupção das personagens é imprescindível para o adequado desempenho dos papéis, de acordo com o roteiro das peças.²¹

Devido ao crescente alarme acerca do aumento da criminalidade, particularmente quanto àqueles crimes mais noticiados pela mídia, o Presidente da República, em 20 de julho de 2000, editou a Medida Provisória nº 2029, posteriormente convertida na Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, que criou o Fundo Nacional de Segurança Pública. Concomitantemente o Chefe do Executivo Federal criou o Plano Nacional de Segurança Pública e a Secretaria Nacional de Segurança Pública, ambos no âmbito do Ministério da Justiça.

Com a nova estrutura, o Governo Federal passou a integrar-se às ações de segurança pública, particularmente no reequipamento, treinamento e qualificação das polícias estaduais e guardas municipais, criação de sistemas de informações e estatísticas policiais, implementação de programas de polícia comunitária e modernização de polícia técnica e científica.

Após diagnóstico realizado em 1998 e 1999, com a consultoria técnica da Fundação João Pinheiro, de Minas Gerais, foram editadas, em 2000, pelo Ministério da Justiça, as Bases Curriculares para a Formação dos Profissionais da Área de Segurança do Cidadão, projeto cuja ambição seria a de produzir novos norteadores na formação do policial no Brasil.

Essa nova formação estaria baseada nas seguintes premissas:

- redefinição de um perfil desejado para a orientar a formação do profissional da área de segurança do cidadão e, conseqüentemente, o delineamento dos cursos, bem como a composição das grades curriculares, dos conteúdos disciplinares e de instrumentos e técnicas de ensino e avaliação;
- elaboração de novos currículos para os cursos de formação dos profissionais da área de segurança do cidadão, que compatibilizem as necessidades das polícias da União e dos Estados, abrangendo: a necessidade de integração, técnicas mais eficazes de repressão e

21 THOMPSON, op. cit., p. 247.

prevenção, o policiamento voltado para a relação polícia/comunidade, o exercício de valores morais e éticos e o fortalecimento dos Direitos Humanos;

- implantação de uma estrutura de ensino que valorize o aprendiz e os processos de aprendizagem, dando ênfase à dimensão atitudinal, por meio de atividades coletivas e técnicas de ensino que dinamizem o ato de aprender; e
- utilização de novas tecnologias como ferramentas para treinamento.²²

Nesse novo modelo proposto, o enfoque do ensino pretende ser a garantia dos direitos do cidadão, sugerindo às unidades federativas um complexo currículo de formação composto por uma base comum, dividida em três áreas de estudo e vinte e nove disciplinas, das quais somente nove da área jurídica, com carga horária a ser determinada por cada ente federativo.²³

A partir da análise do perfil das temáticas centrais, o projeto pedagógico do novo policial, paradoxalmente à estrutura curricular complexa, ainda permanece direcionando seus esforços para a formação do policial aplicador da lei, desconhecendo a dimensão política²⁴ da atividade que transcende tal desiderato.

Baseando as atividades policiais na lei, a formação do policial tem suas matrizes pedagógicas direcionadas, quase que exclusivamente, para os comportamentos criminais,²⁵ contrariando a realidade em que as polícias modernas são empregadas nas mais diversas atividades de assistência à população.²⁶

A posição do policial aplicador da lei é, de certa forma, uma concepção positiva, no sentido de representar uma evolução rumo ao desfecho de uma polícia democrática, mas não plenamente adequada como já afirmado.

O novo projeto também vacilou pelo desconhecimento das realidades das polícias e de suas academias e pelo conservadorismo nessas dominante.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. *Bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança do cidadão*. Brasília, 2000.

23 Ibid., p. 22.

24 A etimologia da palavra polícia é ligada à política pelo grego *politéia*. MONET, op. cit., p. 20.

25 Nas representações do público e na dos próprios policiais, a verdadeira polícia é a que visa os comportamentos criminais." Ibid., p. 113.

26 BAYLEY, David H. *Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa*. Tradução René Alexandre Belmonte. São Paulo: EDUSP, 2001. pp. 119-141.

[...] cultura policial se marca, finalmente, por um conservadorismo intelectual que, sob a capa do pragmatismo, privilegia o olhar rasteiro, a tomada em consideração apenas dos elementos concretos e antiintelectualismo. Tudo que se apresenta sob a forma de inovação, de experimentação ou de pesquisa suscita reações de rejeição imediata. Pelo fato de ser redutora de incerteza, a reprodução do eterno passado congela os universos policiais em práticas rotineiras e bloqueia sua capacidade de se adaptar à mudança social. As políticas de modernização nas polícias nos últimos anos tiveram de contar com essa realidade.²⁷

O conservadorismo das instituições policiais, resultado do seu fechamento²⁸ para as mudanças sociais, tem as impelido às ações de matriz etiológica positivista, reforçadas pelo movimento de Lei e Ordem,²⁹ cuja orientação confere aos aparatos policiais certa legitimação do agir diante das demandas sociais por segurança.

Nesse sentido, “os Estados e suas polícias ameaçam preparar o terceiro milênio com esquemas intelectuais do século XIX.”³⁰

Essa ameaça somente tende a afastar-se à medida que as universidades brasileiras, principalmente as públicas, permitam-se interagir com as academias de polícia de uma forma mais efetiva, suplantando o caráter de instituição total das unidades de formação policial, a fim de possibilitar a produção de um saber policial cuja ideologização emane da sociedade civil e produza uma real mudança nas estruturas policiais, às quais deveria estar intrinsecamente ligado o ensino policial.

O principal obstáculo para traduzir a retórica da mudança para a realidade policial é a insensibilidade das organizações policiais na sua resistência à mudança e sua capacidade de

27 MONET, op. cit., p. 155.

28 GOFFMAN, op. cit., pp. 16-17.

29 “*Derecho y orden* ou lei e ordem são expressões que, fora de um ideário democrático, apontam não para uma inflação de leis penais e a criação de mecanismos de respostas mais incisivas em diferentes níveis, isto é, no da cominação abstrata da sanção penal, passando por disposições processuais e chegando até a execução penal, mas designam algo que alguns autores denominam de funcionalização do direito penal ou atuação meramente simbólica”. TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos: o mito da repressão penal – Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 92.

30 MONET, op. cit., p. 335.

minimizar e, eventualmente, anular os movimentos a favor da reforma. A indicação mais óbvia dessa insensibilidade à mudança é o caráter duradouro da tecnologia central do policiamento – serviços básicos de patrulhamento e investigação criminal – uma tecnologia que evoluiu de modo insignificante na última metade do século.³¹

Ademais, os policiais que hoje ocupam altos comandos nas instituições policiais militares e civis brasileiras tiveram seu período de formação básica realizado durante a primeira metade da década de 70, período mais duro do governo militar, em que vigorava a orientação da defesa interna e o combate ao inimigo interno manifestado pela ameaça do comunismo.

Tais dirigentes impõem à estrutura hierárquica um modo de agir ultrapassado, mas adequado as suas formações iniciais, dificultando ainda mais quaisquer processos de mudança.

Por derradeiro, é preciso ter a consciência de que não são somente novos projetos pedagógicos, novos currículos ou novos investimentos que propiciarão um policial brasileiro mais adequado à sociedade democrática, mas “é necessária uma nova espécie de policial, bem como um novo tipo de comando.”³² Nesse sentido, devido à verticalização das estruturas policiais, também a renovação dos seus quadros se mostra como medida imperativa diante das possibilidades e necessidades de mudanças, pois, no fundo, o que ocorre é que “o problema da polícia é institucional”³³ e eis aí o maior dos desafios, mudar as instituições,³⁴ manifestadas pelos seus integrantes, suas culturas, bem como suas histórias como organizações voltadas eminentemente para o “reforço da estrutura de poder existente.”³⁵

31 BRODEUR, Jean-Paul. *Como Reconhecer um Bom Policiamento: Problemas e Temas*. Tradução Ana Luíza Amêndola Pinheiro. São Paulo: EDUSP, 2002. p. 20.

32 SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. *Policiamento Comunitário*. Tradução Ana Luíza Amêndola Pinheiro. São Paulo: EDUSP, 2002. p. 34.

33 THOMPSON, op. cit., p. 248.

34 “As instituições, também, pelo simples fato de existirem, controlam a conduta humana estabelecendo padrões previamente definidos de conduta, que a canalizam em uma direção por oposição a muitas outras direções que seriam teoricamente possíveis.” BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento*. Tradução Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 80.

35 PINHEIRO, Paulo Sérgio apud HUGGINS, Martha K. *Polícia e Política: Relações Estados Unidos/América Latina*. Tradução Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1998. p. IX.

A QUESTÃO DE GÊNERO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Renata de Souza Lima

Acadêmica de Direito

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações – SC

Ao trabalhar os conceitos de “homem” ou “mulher”, é imprescindível ter-se ciência de que não se pode fazê-lo apenas com base em diferenças biológicas, mas, principalmente, deve-se compreender que as identidades sexuais são construções derivadas de diversos fatores econômicos, culturais, sociais, étnicos, políticos e históricos. O termo gênero é justamente o utilizado para se marcar essa classificação social de masculino e feminino.

Desde a infância, meninos são estimulados ao desenvolvimento físico e intelectual, ao exercício de posições de liderança e à competitividade, enquanto as meninas brincam de “casinha” e são educadas para as atividades domésticas e as profissões consideradas “femininas”, como: professora, secretária, enfermeira etc. Essas diferenças são interiorizadas de maneira a tornar natural a concepção de que cada sexo possui potencialidades e capacidades diferentes, além de atribuir papéis e determinar comportamentos. “As diferenças entre os sexos tem servido de pretexto para se edificar e legitimar as relações desiguais entre homens e mulheres, historicamente caracterizadas por uma situação

de subordinação das mulheres”¹.

Os estereótipos de gênero variam com a cultura de cada país ou região, mas sempre prevalecendo a posição inferior e discriminada das mulheres. A sociedade é, então, dividida sexualmente, proporcionando oportunidades e esperanças de atitudes consideradas próprias ou naturais para cada gênero, visando à manutenção da estrutura econômica e profissional que privilegia os homens.

De acordo com dados divulgados pelo Ministério do Trabalho (Relação Anual de Informações Sociais – RAIS), de 2002, ao se fazer um corte por gênero, os dados revelam que o rendimento médio da mulher correspondeu a 82,3% do percebido pelo homem.

Segundo o nível de escolaridade, os rendimentos das mulheres analfabetas superam em 0,8% aos dos trabalhadores nessa mesma classificação. Nos demais níveis, o salário médio feminino é sempre inferior ao masculino. Mesmo no nível superior incompleto e completo, em que ocorreu maior contratação das mulheres, a remuneração média feminina corresponde a 61% e 57,9% respectivamente, dos salários percebidos pelos homens.²

“Daí porque a necessidade de projetos e programas de ação que, partindo de uma perspectiva de gênero e, assim, do reconhecimento da especificidade da condição feminina, voltam-se para a promoção social e econômica da mulher, na busca da equidade”³. É preciso redefinir o papel da mulher na sociedade e trabalhar para que homens e mulheres sejam vistos como iguais, com os mesmos direitos e condições.

No âmbito internacional, a luta pela proteção aos Direitos Humanos é crescente. Nesse contexto, verifica-se a preocupação em se adotarem medidas voltadas a garantir que as mulheres tenham seus direitos reconhecidos e efetivados.

A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, da ONU (Viena, Áustria 1993), reconheceu expressamente, em seu artigo 18, os direitos da mulher e das meninas como inalienáveis e indivisíveis, constituindo parte integrante dos direitos humanos universais, devendo ser eliminada a violência de gênero por ser incom-

1 SARDENBERG, Cecília M. B. O enfoque de gênero: fundamentos teóricos e aspectos práticos. *Migração Feminina Internacional: Causas e Conseqüências*, Salvador: Projeto CHAME/NEIM. p.23. 2000.

2 As estatísticas e informações acima foram retiradas do site do Ministério do Trabalho. Disponível em <<http://www.mte.gov.br/Temas/RAIS/Estatisticas/Conteudo/3794.pdf>>

3 SARDENBERG, C. M. B. p.25-26.

patível com a dignidade da pessoa humana.

Importante marco foi a realização da IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz, realizada em Pequim, no ano de 1995. Dela originou-se a Plataforma de Ação de Pequim, a qual determina novos parâmetros de atuação para os governos e a sociedade civil, visando a promover a igualdade de gênero.

No intuito de implementar tais compromissos assumidos pelo Brasil, em 8 de março de 1996, o Governo Federal lançou o Programa Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e Sexual, quando também foram assinados protocolos com os Ministérios do Trabalho, Saúde e Educação, que prevêem a realização de cursos profissionalizantes para mulheres, a ampliação de serviços de planejamento familiar na rede pública hospitalar e a adoção, pelas escolas públicas, de livros didáticos que incorporem uma perspectiva de gênero.

O Brasil ratificou, em 1984, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979). Segundo ela (art. 2º), os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas e concordam em adotar uma política destinada a eliminá-la. Ela define:

Art. 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Além disso, em 1995, houve a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994). Ela incorpora o conceito de gênero à definição de violência contra a mulher e explicita que a violência pode ser física, sexual ou psicológica, e que pode ocorrer tanto no âmbito público como na esfera privada. Esta última, considerada inviolável, é o local de maior ocorrência.

Nossa Constituição Federal dá aos tratados internacionais referentes à proteção dos direitos humanos o caráter de norma constitucional, com aplicabilidade imediata:

Art. 5º [...]

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O direito à igualdade entre homens e mulheres está explícito no inciso I do artigo 5º da Carta Magna, a qual também se refere à violência doméstica:

Art. 226. [...]

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Porém, mesmo que a Constituição de 1988 esteja de acordo com os compromissos internacionais, em termos infraconstitucionais, a legislação brasileira ainda apresenta muitas manifestações de discriminação e preconceito contra as mulheres.

Exemplos claros encontramos em nosso Código Penal, vigente desde 1940, que reflete o pensamento de uma sociedade machista e patriarcal. Muitos artigos expressam a visão da mulher caracterizada como frágil, vulnerável, inocente, sem condições de exercer sua sexualidade com consciência e discernimento.

Na Parte Geral do Código Penal, o art. 107, VII e VIII, estabelece que, nos crimes contra os costumes (delitos sexuais), extingue-se a punibilidade pelo casamento do agente com a vítima e pelo casamento da vítima com terceiro, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração. Tais incisos não estão baseados no princípio da igualdade e no respeito à dignidade da mulher como pessoa, mas, sim, na honra da família patriarcal.

Na Parte Especial, merecem atenção os artigos 215, 216 e 219, que fazem menção ao obsoleto conceito de “mulher honesta”. Também o art. 217, dispondo que se considera crime seduzir mulher virgem, menor de dezoito e maior de quatorze anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança, imbuído de preconceito e demonstrando clara restrição ao comportamento sexual da mulher.

O advento da Lei 9009/95, que cria os Juizados Especiais Criminais, trouxe uma mudança no tratamento da violência contra a mulher. A referida Lei surgiu com o intuito de julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes com pena máxima de até 1 ano) e, seguindo os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, facilitar o acesso à justiça. Sempre primando pela conciliação ou transação, ela possibilita a aplicação de penas alternativas.

Porém, após a efetiva instauração dos JECRIMs, pode-se verificar que grande parte da demanda trata de crimes relacionados à violência contra a mulher, geralmente causados dentro de sua própria casa, crimes que estão no rol dos de menor potencial ofensivo como: lesão corporal de natureza leve e culposa, ameaça, constrangimento ilegal maus tratos.

A mera aplicação de pena de multa em dinheiro, pagamento de cestas básicas, nesses casos, são condenações que nenhuma relação têm com o ocorrido, levando a uma banalização da violência sofrida pela mulher. Preocupados com isso, nos VI e VII Encontros Nacionais de Coordenadores de Juizados Especiais, ocorridos em novembro de 1999 e maio de 2000, respectivamente, foram apontados enunciados determinando que “nos casos de violência doméstica a transação penal e a suspensão do processo deverão conter preferencialmente medidas socioeducativas, entre elas acompanhamento psicossocial e palestras, visando a reeducação do infrator. E havendo situação de perigo para a vítima mulher ou criança, poderá o juiz do juizado especial criminal determinar o afastamento do agressor, com base nos artigos 6º ou 89, II, da Lei 9.099/95”. Essa conclusão foi acolhida pela Lei nº 10.445/02, que alterou o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95:

Art. 69. [...]

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Nada impede que o agressor preste serviços em hospitais que atendam mulheres vítimas de violência, ou em entidades que tenham programas de atendimento à mulher, funcionando o Juizado, assim, como um efetivo instrumento de

mediação, sem ater-se unicamente ao rápido término do processo.

Seguindo o movimento mundial pela promoção dos direitos das mulheres, a sociedade brasileira tem se mobilizado e conquistado alterações na legislação, a elaboração de políticas públicas e criação de órgãos governamentais ou não, sempre em busca da remoção dos obstáculos à igualdade de gênero e da proteção às mulheres vítimas de violência e discriminação.

De grande mérito, foi a recente promulgação da Lei 10.886, em 17 de junho de 2004, que estabeleceu a violência doméstica como tipo penal, acrescentando ao art. 129 do Código Penal os seguintes parágrafos:

Art.129. [...]

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

Outros exemplos de importantes conquistas são a promulgação da Lei 10.745/03, que define o ano de 2004 como “Ano da Mulher”, também a Lei 10.778/03, que determina a notificação compulsória, em todo o território nacional, de casos de violência praticados contra mulheres atendidas nos serviços público e privado de saúde. E, ainda, a Lei 10.683/03, que cria a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres:

Art. 22. À Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade, articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados,

voltados à implementação de políticas para as mulheres, promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação, tendo como estrutura básica o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o Gabinete e até três Subsecretarias.

Atualmente existe um Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, ligado ao Ministério da Justiça, e todos os Estados da Federação e vários Municípios têm um conselho da Condição Feminina ou da Defesa dos Direitos da mulher, ligado às Secretarias de Governo ou da Justiça. Esses Conselhos são formados por representantes de identidades de mulheres e servem de espaço de negociação entre esses setores e o governo para a elaboração de políticas públicas. Santa Catarina criou seu Conselho Estadual dos Direitos da Mulher em 1999, através da Lei 11.159/99. Também merece destaque o Programa Estadual de Apoio à Mulher em Situação de Violência, instituído através da Lei 12.630/03:

Art. 1º [...]

§ 2º O Programa prevê a instalação de centros de apoio, sob a responsabilidade do Estado, que oferecerá abrigo, alimentação, assistência social, jurídica, psicológica e médica às mulheres em situação de violência, atuando na reorientação do universo pessoal e familiar, valorizando suas potencialidades e a busca de sua independência econômica através de capacitação profissional.

Na cidade de Florianópolis, destaca-se o Protocolo de atenção às vítimas de violência sexual, que se preocupa em preparar os profissionais que trabalham com esse tipo de atendimento, reestruturar e ampliar os serviços prestados e organizar um banco de dados preciso para elaborar estratégias eficazes de combate à violência contra mulheres e adolescentes.

Referências

- ALVES, Jose Augusto Lindgren A Conferencia de Beijing e os Fundamentalismos. Em: *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, v. 4, n 15, p. 104-124. jul./set. 1996.
- AYALA, Patrick de Araújo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito a Ter Direitos sob uma Perspectiva de Gênero. Em: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n 36, p. 7-34. jul./set. 2001.
- BRASIL. Decreto n 1.973, de 1ª de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.
- BRASIL. Decreto n 4.316, de 30 de julho de 2002. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
- BRASIL. Decreto n 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n 89.460, de 20 de março de 1984.
- BRASIL. Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
- BRASIL. Lei n 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
- BRASIL. Lei n 10.745, de 09 de outubro de 2003. Institui o ano de 2004 como o “Ano da Mulher”.
- BRASIL. Lei n 10.778, de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. RAIS - Relação Anual de Informações Sociais. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/Temas/RAIS/Estatisticas/Conteudo/3794.pdf>>. Acesso em: 12 fevereiro 2004.
- BRITO, Nagila Maria Sales. O Direito e a Violência de Gênero. Em: *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 7, n 9, p. 26-36. jan/dez. 1998.
- CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. A violência doméstica e o afastamento do lar. *Correio Brasiliense*, Brasília, 17 junho 2002. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020617/sup_dej_170602_46.htm>. Acesso em: 11 fevereiro 2004.
- DUARTE, Liza Bastos. A Midia, o Direito e as Relações de Gênero. Em: *Revista da Ajuris*, v. 26, n 82, p. 143-179. jun 2001.
- FLORIANÓPOLIS. Lei n 4.948/96, de 11 de julho de 1996. Autoriza a criação do Programa Municipal de Centro de Apoio às Mulheres Vítimas de Violência, e dá outras providências.

- MARCO, Carla Fernanda de. *A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3452>>. Acesso em: 04 dezembro 2003.
- MASSULA Letícia; MELO Mônica de. Balanço sobre esforços e atividades dirigidas a erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/Campanha16diasl.asp>>. Acesso em: 05 fevereiro 2004.
- PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na Legislação*. Disponível em: <<http://www.redemulher.org.br/valeria.html>>. Acesso em: 14 janeiro 2004.
- RELATÓRIO NACIONAL BRASILEIRO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DA PLATAFORMA DE AÇÃO DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL DA MULHER (PEQUIM, 1995). Disponível em: <<http://www.ibam.org.br/viomulher/legis5.htm>>. Acesso em: 04 dezembro 2003.
- SANTA CATARINA. Lei n 11.159, de 20 de julho de 1999. Cria o Conselho Estadual dos Direitos da Mulher - CEDIM/SC e estabelece outras providências.
- SANTA CATARINA. Lei n 12.630, de 04 de julho de 2003. Institui o Programa Estadual de Apoio à Mulher em Situação de Violência.
- SARDENBERG, Cecília M. B. O enforque de gênero: fundamentos teóricos e aspectos práticos. *Migração Feminina Internacional: Causas e Conseqüências*, Salvador: Projeto CHAME/NEIM. 2000.
- SEMINÁRIO NACIONAL “VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E AS AÇÕES MUNICIPAIS DAS MERCOCIDADES BRASILEIRAS”. Disponível em: <<http://www.ibam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=44&sid=35>>. Acesso em: 09 dezembro 2003.
- SEN, Gita; CORRÊA, Sonia Onufer. *Justiça de Gênero e Justiça Econômica: reflexões sobre as revisões de cinco anos das conferências da ONU da década de 1990*. Documento preparado para UNIFEM, em preparação para a revisão de cinco anos da Plataforma de Ação de Beijing, 1990. Disponível em: <<http://www.ibase.br/pubibase/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=171&sid=120>>. Acesso em: 15 janeiro 2004.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *Por que criar um Juizado Especial para Crimes de Violência de Gênero?* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/amelinha/mulher_poder.html>. Acesso em: 19 janeiro 2004.

PARLAMENTARISMO E PRESIDENCIALISMO. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS. DOIS MODELOS DE PARLAMENTARISMO: QUAL DOS DOIS É MAIS DEMOCRÁTICO E EFICIENTE?

João José Leal

Promotor de Justiça aposentado

Pedro Roberto Decomain

Promotor de Justiça – SC

Introdução

Este artigo tem por objetivo apresentar, de forma resumida, os principais elementos dos sistemas de governo presidencialista e parlamentarista bem como os traços essenciais do sistema parlamentar, tal como se encontra em vigor em pelo menos dois países que o adotam. Além disso, conterà, ainda, algumas ponderações acerca de qual dos dois sistemas é o mais democrático e eficiente para a solução dos problemas políticos do Estado contemporâneo.

Os modelos escolhidos foram o da Espanha e o da Alemanha. O critério para a escolha resultou da forma de governo diversa de ambos os países (a Espanha, como se sabe, é uma monarquia, enquanto que a Alemanha é uma república), associado também à considerável estabilidade dos diversos governos desses dois países, nos quais não se tem notícia, em termos mais recentes, da queda de qualquer Gabinete, motivada pela perda da confiança nele depositada pelo Parlamento, e menos ainda da dissolução do Parlamento pelo Chefe de

Estado. É certo que o primeiro desses fatos (queda do Gabinete) aconteceu algumas vezes na história da República Federal da Alemanha. Todavia, a última ocasião em que tal fato se sucedeu já data de mais de duas décadas.

Presidencialismo e Parlamentarismo. Conceito, características e diferenças.

Eusébio de Queiroz Lima¹ escreveu:

As formas representativas de govêrno podem ser divididas em dois grandes ramos - *regime presidencial* e *regime parlamentar* - conforme a natureza e o grau das relações entre o poder legislativo e o executivo. Enquanto o *regime presidencial* é exclusivamente aplicável aos Estados republicanos, o *regime parlamentar* se estende, hoje, com igual propriedade, a monarquias e repúblicas.

Entre o regime presidencial e o parlamentar não há diferenças de substâncias, mas tão só de forma, de gradação, de estilo. Ao lado de seus traços de divergências, esses dois sistemas oferecem importantíssimos pontos de contacto:

a) Ambos pressupõem o pleno funcionamento do *regime representativo*, isto é, de uma forma de govêrno em que, pelo menos, uma das câmaras seja composta de *delegados* eleitos por votação popular;

b) Num e noutro desses dois regimes deve existir, bem clara e saliente, a diferenciação entre o poder legislativo e o executivo.

Apresentando, todavia, os elementos distintivos entre o presidencialismo e o parlamentarismo, assim se expressava Queiroz Lima:²

As distinções entre as duas modalidades mais notáveis do regime democrático moderno podem ser resumidas nas seguintes características:

1 QUEIROZ LIMA, Eusébio de. *Teoria do Estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: A Casa do Livro Ltda., 1947. p. 265. Os itálicos constam do original.
2 QUEIROZ LIMA, Eusébio de. *Teoria do Estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: A Casa do Livro Ltda., 1947. p. 265.

