
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V. 10, n. 22, jan./jun. 2013

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 10, n. 22, janeiro/junho 2013
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 313	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio
Leandro Garcia Machado
Nuno de Campos
Rogério Ponzi Seligman
Sandro Ricardo Souza
Silvana do Prado Brouwers

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

**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@mpsc.mp.br

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

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

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009- .
v. 10, n. 22, jan./jun. 2013.
ISSN 1981-1683

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

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

Impressão: novembro de 2016

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224-4600 e 3224-4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229-9000
pgj@mpsc.mp.br
www.mpsc.mp.br

Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Sandro José Neis

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais

Fabio de Souza Trajano

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Sandro José Neis

Paulo Antônio Albinther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Sandro José Neis

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda

Murilo Casemiro Mattos

Sidney Eloy Dalabrida

Fábio Strecker Schmitt

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Marcílio de Novaes Costa - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça
Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota
Pedro Sérgio Steil
Vera Lúcia Ferreira Copetti

Representantes da Primeira Instância

Narcísio Geraldino Rodrigues
Gladys Afonso
Gercino Gerson Gomes Neto
Fábio de Souza Trajano
Ivens José Thives de Carvalho
Durval da Silva Amorim
Américo Bigaton
Rui Arno Richter

Secretário-Geral

Fernando da Silva Comin

Corregedor-Geral do Ministério Público

Gilberto Callado de Oliveira

Subcorregedor-Geral

José Galvani Alberton



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Luciano Trierweiller Naschenweng
Presidente

Luiz Adalberto Villa Real
Vice-Presidente

Gilberto Assink de Souza
1º Secretário

Marcos Augusto Brandalise
2º Secretário

João Carlos Linhares Silveira
Diretor Financeiro

Sandro Ricardo Souza
Diretor de Patrimônio

Caroline Cabral Zonta
Diretora Cultural e de Relações Públicas

Vanessa Wendhausen Cavallazzi
Diretora Administrativa

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Diretora da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Marcelo de Tarso Zanellato
Abel Antunes de Mello
Helen Crystine Corrêa Sanches
Fabrício José Cavalcanti
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Conselho Consultivo

Simão Baran Júnior
Jorge Eduardo Hoffmann
Luciana Uller
Rodrigo César Barbosa
Max Zuffo
Bruno Bolognini Tridapalli
Deize Mari Oeschler
Sandra Faitlowicz Sachs
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Alexandre Carrinho Muniz
Anderson Adilson de Souza
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Cyro Luiz Guerreiro Júnior
Joaquim Torquato Luiz

SUMÁRIO

CRIMINAL

A colaboração premiada como instrumento de investigação criminal.....9
Mauricio de Oliveira Medina

Direitos fundamentais e a nova lei de organizações criminosas - n. 12.850/1339
Onofre José Carvalho Agostini
Guilherme Brito Laus Simas
Marcos Dagoberto Cardoso Delavi

A aplicação da Lei n. 13.142/2015 quando a vítima for filho adotivo de integrante de órgão de segurança pública.....75
Reinaldo Franzoni de Abreu

INFÂNCIA E JUVENTUDE

A competência da vara da infância e da juventude para o julgamento de ações em face da fazenda pública83
José Carlos Loitey Bergamini
Marcelo Wegner

INSTITUCIONAL

Ministério público e política101
Oriane Padilha

CONSTITUCIONAL

Neoconstitucionalismo: implicações e reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.....121
Rodrigo Andrade Viviani

Limitação constitucional da perda alargada: uma análise da sua natureza jurídica a partir da Diretiva 2014/42 da União Europeia145
Luiz Eduardo Dias Cardoso

CIVIL

O ministério público na pós-modernidade: a questão da participação popular nos assuntos de interesse coletivo191

José Isaac Pilati

Leonardo Henrique Marques Lehmann

A responsabilidade civil do estado em face de atos inconstitucionais praticados pelo poder legislativo225

Karolina Vitorino

CIDADANIA

Direitos humanos e educação.....243

Lio Marcos Marin

Luiza Bonfante Keller

MEIO AMBIENTE

A coautoria (des) necessária entre a pessoa física e a jurídica para a criminalização ambiental265

Nicole Cascaes

ORDEM TRIBUTÁRIA

A nota fiscal de produtor rural na produção de leite e sua contribuição no combate à sonegação fiscal e outras fraudes: um estudo de caso285

Eraldo Antunes

CRIMINAL

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Mauricio de Oliveira Medina

Promotor de Justiça do MPSC

Mestre em Corrupção e Estado de Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha

SUMÁRIO

Introdução. 1 Considerações iniciais acerca da colaboração premiada. 2 A colaboração premiada na Convenção de Palermo. 3 A colaboração premiada em um processo penal democrático: críticas a seu uso no Brasil. 3.1 A ausência de eticidade. 3.2 A violação de princípios constitucionais: *nemo tenetur se detegere*, ampla defesa e igualdade. 3.3 A banalização do emprego da colaboração premiada: infração à regra de proporcionalidade. 3.4 O valor probatório das declarações dos colaboradores. Considerações finais.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a colaboração premiada como um relevante instrumento de investigação da criminalidade grave e organizada, apresentando algumas das principais críticas feitas ao instituto e suas possibilidades de utilização em um processo penal democrático.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 9 - 38	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	-----------	----------------

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Crime organizado. Investigação. Prova. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

No atual contexto de reconhecida expansão das atividades delitivas das organizações criminosas ao redor do mundo, os Estados buscam instrumentos jurídicos que possam ser efetivos para a investigação dessa diferenciada espécie de criminalidade, considerando a aparente inadequação e insuficiência dos meios tradicionais.

Levando em conta essa realidade, percebe-se o uso cada vez mais frequente do direito premial e especialmente da colaboração premiada, para fazer frente à delinquência organizada. O Estado, pois, concede benefícios penais, processuais e penitenciários aos acusados em troca de um efetivo auxílio às autoridades, como o fornecimento de informações sobre os integrantes da organização, suas atividades, fontes de recursos econômicos e formas de lavagem de dinheiro.

A preocupação quanto à necessidade de um reforço investigativo em relação à criminalidade organizada se reflete nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo) e contra a Corrupção (Mérida), que atribuem uma posição destacada ao instituto da colaboração premiada, estimulando os Estados-Parte a se utilizarem desse instrumento.

Essa realidade, evidentemente, não passou despercebida no Brasil, onde é ingente a atuação de numerosas organizações criminosas, muitas delas extremamente violentas – especialmente as dedicadas ao tráfico de drogas, ao roubo de veículos e cargas, e a assaltos a bancos, que se utilizam de armamentos modernos para manter seu território, seu poder e seus negócios – e outras de natureza mais sofisticada, voltadas sobretudo à criminalidade não violenta, mas muito lucrativa, como a malversação de recursos públicos, as fraudes a licitações e a contratos administrativos, os fraudes fiscais, os delitos ambientais e urbanísticos, etc.

Assim, bem antes da Convenção de Palermo, o Brasil já incluía em sua legislação a concessão de benefícios aos acusados que colaborassem com o esclarecimentos de delitos graves, como por exemplo extorsões mediante sequestro ou crimes praticados por quadrilhas. Atualmente,

a legislação brasileira é pródiga ao tratar da concessão de prêmios aos colaboradores, existindo um manifesto risco de banalização do instituto.

Mas, se a colaboração premiada representa um inegável reforço investigativo em relação à criminalidade grave e organizada, não se pode perder de vista o eterno dilema do processo penal, em que o aumento de eficácia do sistema repressivo importa, na quase totalidade dos casos, em uma diminuição das garantias do cidadãos.

Assim, a discussão sobre a colaboração premiada se situa justamente entre dois polos permanentemente em tensão: a eficácia do sistema repressivo estatal, ante delitos graves que lesionam bens jurídicos de grande relevância, e a necessidade de preservar e proteger os direitos fundamentais e as garantias dos cidadãos acusados contra intervenções excessivas e desproporcionais do Estado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAS ACERCA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada pode ser adequadamente descrita como o fenômeno pelo qual o sujeito confessa seus próprios crimes e fornece à autoridade informações necessárias para a reconstrução dos fatos e a individualização dos participantes no delito.¹

Não se trata, evidentemente, de um instituto recente. De fato, é possível identificar sua existência já na Santa Inquisição, na Idade Média, período em que a tortura para obtenção de confissões, assim como a delação de outros suspeitos com o intuito de fugir dos horríveis castigos eram extensamente utilizadas.

Efetivamente, o *Malleus Maleficarum* – *O Martelo das Bruxas*, famoso manual que ajudava os juízes da Inquisição a “identificar a bruxa em seus múltiplos disfarces”, ensinava como se devia fazer uso da tortura para a obtenção da confissão dos investigados, bem como de que forma se devia possibilitar e estimular a delação.

Evidentemente, sua vinculação às terríveis e desumanas práticas da Inquisição faz crescer as numerosas críticas hoje existentes em relação

¹ MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n. 2, 1998, p. 35.

ao instituto.