1ª. No *regime parlamentar*, também chamado *governo de gabinete*, os ministros são responsáveis, perante as câmaras, pelos atos políticos do governo. Essa responsabilidade é *solidária*, por todos os atos que interessam à política geral, ainda que, nos casos que dizem respeito exclusivamente a um dos ministérios, se possa levantar a questão da responsabilidade exclusiva e pessoal de um só ministro. O *gabinete* que, por um *voto de desconfiança*, tiver perdido o apoio da maioria da câmara dos deputados, deverá pedir, *in continenti*, demissão coletiva. Muito ao contrário, no *governo presidencial* os ministros não dependem, para sua conservação, do apoio das câmaras legislativas.

Da responsabilidade coletiva do gabinete, no regime parlamentar, resulta o princípio da irresponsabilidade política do chefe do Estado.

[...]

No regime parlamentar, os ministros, além da *responsabilidade criminal*, têm, perante as câmaras, *responsabilidade política*, pelos seus atos de governo, e, desde que, politicamente, lhes falte o apoio do parlamento, são forçados a apresentar ao chefe de Estado o pedido coletivo de demissão.

[...]

2ª. Ao princípio de responsabilidade política dos ministros perante o parlamento, no regime parlamentar, corresponde a autoridade, reconhecida ao chefe de Estado, de dissolver a câmara legislativa. Na verdade, de um *voto de desconfiança política* da câmara em relação ao gabinete resulta uma situação de conflito, que se resolve por uma das duas soluções extremas: ou o chefe de Estado aceita a demissão que o gabinete está no dever de apresentar, ou recusa a demissão solicitada e dissolve a câmara legislativa, *em consulta à nação*.³

3 Tocante à dissolução da câmara legislativa ou parlamento, como resultado da aprovação de um voto de desconfiança em face do Gabinete, ver-se-á, mais à frente, que sistemas existem em que esta não é possível, prevenendo-se, inclusive, que a aprovação da moção de desconfiança deva sempre trazer consigo a indicação imediata, pelo próprio parlamento, de um novo Chefe de Governo (Primeiro-Ministro).

A propósito especificamente do presidencialismo, assim se expressou Pinto Ferreira⁴:

O pensamento organizador do presidencialismo denota inicialmente uma identificação entre as figuras do chefe de Estado e do chefe de governo, o que não acontece no parlamentarismo, onde se distinguem nitidamente as figuras do presidente e do primeiro ministro. De outro lado, é oportuno esclarecer a existência teórica de uma separação rígida de poderes entre o executivo e o legislativo, colimando o equilíbrio entre ambos os poderes fundamentais do regime democrático, e eleitos mediante a votação das maiorias populares.

Por consequência, o presidencialismo pode definir-se como aquele sistema, baseado numa separação rígida de poderes, onde o Presidente, ao mesmo tempo Chefe de Estado e Chefe de Governo, eleito direta ou indiretamente pelo povo, com uma certa proeminência na vida política nacional, que orienta e dirige com independência, não é responsável politicamente, nem ele nem o seu gabinete, perante o legislativo, apenas podendo ser destituídos pelo instituto do *impeachment*.

Já a respeito do parlamentarismo, foram as seguintes as palavras de Pinto Ferreira⁵:

Na sua essência ideológica o regime parlamentar assinala uma dependência do executivo em face do poder legislativo. O executivo aparece como uma comissão do próprio parlamento, dependente da confiança da maioria parlamentar e revocável pela vontade desta.

Assim sendo, poder-se-ia definir o parlamentarismo da seguinte maneira: É aquele regime em que, sobre a base de uma separação atenuada de poderes, o governo é praticamente exercido por um gabinete dependente da confiança da maioria parlamentar e revocável pela vontade desta.

A partir desses ensinamentos, pode-se fazer uma comparação entre os

4 PINTO FERREIRA, Luís. *Teoria Geral do Estado*. 2ª volume. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 597.

5 PINTO FERREIRA, Luís. *Teoria Geral do Estado*. 2ª v. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 618.

dois regimes, no que diz respeito aos pontos principais que os distinguem:

1. no presidencialismo, confundem-se Chefe de Estado e Chefe do Governo, funções ambas exercidas pelo Presidente da República; no parlamentarismo, as duas funções são exercidas por pessoas distintas;

2. no presidencialismo, o Chefe de Estado, concomitantemente Chefe do Governo, ou seja, o Presidente da República, somente pode ser responsabilizado em caso de cometimento de crime, seja comum, seja de responsabilidade, não podendo o legislativo, portanto, dispensá-lo de suas funções, a não ser como penalidade pelo cometimento de crime (e, no Brasil, somente pelo cometimento de crime dito de responsabilidade, pelos crimes comuns o Presidente da República não é julgado pelo Legislativo, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal);

3. no parlamentarismo, incumbe ao Chefe de Estado a nomeação do Chefe do Governo, que pode receber designações variadas, como Primeiro-Ministro (Grã-Bretanha), Chanceler (Alemanha) ou Presidente do Conselho de Ministros (Espanha);

4. no parlamentarismo, a nomeação do Chefe do Governo pelo Chefe do Estado, todavia, não é livre, deve ser aprovada primeiramente pelo Poder Legislativo (por ambas as Casas, ou apenas por uma delas, onde seja bicameral, o que varia de país para país);

5. no parlamentarismo, o Chefe do Governo, devendo ser nomeado somente após aprovação pelo Parlamento, deve contar necessariamente com a confiança da maioria dos seus integrantes; e

6. o Chefe do Governo pode ser destituído pelo Poder Legislativo (por uma de suas Casas, isoladamente, onde seja bicameral, ou, mesmo onde o seja apenas por uma delas, como ocorre na Alemanha e na Espanha, por exemplo).

Primeiro Modelo: O parlamentarismo na Espanha

Para a elaboração deste apertado resumo do modo como funciona o regime parlamentarista de governo na Espanha, foi de grande utilidade o livro do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca do parlamentarismo.⁶

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. 120 p.

Foi de valia também a consulta a uma tradução da Constituição Espanhola publicada no Brasil pelas Edições Trabalhistas S/A.⁷

A Espanha é uma monarquia parlamentar, segundo proclama expressamente o art. 1º, alínea 3, de sua Constituição, sancionada em 27 de dezembro de 1978 e publicada em 29 do mesmo mês e ano.⁸

Conforme anotado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹, as características da vigente constituição espanhola podem ser assim resumidas:

- 1) no que toca à forma de Estado, estabelece um Estado descentralizado regional;
- 2) quanto à forma de governo, adota a monarquia, mas com a democracia semidireta;
- 3) quanto à estruturação do poder, a distinção das três funções clássicas, com a colaboração entre Legislativo e Executivo;
- 4) quanto ao sistema de governo, o parlamentarismo;
- 5) quanto aos direitos fundamentais, reconhece, além das *liberdades públicas* ou *dereitos sociais*;
- 6) quanto ao papel do Estado, admite o intervencionismo econômico e social.

O Parlamento é bicameral, formado pela Câmara dos Deputados (ou Congresso dos Deputados) e pelo Senado. A Câmara dos Deputados é eleita. O mandato dos seus integrantes é de quatro anos. O voto, para a sua eleição, é universal, livre, igual, direto e secreto. A eleição ocorre pelo sistema de representação proporcional. O Senado constitui a “representação territorial”, sendo eleito em cada província, por voto secreto, universal, livre, igual e direto, em regra, quatro senadores, cabendo ainda a cada Comunidade Autônoma eleger, pelo mesmo sistema de votação, um Senador, e mais um por milhão de habitantes.¹⁰ As duas

7 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. Sem indicação do tradutor.

8 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 3. Sem indicação do tradutor.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 45. Os itálicos constam do original.

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 46.

Casas formam, no seu conjunto, as Cortes Gerais, as quais, consoante o art. 66 da Constituição espanhola, representam o povo. Da eleição da Câmara ou do Congresso dos Deputados trata o art. 68, e da eleição do Senado, o art. 69 da Constituição espanhola.¹¹

Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “as atribuições das duas Câmaras são iguais quanto à legislação, ao orçamento, ao controle da Administração etc., mas *a responsabilidade política do governo somente se coloca em face da Câmara dos Deputados*.”¹²

Acerca da Coroa, a Constituição espanhola assim se expressa¹³:

Artigo 56. 1 – O Rei é o Chefe do Estado, símbolo da sua unidade e permanência; arbitra e modera o funcionamento regular das instituições; assume a mais alta representação do Estado Espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações da sua comunidade histórica; e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as leis.

A Coroa é hereditária e a ordem de sucessão vem indicada pelo art. 57 da Constituição. Seguirá “a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores; na mesma linha, o grau mais próximo ao mais remoto; no mesmo grau, o varão à mulher; no mesmo sexo, a pessoa mais velha à de menor idade”.¹⁴

As competências do Rei acham-se previstas no art. 62 da Constituição espanhola e incluem-se entre elas convocar e dissolver as Cortes Gerais e marcar eleições nos termos da Constituição, propor o candidato a Presidente do Governo (Primeiro-Ministro), nomeá-lo e exonerá-lo, nos termos da Constituição.¹⁵

11 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986, p. 21. Sem indicação do tradutor.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 46. Os itálicos constam do original.

13 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 17. Sem indicação do tradutor.

14 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 18. Sem indicação do tradutor.

15 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 19. Sem indicação do tradutor.

A nomeação do Primeiro-Ministro, designado pela Constituição como Presidente do Governo cabe, portanto, ao Rei. Deve ele, todavia, primeiro indicar ao Congresso dos Deputados (Câmara dos Deputados) o nome daquele a quem entenda nomear. A escolha, ademais, deve ser feita pelo Rei apenas após consulta aos representantes designados pelos grupos políticos com representação parlamentar. Concedida a confiança ao candidato indicado pelo Rei, pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Congresso dos Deputados, tal candidato será nomeado Presidente do Governo (Primeiro-Ministro), por ato do Rei. Se, numa primeira votação, não for alcançada a maioria absoluta, o mesmo nome será submetido à nova apreciação, quarenta e oito horas depois da votação anterior e entender-se-á concedida a confiança do Congresso dos Deputados desde que o indicado obtenha, nessa segunda votação, a maioria simples. Essas as regras do art. 99 da Constituição espanhola.¹⁶

Discorrendo sobre a nomeação do Presidente do Governo, assim se expressa Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷:

O Presidente do governo é proposto pelo Rei à Câmara dos Deputados, após cada renovação. Deverá então expor-lhe o seu programa e solicitar a sua confiança. Caso esta seja concedida, para a qual se reclama o voto da maioria absoluta dos membros da Câmara (ou, se essa maioria não for alcançada em primeiro turno, o da maioria simples, em segunda votação), será ele nomeado. Caber-lhe-á, nessa hipótese, indicar para nomeação pelo Rei os demais integrantes do Conselho.

O Governo (que poderíamos também denominar de Gabinete) é o encarregado da direção da política interna e externa, da administração civil e militar e da defesa do Estado. Cabe-lhe exercer a função executiva e o poder regulamentar, com observância da Constituição e das leis. Essas são as regras do art. 97 da Constituição espanhola.¹⁸

A responsabilidade do Governo se estabelece unicamente perante o Con-

16 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 29-30. Sem indicação do tradutor.

17 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 47.

18 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 29. Sem indicação do tradutor.

gresso (Câmara) dos Deputados, segundo já havia sido anotado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Essa é a regra do art. 108 da Constituição da Espanha.¹⁹

A responsabilidade do Governo (Gabinete) é solidária, segundo prevê o mesmo artigo da Constituição, o que significa que à Câmara (Congresso) dos Deputados não é dado afastar um Ministro específico.

A responsabilização do Gabinete (Governo) pode ocorrer de duas formas: mediante apresentação de moção de censura no âmbito do Congresso (art. 113 da Constituição) ou pela rejeição, pelo Congresso, de questão de confiança que lhe tenha sido submetida pelo Presidente do Governo, após deliberação do Conselho de Ministros. Neste último caso (questão de confiança), a confiança será considerada conferida pelo Congresso dos Deputados, se houver voto favorável da maioria simples dos deputados. Essas são as regras do art. 112 da Constituição.²⁰

Rejeitada a questão de confiança, isto é, caso haja manifestação contrária a ela pela maioria simples dos Deputados, o Governo deve apresentar sua demissão ao réu, cabendo a este indicar à Câmara (Congresso) dos Deputados um novo Presidente do Governo, nome este que será então apreciado pela Câmara, nos termos do art. 99 da Constituição. Essa é a regra do art. 114, alínea 1, da Constituição espanhola.²¹

Já a moção de censura deve ser apresentada por, no mínimo, dez por cento dos Deputados, sendo obrigatório que inclua um candidato à Presidência do Governo. Assim, não se cuida unicamente de afastar o Primeiro Ministro (Presidente do Governo), mas, concomitantemente, caso aprovada a moção de censura, de indicar desde logo um novo Presidente do Governo. A moção, efetivamente, deve conter a indicação do nome sugerido como novo Presidente do Governo. Aprovada a moção, o atual Gabinete deve demitir-se, cabendo ao rei nomear, como novo Presidente do Governo, aquele indicado na moção de censura aprovada pelo Congresso (Câmara dos Deputados). Noutros termos, a derrubada de um Gabinete significa a concomitante escolha de um novo Primeiro-Ministro (Presidente do Governo), nada mais restando ao Rei que não nomear o nome constante

19 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 32. Sem indicação do tradutor.

20 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 32. Sem indicação do tradutor.

21 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 33. Sem indicação do tradutor.

da moção de censura. Essas são as regras dos artigos 113 e 114 da Constituição da Espanha.²²

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³, que lembra também que é idêntica a situação na Alemanha, esse procedimento caracteriza a “moção de desconfiança construtiva”, com a qual se pretende “impedir que se derrube o governo sem que, ao mesmo tempo, se estabeleça outro que o substitua”, acrescentando que “a indicação do candidato a presidente do Conselho evita a ocorrência de uma crise, que pode ser longa, até que se encontre um Primeiro-Ministro aceitável para uma maioria”.

A moção é de censura ao atual Governo, mas é construtiva, à medida que não apenas conduz, se aprovada, à sua demissão como também guinda imediatamente um outro Governo ao lugar do anterior.

Esse sistema de controle do Governo (que é o verdadeiro responsável pelo exercício das funções características do Poder Executivo, segundo se viu) parece trazer consigo uma vantagem, representada pela maior estabilidade do Governo, evitando-se, dessa forma, o surgimento de crises de gestão motivadas tão-somente pelo interesse em derrubar o Gabinete, deixando-se para um segundo momento a escolha do novo.

Sendo de rigor que, ao ser apresentada a moção de censura, essa contenha já de antemão a indicação do nome daquele que, caso aprovada a moção, virá a ser o novo Presidente do Governo (o novo Primeiro-Ministro), tem-se como evidente que aquele cujo nome deva integrar a moção deva ser consultado acerca do assunto com antecedência, pois, somente com sua concordância, a inclusão de seu nome na moção terá qualquer eficácia.

Verifica-se disso, também, que a situação política daquele cujo nome figure na moção está igualmente em jogo a partir do momento em que esta é apresentada. Se a moção for rejeitada, o que significará a manutenção da confiança do Congresso dos Deputados no Gabinete atual, ao mesmo tempo se estará impondo um sério revés político àquele cujo nome tenha figurado na moção como candidato a futuro Primeiro-Ministro.

22 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 33. Sem indicação do tradutor.

23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 47.

Com semelhante complexo de forças em jogo, é de se supor que as moções de censura ou de desconfiança jamais sejam apresentadas levianamente. Nenhum político que efetivamente tivesse responsabilidade ou, quando menos, interesse em preservar seu nome perante a opinião pública concordaria em permitir a inclusão de seu nome em uma moção de censura, a menos que estivesse convicto da existência de um mínimo de probabilidade de que esta viesse a ser aceita pelo Congresso dos Deputados.

A conclusão que se pode extrair de tudo isso é a de que, somente em situações de crise efetivamente grave, em que haja mesmo a necessidade da substituição do Governo, chegue-se realmente a apresentar moção de censura.

Na observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴, o modo como a moção de censura vem prevista na Constituição espanhola “parece conter os impulsos oposicionistas, como sucede na Alemanha”.

O Presidente do Governo (Primeiro-Ministro) pode solicitar ao Rei a dissolução do Congresso dos Deputados quanto do Senado e, ainda, das Cortes Gerais (compostas pelo Congresso e pelo Senado). A proposta do Presidente do Governo ao Rei deve ser precedida de deliberação do Conselho de Ministros, de sorte que não cabe ao Presidente decidir sozinho a esse respeito. Essa é a regra da primeira alínea do artigo 115 da Constituição espanhola. A segunda alínea do mesmo artigo veda a apresentação de proposta de dissolução, sem fazer referência nem às Cortes Gerais, nem ao Congresso dos Deputados, nem ao Senado, enquanto estiver em curso uma moção de censura.²⁵

A regra constitucional que prevê a possibilidade de dissolução de ambas as Casas do Legislativo, ou de qualquer delas isoladamente, não é clara quanto à obrigatoriedade ou não da decretação da dissolução pelo Rei, quando houver proposta do Presidente do Governo nesse sentido. Todavia, de se supor que a obrigatoriedade não exista, a entender-se diversamente, bastaria que o próprio Presidente do Governo decretasse ele mesmo a dissolução, embora escudado em decisão do Conselho de Ministros nesse sentido, sem necessidade de dirigir a solicitação ao Rei. De solicitação efetivamente é que deve tratar-se, não só por esse fundamento lógico, como também pela perspectiva de que, somente se con-

24 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 48.

25 CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1986. p. 33. Sem indicação do tradutor.

ferindo alguma discricionarieidade ao Monarca em semelhante contexto, pode-se assegurar-lhe, com mais amplitude, a condição de efetivo titular de um “poder moderador” entre o Legislativo e o Governo.

Pode o Rei entender que a dissolução não é adequada e que o melhor caminho, naquele instante, a trilhar será o da queda do Governo. De se supor que essa virá, após a denegação de um pedido de dissolução de qualquer das Casas do Parlamento e mais especificamente do Congresso dos Deputados, ao qual cabe responsabilizar o Gabinete, mediante moção de censura ou denegação da questão de confiança.

Pode o Monarca, porém, estar convicto de que a política seguida pelo Gabinete é apropriada e, concedendo-lhe a seu turno, nessa ocasião, um voto de confiança, ordenar a dissolução de uma ou de ambas as Casas do Legislativo, conforme solicitação do Presidente do Governo.

Nessa hipótese, passa então o eleitorado a desempenhar papel de relevo, o Monarca terá inicialmente optado por considerar adequada a política do Conselho de Ministros, mas, devendo ser convocadas novas eleições logo após a antecipada dissolução de quaisquer das Casas do Legislativo, ou de ambas, o eleitorado terá então a palavra final, especialmente quando se tratar de dissolução das Cortes Gerais (formadas pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado) ou do Congresso dos Deputados.

Se, como resultado das novas eleições para o Congresso dos Deputados (perante o qual se dá a responsabilidade do governo e que deve decidir acerca do nome indicado pelo Rei para o cargo de Presidente do Governo), a mesma maioria anterior voltar a ser recomposta pelo eleitorado, então o Gabinete deverá efetivamente despedir-se. A nova eleição assume, em tal contexto (de efetiva crise, deve reconhecer-se), um caráter quase plebiscitário, o eleitorado, em última análise, poderá estar sendo chamado a optar entre duas correntes distintas de gestão da coisa pública – aquela professada pelo Gabinete, num primeiro momento com respaldo do Monarca, em face da dissolução de uma ou ambas as Casas do Legislativo, ou a do Legislativo, supostamente em contraposição à do Gabinete, que lhe terá perdido a confiança.

Claro que essa questão de confiança não se instala, quando se estiver diante da dissolução apenas do Senado, pois a ele não cabe responsabilizar o Gabinete, função privativa do Congresso dos Deputados.

Acerca do sistema partidário espanhol, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁶ observa ser ele “um caso excepcional”. Embora sendo adotado, para a composição da Câmara (Congresso) dos Deputados, o sistema de representação proporcional, o que favorece o pluripartidarismo (efetivamente existente no país), ainda assim, segundo observou que (em 1993, época em que veio a lume o seu citado livro, utilizado neste artigo), um partido – então o socialista – disciplinado e coeso, dispunha da maioria necessária para governar, o que, segundo anotado pelo autor, ocorria praticamente desde a entrada em vigor da Constituição.

Segundo Modelo: O parlamentarismo na Alemanha

Para a elaboração deste resumo sobre o modelo de parlamentarismo adotado na Alemanha, foram de valia não apenas o já citado livro de Manoel Gonçalves Ferreira Filho como também o livro do Professor Paulo Márcio Cruz, discorrendo acerca do parlamentarismo e dos modelos adotados em quatro países (Inglaterra, França, Portugal e Alemanha).²⁷ Foi consultada ainda tradução da Lei Fundamental de Bonn, que é ainda hoje, mesmo depois da reunificação, a Constituição da República Federal da Alemanha, de autoria de Jorge Miranda²⁸, obtendo-se ainda alguns informes interessantes no livro *Factos sôbre a Alemanha*, editado pelo Departamento Federal da Imprensa e Informação em Bonn, em 1973.²⁹

A respeito das linhas mestras da Lei Fundamental da Alemanha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁰ observou o seguinte:

1) quanto à forma do Estado, adota o modelo do Estado federal; este, na verdade, era tradicional na Alemanha, que surgiu da unificação, feita sob a liderança de Bismarck, dos vários Estados alemães, em 1871;

26 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 48.

27 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. 160 p.

28 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. 365 p.

29 ALEMANHA. Departamento Federal da Imprensa e Informação. *Factos sôbre a Alemanha*. Bonn: Departamento Federal da Imprensa e Informação, 1973. 463 p.

30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 40.

- 2) quanto à forma de governo, a república democrático-representativa;
- 3) quanto à estrutura do poder, a distinção das três funções clássicas, com a colaboração entre Legislativo e Executivo;
- 4) quanto ao sistema de governo, o parlamentarismo;
- 5) quanto aos direitos fundamentais, reconhece, além das *liberdades públicas*, os *direitos sociais*;
- 6) quanto ao papel do Estado, admite o intervencionismo econômico e social.

Os elementos que compõem o parlamentarismo alemão são essencialmente os mesmos que caracterizam tal sistema de governo em outros países, há um Chefe de Estado, que, na Alemanha, é o Presidente da República, um parlamento bicameral, integrado pela Dieta Federal (*Bundestag*, que poderíamos identificar com a nossa Câmara dos Deputados) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*, que, segundo deveria ocorrer – mas não ocorre – com o nosso Senado, efetivamente representa os interesses do Estados-membros – *Länder*, perante a União, participando inclusive do processo legislativo federal), e um Governo, chefiado por um Chanceler ou Primeiro-Ministro. O sistema eleitoral, misto de majoritário e proporcional, empregado na escolha dos integrantes do *Bundestag*, e a peculiar situação do sistema partidário alemão (pluripartidarismo, mas com preponderância, há décadas e alternadamente, de duas correntes partidárias, em coligação sempre com um outro partido menor), contribuem também para assegurar o funcionamento efetivo do parlamentarismo alemão.

Segundo a observação do Prof. Paulo Márcio Cruz³¹, “na Alemanha, o centro do poder é o Governo, e seu chefe, o Chanceler, é quem conduz a política, tendo ao seu lado, como proteção oficial, de reserva, o Presidente da República e o Senado”.

No âmbito do poder Legislativo, a Dieta Federal (*Bundestag*), correspondente à nossa Câmara dos Deputados, constitui a efetiva representação popular. Seus integrantes são eleitos por “sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto, para um mandato de quatro anos”.³²

31 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 128.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 41.

O sistema eleitoral empregado na escolha dos integrantes do *Bundestag* é um misto de proporcional e majoritário, correspondente ao que, segundo o Prof. Paulo Márcio Cruz³³, entre nós se denomina de “voto distrital misto”.

Nas palavras do Prof. Paulo Márcio Cruz³⁴:

Atualmente, o *Bundestag* é composto por 662 deputados eleitos para mandato de 4 anos por voto direito, secreto e universal de todos os cidadãos alemães maiores de idade (18 anos), através de um sistema mitigado (ou distrital misto), como foi escrito na introdução deste item, que recebe o nome de ‘eleição proporcional parcialmente personalizada’. O sistema funciona com as vagas distribuídas proporcionalmente entre as listas de candidatos que concorrem às eleições, sendo eleitos aqueles que recebam mais votos em cada um dos distritos eleitorais em que se divide o território nacional. Cada eleitor, sendo assim, utiliza uma cédula dupla, com uma das partes destinada à escolha da sua lista predileta e outra destinada ao nome do candidato de sua preferência.

Segundo informa o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁵, a Alemanha é dividida em distritos eleitorais, cabendo a cada distrito eleger um deputado. “Essa eleição se dá em turno único de votação e obedece ao princípio majoritário. O voto é dado, pois, a um candidato, à pessoa do candidato, ganhando a eleição quem mais votos obtiver”. Dessa maneira se escolhe a metade de todos os integrantes do *Bundestag*. A outra metade é escolhida pelo sistema proporcional, em chapas ou listas de candidatos apresentadas pelos partidos em cada Estado.

Como também foi anotado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶,

Na verdade, esse segundo voto – voto de legenda –, dado a uma chapa partidária, determina, pelo critério de

33 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 134.

34 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 135.

35 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 41.

36 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 42.

representação proporcional, o número total de eleitos pelo partido em cada Estado.

Tal número será preenchido, em primeiro lugar, pelos deputados que o partido tenha elegido nos distritos pelo voto majoritário. O remanescente será integrado pelos membros da lista apresentada pelo partido. Essa lista, ou chapa, é 'bloqueada', ou seja, há uma ordem de preferência entre os que a compõem, ordem fixada pelo partido.

Como registrado em **Factos sôbre a Alemanha**³⁷:

Cada eleitor tinha 2 votos a dar [referência à eleição de 1969, sendo o sistema atualmente o mesmo]: o primeiro para um dos candidatos directos designados pelos partidos do seu círculo eleitoral; o segundo para a lista estadual dum partido. A distribuição dos mandatos entre os primeiros e os segundos votos faz-se subtraindo o número de candidatos directamente eleitos do número de mandato alcançados pela lista estadual. Os votos dados para a lista estadual desempenham portanto o papel principal, com excepção dos casos em que o número de mandatos directos dos círculos eleitorais resulta superior ao dos mandados da lista estadual; nesse caso não é permitido tirar o mandato ao partido, ou mais precisamente, ao candidato eleito.

Tanto o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸ quanto o Prof. Paulo Márcio Cruz³⁹ anotam que o partido que não tiver obtido 5% dos votos, na votação proporcional, não terá direito à cadeira alguma no *Bundestag*. O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra, porém, que o partido que houver eleito pelo menos 3 (três) deputados pelo sistema majoritário terá também direito a representação no *Bundestag*, ainda que não tenha alcançado tal percentual mínimo de 5% dos votos na eleição proporcional. De acordo com observação do Prof. Paulo Márcio Cruz⁴⁰,

37 ALEMANHA. Departamento Federal da Imprensa e Informação. *Factos sôbre a Alemanha*. Bonn: Departamento Federal da Imprensa e Informação, 1973. p. 113-114.

38 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 42.

39 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 135.

40 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 135.

“este princípio [da obtenção de pelo menos 5% dos votos na eleição proporcional] possibilitou a simplificação e estabilidade do sistema de partidos alemão, com muitos autores enaltecendo a fórmula adotada, como *Diheter Noellen*, que o qualifica como o ‘milagre eleitoral alemão’”.

Já a eleição do Presidente da República, ou Presidente Federal, é indireta. Sua escolha fica a cargo de um órgão a que Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹ e Paulo Márcio Cruz⁴² denominaram de Assembléia Federal, e que Jorge Miranda designou como Congresso Federal⁴³, composto por todos os integrantes do *Bundestag* e por representantes escolhidos pelas representações dos povos dos Estados-federados (*Länder*), que correspondem, grosso modo, às Assembléias Legislativas dos Estados brasileiros, ou à Câmara Legislativa do Distrito Federal. A escolha desses representantes ocorre pelo sistema proporcional, e o número total de representantes dos *Länder*, na Assembléia Federal, é igual ao número de Deputados Federais (membros do *Bundestag*). Essas disposições constam do artigo 54º da Lei Fundamental de Bonn, a qual, como se disse, corresponde até hoje à Constituição da República Federal da Alemanha.⁴⁴

O Governo é constituído pelo Chanceler e pelos Ministros de Estado. O Chanceler (Primeiro-Ministro) é escolhido pelo *Bundestag* (palavra que Jorge Miranda traduziu por Assembléia Federal⁴⁵), por proposta do Presidente da República. A eleição do nome indicado pelo Presidente deve ocorrer pela “maioria dos votos dos Deputados à Assembléia”⁴⁶, o que significa maioria absoluta⁴⁷. Todavia, se, num primeiro turno de votação, o nome indicado pelo Presidente da

41 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p.43.

42 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 132.

43 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 52.

44 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 52.

45 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 50.

46 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 53.

47 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 139.

República não for aceite pelo *Bundestag*, poderá este, em segunda votação, ocorrida nos quinze dias seguintes à primeira, e também por maioria absoluta, eleger outra pessoa para Chanceler. Se, nesse segundo turno, em primeiro escrutínio, um nome alcançar a maioria absoluta, caberá ao Presidente simplesmente nomeá-lo Chanceler.

Se, quando da votação acerca do nome indicado pelo Presidente da República, num primeiro escrutínio, não tiver sido alcançada a maioria absoluta, e nem a Assembléia, por maioria absoluta, tiver escolhido outro nome que não o do indicado pelo Presidente, será realizado novo escrutínio. Se ainda nesse o indicado pelo Presidente da República não obtiver a maioria absoluta, poderá o Presidente ou nomear aquele que houver indicado para o cargo de Chanceler, ou dissolver a Assembléia Federal (*Bundestag*). Essas são as regras do art. 63^a da Lei Fundamental de Bonn.⁴⁸

O procedimento, pois, comporta diversas opções:

1. o nome indicado pelo Presidente da República obtém a maioria absoluta dos votos dos integrantes do *Bundestag*: nesse caso, cabe ao Presidente da República nomeá-lo para o cargo de Chanceler;

2. o nome indicado pelo Presidente da República não obtém a maioria absoluta dos votos dos integrantes do *Bundestag*, mas este, também por maioria absoluta, escolhe outro nome para o cargo: nesse caso, cabe também ao Presidente da República simplesmente nomear aquele escolhido pelo *Bundestag*;

3. o nome indicado pelo Presidente da República não obtém a maioria absoluta dos votos dos integrantes do *Bundestag* e nem esses elegem, por maioria absoluta, outro Chanceler: nesse caso, cabe que seja o nome indicado pelo Presidente submetido a novo escrutínio, abrindo-se então duas opções:

3.1. o nome indicado obtém, nesse segundo escrutínio, a maioria absoluta dos votos: nesse caso, o indicado será nomeado Chanceler; e

3.2. o nome indicado não obtém, mesmo nesse segundo escrutínio, a maioria absoluta dos votos: nesse caso, abrem-se para o Presidente da República novamente duas opções:

3.2.1. nomear aquele que indicou, hipótese em que o Chanceler terá como

48 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979.

suporte a autoridade (moral e política) do Presidente da República, ou

3.2.2. dissolver o *Bundestag*.

Percebe-se, pois, que o nome indicado pelo Presidente da República para o cargo de Chanceler ou Primeiro-Ministro, Chefe do Governo, necessita estar em sintonia com a maioria parlamentar. Inexistindo maioria (o que na Alemanha usualmente não acontece, segundo se verá depois), a própria Assembléia, rejeitando o nome indicado pelo Presidente, pode escolher outro. Se não o fizer, e a ausência de maioria absoluta em torno do nome indicado pelo Presidente persistir, poderá esse nomear o indicado ou dissolver a Assembléia Federal (*Bundestag*).

A responsabilização do Chanceler, cuja queda importa na demissão de todo o Gabinete, pelo princípio da solidariedade, ocorre perante o *Bundestag* ou a Assembléia Federal, dela não participa o *Bundesrat* ou Conselho Federal.

Dita responsabilização será feita mediante moção de censura construtiva ou voto de censura construtivo. O sistema é, no ponto, semelhante ao espanhol, pois a proposta do voto de censura deve vir acompanhada da indicação de um novo nome para a função de Chanceler. Assim, demitido um Governo, outro será imediatamente designado para ocupar-lhe o lugar.

Essa é a regra do art. 67^o da Lei Fundamental de Bonn, de redação muito elegante, embora não deixando qualquer margem de opção ao Presidente da República, que simplesmente deverá nomear o novo Chanceler:

Artigo 67^o – 1. A Assembléia Federal só pode manifestar a desconfiança no Chanceler designando um sucessor por maioria dos seus membros e convidando o Presidente da República a fazer-lhe cessar as suas funções. O Presidente deve conformar-se com este voto e nomear novo Chanceler.⁴⁹

O Chanceler também pode solicitar ao *Bundestag* a aprovação de um voto de confiança. Este será aprovado se concedido pela maioria absoluta dos Deputados. Caso negado o voto de confiança, o Presidente da República pode dissolver o *Bundestag*, a menos que este, quando da denegação do voto de confiança, por maioria absoluta já tenha indicado um novo Chanceler, hipótese

⁴⁹ *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 54. Tem-se, portanto, para o Presidente da República um “convite” irrecusável.

em que apenas caberá ao Presidente a respectiva nomeação. Essas são as regras do artigo 68º da Lei Fundamental de Bonn.⁵⁰

Desse modo, até mesmo a solicitação de um voto de confiança pelo Chanceler ao *Bundestag* envolve risco, caso denegado, pode o Parlamento, juntamente com a denegação, indicar desde logo, pela maioria absoluta de seus integrantes, um novo nome como Chanceler, o que produzirá efeito idêntico ao da aprovação de uma moção de censura construtiva, resultando na queda do Gabinete atual e na investidura imediata do novo Chanceler, a quem o Presidente da República, segundo já se viu, não pode deixar de nomear.

A propósito do sistema partidário alemão, esse admite o pluripartidarismo, tendo o Prof. Paulo Márcio Cruz⁵¹ observado todavia que, na atualidade, entre as duas grandes correntes políticas, formadas de um lado pela União Cristã Democrata e pela União Social Cristã (CDU/CSU – *Christlich Demokratische Union/Christliche Social Union*) e de outro pelo Partido Social Democrata (SPD – *Soziale Partei Deutschlands*), insere-se, como verdadeiro fiel da balança, formando coalizão ora com uma, ora com outra dessas grandes correntes, o Partido Liberal Democrata (FDP – *Freie Demokratische Partei*), formando um sistema que passou a ser conhecido como “sistema de dois partidos e meio”.

Em **Factos sôbre a Alemanha**, encontra-se o informe de que o Parlamento (*Bundestag*) eleito em 1972 contava com 242 representantes do SPD, 186 representantes da CDU, 48 representantes da CSU e 42 representantes do FDP⁵². Como os representantes da CDU e da CSU historicamente integram um bloco parlamentar, tem-se que os seus representantes somados importavam em 234 Deputados. Isso fazia já então do FDP o fiel da balança, porque nem o SPD nem a coalizão CDU/CSU sozinhos, alcançavam a maioria absoluta dos integrantes do *Bundestag*.

Nas eleições parlamentares ocorridas em 2002, a CDU obteve 198 cadeiras no *Bundestag*, associadas a 58 obtidas pela CSU. O SPD obteve 251 cadeiras, o FDP, 47 e, em fato novo em relação a 1972, o partido verde (*Die Grünen*

50 *Constituições de Diversos Países*. Tradução de Jorge Miranda. I volume. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. p. 54.

51 CRUZ, Paulo Márcio. *Parlamentarismo em Estados Contemporâneos*. Os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 2. ed. Itajaí e Blumenau: Editora da Univali e Editora da FURB, 1999. p. 138.

52 ALEMANHA. Departamento Federal da Imprensa e Informação. *Factos sôbre a Alemanha*. Bonn: Departamento Federal da Imprensa e Informação, 1973. p. 113.

ou *Grüne Partei*) obteve 55 cadeiras⁵³. As duas cadeiras restantes, de um total de 683, foram conquistadas pelo PDS – Partido do Socialismo Alemão (*Partei des Deutschen Sozialismus*). Mostra-se presente, destarte, uma nova força política, representada pelo partido verde. De modo geral, contudo, a presença das duas maiores forças eleitorais ainda é marcante, com o SPD tendo conquistado, como se viu, 251 cadeiras, e a coalizão CDU/CSU, 257. Mesmo assim, não sendo nem o SPD nem a coalizão CDU/CSU detentores cada qual sozinho da maioria absoluta dos parlamentares, os outros dois partidos (FDP e Partido Verde) desempenham um papel importante na definição dos rumos da política do Governo alemão, pois, sem o apoio de pelo menos um deles, nenhuma das duas correntes historicamente maiores consegue formar um Governo.

Qual o sistema mais democrático e eficiente?

A resposta a essas duas indagações (Qual o sistema mais democrático? Qual o sistema mais eficiente?) passa por uma especificação, ainda que muito breve, do que se haverá de considerar como “democrático” e do que se haverá de considerar como “eficiente”, para o fim de aferir qual dos dois sistemas – presidencialismo ou parlamentarismo – pode atender melhor a ambos os valores (democracia e eficiência).

Por democrático entender-se-á aqui, o Estado cujos órgãos diretivos – ou ao menos uma parcela deles – são compostos mediante voto direto, universal e secreto.

Por eficiente, entender-se-á aqui, o Estado que cumpre as funções a que se propõe. Naturalmente que essas funções podem variar, inclusive na perspectiva das finalidades que, genericamente, entenda-se de atribuir ao Estado, no momento em que, usualmente por meio de elaboração e promulgação de uma Constituição, a ele é definido o perfil.

Entendendo-se da forma exposta as duas categorias – democrático e eficiente –, pode-se afirmar que, a rigor, quaisquer dos dois sistemas pode revestir as duas características.

53 Conforme <http://www.bundeswahlleiter.de/cgi-bin/wahlen/printview.pl?sitzgwv_999.htm>, acesso em 23 de abril de 2003. O *Bundewahlleiter* é o órgão federal alemão responsável pela organização e realização das eleições parlamentares federais.

Todavia, para que ambos as preençam, há necessidade, no sistema presidencialista, que o Presidente da República seja eleito por voto universal, direto e secreto. Pela proeminência de que se reveste no sistema, como Chefe de Estado e ao mesmo tempo Chefe de Governo, o que lhe confere a autoridade para conduzir toda a política do Estado, somente a eleição direta, por voto secreto e universal, serve a tornar legítimo o exercício de tais funções por uma pessoa isoladamente.

Em contrapartida, sendo característica do sistema parlamentar que esse, pela sua maioria, participe de modo decisivo da escolha do Chefe do Governo (Primeiro-Ministro, Presidente do Governo, Chanceler ou qualquer que seja a denominação com a qual seja designado), é indispensável, para que, em semelhante sistema, possa se falar em democracia, que os integrantes da Casa Legislativa responsável pela definição do nome do chefe do governo, sejam eleitos por voto universal, direto e secreto. O sistema eleitoral, este pode variar, como se viu na análise dos modelos espanhol e alemão de parlamentarismo.

Posta essa premissa – de que, no presidencialismo, o Presidente seja eleito por voto universal, direto e secreto, e de que, no parlamentarismo, os integrantes da casa responsável pela escolha do chefe do governo o sejam – ambos os sistemas podem ser igualmente democráticos.

O tema, porém, ainda poderia ser analisado noutra perspectiva.

No presidencialismo, toda a condução dos negócios públicos, no que lhes é essencial, fica a cargo de uma só pessoa, ainda que escolhida para tal finalidade pelo voto direto, universal e secreto da maioria absoluta (em segundo turno, sendo o caso, como ocorre entre nós). Essa singularidade, ou seja, o fato de caber essencialmente a uma só pessoa a condução dos negócios do Estado, naquilo que lhes é essencial, pode ser tida como elemento a tornar o sistema presidencialista menos democrático que o parlamentarista.

O decréscimo no “índice de democraticidade” do sistema presidencialista, porém, pode evidenciar-se numa outra característica desse sistema.

No presidencialismo, uma vez guindado ao cargo, o Presidente da República não pode ser responsabilizado pelo parlamento, senão na hipótese de vislumbrar-se cometimento, por ele, de crime de responsabilidade, caso em que, por meio da figura que tradicionalmente é designada pela expressão inglesa *impeachment*, pode ser afastado da presidência. Seu afastamento, nesse caso, porém, não será motivado por censura ao modo como conduz de maneira geral

os assuntos do Estado, mas, sim, como censura pelo cometimento de crime de responsabilidade (ainda quando tais crimes normalmente sejam representados por condutas diretamente relacionadas à condução dos assuntos públicos).

Ora, essa circunstância da irresponsabilidade política (e não criminal) do Presidente da República perante o Legislativo permite que eventualmente se distancie dos anseios populares e mesmo do pensamento que, exposto ao eleitorado durante a campanha, tenha norteado a decisão da maioria para sufragar o seu nome para o cargo, sem que tal circunstância possa acarretar-lhe outra consequência que não o comprometimento de eventual reeleição (quando essa é possível).

Já no parlamentarismo, existe a possibilidade da responsabilização do Chefe do Governo pelo parlamento. Paralelamente, existe a possibilidade de que o Chefe do Estado, a pedido do Chefe do Governo, dissolva o parlamento, o que representa um freio a eventuais abusos deste último, pretendendo destituir o gabinete por questões que, na realidade, não seriam suficientemente relevantes para conduzir a tão drástico resultado.

Em outras palavras, a possibilidade de responsabilização política (e não somente criminal) do Chefe do Governo pelo parlamento, pode contribuir para tornar o parlamentarismo mais democrático que o presidencialismo. Não na sua origem, pois ambos terão por suporte o resultado de eleições marcadas por voto direto, secreto e universal, mas no seu funcionamento subsequente. Eleita uma maioria, ou pelo menos composta a partir de uma coalizão, com base em certo pensamento político e administrativo, e escolhido o chefe do governo para dar execução às providências destinadas a tornar realidade administrativa esse pensamento, se o governo se distanciar dele, pode ser destituído pelo parlamento.

Em contrapartida, em vindo o parlamento a distanciar-se indevidamente do pensamento popular que permitiu a formação da maioria nele existente, então pode o Chefe do Governo (se negada moção de confiança, na Alemanha, por exemplo), solicitar ao Chefe do Estado que dissolva o parlamento. O Chefe do Estado desempenhará, nesse caso, consoante já restou anotado acima, um papel de efetivo moderador entre o parlamento e o governo. Se entender que o governo age bem e que a negativa do voto de confiança não se justifica, pode dissolver o parlamento. Nesse caso, todavia, estará devolvendo ao corpo eleitoral a decisão a respeito. Esse sempre poderá eleger maioria idêntica àquela que se apresentava no parlamento dissolvido, o que será um indicativo para o Chefe de Estado de que não mais era consentâneo com o pensamento popular aquele pensamento do

gabinete ao qual fora negado o voto de confiança.

Nessa mesma perspectiva, também se pode dizer algo acerca da eficiência dos sistemas presidencialista e parlamentarista.

Em tese, ambos podem ser dotados da mesma eficiência. Na verdade, em princípio, a eficiência de todo um governo não está condicionada à responsabilidade ou irresponsabilidade do chefe do governo perante o parlamento, depende tal eficiência de outros fatores.

Do mesmo modo, o fato de ser o Chefe do Governo escolhido dentre os integrantes da maioria parlamentar, quer resida ela em um único partido, como usualmente ocorre na Grã-Bretanha, quer resida em uma coalizão de partidos, como se dá normalmente na Alemanha, não faz com que seu governo seja mais ou menos eficiente.

Todavia, no atinente ao parlamentarismo, é preciso lembrar que a responsabilização do Chefe do Governo pelo parlamento, quando não cercada de algumas garantias de segurança (como a indicação, na próprio moção de censura, daquele que o parlamento, em a aprovando, entende deva ser o novo chefe do governo), pode comprometer a eficiência do governo.

Havendo a possibilidade de sucessivas derrubadas de governos pelo parlamento, ficam os governos até mesmo sem tempo para implementar alguma política eficiente na condução dos negócios do Estado. Essa possibilidade se torna mais aguda naqueles Estados em que, por força da associação de pluripartidarismo com partidos de disciplina interna não muito rígida e com representação proporcional, maiorias parlamentares só podem ser obtidas mediante consenso entre diversos partidos.

Como observado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito do parlamentarismo italiano (embora devendo-se lembrar ter escrito em 1993)⁵⁴:

8. O regime italiano é profundamente marcado em sua dinâmica pelo pluripartidarismo.

Essa multiplicidade partidária corresponde às tendências que a doutrina registra a propósito da influência do sistema de representação proporcional sobre o sistema de partidos. Ou seja, são numerosos os partidos, que tendem a ser

54 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 35-36

fracionar. Falta-lhes disciplina interna ou coesão parlamentar. Nenhum deles tem condições de formar sozinho o governo, porque nenhum deles alcança a maioria absoluta.

9. Em face desse quadro partidário, é necessário a cada eleição penosamente compor uma coalizão, que seja majoritária em cada uma das duas Casas do Parlamento [segundo observado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tempo em que escreveu a responsabilização do gabinete podia ocorrer tanto perante a Câmara dos Deputados, quanto perante o Senado italiano].

Tal trabalho compete fundamentalmente ao Presidente da República, que deverá nomear um presidente do Conselho e, por indicação deste, todo um Conselho de Ministros, o qual, todavia, não sobreviverá se não alcançar, quando de sua apresentação perante o Parlamento, a maioria de votos, em escrutínio público e nominal, nas duas Câmaras do Parlamento.

Evidentemente essa missão abre campo para uma certa influência do Presidente da República. [...] Nesse jogo, o elemento programa de governo tem um peso quase irrelevante. O ideológico é mais forte, sobretudo ao tempo da guerra fria, quando se exigia a exclusão dos comunistas e esquerdistas radicais.

Fundamental é nisso o papel das personalidades. E é contentando-se personalidades que se compõe a maioria e o Gabinete.

10. Evidentemente, a vida dos Gabinetes depende do contentamento ou descontentamento dessas personalidades.

Se o Presidente do Conselho descontenta algumas destas personalidades, ou lhes fere os interesses, ou, o que vem a dar no mesmo, se essas personalidades entendem que a marcha do governo lhes prejudica o futuro eleitoral, ou que uma reformulação ministerial lhes vai favorecer, retiram o apoio ao Gabinete e, tendo forças para tanto, o derrubam.

Nesse caso, reabrem-se longas e demoradas negociações, até que surja novo Gabinete. Este, não raro, compreende a maioria dos integrantes do anterior, todavia, em novos postos. Muda o governo; não mudam os governantes.

Em semelhante contexto, a eficiência de qualquer governo pode resultar comprometida.

Todavia, a responsabilização do governo perante o Legislativo também pode contribuir para que essa eficiência se aprimore. Sabendo o governo que pode vir a ser derrubado por meio da aprovação de moção de censura, tende naturalmente a esmerar-se no atendimento aos interesses da população.

Além disso, a responsabilização parlamentar, como se disse, também permite que seja afastado antecipadamente um governo que se tenha afastado do programa de governo da maioria parlamentar. Ou, em caso de dissolução do parlamento, permite ao eleitorado confirmar uma vez mais essa maioria e, portanto, essa intenção quanto ao modo de conduzir os negócios públicos ou, ao inverso, compondo pelo voto maioria distinta, demonstrar que efetivamente já não comunga mais do pensamento anterior e pretende que os negócios do Estado sofram alguma espécie de mudança no modo como são conduzidos.

É evidente que uma série de fatores, muitos deles até mesmo superiores aos próprios Estados, em época de globalização e neo-liberalismo, podem contribuir para que qualquer governo não consiga efetivamente cumprir aquilo a que se propôs. Além disso, fatores como o sistema partidário e eleitoral e o modo como a responsabilização parlamentar ocorre (perante as duas Casas do Parlamento independentemente uma da outra, como na Itália⁵⁵, com ou sem indicação, concomitante à moção de censura, do nome do futuro novo chefe do governo, como ocorre na Espanha e na Alemanha) podem contribuir para a estabilidade do governo. Além disso, é certo que governo instável dificilmente pode ser eficiente.

No final, parece mais apropriado que se opte pelo parlamentarismo, justamente em face dessa possibilidade de ser antecipado o afastamento do governo que se vem distanciando dos propósitos e objetivos que levaram à sua escolha pelo próprio eleitorado, ainda que indiretamente, no momento de compor maioria parlamentar.

55 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 35.

CONEXÕES PSICOLÓGICO-MORAIS DA CRIMINALIDADE

Gilberto Callado de Oliveira

*Procurador de Justiça e Coordenador-Geral do Centro de Apoio
Operacional do Controle de Constitucionalidade – SC*

1 Buscando uma causa

Uma pergunta inicial logo se impõe quando buscamos as principais causas da criminalidade: é a polícia que mantém a ordem nas cidades e que impede sejam os crimes senhores da vida social?

Dir-se-ia que sim. Se a polícia entrasse em greve, desaparecendo do cenário preventivo e repressivo, num instante, o crime tomaria conta de tudo. Em 2002, por exemplo, a Polícia Militar da Bahia entrou em greve, e a população da Capital, Salvador, viveu sob o medo do caos e da barbárie, com alguns lances anárquicos nas regiões periféricas. Mas a existência da polícia, seja ostensiva (polícia militar) ou repressiva (polícia judiciária), mantém as cidades em ordem. Logo, é a polícia a causa da ordem.

Essa é uma meia verdade. Pois, pela própria natureza das coisas, os policiais são uma escassa minoria da população. O que pode um homem, ainda que fardado, armado, super-armado, contra cem, mil, dez mil pessoas?

Alguém argumentaria que, por detrás desse homem, existe a força da lei.

Nesse argumento há certa ingenuidade. Sem dúvida, a força da lei existe, mas é insuficiente para que a ordem se mantenha. A disciplina das leis não depende só de sua eficácia, como que deixando ao arbítrio humano a suficiente moção de sua vontade. Observa Plínio Corrêa de Oliveira que “O homem, pelas

simples forças de sua natureza, pode conhecer muitas verdades, e praticar várias virtudes. Entretanto, não lhe é possível, sem o auxílio da graça, permanecer duravelmente no conhecimento e na prática de todos os Mandamentos. Isso quer dizer que, em todo o homem decaído, há sempre a debilidade da inteligência e uma tendência primeira, e anterior a qualquer raciocínio, que o incita a revoltar-se contra a Lei”¹. Esse estado de debilidade de índole espiritual São Tomás chama de *vulnera naturae* (“lesão da natureza”). Além disso, logo depois de a lei entrar em vigor, sempre é possível encontrar os espaços hermenêuticos pelos quais a lei se torna inoperante, tanto mais que, no Brasil, vigoram milhares de normas de diversos tipos, em incessante modificação, cujo conhecimento e cuja prática se revelam inviáveis a qualquer cidadão, que, ainda assim, está submetido ao inafastável dogma do princípio *ignorantia legis neminem excusat*.

O que, então, faz com que ainda haja nas cidades um resto de ordem? Que por enquanto não tenhamos resvalado para o caos absoluto e não estejamos debandando para a vida selvática e anárquica, onde impera a lei do mais forte?