Após um largo período de desuso ou de pouca importância, a colaboração premiada tornou a ser utilizada largamente na prática judicial ao redor do mundo, especialmente a partir das últimas décadas do século XX, não apenas em Estados autoritários e que desenvolvem uma cultura processual penal também autoritária e pouco (ou nada) garantista, mas em algumas das mais sólidas democracias do planeta.

As razões para o súbito desenvolvimento da colaboração premiada – e do direito premial² em geral – podem ser basicamente identificadas sob o signo da busca por uma maior eficácia no âmbito do processo penal, característica de uma época marcada pela complexidade, pelo aumento do risco e pela insegurança. O terrorismo e a criminalidade organizada são, sem dúvida, o âmbito “natural” de aplicação do instituto, quando de seu “ressurgimento”.

Assim, o reconhecimento por parte do Estado de sua grande dificuldade em investigar algumas manifestações da criminalidade contemporânea, como o crime organizado ou as organizações terroristas, justificam o incentivo legal ao uso de arrependidos e também de agentes infiltrados (ambas figuras com capacidade de descrever o funcionamento interno das organizações).

Como afirma Pereira, na colaboração premiada o Estado se utiliza dos conhecimentos privilegiados do criminoso para obter provas que auxiliem a esclarecer os delitos e a identificar os demais responsáveis.³ Com o tempo, os colaboradores com a Justiça se transformaram em fundamentais fontes de prova em relação a uma criminalidade mais sofisticada.

É possível dizer que o pensamento utilitário que subjaz à aplicação da colaboração premiada encontrou seu apogeu na Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), que diretamente recomenda aos Estados-Parte a uti-

2 De acordo com Benitez Ortuzar, a expressão “direito premial”, em um sentido amplo, “incorporaría toda conducta del culpable posterior a la ejecución del delito que tiene incidencia favorable al mismo en la determinación de la pena” (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson, 2004, p.34).

3 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30. Assinala o autor que seriam pressupostos da colaboração a confissão do acusado colaborador sobre os delitos praticados e a desistência de seu direito ao silêncio. Não obstante, é possível destacar que, no ordenamento jurídico espanhol, a colaboração do corrêu em casos de tráfico de entorpecentes não exige o reconhecimento da culpa, de acordo com o artigo 376 do Código Penal.

lização do instituto. Não obstante, podem-se identificar importantes experiências de sua aplicação anteriores à referida Convenção, como, por exemplo, nos Estados Unidos, na Itália e na Espanha.

Nos Estados Unidos, cujo sistema processual penal é conhecido pelo instituto da *plea bargaining*, as negociações entre acusação e defesa sempre fizeram parte importante da orden jurídica.⁴

Como explica Rodriguez Garcia, ao utilizarmos o termo *plea bargaining* estamos fazendo referência à modalidade de *guilty plea* típica dos Estados Unidos, prática que consiste na obtenção pelo acusado de uma série de concessões oficiais em troca de declarar-se culpado; trata-se, portanto, de um instituto que consiste em um *give-and-take*, no qual o acusado reconhece sua responsabilidade esperando receber um tratamento menos severo (*lenient treatment*) por parte do Estado.⁵

Pois, nesse processo de negociação entre acusação e defesa, sempre esteve presente a figura do *approvment*, pela qual o investigado confessa os fatos contra si imputados e fornece informações a respeito da responsabilidade de outros indivíduos investigados pelo mesmo delito, com a finalidade de obter o perdão judicial ou lograr uma situação processual mais favorável.⁶

Diferentemente da tradição romano-germânica, no sistema da *common law*, a introdução de instrumentos de persecução penal fundamentados na colaboração do acusado é consequência dos postulados orientadores do sistema jurídico. No sistema de *civil law*, de outro lado, a utilização desses instrumentos é uma opção de política criminal e uma consequência da necessidade de eficiência no controle da criminalidade grave.⁷

4 No entanto, como afirma Rodríguez García, foi somente em fins do século XIX e princípios do século XX que estas negociações se converteram em um elemento distintivo do processo penal norteamericano, e de modo de resolução dos casos criminais, permitindo, com isso, a economia de custos e de tempo dos caros e demorados juízos com jurados. Atualmente, se crê que aproximadamente 90% dos casos criminais norteamericanos sejam resolvidos através de processos de negociação, sem chegar a juízo, e que uma redução para 80% de soluções negociadas exigiria que se duplicassem os meios humanos e técnicos existentes (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997, p. 31/33 y 110/112).

5 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997. p. 34.

6 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. p. 12.