O principal fator de ordem é a convicção, da maior parte dos homens, de que devem obedecer; de que essa obediência é um dever e uma vantagem. A força do Estado não é ideada, não é construída para manter em ordem uma população que queira, inteira, sublevar-se; se isso acontecesse, também os policiais e os militares ficariam solidários com ela e adeririam ao motim.

O eixo principal da ordem – convém repetir – não é a força, mas a convicção, ainda que implícita, de que se deve respeitar a ordem. Ora, tal convicção está se evaporando. E aí se encontra o cerne do problema da criminalidade. Se as convicções estão se evaporando, quais as causas dessa evaporação?

2 As funestas conexões

As conexões do crime com a droga, com o permissivismo, com a televisão que freqüentemente faz propaganda do crime, têm sido estudadas por muitos sociólogos, e todos concluem que elas abalam justamente a convicção de que a ordem deve reinar na sociedade e, conseqüentemente, conduzem à indiferença.

Parafraseando Rui Barbosa, poder-se ia dizer que um criminoso dorme em cada um dos homens honestos que não seguem inteiramente a moral. Talvez

1 OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Revolução e Contra-Revolução*. 2ª ed., São Paulo: Diário das Leis, pág. 74.

esse criminoso não acorde nunca, ou seja, o homem não se torne um bandido, mas atua dentro da cabeça de seu hospedeiro, causando nele uma tendência para ser indiferente ou indulgente para com o crime. No fundo de seu subconsciente, esse homem pensa: “Eu não vou ser muito severo para com o delinqüente, para não ter de ser severo comigo mesmo”. Por exemplo: será fácil a quem não recua diante de pequenas trapanças nos negócios rejeitar inteiramente o roubo? Será fácil para quem se apoderou de milhões numa “jogada” condenar o pequeno ladrão que furta uma carteira numa feira livre? Essa situação psicológica enfraquece terrivelmente a sanção social que deveria haver contra o crime, além de outras situações que vão minando paulatinamente o sentimento de indignação contra o mal e a violência criminosa.

Havia, não há muito tempo, uma barreira de horror que separava o delinqüente do homem honesto. Essa barreira constituía a mais eficiente repressão ao crime. Hoje, está minguando a olhos vistos. A par de muita reação temperamental diante da delinqüência, há também uma atonia espantosa e uma quase indulgência em muitas rodas, de sorte que já não pesa sobre o criminoso a unanimidade da recusa nacional. Por outro lado, as autoridades que aplicam a lei poderiam receber mais apoio. A sanção social poupa o crime, mas muitas vezes não poupa o homem da lei que o reprime. Pelo contrário, o cumprimento do dever por este é visto com indiferença, quando não com antipatia: Fulano é um duro, um “radical”, um extremado, quase um extremista. E os delinqüentes são “pobres vítimas do capitalismo”...

Quase sempre é certo que o próprio bandido não praticaria o crime se tivesse sentido essa barreira de horror em seu quotidiano. Em sua casa, quem sabe, quantas vezes viu ele a família inteira presenciar na televisão, com indiferença, cenas infames? Faltou-lhe formação religiosa e moral adequada. Geralmente, tudo quanto podia desmontar nele as reservas morais contra o mal foi desmontado, antes da queda. Ele cai. É ainda a ausência dessa barreira de horror que faz com que ele possa contar com a passividade dos que presenciam o crime. Que tenha onde se esconder depois de praticá-lo. Que conte com uma punição leve, se apanhado. O criminoso sente que não há freios para sua tendência a fazer o mal. Então... faz o mal.

Assim, como se diz que “todos os caminhos levam a Roma”, também se poderia dizer que hoje quase todos os caminhos levam à indiferença. E, a partir da indiferença, muitos caminhos levam ao crime. É como se a sociedade dissesse: *Crime, continue, você nos diverte*. Não é de estranhar que, como dissemos, o quadro da delinqüência em nosso País se pareça com uma ladainha de maldições.

3 O falso caminho da liberalidade

Seria decerto uma temeridade rotular e reduzir a uma só teoria as diversas variações do pensamento punitivo e as tendências hoje dominantes na política criminal de muitos países. Em todo caso, há uma tendência, hoje, nos intelectuais de vanguarda do direito penal, de reviver uma ideologia iluminista, a qual gerou a Revolução Francesa de 1789. Tal ideologia remonta às idéias de Beccaria, a partir das quais a política penal se tem curvado a construções dogmáticas nem sempre fiéis às reais necessidades de inibição das condutas ilícitas, já que alicerçadas em pressupostos positivistas, como o contratualismo e o utilitarismo, dentre outros, derogatórios de um dever de justiça, fundado na natureza humana.

O ponto de partida não está na pseudoliberalização do homem do jugo socializante, mas no acesso metafísico à fundamentação da pena, no suposto de que a justiça penal está fundada sobre a noção de pecado², pois o crime perverte fundamentalmente a ordem universal do Governo Divino. Este princípio universal sobrepaira eternamente sobre as exigências concretas de cada comunidade política, pois do contrário cairia no puro historicismo, teria adquirido o caráter temporal, dramático e irreversível do histórico, acabando por sucumbir à dogmatização das proposições penais segundo o sabor ideológico dos juspolíticos, daqueles que fazem as leis.

Ao se libertarem do pecado, os homens se recusam submeter-se à Divina Vontade, à excelência e à majestade de Deus, que pode infligir-nos um mal. Todos os atos humanos, então, só dependem da liberdade, ou das boas ou más disposições de certos legisladores.

4 Começando a agir...

Ao alcance de todos os homens de boa vontade, há muitas providências concretas que podem ser tomadas contra o crime, e elas não devem ser negligenciadas. A impunidade legal, que muitas vezes o protege, deve cessar. A propaganda indecente que recebe de certa *mídia*, absolutamente, não pode continuar. Algo mais, entretanto, deve ser executado, numa esfera especial. Trata-se do ambiente geral do País, que não pode ser mudado, nem pela polícia, nem mesmo pelas leis. Já que o fundo do problema está numa crise do próprio homem, a solução deve partir de cada um de nós.

2 D'ORS, Álvaro. La Crisis de la Represión Penal, em *Parerga Histórica*. Pamplona: Eunsa, 1997, pág. 296.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL: ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OFICIAL (?)

Renato Marcão

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado fomentador de ilegalidades; 3. Ilegalidades comuns nas investigações e as interceptações telefônicas; 3.1. Reflexos na prova processual penal; 4. Conclusão.

1 Introdução

Conforme ENRIQUE R. AFTALIÓN, JOSÉ VILANOVA e JULIO RAFFO, “*la ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado al efecto (legislador) en forma deliberada, reflexiva y consciente, es decir, por medio de la palabra (en principio, escrita). Sintetizando dichos conceptos en una definición diremos: la ley es la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)*”.¹

No Brasil, entretanto, apesar de sua inegável generalidade, inúmeras vezes a lei não tem o mesmo sentido para todos e tem sofrido violações e desvirtuamentos, por parte do próprio Estado, por seus agentes, notadamente no campo

1 AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José e RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 591.

da persecução penal, sem que tais violações se encontrem destacadas no campo das preocupações que envolvem a segurança pública em sentido amplo.

É verdade sabida que inquieta todos, operadores do Direito ou não, a crescente escalada da criminalidade, conforme dão conta os noticiários e as estatísticas. As medidas preventivas adotadas pelos particulares também deixam transparecer tal realidade, e o mesmo não se pode dizer em relação às medidas adotadas pelo Estado, quando não ausentes, sem qualquer eficácia.

A realidade tem evidenciado o pânico a que se encontra submetida boa parte da parcela ordeira da sociedade, e, não raras vezes, as propostas de mudança legislativa, e até mesmo algumas das mudanças efetivadas, têm causado verdadeiro desconforto e indignação entre os juristas e operadores do Direito.

De ver-se, entretanto, que “virou moda” falar-se em “crime organizado” e voltarem-se as atenções apenas para aquilo que poderia ser tido ou classificado como ação orquestrada por organizações criminosas, deixando-se, ao total abandonado, a preocupação com a criminalidade difusa, desorganizada, alicerçada em problemas sociais, e que, na verdade, corresponde, segundo as estatísticas, a mais de 80% (oitenta por certo) dos crimes praticados diuturnamente.

É inegável, entretanto, que a soma das atividades desenvolvidas pela criminalidade organizada, e também pela desorganizada, atemoriza todos e reclama especial atenção. Entretanto, essa mesma atenção, não menos especial, também é preciso que se tenha em relação às atividades do Estado, desenvolvidas no enfrentamento do problema criminal, notadamente no campo das práticas investigativas, em que, não raras vezes, defrontamo-nos com ilícitos os mais variados; com violações flagrantes que se perpetuam impunes ao longo do tempo.

2 O Estado fomentador de ilegalidades

Os particulares, organizados ou não, praticam os crimes, as ilegalidades a que se propõem, e, bem por isso, algumas vezes, acabam punidos com a responsabilização estabelecida em lei.

Há, entretanto, uma série de ilegalidades praticadas pelo Estado que passam absolutamente impunes e, em relação a tal realidade, pouco ou quase nada se tem feito.

Em posição distante de qualquer referência ética, agindo de forma até

mesmo imoral, o Estado que busca punir quem violou a lei (sem ingressarmos, por aqui, em embate filosófico) tem agido, no mais das vezes, na mais absoluta ilegalidade, em todas as fases da persecução, da investigação criminal à execução da pena, e é claro que assim permanece, impunemente.

São constantes as violações a direitos humanos, e na valiosa lição de ARTHUR KAUFMANN, “según la opinión de muchos, los derechos humanos (la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos puede ser omitida en este contexto) son aquel componente fundamental de la ética y del derecho que es generalizable y posee, de hecho, validez universal. Los derechos humanos constituyen la más preciosa herencia que nos ha dejado el siglo XIX”.²

3 As interceptações telefônicas ilegais

Existem muitas ilegalidades que podem ser detectadas, com facilidade e razoável frequência, nas investigações criminais, entretanto, nenhuma outra é tão evidente quanto aquela decorrente das interceptações telefônicas.

Regulamentando o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, dispõe sobre a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Nos termos do art. 1º da referida Lei, a interceptação dependerá de ordem *do juiz competente da ação principal* e, a teor do disposto no art. 2º e seus incisos, “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer quaisquer das hipóteses seguintes”: “I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder se feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Não obstante a clareza do texto legal, o que se tem verificado muitas vezes (é claro que existem exceções) e até com muita evidência (só não vê quem não quer), é que as Polícias têm se utilizado da interceptação telefônica de forma ilegal e, depois da exitosa prisão em flagrante, sem que a existência da *escuta* venha à tona, justifica-se que as diligências se iniciaram em razão de “denúncia

2 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. trad. da 2ª edição por Luis Villar Borda e Ana María Montoya, Colômbia, Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 332.

anônima”.

A realidade preocupa.

Com efeito, sem dispor de outros meios materiais ou de inteligência acobertados pela legalidade sempre imprescindível às atividades do Estado, seus tentáculos têm agido muitas vezes na mais absoluta ilegalidade, de forma criminosa mesmo.

A pretexto de “combater” a criminalidade extra-oficial, reiteradamente “o Estado tem praticado crimes” para investigar e *coibir a criminalidade* que entende não estar nas suas esferas. É um círculo vicioso extremamente perigoso, pois não se pode conceber, com tranqüilidade, que *o Estado* pratique crimes ou ilegalidades para investigar crimes ou prender quem quer que seja, em flagrante ou não.

Além de tal conduta revelar o despreparo do Estado e de grande parte de suas autoridades, no combate legítimo e necessário à criminalidade, organizada ou não, expõe situação de inquietante gravidade, manifestada em violações de regras constitucionais; de direitos e garantias individuais tão caros a toda a sociedade, conquistados, não sem muito esforço, ao longo dos tempos.

Nem se tente justificar que tal agir estaria acobertado por *dolus bonus*. Crime é crime, e não é o praticado pelos agentes oficiais, ainda que emoldurados pelo pretexto dúbio e nada convincente, tampouco legítimo, de se combater a criminalidade, que deverá preocupar menos.

Muitas vezes, em razão da duração das atividades, do ajuste e volume de autoridades envolvidas nas investigações criminais em que se praticam interceptações ilegais, passando por diversas Instituições aparentemente sólidas e respeitabilíssimas envolvidas nesse campo, o que se está a vislumbrar é uma verdadeira “organização criminosa oficial”.

Ainda é importante mencionar a existência das interceptações telefônicas ilegais que, outras tantas vezes, *precisam aparecer* e acabam “esquentadas” em procedimentos vetustos com a alegação/justificação de tratar-se de desdobramento de outra(s) investigação(ões). Nesses casos, com muita certeza, tal prova não resistirá a uma análise cuidadosa, se consultado o procedimento em que acabou embutida (aquele que se diz que a ela deu origem), e a negativa de tal Direito à Defesa constitui flagrante cerceamento ensejador de nulidade absoluta do processo.

3.1 Reflexos na prova processual penal

Há que considerar, ainda, os inegáveis reflexos da interceptação ilegal na prova processual penal, trata-se de prova ilícita por excelência.

Nesse passo, convém citar MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI³, que assim doutrina: “Como instrumento democrático de concretização do direito material, deve o processo penal ser conduzido com observância rigorosa da forma legitimamente prescrita em lei. Do contrário, e ainda que o direito material tivesse sido aplicado por intermédio de uma condenação, é certo que o meio utilizado se aproximaria das formas comuns a um Estado descompromissado com o direito, o que, convenhamos, atuará como fator de inviabilização da implementação da cultura do respeito ao ordenamento jurídico legitimamente estabelecido. Ao se assumir, definitivamente, o posicionamento de que a responsabilidade pela desconsideração da prova ilícita, em tese útil à condenação, será única e exclusivamente do Estado, por-se-á fim ao vício comodista de se buscar malabarismos processuais destinados, apenas, a convalidar condutas ilegais. Romper-se-á, dessa forma, com o comodismo vicioso que permeia o Estado, prevenindo a consumação de violações ao direito material e estimulando-o a aprimorar os seus mecanismos de investigação, de modo a adequá-los ao ordenamento jurídico e não contrário”.

E segue o Magistrado: “Nesse sentido tem convergido o entendimento do Supremo Tribunal Federal. ‘É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos fundamentais da pessoa humana, valor que sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático’. Diante de tal quadro, resta claro que a iniciativa instrutória do julgador não poderá recair sobre provas proibidas, quer sejam estas ilegítimas, quer sejam ilícitas. Afinal, a cláusula do devido processo legal impõe a este sujeito processual o dever de observância do respeito aos direitos fundamentais, não admitindo, portanto, que a obtenção de provas úteis à

3 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160.

formação de sua convicção, ou mesmo esclarecimento de pontos relevantes, seja concretizada com desrespeito à liberdade, à intimidade e à integridade física, bem como com violação aos ditames processuais”.

E arremata de forma irretocável: “Na verdade, caberá ao Estado investir sempre em meios e modos que permitam obter provas por meios lícitos e não permanecer na expectativa de que a situação de uma prova obtida ilicitamente venha a ser contornada pelo Estado-juiz”.

Não há como negar que a interceptação telefônica desautorizada se ajusta às observações acima transcritas.

A lei, como comando geral e abstrato, deve ter o mesmo valor para o particular e para o Estado.

É de GUSTAV RADBRUCH a lição no sentido de que “já sabemos que direito é, formalmente, apenas aquilo que pode ter o sentido de ser justo: um intuito de justiça. Mas quem diz justiça, diz igualdade. Uma disposição jurídica, por exemplo, que só visasse alguns indivíduos e certos casos individuais, não seria direito mas arbítrio”.⁴

4 Conclusão

É preciso combater a criminalidade, seja qual for sua denominação.

Todavia, para o exercício de tal atividade, não pode o Estado, por seus agentes incumbidos da persecução criminal, em sentido amplo, fomentar a ilicitude com a prática de outros crimes e ilegalidades as mais variadas.

É preciso respeitar o Estado de Direito.

É preciso respeitar o Direito, e, na irretocável expressão do mesmo RADBRUCH, “a idéia de direito, porém, não pode ser diferente da idéia de Justiça”.⁵

Existem implicações éticas e morais que não podem ser desprezadas e,

4 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed., Coimbra, Arménio Amado, 1997. p. 86.

5 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed., Coimbra, Arménio Amado, 1997. p. 86.

para não nos alongarmos demais no assunto, basta dizer que cabe ao Estado dar o melhor exemplo de como cumprir a lei. Também é injustificável, a qualquer título, a prática de *crimes para coibir crimes*.

A prova decorrente de interceptação telefônica não amparada em lei é manifestamente ilícita e danosa ao processo, ao réu e à sociedade.

Os crimes patrocinados pelo Estado serão sempre mais graves do que quaisquer outros praticados pelos particulares, organizados ou não.

DIREITO AMBIENTAL E OS CRIMES COMETIDOS PELA PESSOA JURÍDICA

Rodrigo Goetten de Almeida

Bacharel em Direito

Todo o homem deve saber do fundo do seu coração o que é certo e o que é errado. Quando não consegue ouvir seu coração, deve ser alertado pelo rumor social difuso.

E quando finge não ouvir a voz admoestadora da sociedade, deve ser constringido a fazer o que lhe determinam os gritos da lei.

(ALBERTO OLIVA, filósofo)

1 Introdução

Por expressa disposição constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cuja obrigatoriedade de preservação, para esta e futuras gerações, atribui-se ao poder público e à coletividade (art. 225).

Contudo, mesmo considerado como direito de terceira geração, que constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, no mais das vezes, o meio ambiente foi relegado a um segundo plano, por tratarem os interesses ecológicos de questões de somenos importância.

Enquanto isso, a usurpação dos recursos naturais no Brasil aumentou em equação diretamente proporcional à omissão do poder público e da própria coletividade. Os exemplos só não são maiores do que os desastres causados: na década de 80, em Rondônia, a taxa de desmatamento da floresta amazônica atingiu a ordem de 35 mil km² por ano, o equivalente a um campo de futebol (1 hectare) a cada 5 segundos¹. Nos anos 90, a média nacional de desmatamento caiu para 17.340 km², chegando a 25.400 km² em 2002².

Todos esses dados refletem um problema mundial: um estudo publicado, em 2002, na Revista da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos³ diz que desde 1999 a economia está absorvendo 120% da capacidade produtiva do planeta, ou seja, os recursos naturais da Terra estão sendo utilizados mais depressa do que o planeta consegue renová-los.

Pela chamada Hipótese de Gaia, a Terra e sua atmosfera funcionam como um organismo autoregulador, abrangendo um complexo sistema biológico de solo, plantas e animais que fazem parte de um contínuo ciclo vital.

Lamentavelmente o povo começa a compreender a magnitude do impacto causado pela má utilização dos recursos naturais. A interdependência do Homem com a Terra, senão implementado um consumo sustentável dos recursos disponíveis, redundará na falência de um, outro ou ambos. As alterações ambientais, muitas vezes, são perceptíveis a médio e longo prazo quando os danos causados já não podem ser reparados.

Mais lamentável ainda é que, mesmo presentes nos dias atuais, as mudanças climáticas, o aquecimento global, a herança genética inquinada pelo uso desordenado de compostos químicos, entre outros tantos problemas oriundos da leviandade generalizada nessa seara, não se conseguiu incutir a consciência ecológica na sociedade.

Possuindo as maiores reservas de água potável do mundo, também é, no território brasileiro, onde se registram os mais altos índices de desperdício: 40% da água potável destinada ao consumo humano⁴. Um roteiro dos crimes ambientais,

1 HIROTA, Márcia. *Agressões ao meio ambiente: como e a quem recorrer*. 3. ed. São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica, 2002. p. 23.

2 *O GLOBO*. 13 fev. 2004. Primeiro Caderno. Economia. p. 28.

3 HIROTA, Márcia. Ob. cit. p. 9.

4 Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br>>. Acessado em 22 fev. 2004.

efetuado pela Polícia Federal⁵, aponta que a biopirataria está presente em quase todos os estados da nação.

Nesse particular, há que se destacar que o contrabando de animais silvestres é tão poderoso no mundo que fica atrás apenas do tráfico de drogas e armas, movimentando anualmente um valor estimado entre US\$ 10 e 20 bilhões, e o Brasil participa com aproximadamente 900 milhões desse total⁶.

No território catarinense, especificamente, as infrações ambientais estão ligadas à poluição de mananciais por meio de uso indiscriminado de agrotóxicos, em áreas de aterro e dejetos carboníferos e de criação de suínos no oeste; o desmatamento de árvores nativas da Mata Atlântica; a retirada de araucária, árvores nobres e palmito de parques nacionais, estaduais e municipais; e a destruição de mangues, dunas e restingas⁷.

Por fim, as revoluções tecnológicas que marcaram o fim do século XX e o início do século XXI imprimiram uma nova velocidade e aumentaram significativamente a capacidade e o volume da produção de bens e serviços. Os progressos alcançados pela informática, a robótica, a microeletrônica, a biotecnologia, a ciência dos materiais e outras áreas do conhecimento multiplicaram as possibilidades de progresso e desenvolvimento. Mesmo assim, dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento indicam que 1,3 bilhão de pessoas sobrevive, no planeta, com menos de um dólar por dia; 3 bilhões vivem com menos de dois dólares; 1,3 bilhão carece de água potável; 3 bilhões não dispõem de saneamento básico e 2 bilhões não desfrutam dos benefícios da energia elétrica⁸.

Todos esses dados numéricos convergem para um só ponto: o apocalíptico Armagedon, em algumas décadas, terá um liame drástico e indelével com o meio ambiente, ou melhor, com o tratamento a ele dispensado. Sem nenhum extremismo, é apenas uma questão de tempo; como foi dito certa feita⁹, a degradação

5 *JORNAL DO BRASIL*. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br>>. Acessado em 14 out.2003.

6 HIROTA, Márcia. Ob. cit. p. 15.

7 *JORNAL DO BRASIL*. Ob. cit.

8 PETROBRÁS. *Relatório anual de responsabilidade social 2001*. Rio de Janeiro: Editora Gráficos Burti, 2001.

9 FELDMANN, Fávio. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo: RT, 1993. p. 5.

(dano) do meio ambiente, pois, tem tudo a ver com a sorte dos povos, seu sucesso ou sua decadência.

2 Direito Ambiental

A preocupação com o meio ambiente remonta à origem da civilização, até mesmo porque o equilíbrio ecológico coaduna-se com questões de saúde pública ou interesses econômicos. Desde o Brasil Colônia, têm sido criados mecanismos legais de regulamentação do uso da floresta, os quais raramente visaram a defesa da integridade da Mata Atlântica. Ainda em 1502, o corte do pau-brasil só podia ser feito com a autorização da Coroa Portuguesa, mas só em 1697 foi assinado o alvará que o colocou sob monopólio (alvará este revogado em 1834). Uma Provisão de 17/10/1754 proibiu o corte, sem exame prévio, de todas as árvores produtoras de madeiras presentes em terras de uso exclusivo da Coroa, **visando a preservação das espécies adequadas à construção naval**¹⁰.

10 Antes de 1795, a monarquia definiu as espécies vegetais que deveriam ser preservadas e publicou uma lista de árvores, todas úteis para a construção naval. Desta lista, nasceu a expressão “Madeira de Lei”. A Carta Régia de 13 mar. 1797 declarou serem da propriedade da Coroa *“todas as Mattas, e Arvoredos que estão à borda da Costa, ou de rios navegáveis, e dá as providências para sua conservação”*. É do mesmo ano o alvará que criou o cargo de Intendente da Marinha, sendo uma de suas obrigações visitar as matas da capitania para se informar *“do que se pode fazer para estender, segurar e economizar os cortes das madeiras”*. A partir de 1798, a autorização para o corte passou a ser exigida, também, às propriedades privadas. Em 1799, foi escrito o primeiro regulamento de cortes de madeiras para o Brasil, com minuciosas determinações sobre o modo de abater as árvores, serrá-las, marcá-las e enviá-las para Portugal. Segundo o parágrafo 14, *“todas as madeiras fabricadas nos Reais Cortes deverão ter uma Marca Real e uma letra indicativa do Corte de onde foram extraídas, posta na cabeceira do pau com fornos competentes”*. O mesmo regulamento dizia que os Juizes Conservadores deveriam fiscalizar, regulamentar e autorizar o corte das madeiras de lei. Preocupados com o desaparecimento das madeiras de lei da costa brasileira, uma instrução para o reflorestamento das áreas desmatadas foi criada em 1802. Em 1817, saiu um alvará criando “coutos”, isto é, áreas preservadas, em torno das nascentes que alimentavam o Aqueduto da Carioca, devido às constantes faltas de água na Cidade do Rio de Janeiro. Nestas áreas, ficaram proibidos o corte de árvores, lenha ou mato e qualquer plantação. O governo, em 1825, reafirmou a proibição de conceder licenças a particulares para cortar pau-brasil, peroba e tapinhoã. O código criminal de 1830 prevê uma relação de penalidades para quem cortasse madeiras ilegalmente e, em 1886, foi elaborada a primeira lei sobre o delito do incêndio. No mesmo ano, o Império

O intento preservacionista do Direito Ambiental surgiu de pouco tempo para cá, quando o antropocentrismo humano foi gradativamente quedando-se no mesmo sentido que o dualismo arraigado no seio social, separando o Homem do meio ambiente, prostrou-se ante a fragilidade do Planeta Terra, perceptível no decorrer dos anos. Como asseverou Sílvia Minicucci de Oliveira¹¹, a mudança da percepção de que os problemas ambientais não se reduzem à poluição decorrente da industrialização, mas abrangem uma esfera complexa e constituem um perigo mundial que coloca em risco a humanidade, no presente e no futuro, foi marcante para a inserção do tema no discurso dos direitos humanos.

Assim, o objetivo do direito do meio ambiente, por sua finalidade aparente e característica de preservação da natureza, leva fundamentalmente, à **proteção do homem**, que, em conseqüência, possui um direito à conservação da natureza em complemento aos outros direitos garantidos aos indivíduos¹².

Convém destacar que, consoante ensina Vladimir Passos de Freitas¹³, o Direito Ambiental, apesar da evolução que o assunto vem experimentando nos últimos anos, não é totalmente aceito. Reluta-se em receber um ramo novo do Direito que se distingue de todos os demais. É que o Direito Ambiental, mesmo sendo autônomo, é dependente dos tradicionais ramos do Direito. Com efeito, é impossível imaginar o Direito Ambiental alheio ao Constitucional, ao Civil, ao Penal e ao Administrativo. Mas é impossível também entendê-lo como mera fração parte de quaisquer das vertentes citadas. É preciso, pois, encará-lo como algo atual, fruto das condições de vida neste milênio e, por isso mesmo, dotado de características e peculiaridades novas e incomuns.

permitiu o desmatamento em propriedades particulares sem autorização. Com a Proclamação da República, os estados ganharam autonomia e assumiram a responsabilidade da legislação regional. Em Santa Catarina foi decretada a Lei no 997, em 1914, na qual se criou o “Serviço Florestal”, regulamentando o corte de lenha e estabelecendo as primeiras normas locais para reconstituição das florestas. O Estado autorizou a criação de “florestas protetoras” e “reservas florestais” em 1928. (Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro. 2000. *Mata Atlântica 500 anos*. Rio de Janeiro. Jardim Botânico do Rio de Janeiro. CD-ROM - multimídia).

11 OLIVEIRA, Sílvia Minicucci de. *et al. Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 91.

12 WOLFF, Simone. *Legislação ambiental brasileira, grau de adequação à Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília: MMA, 2000. p. 12.

13 FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

Enfim, o Direito Ambiental é um conjunto de normas e regras de conduta, cujo desiderato precípua é ordenar as ações humanas de modo a fomentar o uso racional dos recursos naturais, preservando-os para as gerações presentes e futuras. Para tanto, possui caráter multidisciplinar com ramos afins (Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, Direito Internacional) ou ciências alheias (Ecologia, Economia, Antropologia, Sociologia, Matemática, Estatística, etc), sem, contudo, perder a autonomia e legitimidade.

3 A pessoa jurídica delinqüente

A pessoa jurídica, fruto da organização humana que conjuga capital e trabalho na consecução de objetivos comuns – empresa, empreendimento –, mesmo criada como ente fictício, teve, no decorrer dos anos, reconhecida sua personalidade jurídica. A evolução histórica concedeu um reconhecimento normativo de sua personalidade, dando aos entes coletivos, por objeto de regulação jurídica, capacidade ativa e passiva nos seus atos gerenciais, bem como perante o exercício de atividades judiciais e extrajudiciais.

Tem-se, pois, o reconhecimento da realidade das pessoas jurídicas e mais, com capacidade de ação e vontade. A pessoa física gerenciadora das atividades da pessoa jurídica funcionava como seu cérebro, compondo um corpo único e indissociável: a própria pessoa jurídica. Tal consenso perdura até os dias atuais: **a pessoa jurídica é o gênero, do qual são espécies os órgãos dirigentes e o proletariado.** Aqueles detentores do poder de mando idealizam e dirigem o intento, enquanto os prepostos realizam a conduta, lícita ou ilícita; mas, toda ação ou omissão, nesse contexto, é perpetrada pelo todo, a pessoa jurídica.

Assim, há o reconhecimento da capacidade de ação e vontade, sendo atribuída aos entes coletivos a responsabilização, nas esferas civil e administrativa, quando ocasionarem lesão a interesse juridicamente protegido, ou conduzirem suas ações em desconformidade com as determinações legais.

Contudo, sob o prisma ambiental, a tutela civil e administrativa não logrou refrear as agressões ecológicas historicamente perpetradas e arraigadas na sãna do desenvolvimento a qualquer custo bem como na máxima *privatização de lucros e socialização de perdas*. A responsabilização civil, no mais das vezes, dá cabo à prestação jurisdicional quando já dilapidado (ou desviado) o patrimônio

do agressor, no intuito, evidentemente, de procrastinar a tutela ambiental; ou quando o meio ambiente, já agredido, sofreu conseqüências ainda mais graves com a demora da demanda. Sob o viés do Direito Administrativo, de igual forma, como consectário dos princípios inescusáveis do contraditório e da ampla defesa, tem-se uma resposta estatal não muito animadora, considerando, *v.g.*, que, no ano de 2000, no estado de Santa Catarina, apenas **6% das multas** aplicadas pelo IBAMA foram recolhidas aos cofres públicos¹⁴. Em ambos os casos, os infratores se homiziam na demora do trâmite das ações e/ou recursos, fazendo com que o meio ambiente já agredido agonize aguardando soluções.

Nesse particular, inovou o legislador constituinte, porquanto impingiu responsabilidade administrativa e civil cumulativas – esta última objetiva – aos infratores ambientais, pessoas físicas ou jurídicas. Foi além, ainda, ao reconhecer a cumulatividade dessas tutelas com a **responsabilidade penal**, também atribuída às pessoas físicas e **jurídicas** (art. 225, § 3º).

Contudo, um dispositivo constitucional que quebra o dogmatismo penal clássico atrelado ao axioma *societas delinquere non potest* não teria auto-aplicabilidade, ficando sem qualquer aplicação a possibilidade de responsabilização criminal dos entes coletivos, por quase uma década, até a entrada em vigor da Lei dos Crimes Ambientais, em 25 de fevereiro de 1998.

Regulamentando o preceito constitucional, determinou o legislador ordinário que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente**, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (art. 3º).

Ora, conservar só a responsabilidade da pessoa física diante dos crimes ambientais é aceitar a imprestabilidade ou a inutilidade do Direito Penal para colaborar na melhoria e recuperação do meio ambiente¹⁵. O combate aos crimes contra a Humanidade, especialmente vinculados à associação – delinqüencial ou empresarial –, deve ser buscado por meio de novos mecanismos penais. As teorias conservadoras devem-se contrapor à criatividade e à proteção efetiva da

14 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso Criminal. Denúncia Rejeitada. Recurso criminal n. 00.020968-6. Relator Desembargador Sólon d’Eça Neves. Net. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acessado em 18 abr. 2003.

15 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

qualidade de vida no planeta¹⁶.

Ao revés da pacificação da matéria, com o conseqüente reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que se viu foi a instauração de verdadeira celeuma, engendrada pela alegação das mais variadas teses contrárias, cujo escopo seria, inevitavelmente, reduzir o texto legal à inutilidade.

Com efeito, argumentar com outros raciocínios, é querer negar cumprimento à Carta Magna e à lei. É querer impor o pensamento próprio, por mais respeitável que seja, ao que decidiu o Poder Constituinte e Legislativo; ou seja, uma tal resistência é manifestamente **ilegítima**. Feita a opção política, cabe aos operadores constituir o caminho dogmático necessário a realizar a vontade do legislador. O entendimento divergente, vencido no debate político, deve se submeter às regras do jogo democrático¹⁷. E nesse norte já se decidiu¹⁸ que um direito penal montado dogmaticamente sobre uma experiência individualista nunca poderia atingir as sociedades. E foi por meio delas, com seu uso, que os criminosos passaram a agir com o objetivo de lucro e vantagens. Disso tudo resultou que as ações complexas, no mundo internacional dos negócios, têm como protagonista o poder econômico das sociedades e não simplesmente o das pessoas físicas. Desconhecer isso é desviar os olhos da realidade, uma volta à época em que se pretendia negar personalidade jurídicas às sociedades, quando essas surgiram. Ihering criticava o formalismo jurídico, afirmando que a vida não deve submeter-se aos princípios, e sim **os princípios haverão de modelar-se à vida**.

As teorias que se contrapõem ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas são atinentes à culpabilidade, ao princípio da personalização das penas, à responsabilidade penal objetiva e à eventual inconstitucionalidade do art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais.

16 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. *Habeas corpus*. Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. *Habeas corpus* n. 8.150/SP. Relator Desembargador Lagrasta Neto. *Boletim IBCCRIM. Jurisprudência*. São Paulo, SP, Editora Ativa/M, Ano 10, n.º 116, p. 621-622, jul. 2002.

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança. Processo Penal. Ambiental. Ampla defesa. Denúncia inepta. Mandado de Segurança n. 2002.04.01.054936-2/SC. Relator Desembargador Federal Vladimir Freitas. Net. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acessado em 18 abr. 2003.

18 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança. Crime contra o meio ambiente. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Possibilidade. Mandado de Segurança n. 2002.04.01.013843-0/PR. Relator Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva. Net. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acessado em 18 abr. 2003.

A **culpabilidade**, entendida como senso de censurabilidade e reprovação, que recai sobre autor de fato criminoso, admitida a capacidade de ação e vontade, não traduz qualquer obstáculo, pois a reprovabilidade da conduta de uma empresa funda-se na exigibilidade de conduta diversa, a qual é perfeitamente possível¹⁹. Sob a ótica do ordenamento civilista, a pessoa jurídica possui realidade objetiva, reportando-se à teoria de Otto Gierke, motivo pelo qual essa teoria é a que melhor atende a essência da pessoa jurídica por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade objetiva²⁰. A pessoa jurídica nasce, na estrita definição do vocábulo, nos parâmetros do Direito Civil, devendo, para tanto, ser orientada por seus preceitos inerentes, ou seja, a realidade objetiva. Inicialmente, é forçoso concluir que não há lógica na atribuição de responsabilidade criminal a quem não pensa. Entretanto, também não há lógica em responsabilizar civilmente alguém que não decide. Se o pragmatismo impôs o reconhecimento da personalidade jurídica às sociedades, é ele novamente que há de imperar para atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica. Não pode o sistema sucumbir diante do crime empresarial sem qualquer reação a ações que se constituem no verdadeiro mal social²¹. Em suma, a culpa não está no espírito do autor do fato, mas dentro da regra, criada por ela. A conduta desconforme ao direito acarreta a responsabilidade penal. Exigência de comportamento adequado é um conceito estritamente normativo²².

De igual forma, o **princípio da personalização de penas** não é infringido pela responsabilização penal dos entes coletivos. Toda e qualquer condenação acarreta, indubitavelmente, efeitos que extrapolam a pessoa do condenado, atingindo muitas vezes um número indeterminado de indivíduos. Conforme asseverado por Sergio Salomão Schecaira²³, quando há uma privação de liberdade de um

19 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

20 REIS, Rômulo Resende. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a lei dos crimes ambientais. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, SP, Faculdade de Direito de Bauru/SP, Instituição Toledo de Ensino, Editora Edite, Divisão Jurídica, n.º 33, p. 371-383, mar. 2002.

21 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança n. 2002.04.01.013843-0/PR. Ob. cit.

22 Idem.

23 SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

chefe de família, sua mulher e seus filhos se vêem privados daquele que mais contribui para o sustento do lar. De mais a mais, o que contraria o princípio da personalidade das penas, gerando inconstitucionalidade (art. 5º, XVI, CF), é uma imputação penal direta a terceiros por fato de outrem e não os reflexos inerentes às sanções em geral, que constituem um mal necessário ou inevitável. Esse prejuízo a terceiros é tão inseparável de qualquer punição que o mesmo problema persistiria se a responsabilidade das pessoas jurídicas se mantivesse somente nas esferas civil e administrativa²⁴.

A **responsabilidade penal objetiva** continua sendo inadmissível neste Estado Democrático de Direito, não tendo a Lei dos Crimes Ambientais inovado nessa seara. Antes de qualquer argumentação, deve-se destacar que a pessoa jurídica poderá ser desconsiderada, quando se transformar em obstáculo à persecução criminal (art. 4º). Ainda, para o reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito ativo de infração penal, três ponderações hão de ser distintas, conforme preceitua o art. 3º: primeiro, a responsabilidade pela infração cometida deve ser auferida individualmente, tanto para pessoas físicas como jurídicas, uma não elidindo a outra; segundo, a decisão da ação ou omissão que culminou com a infração ambiental deve ser tomada pelo representante legal ou contratual, ou pelo órgão colegiado; por fim, tal decisão deve ser tomada no interesse ou benefício da entidade. A responsabilidade penal, pois, permanece **subjéctiva e individual**, tanto para pessoas físicas quanto jurídicas.

Com referência à eventual **inconstitucionalidade** do art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais, uma vez mais o argumento utilizado falece na própria essência do preceito constitucional. Se a própria Constituição admite expressamente a sanção penal à pessoa jurídica, é inviável interpretar a lei como inconstitucional, porque ofenderia outra norma que não é específica sobre o assunto. Tal tipo de interpretação, em verdade, significaria estar o Judiciário a rebelar-se contra o que o Legislativo deliberou, cumprindo a Constituição Federal²⁵. **A pecha da inconstitucionalidade não recai sobre a Lei dos Crimes Ambientais, pois, caso contrário, recairia sobre a própria Constituição.**

24 CABETE, Eduardo Luiz Santos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica – breve estudo crítico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, RJ, ano 98, v. 359, p. 81-100, jan./fev. 2002.

25 FREITAS, Vladimir Passos de. Ob. cit.

Conforme entendimento jurisprudencial²⁶, um corpo de normas, como é o caso típico de uma constituição, constitui uma unidade. Ao ser editada a constituição, presume-se a validade de todas as normas que a compõem. Se há dificuldade de aplicação de alguma regra, porque em aparente confronto com outra, faz-se necessário proceder à interpretação que salve o texto. Não há regras institucionais ou legais inúteis. Sempre podem ter aplicação com uma interpretação adequada. Portanto, o preceito que atribui responsabilidade penal às pessoas jurídicas tem presumida validade e a adaptação de sua existência com as garantias criminais há de receber interpretação como a que se fez acima, ao analisar os componentes da imputação penal às sociedades. O argumento de que a responsabilização criminal da pessoa jurídica encontraria obstáculo nas garantias individuais não procede, a não ser que o preceito estivesse inserido em emenda constitucional. E mais, não é crível que a Constituição tenha sugerido a responsabilidade administrativa e cível para as pessoas jurídicas e a responsabilidade penal apenas para as pessoas físicas. É plenamente compatível com os princípios constitucionais da culpabilidade e da individualização da pena a moderna tendência insculpida na Constituição Federal e na Lei nº 9.605/98 de criminalizar condutas e responsabilizar por suas atividades os entes morais. Por outro lado, ainda é forçoso concluir ser irrespondível o argumento de que, se não fora para criminalizar condutas das pessoas jurídicas, para que se haveria de inserir no texto a norma do § 3º? O Legislador não se utiliza de palavras inúteis, razão pela qual é extreme de dúvida que a CF nada mais fez do que reconhecer e admitir o princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica²⁷.

Por fim, pelo simples prazer de argumentar, a ausência de dispositivos legais específicos atinentes ao rito utilizado para a persecução criminal das pessoas jurídicas não tem o condão de negar sua aplicabilidade. Conforme ensinado por Ada Pellegrini Grinover²⁸, considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no sistema, ainda que latente e inexpressa,

26 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança n. 2002.04.01.013843-0/PR. Ob. cit.

27 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal. Crime contra o meio ambiente. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Possibilidade. Mandado de Segurança n. 2001.72.04.002225-0/SC. Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro. Net. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>. Acessado em 15 fev. 2004.

28 GOMES, Luiz Flávio. Coord. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito. Assim, por analogia, a regra processual penal poderá ser implementada também pelos preceitos do processo civil e, por que não, trabalhista, v.g., a substituição de representante legal por gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, quando da ocasião do interrogatório (art. 843, § 1º, da CLT).

4 Sanções Previstas

Talvez o argumento mais simplório utilizado para rechaçar a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja o atinente à sanção. Fundado no clássico binômio crime-prisão, há quem defenda a impossibilidade de se enclausurar um ente coletivo, o que, de fato, não é possível.

De qualquer sorte, as penas privativas de liberdade não são as únicas existentes no âmbito penal e, principalmente, em face do atual estágio das políticas criminais e da criminologia, não são as medidas mais desejáveis. A pena de prisão surge no cenário atual como medida extrema de *ultima ratio* a ser utilizada somente naqueles casos em que não restem alternativas menos gravosas para a solução dos problemas²⁹.

Nessa seara, inovou o legislador ambiental, até porque precedeu à legislação despenalizadora inserta no ordenamento pela Lei nº 9.714/98, prevendo a multa, a pena restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade, como a resposta estatal às infrações perpetradas. Tais sanções são aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 21).

A pena de **multa** será calculada pelo mínimo de dez e, no máximo, trezentos e sessenta dias-multa, os quais serão deduzidos pelo magistrado por equação de valor não inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo vigente na data do fato, e não superior a cinco vezes esse patamar (art. 49, *caput* e § 1º, do Código Penal).

Com relação à pena restritiva de direitos, é subdividida em **suspensão total ou parcial de atividades** (quando não houver obediência às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente); **interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade** (nos casos de funcionamento sem a devida autorização, em desacordo com a concedida ou com violação de disposição legal ou regulamentar); e a **proibição de contratar com o**

29 CABETE, Eduardo Luis Santos. Ob. cit.

Poder Público bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, por prazo não superior a dez anos.

Já a prestação de serviços à comunidade divide-se em: **custeio de programas e projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; e a contribuição a entidades ambientais ou culturais públicas.**

Abre-se um parêntese para a liquidação forçada (art. 24 da Lei dos Crimes Ambientais), imposta quando a pessoa jurídica for constituída ou utilizada com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental, e tida por muitos como inconstitucional por ser sinônimo de *pena de morte* da empresa.

A princípio, não deve ser considerada como pena, e sim efeito da condenação, até mesmo porque as penas cabíveis às pessoas jurídicas encontram-se elencadas exaustivamente no art. 21, da Lei dos Crimes Ambientais, sejam elas a multa, a restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade, todas já tratadas. Noutro vértice, duas circunstâncias são absolutamente distintas, relativa à pessoa jurídica *constituída* ou *utilizada* com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de infrações ambientais.

Na primeira hipótese, não há a morte do ente coletivo porquanto ele jamais nasceu no mundo jurídico. Explica-se. Diferentemente das pessoas naturais, começa a existência legal da pessoa jurídica com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (art. 45 do Código Civil). Trata-se, pois, de um negócio jurídico realizado com escopo precípua de literalmente dar vida a uma pessoa moral. Considerando que sua **criação** (constituição) objetiva tão-somente a prática, facilitação ou ocultação de crimes ambientais, ou seja, um objeto ilícito, tal negócio jurídico é inteiramente nulo (art. 166, inciso II, do Código Civil), portanto insuscetível de confirmação, tampouco convaléscente pelo decurso do tempo (art. 169 do Código Civil). Assim, como consequência lógica e derivada da persecução criminal, nada resta senão o cancelamento do registro empresarial, efetivando-se por conseguinte a liquidação forçada da empresa.

Efeito distinto sofrerá a pessoa jurídica **utilizada** para praticar, facilitar ou ocultar delitos ambientais. Presumidamente oriunda de um negócio jurídico perfeito e com objeto lícito, no decorrer de sua trajetória, desvirtua-se de sua finalidade, agindo, preponderantemente, com interesses escusos, sob a ótica ambiental, ou seja, flagrantemente contrários a todo e qualquer fim social. Este, por sua vez, torna-se completamente inexequível, o que justifica a dissolução judicial da pessoa moral, por analogia ao art. 1.034 do Código Civil, e posterior liquidação forçada.

Por fim, não se pode olvidar a aplicação da Lei nº 9.099/95 nas infrações penais-ambientais cometidas por pessoas jurídicas. No dizer de Ada Pellegrini Grinover³⁰, o caráter “reparatório” da justiça criminal, que já havia sido adotado com patente clareza na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), pode ter encontrado seu apogeu na recente Lei Ambiental (Lei 9.605/98), que, com efeito, ao cuidar dos institutos da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”, conferiu relevância ímpar à “reparação do dano ambiental”. A Lei Ambiental brasileira privilegiou claramente, no momento da criminalização (*in abstracto*), a sanção de natureza “penal”, porém não numa concepção puramente dissuasória, intimidatória, mesmo porque, *in concreto*, a preocupação primeira é com o restabelecimento do meio ambiente lesado.

Em ambos os institutos da justiça consensual, almeja-se a reparação do ambiente degradado o que, por si só, já representam mecanismos jurídicos condizentes com os preceitos ambientais hodiernos.

Ademais, com forte nos princípios da celeridade, oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, todos orientadores dos juizados especiais cíveis e criminais, a resposta estatal será rápida e eficiente, fazendo cessar a agressão, recuperando o dano e, por fim, reprimindo novas investidas.

5 Crimes Ambientais no Planalto Catarinense

Objetivando demonstrar a ocorrência de infrações ambientais perpetradas por pessoas jurídicas no Planalto Catarinense, buscou-se compilar os dados da atuação da Polícia Ambiental no ano de 2002, passando à pesquisa de procedimentos instaurados através do Sistema de Automação do Judiciário.

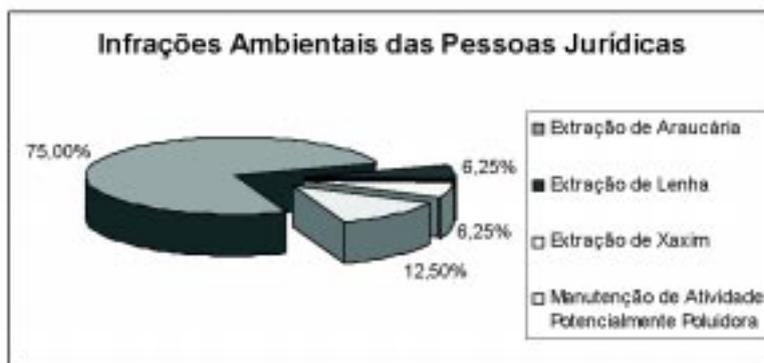
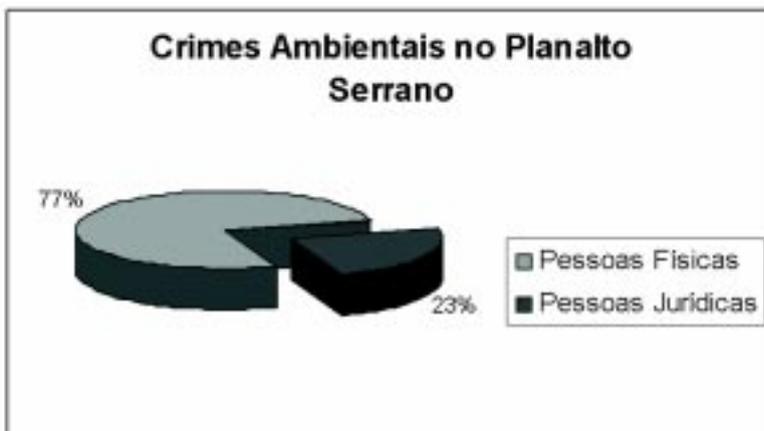
Atendendo 24 municípios do estado de Santa Catarina, o 5º Pelotão de Proteção Ambiental, com sede no município de Paineira, registrou no ano de 2002, 142 (cento e quarenta e duas) ocorrências ambientais, das quais 32 (trinta e duas) envolviam 45 (quarenta e cinco) empresas.

Conforme esposado antanho, restou evidenciada que, nessa região em particular, a extração de *Araucaria angustifolia* lidera o número de ocorrências. As infrações registradas envolvem **350,822m³** de araucária, além de **328**

30 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Juizados especiais criminais. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

árvores não apreendidas. Há, ainda, o registro de **14,34m³** de xaxim extraído de forma ilegal, bem como **5,544m³** de lenha (mais 10 hectares sem apreensão). Os demais registros referem-se à manutenção de atividade potencialmente poluidora (postos de gasolina e beneficiamento de cereais).

Tem-se, então, a seguinte representação gráfica:

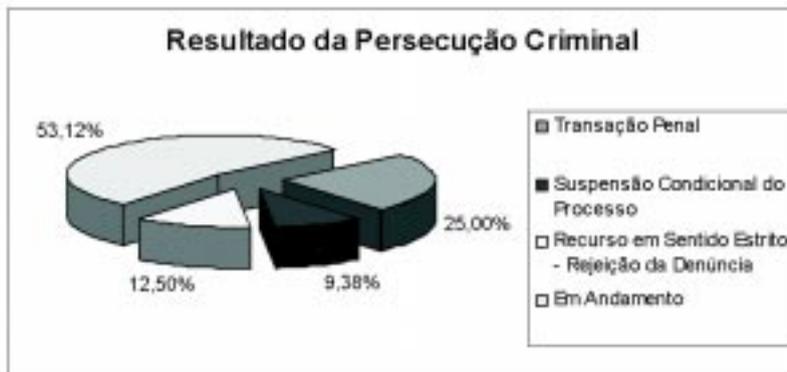


Fonte: 5^o Pelotão de Polícia Ambiental

Remetidos os procedimentos instaurados à apreciação do Poder Judiciário, os autos foram instaurados como Termos Circunstanciados que findaram na justiça consensual ou serviram para deflagração de ação penal.

Em alguns casos, demonstrando a não-aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a denúncia oferecida foi rejeitada pelo magistrado, tendo o Órgão do Ministério Público ofertado recurso em sentido estrito para dar prosseguimento à persecução criminal.

Eis os dados:



Fonte: Sistema de Automação do Judiciário

Infere-se, pois, comprovados por dados práticos, que a matéria não é totalmente pacífica, ante a rejeição da denúncia ofertada em alguns casos. Noutro vértice, a aplicação do rito dos Juizados Especiais Criminais tem-se mostrado eficiente para a repressão das infrações cometidas.

Resta, agora, aguardar o deslinde dos processos em andamento, para que se possa verificar a aplicação das sanções previstas, avaliando-se os efeitos das condenações no âmbito da prevenção e reparação dos danos causados.