7 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 38/43. E acrescenta o autor que talvez a principal razão para a existência do *plea bargain* seja evitar o processo judicial, enquanto que o uso dos colaboradores, no sistema de *civil law*, tem por objetivo superar as dificuldades de obtenção de provas, e sempre depende de decisão judicial. Seria também possível dizer que, quanto aos colaboradores com a justiça, o *common law* é caracterizado por um sistema premial negocial

Na Itália, a colaboração premiada teve sua origem justamente na necessidade de fazer frente à ameaça do terrorismo, de maneira que a legislação excepcional das décadas de 1970 e 1980 passou a prever a concessão de prêmios aos *collaboratori della giustizia* ou *pentiti*.⁸ O sucesso de tais medidas, especialmente contra as atividades das Brigadas Vermelhas, possibilitando um grande número de condenações e a forte diminuição do terrorismo,⁹ desde logo estimulou sua adoção também no âmbito da criminalidade organizada, especialmente contra as associações de tipo mafioso.¹⁰

Assevera Bittar que a estratégia italiana de enfrentamento à criminalidade organizada e mafiosa foi concentrada em três pontos principais: 1) no âmbito investigativo, a criação de órgãos de investigação especializados e coordenados; 2) no âmbito processual, a utilização do “processo investigativo”; e 3) no aspecto das sanções, o aumento das penas para os delitos praticados por organizações criminosas. Sem embargo, os juristas logo perceberam que essas medidas somente seriam eficientes com o rompimento do vínculo associativo por meio de normas que, de um lado, agravassem as sanções aos responsáveis pelos delitos, e de outro lado possibilitassem a diminuição das penas aos acusados que colaborassem com as autoridades, identificando os demais autores, esclarecendo os fatos delituosos ou evitando ou diminuindo as consequências dos crimes.¹¹

Para explicar as diferenças de tratamento entre os *pentiti* e os acusados que não colaboram com a Justiça (*irriducibili*), afirma D’Ambrosio que o sistema italiano está fundado no *regime del doppio binario*, pelo qual os colaboradores recebem concessões legais, enquanto que aos não colaboradores a lei reserva um tratamento mais rigoroso.¹²

A legislação italiana prevê um tratamento completo ao tema dos

(considerando a ampla discricionariedade do Ministério Público), enquanto que na civil law o sistema premial seria legal (pois sempre dependente das disposições legais, e não da discricionariedade da acusação).

- 8 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **El coimputado que colabora con la Justicia Penal**. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 7, 2005. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta em 15/5/2014.
- 9 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales**. Madrid: Dykinson, 2008. p.186.
- 10 ALFONSO, Roberto. **Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell’ambito delle associazioni criminali**. In: NEUBURGER, L. de Cataldo. “Chiamata in Correità e Psicologia del Pentitismo nel Nuovo Processo Penale”. Padova: Cedam, 1992. p. 48.
- 11 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14.
- 12 D’AMBROSIO, Loris. **Testimoni e Collaboratori di Giustizia**. Padova: Cedam. 2002. p. 28.

colaboradores com a Justiça. Assim, as normas de direito premial tratam de quatro momentos relativos à colaboração: um momento ou aspecto sancionatório (relativo às circunstâncias que podem aumentar ou diminuir as sanções aplicáveis); um momento penitenciário (regulando o acesso aos benefícios na execução da pena); um momento processual (sobre a forma e valoração das declarações dos *pentiti*); e um momento de tutela (relativo à proteção dos *collaboratori* e de sua família).¹³

Na mundialmente famosa Operação Mãos Limpas, que investiu um gigantesco esquema de corrupção política na Itália, o largo uso dos *collaboratori della giustizia* foi fundamental para o esclarecimento de atos corruptos complexos e de carácter generalizado em diversas administrações públicas do País.

Como reconheceu o Procurador Salvi, a confissão e a declaração de corrêu tiveram um papel determinante nas investigações da Operação Mãos Limpas. E destacou que o Ministério Público, já a partir da fase de investigações, pôde apresentar aos investigados uma série de benefícios que derivavam da colaboração; isso fez com que uma boa parte dos investigados tenha escolhido confessar sua responsabilidade, indicando também seus cúmplices.¹⁴

Na Espanha, a colaboração premiada também foi introduzida no ordenamento jurídico para enfrentar os graves e frequentes casos de terrorismo por meio da inclusão do artigo 57 *bis*, “b”, no Código Penal.¹⁵

Atualmente, o instituto tem seu uso restrito aos delitos de terrorismo e tráfico de drogas e vem regulamentado nos artigos 579.4 e 376 do Código Penal (Lei Orgânica n. 10, de 23 de novembro de 1995), respectivamente.¹⁶

No que tange ao delito de terrorismo, dispõe o Código espanhol que o acusado pode receber uma pena inferior em um ou dois graus à

13 D’AMBROSIO, Loris. Op. cit., p. 26-60.

14 SALVI, Giovanni. **Aspectos de la Corrupción en Italia**. Represión y Prevención. Estudios Públicos n. 56, Primavera de 1994. Disponível em: http://www.cepchile.cl/1_1246/doc/aspectos_de_la_corrupcion_en_italia_represion_y_prevencion.html#.U3T4H4GSytl. Consulta em 15/05/2014.