6 Conclusões

Todos sabem que o destino da Humanidade está em nossas próprias mãos. Para mudar padrões de desenvolvimento incutidos ao longo do tempo pela ganância e pelo desrespeito ao equilíbrio ecológico, somente a tutela penal, *ultima ratio* e também última esperança do intento preservacionista. Ainda não está bem claro, mas a extinção de espécimes naturais vai, no decorrer dos anos, redundar na extinção da espécie humana. O homem não é o único ser vivo deste Planeta que necessita de tutela, porque não vive sozinho, necessitando dos recursos naturais para sua existência. Enquanto se persistir no desenvolvimento a qualquer custo, gradativamente se estará dizimando a própria raça.

Segundo adágio popular, apenas quando o homem matar o último peixe, poluir o último rio e derrubar a última árvore, irá compreender que não poderá comer o dinheiro que ganhou.

Conforme ensina Sergio Salomão Schecaira³¹, a máquina, produto da técnica, é um elemento potencializador dos perigos. A empresa, como pólo agregacional de interesses, passa a ser, em algumas circunstâncias e dentro de determinados contextos, o centro de atenção da cena criminal. Nessa perspectiva, a empresa não é só a expressão de uma realidade social, como se racionaliza por meio de um conceito de manifesto valor instrumental. A empresa é, assim, um dos nódulos essenciais do modo de ser das comunidades das atuais sociedades pós-industriais. Ela não é o lugar onde ou por onde a criminalidade econômica se desencadeia; é, sim, o *topos* de onde a criminalidade econômica pode advir. Portanto, tal concepção das coisas leva a crer que a empresa possa apresentar-se como um verdadeiro centro gerador de imputação penal.

Ao Direito cabe inovar, sob pena de se transformar em mero simbolismo, e, estando as ações depredatórias do patrimônio da humanidade no ápice da discussão, cabe-lhe a função de buscar mecanismos para uma prestação jurisdicional condizente com os anseios sociais.

A Lei dos Crimes Ambientais, seguindo o preceito constitucional, veio regular expressamente a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Entendimento contrário, além de se contrapor ao próprio ordenamento, gerará ainda mais impunidade, fomentando novas investidas no patrimônio natural.

Enfim, não se almeja pacificar a discussão, e sim dar maior lastro aos interessados em refrear as agressões ecológicas praticadas por entes coletivos, na maioria das vezes, impunes.

Como no Planalto Serrano, as infrações ambientais vêm aumentando gradativamente e destruindo ou contaminando o pouco que resta. Se de um lado os grupos empresariais propiciam o progresso material, de outro contribuem para a destruição ambiental. Entretanto, planejada racionalmente, a própria tecnologia empresarial pode produzir meios para evitar a deterioração dos recursos disponíveis. Ocorre que, se não houver imposição estatal, tal planejamento jamais será feito, justamente porque implica investimentos e redução de lucros.

Com efeito, a responsabilização da pessoa jurídica, sob o viés da tutela penal, entendida como a *ultima ratio*, diga-se uma vez mais, também é a última esperança do meio ambiente que padece, sucumbindo àquele para quem sempre serviu: o homem.

31 SCHECAIRA, Sergio Salomão. Ob. cit.

O PRINCÍPIO BAGATELAR PRÓPRIO E IMPRÓPRIO. CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E APLICAÇÃO

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça - MG

Recentemente, uma discussão acadêmica foi travada no notável e culto Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo o conceito do princípio da bagatela.

O Ministério Público, inconformado com o Acórdão do TJ/RS, que reconheceu o princípio da insignificância penal, interpôs embargos declaratórios (70007545148, Comarca de Rosário do Sul/RS), para fixar o conceito e a previsão legal do mencionado princípio do jurista alemão Claus Roxin.

Infelizmente, o culto Desembargador relator, foi, *data venia*, deselegante com o Ministério Público, talvez num dia infeliz, já que ele é conhecido por sua cultura e educação.

Na verdade, o princípio da bagatela, ainda hoje, desperta uma série de dúvidas, inclusive seu conceito, sua classificação e um limite quantitativo, leia-se, um teto, para sua efetiva aplicação, o que justifica, por si só, os embargos declaratórios dos colegas do *parquet* gaúcho, por força do artigo 5º, XXXV, da CF/88 (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Particularmente, quando ingressei na carreira do Ministério Público, entendia que o princípio da bagatela ou insignificância penal estava encampado pela Lei nº 9.099/95.

Porém, percebendo que havia um campo cinzento da Lei dos Juizados, em que não seria aplicável o referido princípio a uma camada miserável e abandonada; percebendo que leis casuísticas eram criadas para dar “tratamento vitalício” a uma elite que comete crimes (Lei nº 10.628/03) e considerando que, na prática processual, existe uma forte desigualdade jurídica entre réus, ditada pelo poder econômico, convenci-me da aplicação do princípio da insignificância, independentemente das benesses criadas pela Lei nº 9.099/95 c/c 10259/01.

Penso assim, até que o Direito Penal seja, um dia, verdadeiramente eficaz, funcional e não um instrumento da elite (classe dominante, inclusive presente no processo legislativo) contra a classe dominada, desamparada juridicamente, com fome, miserável na cultura e no acesso à educação e que, a cada dia, agiganta-se no seio social.

Tenho certeza de que muitos de meus colegas de *parquet*, ao ler este artigo, lançarão as severas críticas dos puros de pecados, taxando de Direito Penal Mínimo a sustentação da tese, de aderir ao ilegal e assim por diante. Mas apesar disso, não peço a concordância jurídica e sim, tão-somente, a leitura e reflexão do tema.

Atualmente, sou adepto do Direito Penal Moderado, assim posso definir aquele que, conforme Aristóteles afirmara, utiliza-se do meio:

“O ideal é o meio, não o laxismo exagerado que corrompe a moral da sociedade e nem o rigorismo exacerbado, que limita arbitrariamente os direitos individuais”.

O Direito Penal moderado, assim o defino, como uma Escola Penal do meio-termo entre o Direito Penal Máximo e o Mínimo, utilizando alguns de seus melhores institutos.

Assim, defendo que, conforme Mateus sustentava, “é preciso separar o joio do trigo”, ou seja, em crimes graves é necessário um rigor maior (proibição de progressão de regime em crimes hediondos; proibição do artigo 44 no tráfico; punição mais severa para organizações criminosas etc), enquanto que, nos crimes menores ou de “menor potencial ofensivo”, é preciso ampliar ao máximo as benesses (institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95; imputação objetiva; tipicidade conglobante; bagatela ou insignificância; co-culpabilidade etc).

Somente por meio de um Direito Penal e Processual Penal funcional, teremos a verdadeira Justiça, pois, do contrário, teremos o Judiciário lento, moroso e cheio de processos fomentados pela própria desordem jurídica (e desigualdade

fomentada por Leis como a de nº 10628/02) e causas sociais, cujo reflexo político é a inércia de sempre (reforma agrária; educação, saúde, habitação etc).

Nesse contexto, podemos definir e classificar, no Brasil, o princípio da insignificância ou bagatela da seguinte ordem:

1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA BAGATELA OU BAGATELAR PRÓPRIO: aplica-se quando **NÃO** houver uma efetiva ofensa à objetividade jurídica do crime, assim considerado quando ausentes um dos requisitos alhures:

1.1 relevância da ação (imputação objetiva da conduta): leia-se,

(a) o sujeito somente responde penalmente se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante;

(b) não há imputação objetiva quando o risco criado é permitido (exemplo, teoria da confiança);

(c) o sujeito somente responde nos limites do risco criado;

(d) não há imputação objetiva quando o risco é tolerado (ou aceito amplamente pela comunidade); e

(e) não há imputação objetiva quando o risco proibido criado é insignificante (a conduta em si é insignificante).

1.2 resultado jurídico penalmente relevante.

(a) o resultado deve ser relevante;

(b) o resultado deve ser transcendental (afetar terceiras pessoas); e

(c) o resultado jurídico não deve ser fomentado ou tolerado, ou autorizado, ou determinado pelo ordenamento jurídico.

Nesse aspecto do **conceito (resultado jurídico penalmente relevante)** aplica-se o princípio da **proporcionalidade ou razoabilidade**, ou seja, necessário analisar cada caso concreto e a **repercussão econômica para cada vítima**, porém, com um teto máximo de R\$5.000,00 (interpretação doutrinária e jurisprudencial nos crimes previdenciários, tidos como bagatelares até esse valor).

Como relembra Osmar Veronese e Emanuel Lutz Pinto, em “princípio da insignificância dos delitos de contrabando e descaminho”, publicada no Juris Síntese nº 35 - MAI/JUN de 2002,

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região (RS, SC e PR), bem outros TRF's vêm decidindo sobre a inexistência do crime de descaminho em casos em que a internação de mercadorias, sem o regular recolhimento dos tributos (IPI e II), não cause uma ilusão de impostos superior a determinado montante.

Na avaliação dessa quantia, os juízes nacionais têm-se amparado em normas extrapenais, tais como a Lei nº 9.469/97, que estabelece o valor mínimo da propositura de execução fiscal em R\$ 1.000,00 (mil reais), na Medida Provisória nº 1.973/63, que expõe o valor que a Fazenda Nacional desconsidera para inscrever os débitos em dívida ativa em valores até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), e na Portaria nº 4.910 do Ministério da Previdência, que prevê o não ajuizamento das suas execuções quando o valor da dívida não ultrapassar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No entendimento dos juízes e desembargadores federais, no caso do descaminho, não haverá interesse ou significância na seara penal se, na área civil, não houver interesse na cobrança dos impostos iludidos.

Assim, podemos limitar o princípio da bagatela com o seguinte exemplo: se a vítima subtrai uma bicicleta no valor de R\$ 200,00 de uma vítima assalariada, responde por crime, ao passo que, se subtrair uma bicicleta de R\$3.000,00 de um empresário, aplica-se o princípio da bagatela, retirando a tipicidade material axiológica do delito, deixando, para a seara cível, as medidas legais pertinentes à espécie como, restituição, reparação de danos, indenização.

Porém, se o valor subtraído, ainda que de um empresário, for superior a R\$5.000,00, não se aplica o princípio da bagatela, em face de superar o teto máximo admitido para um crime mais grave (delito previdenciário). Se não se pode aplicar o princípio da bagatela para o crime mais grave (crime previdenciário), não se pode aplicar para o menos grave (furto), quando supera um limite razoável ou proporcional.

1.3 relevância do resultado (imputação objetiva do resultado), leia-se, o nexa causal entre a conduta e o resultado (o sujeito somente responde pelos riscos criados ou incrementados).

Em relação ao princípio bagatelar próprio, no famoso Acórdão do TJ/RS (anexo a este artigo), o Ministério Público sustenta que o critério é a efetiva ofensa à

objetividade jurídica, levando em conta a situação econômica da vítima.

Já o TJ/RS veementemente discordou, sustentando que o princípio da bagatela ou insignificância somente se aplica, quando amparado num tripé:

(a) o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas;

(b) a irrelevância da ação do agente; e

(c) a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser, leia-se, o desvalor da intenção.

Em relação aos dois primeiros fundamentos, concordamos (irrelevância da conduta e do resultado), porém, discordamos do critério do “desvalor da intenção”, como elemento integrante do princípio bagatelar próprio.

Em síntese, sustenta o Acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REJEITADOS. A alegação dos representantes do Ministério Público que o colegiado foi omissos nos fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância, não tem procedência. O acórdão, citando doutrina e jurisprudência, está motivado. Afinal, sabe-se, ou deveriam sabê-lo, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem dispositivos legais a respeito. Embargos rejeitados. Unânime. Embargos de Declaração n. 70007545148, TJRS, Oitava Câmara, Rel. Sylvio Baptista. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar os embargos, conforme os votos que seguem. Custas, na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores Roque Miguel Fank, Presidente, e Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 19 de novembro de 2003. SYLVIO BAPTISTA; RELATOR. RELATÓRIO. S. SYLVIO BAPTISTA (RELATOR): . Os Procuradores de Justiça apresentaram embargos de declaração ao acórdão deste colegiado, dado na Apelação-crime nº 70006845879, alegando, em resumo, que “devem constar os fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância

ante a condição econômica da vítima.” VOTOS: DES. SYLVIO BAPTISTA (RELATOR): [...] 3. No caso em exame (e somos obrigados a discutir a subtração de poucas abóboras, meus Deus), o acórdão, como se verá infra, analisou os fundamentos jurídicos aplicáveis à insignificância e concluiu por sua aplicação. Não houve nenhuma omissão, a não ser que os autores da petição de embargos, “porque não tem nada a fazer e o ócio cansa”, querem o impossível: dispositivos legais a respeito. Afinal, eles sabem, ou deveriam sabê-lo, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem normas legais a respeito. Por outro lado, dizer, como está na petição, que “a fim de chegar-se a constatação acerca da existência ou não de tal ofensa, torna-se necessário observar as condições econômicas da vítima, as quais permitirão chegar a conclusão se o valor do objeto material em questão chegou a ofender o bem jurídico já citado”, estão falando uma arrematada besteira. E se o ladrão furtar cem mil reais de um grande banco, teremos um crime insignificante? De acordo com a opinião, sim. Em conclusão, a perda daquele valor mal arranhou o patrimônio da vítima. Ora, o que distingue uma ação considerada de bagatela ou insignificante, de outra penalmente relevante e que merece a persecução criminal, é a soma de três fatores: o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas; a irrelevância da ação do agente; a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser. Na hipótese, e por isso considerado fato de bagatela, o apelante e o não apelante furtaram 21 abóboras, avaliadas em quinze reais, porque só queriam subtrair as frutas que, inclusive, foram recuperadas pela vítima.

Como sustenta o professor Luiz Flávio Gomes, Direito Penal, volume 2, RT, SP, 2004, no prelo:

Não se pode incluir na conceituação, desvalor da intenção. Nesse ponto o julgado 70007545148, TJRS, Oitava Câmara, Rel. Sylvio Baptista não nos parece sustentável.

Afastar a tipicidade de uma conduta insignificante em razão do desvalor da da intenção é recuperar para dentro do Direito penal toda teoria subjetivista de ZIELINSKY,

KAUFMANN etc. Isso nos parece exagerado.

O sujeito acaba sendo punido pelo que ele queria, não pelo que ele fez. Sem base legal autorizativa isso não é possível. Nesse ponto houve equívoco do julgador, segundo nosso juízo.

Realmente, o desvalor da intenção pune pelo que o agente queria, e não pelo que fez, no sentido de contrariar a imputação objetiva, cujo Direito Penal, numa evolução do funcionalismo, deve ser voltado ao indivíduo, ao caso concreto, e não a meras projeções ou intenções.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA BAGATELA OU BAGATELAR IMPRÓPRIO (ou “IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO”): trata-se de modalidade penal nova, introduzida no Brasil pelo jurista Luiz Flávio Gomes, na obra Direito Penal, volume 2, RT, SP, 2004, no prelo, em *avant-première* neste artigo.

Referido princípio se aplica quando, apesar de **haver ofensa real a bem jurídico tutelado**, o que impede a aplicação do princípio da insignificância próprio, o fato passa a ser um irrelevante penal, em virtude do princípio da necessidade da pena (previsto no artigo 59 do CP, já que o mencionado artigo estabelece que o juiz aplicará a pena quando SUFICIENTE).

Exemplo: tentativa de roubo sem relevância, vislumbre-se, réu primário, jovem, sem uso de arma, apenas de ameaça, onde o agente ficou 6 (seis) meses preso provisoriamente, confessou e arrependeu-se.

O artigo 59 do CP resolve pelo princípio da necessidade da pena: haveria necessidade, proporcionalidade ou razoabilidade em condenar um jovem primário de 4 a 10 anos de reclusão, sendo que confessou, se arrependeu, ficou preso provisoriamente por 6 meses e apesar da ofensa real a objetividade jurídica, não há mais relevância penal do fato ? Ressalva-se que desejam incluir na Constituição Italiana tal princípio.

Esse princípio serve exatamente para limitar a injusta intervenção do Estado na dignidade da pessoa humana, única forma viável de, no processo de conhecimento, prevenir o crime, impedindo que um jovem recuperável se transforme num meliante escolado e perigoso para a própria sociedade que o quer condenado.

Mas certamente essa novidade trará muito inconformismo, pois o novo e a prevenção, por vezes é confundida com impunidade ou intolerância.

Essas, em suma, são as novas linhas mestras penais que surpreenderão os incrédulos, os céticos, os conservadores e desprotegidos por um sistema legal desigual.

Basta saber se um dia, ao menos, todos farão uma enorme reflexão a respeito, já que o conjunto destes fatores compõe a própria sobrevivência da sociedade.

Como diria *Carnelutti*, nas “*Misérias do Processo Penal*”,

Não me iludo a respeito da eficácia de minhas palavras.

Porém, de acordo com o ensinamento do filósofo sensacional, que todos deveriam reconhecer no Cristo, ainda que o considerando apenas um homem, sei que as palavras são sementes.

E assim, sem presunção, mas por DEVOÇÃO, sigo semeando. Não espero que a colheita me remunere com cem, sessenta ou mesmo com trinta por um.

Ainda que um único grão germine, não terei semeado em vão.

ANEXO:

Na íntegra, o Acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REJEITADOS. A alegação dos representantes do Ministério Público que o colegiado foi omissivo nos fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância, não tem procedência. O acórdão, citando doutrina e jurisprudência, está motivado. Afinal, sabe-se, ou deveriam sabê-lo, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem dispositivos legais a respeito. Embargos rejeitados. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar os embargos, conforme os votos que seguem. Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores Roque Miguel Fank, **Presidente**, e Marco Antônio Ribeiro de Oliveira.

Porto Alegre, 19 de novembro de 2003.

Sylvio Baptista

Relator

RELATÓRIO

Des. Sylvio Baptista (Relator):

1. Os Procuradores de Justiça apresentaram embargos de declaração ao acórdão deste colegiado, dado na Apelação-Crime nº 70006845879, alegando, em resumo, que “devem constar os fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância ante a condição econômica da vítima.”

VOTOS

Des. Sylvio Baptista (Relator):

2. É possível, para a felicidade deles, que os membros do Ministério Público não tenham serviço suficiente e podem “brincar” de recorrer das decisões desta e de outras Câmaras, o que é bastante inconveniente para nós Desembargadores que, como é sabido, estamos com excesso de trabalho.

E se não conhecesse o Procurador de Justiça que primeiro assina o requerimento, sei que é uma pessoa séria e excelente profissional, diria os representantes do *Parquet* estão tão desocupados que, para fazer alguma coisa, “procuram chifre em cabeça de cavalo”. Ou gostam de

piadas de mau gosto. É o que ocorre no caso em exame: “briga” por condenação de ladrões de abóboras.

O que é pior. Manifestações, como a presente, que tem o cunho exclusivo do recurso às Cortes Superiores, acabam por desmoralizar a instituição. Se houver publicidade destes embargos, ou de outros do gênero (eu pessoalmente já tive semelhantes), veremos estampado nos jornais de amanhã, abaixo de manchetes e reportagens sobre o aumento da violência no país, a notícia que o Ministério Público gaúcho está recorrendo aos Tribunais Superiores do furto de algumas abóboras que foram avaliadas em R\$ 15,00. Como será a repercussão?

Assim, antes de adentrar na questão principal, permito-me uma sugestão, uma vez que parece faltar trabalho sério aos Procuradores de Justiça: façam uma força-tarefa e vão ajudar os colegas de primeiro grau na persecução criminal daqueles delitos realmente graves. Tenho observado, e não importa aqui os motivos, que esta Câmara, como as demais deste Tribunal, tem absolvido réus de delitos graves, mas que, aparentemente, são culpados. Isto porque a prova criminal não é feita ou muito mal feita ou, ainda, um mau trabalho da Acusação em termos de denúncia e (ou) alegações finais.

Parem com esta picuinha, ridícula e aborrecedora, de que todas as decisões devem ser iguais àquelas dos pareceres. Parem de entulhar esta Corte e as Superiores com pedidos realmente insignificantes: furtos ou outros delitos insignificantes, aumento de pena de dois ou três meses etc.

3. No caso em exame (e somos obrigados a discutir a subtração de poucas abóboras, meus Deus), o acórdão, como se verá infra, analisou os fundamentos jurídicos aplicáveis à insignificância e concluiu por sua aplicação.

Não houve nenhuma omissão, a não ser que os autores da petição de embargos, “porque não tem nada a fazer e o ócio cansa”, querem o impossível: dispositivos legais a respeito.

Afinal, eles sabem, ou deveriam sabê-lo, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma

criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem normas legais a respeito.

Por outro lado, dizer, como está na petição, que “a fim de chegar-se a constatação acerca da existência ou não de tal ofensa, torna-se necessário observar as condições econômicas da vítima, as quais permitirão chegar a conclusão se o valor do objeto material em questão chegou a ofender o bem jurídico já citado”, estão falando uma arrematada besteira. E se o ladrão furtar cem mil reais de um grande banco, teremos um crime insignificante? De acordo com a opinião, sim. Em conclusão, a perda daquele valor mal arranhou o patrimônio da vítima.

Ora, o que distingue uma ação considerada de bagatela ou insignificante, de outra penalmente relevante e que merece a persecução criminal, é a soma de três fatores: o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas; a irrelevância da ação do agente; a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser.

Na hipótese, e por isso considerado fato de bagatela, o apelante e o não apelante furtaram 21 abóboras, avaliadas em quinze reais, porque só queriam subtrair as frutas que, inclusive, foram recuperadas pela vítima.

4. Mas vamos ao acórdão, para mostrar que a decisão não foi omissão em nenhum ponto:

“Deixo de examinar a preliminar de nulidade, porque vou dar provimento ao apelo. Trata-se de ação de irrelevantíssima repercussão que não merecia tanto trabalho e custo do Estado, praticados pelos seus órgãos. O apelante e seu comparsa furtaram algumas abóboras que foram avaliadas em quinze reais. E, para completar, foi detidos e o bem devolvido à vítima.

A situação em tela se enquadra bem nas decisões dos Tribunais pátrios que já declararam: “...Revestindo-se a ação de ínfima gravidade, não lesionando nem ameaçando o bem jurídico de valor irrisório, de forma a justificar a necessidade de invocar proteção penal, cabível a aplicação do princípio da insignificância. Recurso improvido, pelo reconhecimento do crime de bagatela. (TJAP, Rel. Juiz Mello Castro...). Não deve o aparelho punitivo do Estado

ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. ... Aplicação da teoria da insignificância. Precedentes da 3ª e 4ª Turmas... (TRF 1ª R., Rel. Juiz Olindo Menezes...). A tendência generalizada da política criminal moderna é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal. O fato penalmente insignificante deve ser excluído da tipicidade penal e receber tratamento adequado (como ilícito civil, administrativo, fiscal, etc.). O Estado só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.” (TRF 1ª R., Rel. Juiz Mário César Ribeiro...). (ementas extraídas do CD Juris Síntese, nº 28).

Ainda, como exemplos: “Furto. Pequeno valor da res, avaliada em pouco mais de dois por cento do salário mínimo. Irrelevância social do fato. Crime de Bagatela. Conduta atípica. Absolvição decretada. Apelo provido. Sentença reformada.” (Apelação 296030976, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira). “Princípio da Insignificância - Furto pequeno valor da coisa furtada – Atipicidade do fato ante a ausência da lesividade ou danosidade social – A lei penal jamais deve ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desta espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.” (TASP, Rel. Márcio Bártoli).

Eu mesmo já tive oportunidade de examinar hipóteses semelhantes à destes autos, decidindo: “Além dos argumentos do julgador de primeiro grau para absolver a apelada da prática de tentativa de furto, a sua absolvição também se impõe face à insignificância de sua ação delituosa. Trata-se de crime de bagatela, diante da irrelevância social daquele fato, até porque o estabelecimento vítima recuperou os objetos e seu prejuízo foi nenhum.” (Apelação 70005388939 etc.).

Finalmente, destaco lição de Luiz Luisi que escreve: “Claus Roxin, recorrendo à máxima romana *minima non curat*

proetor, e ajustando-a a moderna concepção técnico-jurídica do crime, formulou, na década de 60, o princípio da insignificância (Das Gerinfügigkeits Prinzip). Através desse princípio, sustenta textualmente o ilustre penalista alemão, “permite-se na maioria dos tipos, excluir desde logo danos de pequena importância” (in Política Criminal e Sistema de Derecho Penal, Ed. Espanhola, 1972, p. 52). Este entendimento, ou seja, a insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado como excludente da tipicidade, tem sido acolhido pela doutrina penal, e endossado em decisões dos tribunais de diversos países, inclusive entre nós. ... O princípio da insignificância embasa-se na ausência de uma lesão (dano ou perigo) relevante do bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

Ou melhor: em ser tão inexpressiva a lesão ao bem jurídico, de forma a não constituir uma efetiva ofensa. E por carência de tal ofensa ao bem jurídico tutelado, não se caracteriza a tipicidade. E inexistindo esta, não há crime. ... E permitimo-nos a ousadia, pois em um País onde se somam a muitos milhares de mandados de prisão não cumpridos, algumas centenas de delitos de bagatela e uma criminalização desvairada, não despreciando é preconizar que na aplicação da lei penal se tenha presente a norma do art. 8^a da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, ou seja: as penas devem ser apenas as “estrita e evidentemente necessárias.” (O Princípio da Insignificância e o Pretório Excelso, IBCCrim, fevereiro de 1998).

Responder ao processo criminal, para o tipo de delito cometido, furto de abóboras, já serviu de castigo ao recorrente, não precisando outra pena. Com inteligência e propriedade, ensina Weber Martins Batista: “O processo existe como garantia do acusado, para evitar que o mesmo seja condenado por crime que não cometeu, ou que seja punido por crime que cometeu, mais severamente do que merece. Ocorre que não é menor sua expressão como sofrimento imposto ao mesmo, seja ele culpado ou inocente. “Desgraçadamente - brada Carnelutti - o castigo não começa com a condenação, mas, muito antes, com o debate, a instrução, com os atos preliminares.

Não se pode castigar sem julgar, nem julgar sem castigar”. (Juizado Especial Criminal, e Suspensão Condicional de Processo Penal, ed. Forense, 1996, pág. 381).

4. Assim, nos termos supra, dou provimento ao recurso e absolvo o apelante com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal. E, na forma do artigo 580 do mesmo diploma legal, estendo a decisão ao não apelante Luciano, também o absolvendo.

5. Assim, nos termos supra, rejeito os embargos.

Sylvio Baptista

Relator

Des. Roque Miguel Fank (Vogal):

Acompanho o Relator em seu voto.

Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira (Vogal):

Também acompanho o Relator.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Wilson Paulo Mendonça Neto
Promotor de Justiça - SC

Em 23 de dezembro de 2003, entrou em vigor a Lei 10.826/03, popularmente conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Com a novel legislação, pretenderam nossos constituintes endurecer o combate ao porte e tráfico de armas, elevando as penas para os crimes que definiu, além de desarmar a população.

Referida legislação revogou expressamente a anterior, Lei 9.437/97, que tratava do porte ilegal de armas e condutas assemelhadas (art. 36 da Lei 10.826/03).

Já no art. 6º, a lei proibiu o porte de arma de fogo como regra, deixando-o livre como exceção, prevendo tais situações, logo em seguida, além das legislações próprias (tal como Ministério Público e Magistratura).

Também se endureceu a legislação no tocante à aquisição de armas de fogo (art. 4º), ficando o registro obrigatório (art. 3º) mais difícil de ser obtido.

Chama a atenção, em um primeiro momento, a elevação das reprimendas para o delito de porte de arma, visto que até então tal crime permitia, inclusive, a transação penal, já que a pena era até dois anos (art. 10, da Lei 9.437/97), fazendo com que sua análise recaísse nos Juizados Criminais (Lei 9.099/95).

Em seguida, o que desperta a mente dos operadores do direito é a forma como foram definidas as condutas de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, omissão de cautela, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, disparo de arma de fogo, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

Inicie-se dizendo que a Lei 10.826/03 tratou separadamente a conduta de “possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa” (art. 12 – grifo nosso), do porte ilegal de arma de uso permitido (art. 14). No tocante à tipificação do crime de posse de acessório ou munição falar-se-á mais à frente.

Para a posse em residência ou em local de trabalho, o delito possui pena de detenção de um a três anos, além da multa, permitindo-se, portanto, a concessão de fiança.

Já para conduta do porte ilegal, a situação foi agravada, pois repetiu verbos do art. 10 da Lei 9.437/97 (separando as condutas de possuir – art. 12 – e portar – art. 14), todavia as sanções passaram para reclusão de dois a quatro anos, mais multa. Nesse delito, o legislador proibiu a fiança, salvo quando a arma de fogo estiver registrada no nome de agente delitual (parágrafo único do art. 14).

Também se firmou como tipo autônomo a situação de quem “deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade” (art. 13), prevendo-se reprimenda de detenção de um a dois anos, mais multa.

Destaca-se que se trata de delito culposo, punindo a negligência da conduta na guarda da arma, recaindo no Juizado Especial Criminal. Caso o agente haja dolosamente, sua tipificação será nos delitos dos arts. 14 ou 16 (uso permitido e restrito).

A grande inovação apareceu no parágrafo único do mencionado artigo (art. 13), em que se prevê que, nas mesmas penas, “incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 horas depois de ocorrido o fato” (grifo nosso). Veja-se, portanto, que, para a configuração do crime, faz-se necessário que se aguarde o prazo dado (24 horas), condição para a perfectibilização do delito (crime de mera conduta).

O art. 14 traz a figura do “Porte Ilegal de arma de fogo de uso permitido”, tendo o legislador definido como crime o porte de arma, munição ou acessório (de uso permitido), passando a reprimenda para reclusão (antes detenção) e a elevado para o mínimo de dois e o máximo de quatro anos, sem falar na multa. Além disso, ainda registrou que tal crime é “inafiançável”, a não ser que a arma esteja registrada em nome do agente flagrado.

Vê-se, então, que a nova figura permite, uma vez mais, a prisão em flagrante de pessoas que sejam pegas nas situações que define, o que não vinha acontecendo anteriormente em face da aplicação da Lei 9.099/95 aos delitos de porte (art. 10 da Lei 9.437/97).

Tal circunstância fez que, desde o momento de sua entrada em vigor, já se passasse a combater ou elogiar o legislador, porque a Polícia Judiciária começou a formalizar os flagrantes dos cidadãos encontrados com arma de fogo, é claro, *sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar* (elemento normativo do tipo).

Como já mencionado ao tratar do delito do art. 12, o crime de porte de arma de fogo de uso permitido prevê, também, a criminalização da conduta de “*portar munição ou acessório*”.

Ora, louvável a intenção dos legisladores, mas é certo que se analise a real ofensividade de tais situações.

Afinal, qual o potencial ofensivo da pessoa flagrada (inclusive se permitindo, a princípio e em tese, o flagrante), na posse de munição (seja de uso permitido ou restrito como se verá a seguir)?

É certo que as armas de fogo apresentam potencial ofensivo e intimidatório, o que não acontece com a munição e o acessório.

É por tal motivo que nos permitimos concluir que, por certo, muitos Pro-

motores e Juízes passarão a entender que a conduta de portar simples munição ou acessório fará incidir o princípio da insignificância, partindo-se da premissa que as normas penais devem ser razoáveis (princípio da razoabilidade).

Frise-se, no entanto, que, em certas ocasiões, a incidência da violação ao tipo pode ensejar o efetivo combate, como, por exemplo, alguém ser flagrado na posse de verdadeiro “arsenal”.

O delito em comento também proibiu a fiança, salvo na situação referida em seu parágrafo único (arma registrada em nome do agente). Ocorre que tal vedação pode chamar a atenção do leigo, mas aqueles que conhecem o instituto da fiança se apercebem que sempre, que cabe fiança, é possível a liberdade provisória sem fiança (art. 310 do parágrafo único do diploma adjetivo penal), fazendo necessária, de outra parte, a oitiva do Órgão Ministerial, sob pena de nulidade (Recurso Criminal n. 01.023841-1, de Tubarão, Relator: Des. Genésio Nolli).

No art. 15, o legislador previu o crime do “disparo de arma de fogo”, o qual já se encontrava na legislação anterior, todavia alterou o tipo para constar que tal conduta não ocorre se a finalidade do agente foi a prática de “outro crime”, e não mais “crime mais grave” (art. 10, parágrafo 1º, III, da Lei 9.437/97). Não se diferenciou o disparo de arma de uso permitido e restrito.

Vê-se, portanto, que a prática fará com que nos deparemos com casos díspares, pois, se o agente afirmar que quis ferir alguém com tal conduta (ao disparar arma de fogo em uma rua com várias pessoas), a princípio, não incide o delito em comento. Ora, a lesão corporal é apenada com detenção de três meses a um ano (sua finalidade era ‘ferir’), enquanto o preceito em comento tem reprimenda de dois a quatro anos, mais multa, e não permite fiança.

No art. 16, foi prevista a situação da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito¹, fixando-se penas de três a seis anos de reclusão, sem possibilitar, nem mesmo, a concessão de liberdade provisória, o que será analisado *a posteriori*.

Neste mesmo artigo, em seu parágrafo único, o legislador disciplinou diversas condutas em que incorre o agente nas mesmas sanções, como, por exemplo, suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal identificador de arma de fogo ou artefato, bem assim modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente à arma de fogo de uso proibido, além de outras.

1 Art. 16 do Decreto nº 3665/2000.

Destaca-se como louvável a instrução no tipo da situação do porte de arma de fogo com *numeração, marca ou qualquer sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado* (art. 16, parágrafo único, IV), porque, até então, tal conduta não era punida, já que a Lei 9.437/97 apenas cominava sanção ao agente que “fizesse a alteração”, situação que, na prática, dificilmente se conseguia comprovar.

O art. 16 estabelece a mesma sanção para aquele que é encontrado com arma raspada (por exemplo, um revólver .38 com numeração raspada) e aquele que é flagrado com uma arma proibida (armas do exército, por exemplo).

Também neste delito se prevê sanção para o agente que for flagrado com munição ou acessório de arma raspada, valendo aqui dos mesmos comentários acima referidos.

No art. 17, tipificou-se a conduta do comércio ilegal de arma de fogo acessório ou munição, mas apenas para “*proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial*”, elevando a sanção com reclusão de quatro a oito anos e multa.

Assim sendo, vê-se que não foi prevista a “venda”, tão comum nos assentamentos e morros, de armas de fogo entre particulares.

Em seguida tratou o legislador da figura do tráfico internacional de armas, acessório ou munição, com penas de reclusão de quatro a oito anos e multa.

Tal norma, por certo, visa aumentar e incrementar a repressão ao comércio clandestino de armas que entram no País, sempre servindo de base para o aumento da onda de criminalidade.

Inovação que trará grande debate nos foros será a expressa vedação à liberdade provisória aos tipos dos arts. 16 (porte de arma de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de armas) – art. 21 da Lei 10.826/03.

Visível que se almejou proceder a um combate mais forte e efetivo a situações erigidas como mais graves, mas que exigirão muito bom senso do aplicador do direito.

Veja-se, por exemplo, que não se permite liberdade provisória ao agente que for flagrado na posse de um revólver .22 raspado, enquanto tal benefício é permitido para aquele a quem se imputa a prática de homicídio simples (penas de 6 a 20 anos de reclusão, sendo a objetividade jurídica a vida).

Com a nova legislação, descriminalizou-se a conduta da posse de arma de brinquedo, quiçá, reabrindo-se a discussão sobre o enunciado cancelado da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça (que previa o aumento da pena no delito de roubo quando perpetrado com arma de brinquedo).

Também se deixou de tipificar a situação das pessoas que já haviam cometido delito de “possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 10, parágrafo 3º, IV, da Lei 9.437/97), de forma que se fará necessário que se ajustem as sanções para o tipo do art. 10 da mencionada Lei, já que, nesse tocante, aconteceu a *abolitio criminis*.

O que está dando o que falar são as normas dos arts. 31 e 32 da legislação analisada. Veja-se:

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

Com base em tais preceitos, já se conhece a existência de dois julgados que entenderam por trancar a ação penal deflagrada por infração ao art. 14 da Lei 10.826/03, sob o entendimento de que o Estatuto do Desarmamento somente começará a valer depois de tal lapso temporal.

Nesse sentido:

Habeas-corpus. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Art. 16 da Lei nº 10.826/03. Crime permanente. Prisão em flagrante durante a *vacatio legis* indireta, prevista no seu art. 32. Dispositivo penal desprovido de eficácia. Constrangimento evidenciado. Ordem concedida para trancar a ação penal e confirmar a soltura do paciente determinada na liminar.

O ar. 32 da Lei nº 10.826/03 confere o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o possuidor de arma de fogo não

registrada entregá-la à Polícia Federal, mediante indenização, caso presumida a boa-fé. Sendo o agente preso em flagrante na posse de arma de fogo nesse período, *vacatio legis* indireta, constitui o ato evidente constrangimento ilegal, assim como a denúncia oferecida pelo fato, pois, antes de escoado o prazo legal, a conduta de possuir arma de fogo, de uso restrito ou não, sem registro, é momentaneamente atípica. (*Habeas corpus n. 04.001585-2, de Caçador, Relator: Des. Maurílio Moreira Leite j.10.02.2004*). Também neste norte o *Habeas Corpus nº 2004.002958-6, Campo Erê, Relator Desembargador Solon d'Eça Neves*.

Em que pese o brilhantismo dos nobres julgadores, ousamos discordar, pois a lei não deve ser interpretada isoladamente, devendo-se levar em conta a intenção do legislador.

Sobre o tema, colaciona-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS – POSSE IRREGULAR DE DUAS ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE DE OUTRA DE USO RESTRITO – CARACTERIZAÇÃO DE FLAGRANTE.

VIABILIDADE DE REGULARIZAÇÃO OU ENTREGA DO ARMAMENTO NÃO TEM O CONDÃO DE DESCARACTERIZAR OS CRIMES – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO.

LIBERDADE PROVISÓRIA – VEDAÇÃO DO ART. 21 DA LEI 10.826/03.

NECESSIDADE DA CUSTÓDIA – MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA – DEPÓSITO DE MERECEDA CONFIANÇA NO JUÍZ DO PROCESSO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA (*Habeas corpus nº 2003.030871-7, de Chapecó, Relator: Juiz José Carlos Carstens Köhler – grifo nosso*).

Ora, será que nossos cultos legisladores pretendiam deixar sem punição os crimes de porte de arma durante os prazos referidos? Será esse o fim da

norma? Será essa a melhor interpretação?

Creemos que não, até porque não admitimos que o legislador tenha almejado tornar letra morta todas as condenações já proferidas por porte de arma. Afinal, em se filiando as decisões mencionadas, ter-se-á que admitir que todas as condenações existentes até hoje não terão sentido, valendo, aqui, a *abolito criminis*, inclusive prejudicando as ações penais em curso (pela antiga lei) e as que estão por se iniciar (antiga lei).

Mas não só aí que se discorda, pois a interpretação dos dispositivos deve ter em conta o fim social a que se dirige a norma, que, modéstia parte, entendemos que não é descriminalizar o porte de arma, ainda que momentaneamente, até pelas nefastas conseqüências daí advindas. Ademais, não se pode dar mais eficácia a *vacatio* do que ela realmente tem.

Pode-se entender, isso sim, que a norma de transição somente se aplica ao agente delitual que conseguir comprovar que estava fazendo a efetiva entrega da arma de fogo à autoridade policial, destacando-se, também, que somente as armas “legais” – possíveis de se demonstrar à origem, ainda que sem registro – podem ser devolvidas sem apenação.

Afinal, com referência às armas de uso restrito, não se permite a sua devolução, já que não é possível se legalizar tal situação (imaginem-se liberar o agente encontrado na posse de uma .357 Magum, ora, jamais se permitiu tal posse de arma, pelo que se tem como inviável sua legalização ou entrega).

Ademais, a melhor interpretação é a que permite a entrega das armas das pessoas que se enquadram no tipo do art. 12 da nova Lei, ou seja, que mantêm armas dentro de sua residência (o que poderá ser feito até 22 de junho de 2004 – art. 30). Mesmo neste último caso, desde que a arma seja de origem legal, pois não sendo assim se poderá ensejar a tipificação do crime em apreço.

Assim, acredita-se que a melhor interpretação dos lapsos temporais referidos é no sentido de se apenar sempre, salvo a demonstração, inequívoca, de que estava sendo feita a entrega da arma, ou então, a ocorrência da figura do art. 12 – desde que legal a origem da arma, pois caso contrário incidirá a tipificação do art. 14.

De outra parte, com a tipificação do crime de porte ou posse de munição de arma de fogo, tornar-se-á mais sólida, ainda, a corrente que entende ser desnecessária que a arma esteja municada no momento de sua apreensão. Afinal, o preceito primário da norma veda tanto a arma de fogo quanto a posse

da munição.

Destarte, acredita-se que os operadores do direito, em especial os Promotores e Juízes, passem a considerar (desde que havendo, é claro, a descrição dos fatos na peça acusatória), tal circunstância na primeira fase de fixação da pena (art. 59 do diploma repressivo), ou seja, quando apreendida arma e munição a situação é mais grave, podendo ensejar a diferenciação da sanção.

Por fim, destaca-se a circunstância de a arma de fogo servir, também, para a prática de outro crime, como por exemplo, o delito de homicídio. Nesse assunto, parte da jurisprudência vem entendendo que o delito de porte de arma fica absorvido, enquanto outros, no qual acreditamos correto, dizem que existe concurso material de crimes, desde que o delito praticado com a arma já esteja consumado. Afinal, são várias as condutas do tipo do art. 14 (guardar, adquirir, ter em depósito etc). Dessa maneira, caso já consumado o delito perpetrado com a arma, nada obsta que seja reconhecido o concurso material.

Esses são, em resumida síntese, os apontamentos que se fazem, não se pretendendo, jamais, encerrar ou esgotar o tema, ou mesmo o debate, mas apenas semear a discussão visando a melhor interpretação da nova norma penal com a efetiva distribuição de Justiça!

ESTATUTO DA CIDADE - LEI Nº 10.257/2001

Alexandre Herculano Abreu

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio
Operacional do Meio Ambiente – SC*

Rodrigo J. de Oliveira

Acadêmico de Direito

Sumário: 1. Introdução – 2. Estatuto da Cidade – Lei do Meio Ambiente Artificial: 2.1. Regulamentação e objetivos; 2.2. Política urbana e proteção ao meio ambiente – 3. Instrumentos da Política Urbana: Operações Urbanas Consorciadas e Possibilidades de Regularização das Ocupações em Áreas de Preservação Permanente: 3.1. Áreas de preservação permanente no meio urbano; 3.2. Operações urbanas consorciadas – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1 Introdução

As funções social e ambiental são elementos inerentes à propriedade, refletindo a iminência do interesse público sobre o privado, segundo a nova concepção trazida pela atual Constituição Federal. O legislador infraconstitucional não pode deixar de observar tais preceitos, a fim de evitar conflitos entre o direito de propriedade no meio urbano e a proteção ao meio ambiente, considerando os diver-

dos diplomas legais que regulam a matéria, ressaltando-se o Código Florestal, o Estatuto da Cidade, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e os Planos Diretores dos Municípios.

O Código Florestal define as chamadas áreas de preservação permanente *ope legis* e salienta que os limites estabelecidos devem ser respeitados, no âmbito urbano pelas leis municipais. Ocorre que a mutabilidade métrica do meio protegido, o desrespeito à Carta Magna de 1988 e os preceitos gerais estabelecidos pela União geraram situações controvertidas com reflexo direto no direito de propriedade e no meio ambiente, como é o caso das ocupações irregulares, desmatamentos, dentre outros.

O certo é que a proteção ao meio ambiente natural possui assento constitucional e deve estar em consonância com o meio ambiente artificial. As situações consolidadas sob a égide de lei anterior devem, porém, ser respeitadas, aplicando-se a lei em vigor nas relações atuais.

O Estatuto da Cidade veio corroborar essa assertiva, regulamentando alguns instrumentos de melhoria e readaptação das cidades e assimilando princípios guindados à busca do equilíbrio entre os meios natural e artificial.

2 Estatuto da Cidade – Lei do Meio Ambiente Artificial

2.1 Regulamentação e objetivos

A Lei 10.257/2001 foi promulgada visando fixar diretrizes de ordem pública e interesse social sobre o uso da propriedade urbana e da cidade, tendo em vista o interesse coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental. Trata-se, pois, de lei federal que fixa normas gerais¹ de Direito Urbanístico, aplicáveis a todas as cidades brasileiras.

1 FREITAS, Vladimir Passos de. *Matas Ciliares*, publicada na RJ 246/24, abr. 1998. Disponível em: <<http://www.jurinforma.com.br>> p. 04. “Na lição de GOMES “ dizem-se comuns ou gerais as leis que regulam, em toda a sua amplitude, determinadas relações sistematizadas. Não importa o âmbito territorial onde vigoram”, acrescentando que, no tocante à competência dos Estados, “Devem, contudo, respeitar as normas gerais da União, prevalecendo o direito federal (normas gerais) sobre o estadual (local)”.

Essa Lei regulamentou os artigos 182 e 183² da Constituição Federal, que tratam da “Política Urbana”, proporcionando uma uniformização capaz de dirimir os problemas decorrentes da implementação de regras estabelecidas pelo Poder Público municipal e materializando os princípios constitucionais da função social da propriedade urbana, da ordenação da cidade, bem como alguns instrumentos: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, entre outros.

Quanto ao direito urbanístico no Brasil, cabe salientar que

O Direito urbanístico, através daquilo que se convencionou chamar “legalidade urbana” é regido por uma racionalidade instrumental, voltada para a otimização do lucro e do poder no espaço urbano, produzindo como uma das principais seqüelas: a segregação urbana, pois os processos de

2 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.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 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.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

decibilidade das cidades em sua imensa maioria possuem como objetivo apartar os ricos dos pobres, por isto propugnamos por uma virada paradigmática no direito urbanístico brasileiro, para que o mesmo busque a sua fundamentação na vontade discursiva dos cidadãos, com o objetivo de produzir padrões de desenvolvimento sustentável das cidades³.

Devido ao intenso processo de urbanização – segundo o último censo, cerca de 80% da população vive em ambiente urbano –, as cidades brasileiras passaram a apresentar grandes problemas sociais decorrentes da falta de preparo para abarcar modificações tão consideráveis, como a favelização advinda de processos de segregação que desencadeiam o surgimento de uma problemática no tocante às questões ambientais, como o aumento de processos erosivos e os assoreamentos dos rios, com a ocupação irregular das áreas de preservação.

Cabe salientar que não somente o ‘desfavorecido’ ocupa referidas áreas, mas podemos, também, perceber a implementação de condomínios e mansões. A diferença é que para uma classe há escolha, para outra não.

Nesse sentido importa aduzir que

Esse processo de exclusão social e territorial acaba por explicar, em parte, uma das causas do desequilíbrio e da degradação ambiental, quer do meio ambiente natural, quer do artificial ou construído. Explica, por exemplo, porque famílias carentes “preferem” ocupar as encostas íngremes dos morros, para “viver a emoção” de colocar em risco sua integridade física e de sua prole, e porque “optam” por invadir áreas públicas ou alojar-se nas margens de córregos, nos mangues e áreas de preservação permanente⁴.

Não se pode olvidar que grande parcela das transgressões praticadas por particulares são ocasionadas pela falta de uma política urbana uniforme entre as três esferas de governo, pois, muitas vezes, o ordenamento legal municipal não se coaduna com os ditames gerais de legislação federal.

A respeito, extrai-se, ainda, da doutrina de Maurício Leal Dias:

3 DIAS, Maurício Leal. *Notas sobre direito urbanístico*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. p.2.

4 FREITAS, José Carlos de. Estatuto da cidade e equilíbrio no espaço urbano. Disponível no site: <<http://www.jus.com.br>>.

A finalidade do planejamento local é o adequado ordenamento do território municipal com o objetivo de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). O solo qualifica-se como urbano quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a edificabilidade e o assentamento viário. Esse ordenamento é função do plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, a que a Constituição Federal elevou à condição de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º). Vale dizer, combinando ambos os dispositivos, que o plano diretor constitui o instrumento pelo qual se efetiva o processo de planejamento urbanístico local, que é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes. Ademais, demonstra ser um instrumento potencializador da demanda por proteção ambiental, uma vez que normatiza a atuação estatal junto com a comunidade na ordenação de um meio ambiente urbano equilibrado e saudável promovendo a qualidade de vida no meio ambiente urbano.⁵

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade, ao fixar diretrizes, princípios, regras e instrumentos jurídicos de política urbana, objetiva uma organização dos espaços habitáveis, como pressuposto essencial de uma convivência social saudável e democrática, trazendo elementos que propiciem a consecução do equilíbrio ambiental no meio urbano.

2.2 Política urbana e proteção ao meio ambiente

Inicialmente, o Estatuto da Cidade fixa alguns princípios informadores da política urbana nacional, “ordenada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, *caput*). Dentre as diretrizes estabelecidas no art. 2º de referido estatuto, atinentes à busca do equilíbrio entre meio ambiente natural e meio ambiente artificial, destacam-se os seguintes incisos:

- a) o direito às cidades sustentáveis, em cujo conceito se dá ênfase ao saneamento ambiental para as presentes e futuras gerações (“I”);

5 DIAS, Maurício Leal. *Notas sobre direito urbanístico*. Disponível no site: <<http://www.jus.com.br>> p.4.

b) o planejamento como forma de desenvolvimento das cidades, de modo que a distribuição espacial da população e das atividades econômicas seja feita de maneira racional, evitando e corrigindo distorções do crescimento urbano, notadamente quanto aos efeitos negativos sobre o meio ambiente (“IV”);

c) o maior controle sobre o uso do solo, evitando-se: proximidades entre usos incompatíveis ou inconciliáveis (racional distribuição entre os usos residencial, comercial, industrial e institucional); construções ou parcelamentos excessivos em relação à infra-estrutura (equilíbrio entre densidade de ocupação e infra-estrutura); a deterioração de áreas urbanizadas; a poluição e degradação ambiental (“VI”);

d) a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural, construído e cultural (“XII”);

e) a audiência da população para a implantação de empreendimentos e atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (“XIII”).⁶

O Estatuto da Cidade também prevê diversos instrumentos de política urbana, descritos no art. 4º, postos à disposição das unidades federadas, divididos em instrumentos de planejamento (incisos I a III), institutos tributários e financeiros (IV), e institutos jurídicos e políticos⁷. Destaque-se aqueles que visam estabelecer uma proposta de sustentabilidade ambiental e de justiça social, tais como: direito de preempção, outorga onerosa, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir.

O direito de preempção⁸ tem o escopo de atender questões de caráter fundiário, urbanístico e ambiental, podendo o município utilizar-se desse instrumento para ter prioridade na compra de imóveis situados em áreas previamente delimitadas pelo plano diretor.

6 DIAS, Maurício Leal. Op. cit. p. 08.

7 FREITAS, José Carlos de. Op. cit. p. 09

8 Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1ª Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

Quanto à outorga onerosa do direito de construir⁹, entende-se por um instrumento capaz de possibilitar que o potencial construtivo de um imóvel, definido no plano diretor e na legislação específica, possa ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento, ou seja, um terreno poderá comportar uma área edificável maior do que poderia, devendo a própria edificação apresentar índices maiores do que o permitido. Será facultada também a alteração do uso do imóvel. Importa ressaltar que, em ambos os casos, deverá haver uma contraprestação do

§ 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado no § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

IX – (VETADO)

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.

- 9 Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

Art. 31. Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.

beneficiário perante o município, a fim de atender às mesmas finalidades estabelecidas na preempção¹⁰.

O Estatuto da Cidade ainda prevê que

[...] se estiver previsto em lei municipal, baseada no plano diretor, o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, poderá exercer também o direito de construir em outro local ou aliená-lo (art. 35), quando o bem de raiz for considerado necessário para fins de preservação e encerrar interesses histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.¹¹

As operações urbanas consorciadas¹² constituem mecanismo de intervenção em determinadas áreas, destinadas a operar transformações urbanísti-

10 FREITAS, José Carlos de. Op. cit. p. 09

11 FREITAS, José Carlos de. Op. cit. p. 10

12 Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

§ 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;
II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

I – definição da área a ser atingida;
II – programa básico de ocupação da área;
III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;
IV – finalidades da operação;
V – estudo prévio de impacto de vizinhança;
VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei;
VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

§ 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

§ 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o caput, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.

cas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, podendo ser utilizadas por proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, mas sempre sob a coordenação do Poder Público municipal, a justificar, assim, a figura do consórcio.

A política urbana, como se encontra apresentada no Estatuto da Cidade, tem como um dos escopos primordiais a busca da conformidade entre a convivência em cidades e a preservação do meio ambiente, respeitando a sua legislação protetora, entretanto, como já explicitado, quando há conflitos de interesses, a escolha do que deva prevalecer será feita conforme os fatores que levaram ao cometimento da irregularidade.

Não resta dúvida que os instrumentos supracitados deverão dar ênfase à proteção do meio ambiente, especialmente nas áreas mais sensíveis e de difícil conciliação, como as de preservação permanente, procurando resguardar o patrimônio natural de modo que sejam garantidas as condições mínimas de segurança e habitabilidade, já que a maioria dos assentamentos se dá em áreas de risco ambiental, como encostas e áreas de mananciais, regiões protegidas pelos efeitos da Lei, qual seja, o Código Florestal.

3 Instrumentos da política urbana: operações urbanas consorciadas e possibilidade de regularização das ocupações em áreas de preservação permanente

3.1 Áreas de preservação permanente no meio urbano.

A ocorrência de áreas de proteção ambiental no meio urbano é comum, bem como a ocupação dessas áreas de forma inadequada. Diante dessa situação, vê-se importante salientar os aspectos que deram origem e forma a essa realidade. São fatores históricos e jurídicos.

A história da formação das cidades no Brasil e a legislação norteadora desse instituto que se desdobra na seara do Direito Civil, do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental, acabaram por reforçar a repartição do território no que se considera hoje como regular ou irregular.

Esse legado da história da regulação da propriedade e da urbe reflete a realidade da organização espacial brasileira consubstanciada na segregação social e na ordem excludente. Triste é saber que não há muito exagero ao afirmar-

se que a informalidade da ocupação nas cidades abrange espaço maior do que aquele devidamente regularizado.

Não se pode desconsiderar que o ordenamento jurídico tem papel importante na produção de irregularidade urbanística pelo fato de editar diferentes normas conflitantes, por delegar competência aos poderes e por tratar de forma igual os desiguais.

O capítulo da Constituição Federal que trata da Política Urbana, com os artigos 182 e 183, conferiu uma série de possibilidades de intervenção do Poder Público sobre as cidades e sobre a propriedade. Outra inovação advinda da Constituição de 1988 foi a ampliação dos poderes dos municípios no tocante à promoção do adequado ordenamento territorial, “mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII), bem como na promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento.” (art. 23, IX)

A Lei 10.257/2001, que regulamentou os artigos constitucionais referentes à Política Urbana, trouxe, como já dito, a possibilidade de regularização das propriedades que se encontram às margens do sistema habitacional. No entanto, para que essa política de melhoria e regularização fundiária seja implementada, é necessário que se promova uma série de modificações que acarretam a diminuição de exigências constantes em outras legislações, como a de Parcelamento do Solo Urbano e o Código Florestal.

Não resta dúvida de que, no caso de ocupação em áreas de risco ambiental e de preservação natural, a regularização, quando possível, deve se dar levando-se em consideração as condições mínimas de segurança e habitabilidade, bem como o exercício e a intenção da ocupação que, na maioria das vezes, é efetuada em estado de necessidade.

Portanto, faz-se necessário que haja uma diferenciação e uma tolerância na execução das operações urbanas, quando houver conflitos de interesses entre as normas regulamentadoras do espaço territorial urbano brasileiro, para que seja possível alcançar o fim almejado: a inclusão dos desiguais.

Lembra-se, também, que a operação urbana consorciada, tendo em vista a sua finalidade inafastável de valorização ambiental, exige, para sua implementação, como prevê o Estatuto, a audiência da população interessada (art. 2º, XIII), vez que as atividades a serem desenvolvidas numa iniciativa como essa inevitavelmente têm efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambien-

te natural ou construído, gerando transformações urbanísticas, estruturais, ou seja, uma profunda mudança no *status quo*.

3.2 Operações urbanas consorciadas

As operações urbanas consorciadas, de acordo com o artigo 32, § 1º, Estatuto da Cidade, são o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar, em uma área determinada, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

A implementação das operações urbanas consorciadas deve se dar pela edição de lei municipal específica em que conste, no mínimo, a definição da área a ser atingida; o programa básico de ocupação da área; o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; as finalidades da operação; o estudo prévio de impacto de vizinhança; a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, em função da utilização dos benefícios decorrentes da modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e do subsolo, alterações de normas edilícias e regularização de construções, reformas ou ampliações; e a forma de controle da operação, com compartilhamento obrigatório e representação da sociedade civil¹³.

A adoção dessas medidas busca evitar o desvirtuamento das finalidades almeçadas com a implementação desse instituto, quais sejam, a inclusão daqueles que se encontram à margem do sistema, garantindo-lhes o direito à cidadania e a melhoria da qualidade de vida.

Por mais que seja considerado um instituto novo, regulamentado por uma lei federal, já havia previsão desse instrumento de política urbana na doutrina pátria baseada em experiências já implementadas, como se colhe em texto escrito por José Afonso da Silva:

Operação urbana integrada compreende um conjunto integrado de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos

13 cf. art. 33 da Lei nº 10.257/01

proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, visando a alcançar transformações urbanísticas e estruturais, a melhoria e a valorização ambiental, de área delimitada por lei específica. Essa lei traça as diretrizes e os objetivos da operação urbana.¹⁴

E ainda prevê a existência de outro:

A operação urbana interligada (ou operação de interesse social) foi lançada em São Paulo como um instrumento destinado a solucionar o problema das favelas. Seu regime jurídico consta da Lei 10.209, de 9.12.1986, segundo a qual os proprietários de terrenos ocupados por favelas ou núcleos poderão requerer, à Prefeitura, a modificação dos índices e característica de uso e ocupação do solo do próprio terreno ocupado pela favela, ou de outros, de sua propriedade, desde que se obriguem a construir e a doar, à Municipalidade, habitações de interesse social para a população favelada.¹⁵

O Estatuto dá tratamento privilegiado à questão ambiental. Vários são os dispositivos que fazem referência à preservação do meio ambiente, demonstrando que o desenvolvimento urbano pode ser com ele conciliado. Há previsão expressa da necessidade de se considerar o impacto ambiental decorrente das alterações a serem implementadas.

Para Paulo Affonso Leme Machado,

impacto ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais (Resolução 001/86 do Conama).¹⁶

14 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 329.

15 Op. cit. p. 330.

16 Apud. SANTOS, Márcia W. Batista dos. *Das operações urbanas consorciadas*. In: MEDAUAR, Odete, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade – comentários*. São Paulo: RT, 2002. p. 148.

Assim, é mister que seja realizado o estudo prévio de impacto ambiental, para que sejam garantidas condições mínimas de segurança e habitabilidade e para que haja o devido respeito ao meio ambiente.

4 Considerações finais

Divergências existem acerca do tratamento dado ao meio ambiente natural nas esferas rural e urbana e na delimitação dessas áreas bem como no tocante à amplitude do termo meio ambiente. Grande parte possui assento na determinação do ente federativo competente para legislar sobre a matéria e nas interpretações, por vezes capciosas, dos Municípios sobre o que seja interesse local.

A Constituição estabelece que a União é competente para legislar sobre normas gerais, devendo os demais entes respeitar esse preceito, cabendo aos Municípios legislar somente sobre assuntos de interesse local e sobre planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Cabe ressaltar que a abrangência do termo interesse local deve ser restrita em face da relevância dos valores atinentes a cada bem tutelado, que podem extrapolar os limites, se não territoriais, figurativos dos interesses coletivos e difusos, não sendo um bem ambiental que cumpre a sua função, considerada como um elemento de interesse meramente de um determinado Município.

Com relação às regularizações fundiárias em área de preservação permanente, não se vislumbra prejuízo maior na implementação das Operações Urbanas Consorciadas, tendo em vista o que prescreve o artigo 4º¹⁷ do Código Flores-

17 Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o *caput* deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a

tal, pelo contrário, diante das exigências postas no Estatuto da Cidade e de suas finalidades social e ambiental, as quais atuarão também como medida inibitória ao avanço das ocupações irregulares, cujos beneficiários tornar-se-ão, necessariamente, parceiros na fiscalização das áreas ainda preservadas, sob pena de estarem incluídos em futuras ações judiciais para recuperar inclusive as que são objetos das operações, além de haver necessidade de adoção de medidas compensatórias, como contrapartida dos benefícios.

Essa solução parece ser menos condescendente com a degradação das áreas de preservação permanente, em virtude do delineamento proposto e em face de, nos locais a serem implementadas as operações urbanas consorciadas, já haver, na maioria dos casos, situação consolidada.

O que não pode acontecer é deixar que a tutela das áreas de preservação permanente, no meio urbano, fique ao alvedrio de leis e de planos diretores municipais, mais suscetíveis às influências do poder econômico e à inobservância das determinações dos estatutos legais de maneira uniforme, sem que haja respeito aos limites estabelecidos e sem que existam estudos de viabilidade que meçam os impactos ambientais e sociais.

Referências

Seção A – Documentos legais

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 8 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2002.

_____. Lei nº 4.771, de 15 set. 1965. Institui o Código Florestal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2001.

supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas “c” e “f” do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa

_____. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2002.

_____. Lei nº 7.511 de 07 de julho de 1986. Altera dispositivos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Lei nº 7.803 de 18 de julho de 1989. Altera a redação da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e revoga as Leis nºs 6.535, de 15 de junho de 1978, e 7.511, de 7 de julho de 1986. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Lei nº 10.257, de 10 jul. 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2001.

_____. Presidência da República. Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 ago. 2001. Altera os arts. nº 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural – ITR, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 mai. 2002.

Seção B – Publicações doutrinárias e científicas

DIAS, Maurício Leal. *Notas sobre direito urbanístico*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 10 de abril de 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Natureza Jurídica da Cidade em face do Direito Ambiental Constitucional e da Lei nº 10.257/2001 – Lei do ambiente artificial*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em 10 de abril de 2002.

FREITAS, José Carlos de. *Estatuto da cidade e equilíbrio no espaço urbano*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 26 de abril de 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: R.T., 2000.

_____. *Matas Ciliares*, publicada na RJ 246/24, abr. 1998. Disponível em: <<http://www.jurinforma.com.br>>. Acesso em 12 out. 2001.

FINK, Daniel Roberto e PEREIRA, Márcio Silva. *Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, nº 2, p. 77-90, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. 2. tiragem, rev., atual. E ampl. de acordo com as Leis 9.437/97 e 9.605/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Considerações jurídicas sobre a função ambiental da cidade*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, nº 14, p. 103-112, abr. - jun., 1999.
- SANTOS, Márcia W. Batista dos. *Das operações urbanas consorciadas*. In: MEDAUAR, Odete, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade – comentários*. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. UM PROJETO DE SOCIEDADE

Durval da Silva Amorim

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio
Operacional da Infância e Juventude – SC*

Nenhuma nação conseguiu prosseguir sem investir na infância. A Viagem pelo conhecimento da infância é a viagem pela profundidade de uma nação. A situação da infância é um fiel espelho de nosso estágio de desenvolvimento econômico, político e social.¹

Introdução

Nunca será exagero aproveitar a oportunidade de ressaltar a necessidade de fazer do conhecimento da lei o caminho para iniciar a travessia em direção à efetivação dos direitos civis a que tem direito todo cidadão, resumido na expressão “conquista da cidadania”.

A divulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente deve, antes de mais nada, provocar uma reflexão crítica sobre a realidade, indicando-se o conhecimento da Lei como ponto de partida para atuar nesta realidade, transformando-a em benefício de crianças e adolescentes.

1 DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel: a Infância, a Adolescência e os Direitos Humanos no Brasil*, p.8-9.

Para a aproximação do Estatuto da Criança e do Adolescente deste nosso universo, faz-se uma leitura a partir do ponto de vista do cidadão leigo, o que o torna mais próximo e compreensível por todos.

Desenvolvimento

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, em vigor desde 1990, concretizada na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. A sua aprovação ultrapassa, no campo simbólico, o conceito de regulamentação formal do artigo 227 da Constituição. Guarda em si um potencial fantástico de renovação, no resgate do valor da criança e do adolescente como seres humanos – sujeitos de direitos – portadores de vida, que devem receber total dedicação; titulares de direitos especiais, por serem pessoas em desenvolvimento.

Sabe-se que os direitos humanos são uma conquista histórica da humanidade, daí se falar em três “gerações” de direitos: os direitos individuais, civis e políticos (de 1ª geração), da época do Séc. XVIII, relacionados à vida, liberdade de ir e vir, propriedade, segurança, igualdade de tratamento perante a lei, votar e ser votado, e manifestação de pensamento; os direitos sociais, culturais e econômicos (de 2ª geração), da época do Séc. XIX, relacionados ao bem-estar do ser humano, condições dignas de trabalho, proteção ao trabalho da mulher e da criança, assistência à saúde, amparo à velhice, educação, acesso à cultura e ao lazer; e os direitos da solidariedade ou planetários (de 3ª geração), da atualidade, relacionados ao desenvolvimento, a viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado; a viver em paz; e ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Nessa evolução, os direitos da criança e do adolescente situam-se como uma nova conquista, concretizada na “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, a qual representa o reconhecimento do *status* de cidadania às crianças e adolescentes.

Esta importante conquista social é o resultado de intensa e persistente luta da Sociedade Civil, que conseguiu derrubar a “Doutrina da Situação Irregular” que inspirou o Código de Menores, legislação que vigorou de 1979 até 1990.

Exige um tratamento especial, prioritário, e, para garanti-lo, obriga o conjunto da política, da economia e da organização social a operar um reordenamento; a revisar prioridades políticas e de investimentos; a colocar em questão o modelo

de desenvolvimento e respectivo projeto da sociedade, excludente e perverso.

É que o Estatuto da Criança e do Adolescente introduz um novo paradigma na legislação brasileira, definindo novos papéis para os vários atores sociais: juizes, policias, representantes do Ministério Público, governantes, e, sobretudo, a sociedade organizada. Através dos Conselhos de Direitos é chamada a participar na elaboração, controle e avaliação das políticas públicas relacionadas à criança e ao adolescente. E através dos Conselhos Tutelares é encarregada de fazer valer os direitos dessa categoria social de cidadãos: as crianças e os adolescentes.

Passados aproximadamente 14 anos, ainda é bastante desconhecido da maioria da população. O panorama, em relação à criança, pouco mudou. O fato de a lei ainda não estar no domínio do conhecimento e da prática da sociedade reforça a manutenção do quadro de desamparo e desproteção em que vivem nossas crianças. A mídia traz quase que diariamente notícias sobre adolescentes violentos, prostituição infantil, bebês abandonados, enfim, notícias que mais parecem colhidas em filmes de terror.

A sociedade fica escandalizada, mas não percebe que é cúmplice desta situação, pois a omissão e o desconhecimento da lei não isentam ninguém de culpa. É preciso, então, cobrar providências das autoridades constituídas, o que só pode ser realizado com efetividade por cada cidadão com amparo no conhecimento da lei e no exercício da cidadania, participando como membro efetivo da sociedade.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente apontam para a criança como “sujeito de direitos”. É fazendo cumpri-las, cobrando das autoridades obediência às leis e divulgando-as, que cada um de nós poderá iniciar a caminhada em direção a um país que realmente se preocupa e quer investir no seu futuro.

Mas contamos com outras leis. O Brasil ratificou em 1990 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade na Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, após a comemoração dos 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em setembro de 1990, através do Decreto Legislativo 28.

São normas legais a indicar que se incorpore na prática cotidiana de uma nação que se pretende civilizada no cumprimento das normas que objetivam o melhor interesse da criança. No artigo 3º da Convenção, o melhor interesse deve inspirar todas as medidas relativas às crianças, tomadas por todas as instituições,

órgãos e pessoas que estejam direta ou indiretamente ligados à criança.

Cada pessoa que, conhecendo a lei, torne-se seu defensor, e sendo esta lei fruto de ampla discussão na sociedade, restará cada vez menor a distância entre o cidadão e o país que se pretende melhor.

Às crianças e aos adolescentes, elo mais fraco da cadeia social, foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 “o direito de ter direitos”, reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas para que realmente assim se faça, é essencial que haja a socialização do conhecimento da lei, restando bem claro a todos que o Estatuto não fala só de direitos, mas também, e de forma destacada, dos deveres, os quais fazem parte integrante da vida de qualquer cidadão.

São, portanto, documentos legislativos que buscam, na sua essência, convocar a sociedade a se integrar nas mudanças, agindo como parceira do poder constituído. Tal parceria se realiza não só na formulação de políticas básicas, mas também no acompanhamento da execução, avaliação, reformulação e cobrança da execução destas ações, de forma permanente e integral. Assim, todos podem participar ativamente e responder pelos procedimentos, mudando a postura vigente que até então só percebia a sociedade como objeto das leis, determinações, projetos e o que mais fosse atribuição de um poder constituído. A sociedade, tendo em suas mãos a possibilidade e o direito de participar, pode, construindo novos padrões culturais, mudar a política de atendimento, dar importância primordial à prevenção e, finalmente, fazer de crianças e adolescentes “sujeitos de direitos”.

O Estatuto, assim, pretende atender ao princípio do “melhor interesse”, princípio este introduzido pelo Direito Inglês no séc. XIII, vinculado ao instituto do *parens patriae*, que visava à proteção de crianças e loucos pelo monarca. Era a autoridade herdada pelo Estado para atuar como protetor daquele cidadão com limitação jurídica. Desta forma, as autoridades assumiram o dever de proteger crianças, débeis mentais e loucos, enfim, todos aqueles que por alguma razão fossem incapazes de administrar seus próprios interesses.

Este princípio passa a ter especial importância no Brasil a partir da afirmação constitucional de Direitos Fundamentais da criança e do adolescente (art. 227) e pela adoção no Brasil da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

Tais conquistas legais, aliadas à entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, permitiram um novo espaço de implementação da “pri-

oridade absoluta” pela infanto-adolescência.

Assim, conhecer o Estatuto é poder evitar ouvir frases como “O Estatuto é o responsável pela impunidade dos menores que cometem crimes”, ou “Não há condições de aplicar o Estatuto no Brasil”, além de outros equívocos que são divulgados.

Será possível admitir o retorno de uma legislação como o foi o Código de Menores de 1979, voltada somente aos pobres, aos abandonados, aos carentes ou infratores, todos sob o manto do juiz e da FEBEM, os quais não ofereciam possibilidades de participação da sociedade.

Como fruto de uma luta da própria sociedade pelos direitos infanto-juvenis, o Estatuto visa garantir que todas as crianças e adolescentes, independentemente de cor, raça ou classe social, sejam tratados como cidadãos que precisam de atenção, proteção e cuidados especiais para se desenvolverem adultos saudáveis.

Mas o Estatuto só estabelece direitos ou há deveres? Crianças e adolescentes não gozam somente de direitos, pois em contrapartida, sujeitam-se a determinados deveres. Exatamente como os adultos, crianças e adolescentes não podem praticar nada daquilo que a lei brasileira diz que é crime. A cada direito há o correspondente dever. É que se crianças e adolescentes têm direito à vida, também não podem tirar a vida; da mesma forma para a saúde, como conservar o ambiente limpo; ao direito de não serem discriminados, vem a proibição de humilhação ou agressão a outras pessoas.

Ao adolescente autor de um crime, chamado este de ato infracional, é plenamente possível a contenção em caso de flagrante ou por ordem judicial, exatamente como determinado ao adulto, com encaminhamento à Delegacia, ao Ministério Público e ao sistema judicial. Igualmente como o adulto, responderá o adolescente, em tal situação, perante o juiz, com aplicação de medida sócio-educativa, de acordo com a gravidade do ato praticado. É que o Estatuto considera “ato infracional” a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Os inimputáveis são os adolescentes entre 12 e 18 anos incompletos, considerando a idade na data do fato. As crianças até doze anos incompletos receberão uma das medidas de proteção. O artigo 106 determina que nenhum adolescente será privado de liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, e nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o processo legal, assegurando-se pleno e formal conhecimento

da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica por advogado, assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis.

A medida sócio-educativa é uma obrigação imposta judicialmente ao adolescente autor de ato infracional com objetivo pedagógico, com educação e profissionalização, em condições de ressocialização, evitando a prática de novas infrações e que o apóie para a construção de um novo projeto de vida. As medidas são as seguintes: a advertência (consiste na admoestação verbal); a obrigação de reparar o dano causado (para infrações com reflexos patrimoniais, determinando-se a restituição da coisa, ressarcimento do dano ou compensação do prejuízo à vítima); a prestação de serviços à comunidade (consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por no máximo seis meses, em entidades assistenciais, hospitais, programas comunitários ou governamentais); a liberdade assistida (consiste no acompanhamento, auxílio e orientação, por pessoa designada, promovendo socialmente o adolescente e sua família, com inserção, quando for o caso, em programa oficial ou comunitário, com supervisão escolar, profissionalização e inserção no mercado de trabalho); a semiliberdade (que é privativa de liberdade e que consiste na permanência em estabelecimento sócio-educativo, com atividades externas, com obrigatoriedade da escolarização e da profissionalização); e a internação (que é privativa de liberdade, mas sujeita aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento).

Hoje, no Brasil, mais de 20 mil adolescentes estão privados de liberdade. Qual o paradoxo existente? Não há reinserção sem sociedade e, portanto, o confinamento e a completude institucional em nada auxiliam o processo de desligamento.

Conclusão

Pretende-se, assim, com a divulgação do Estatuto, desencadear um processo de reflexão crítica para a construção, por todos nós, de uma consciência cidadã, resultando em uma participação de todos na sociedade a qual pertencemos.

Uma lei só deixará de ser apenas um conjunto de palavras escritas em

um papel quando todos os cidadãos a conhecerem e souberem como usa-la. É pela apropriação da lei, tornando-a viva, que a sociedade conquistará e concretizará sua cidadania, pois só é capaz de defender seus direitos e fazer reivindicações quem tem conhecimento, informação e saber. E, desta forma, poderá transformar sua vida em uma vida mais justa, com reais condições de alcance da cidadania.

O que se pretende é contribuir para a nossa formação, com espírito de solidariedade, compreendendo a realidade social, política, econômica e cultural.

A divulgação do Estatuto em nosso ambiente, poderá trazer parcerias e provocar mudanças em todos os níveis, criando uma mentalidade na sociedade que passará a ver-se iniciadora de uma nova ordem social na qual todos serão realmente iguais. Pois só conhecendo seus direitos pode o cidadão denunciar o desrespeito a eles e exigir o cumprimento da lei. É com a participação de todos que se constrói um país verdadeiramente democrático e que se faz de cada habitante um cidadão.

A visão da criança e do adolescente como prioridade absoluta culmina esta concepção. Por ela se reconhece o valor intrínseco e o valor projetivo das novas gerações. O valor intrínseco reside no reconhecimento de que, em qualquer etapa do seu desenvolvimento, a criança e o adolescente são seres humanos na acepção mais plena do termo. O valor projetivo, por sua vez, evoca o fato de que cada criança e cada adolescente é um portador do futuro da sua família, do seu povo e da humanidade, ou seja, é dele que depende a continuação da linha da vida na espécie humana. A prioridade absoluta às novas gerações, como se vê, é uma exigência ética impostergável no marco da construção de uma vida digna para todos, ou seja, dos direitos humanos.²

O Estatuto da Criança e do Adolescente já influenciou a elaboração de legislações semelhantes em mais de 15 países da região, constituindo-se em uma verdadeira ponte de integração do Brasil com os países da América Latina.

Em realidade, trata-se de um imaginário social: construir um país no qual

2 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *O Novo Direito da Infância e da Juventude do Brasil: 10 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Avaliando Conquistas e Projetando Metas*. Brasília: UNICEF, 1999, p.11-12.

toda criança tenha o direito de ser criança e no qual todo adolescente possa olhar o futuro sem medo, porque está preparado para ele.

O Educador e Pesquisador Antonio Carlos Gomes da Costa disse:

Estamos no caminho certo e não estamos parados. Quando isto ocorrer, não tenhamos dúvida, descobriremos que tudo que tivermos feito em favor de nossas crianças e adolescentes será uma pequena parcela do que fizemos em favor de nós mesmos, do Brasil e do mundo.³

Concluindo este trabalho, trazem-se algumas palavras de BERTOLD BRECHT:

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo e examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.

Referências

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de papel: a Infância, a Adolescência e os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Ática, 1994.

PEREIRA, Tânia da Silva. Organizadora. *O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

3 Idem, p. 24.