15 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”**. Madrid: Dykinson, 2004, p.108.

16 Também existe uma importante figura de direito premial prevista no art. 427 do Código Penal que establece a isenção de pena pelo delito de corrupção ao particular que “haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”. Existem também figuras semelhantes nos artigos 305.4 (fraude contra a Fazenda Pública), 307.3 (fraude contra a Seguridade Social), e 308.4 (fraude a subvenções).

estabelecida em lei, se estiverem presentes os seguintes requisitos:

- i. que o acusado abandone voluntariamente suas atividades delitivas;
- ii. que o indivíduo se apresente às autoridades, confessando os fatos delituosos em que haja participado;
- iii. e, alternativamente:
 - a) que colabore ativamente com as autoridades para impedir a produção do delito; e
 - b) que auxilie de maneira eficaz na obtenção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou para impedir a atuação ou o desenvolvimento de organizações ou grupos terroristas aos quais haja pertencido ou com os quais haja participado.

Como assinala Sánchez García de Paz, a aplicação dessa norma tem sido bastante escassa, em razão da dificuldade de reunir todos os requisitos exigidos. De fato, o dispositivo legal impede a aplicação do instituto a indivíduos que depois de presos decidam colaborar com as autoridades (circunstância em que a atitude de colaboração é mais provável) exigindo que a pessoa se apresente às autoridades confessando os fatos. Por tais razões, afirma a mencionada autora, é bastante comum a aplicação das atenuantes genéricas previstas no artigo 21, n. 4 (*“haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”*) e n. 5 (*“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*).¹⁷

Iguais requisitos eram exigidos no artigo 276 do Código Penal espanhol, relativo ao tráfico de drogas. Não obstante, a Lei Orgânica n. 15/2003 suprimiu a necessidade de apresentação ante as autoridades e de reconhecimento de culpa. Criou o direito espanhol, assim, uma estranha figura em que o corréu colaborador não necessita confessar sua responsabilidade.

Não obstante essas experiências na utilização da colaboração

¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La Criminalidad Organizada*. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales. Madrid: Dykinson, 2008. p.195-196.

premiada, às quais é possível acrescentar outras, como a britânica, com os *witness crown*, e a alemã, com os *kronzeugenregelungen*¹⁸, assim como referir vários documentos internacionais que incentivam seu uso, como, por exemplo, a Recomendação do Conselho da União Europeia, de 20 de dezembro de 1996, relativa às pessoas que colaboram com o processo judicial na luta contra a delinquência internacional organizada, foi com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, no ano 2000, que o instituto ganhou forte impulso.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA NA CONVENÇÃO DE PALERMO

Conforma assevera Zúñiga Rodríguez, a primeira vez que a Organização das Nações Unidas tratou do crime organizado foi no “V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente”, ocorrido em Genebra, no ano de 1975.¹⁹ Nesse evento é possível perceber a preocupação das Nações Unidas com as mudanças das formas e dimensões da delinquência e especialmente com o que chamou de “o delito como negócio”; ainda não existia uma maior atenção dos criminólogos a tal espécie de delinquência, de maneira que as definições de expressões como “delito organizado”, “delito financeiro” e “corrupção” eram geralmente vagas e ambíguas.

A expressão “delito como negócio” fazia referência a um grupo de crimes que reunia todas ou a maioria das seguintes características: a) eram cometidos primordialmente com ânimo de lucro e implicavam alguma atividade comercial ou industrial; b) supunham certa organização, consistente em uma série ou um sistema de disposições relativamente formais entre as diversas partes que cometiam os atos ilegais; c) implicavam a utilização indevida de técnicas comerciais ou industriais legítimas; e d) as pessoas que participavam de sua prática costumavam ter alta posição social ou grande poder político.²⁰

18 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal*. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por la Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 7, 2005. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta em 15 de maio de 2014.

19 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009. p. 178.

20 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra, 1975. Disponível em: http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/55%20Quinto%20Congreso/A_CONF56_10.pdf. Consulta em 19 maio 2014.

Com o tempo, a atenção dos juristas - e não somente deles, mas também a dos governantes - se voltou definitivamente à criminalidade organizada, de maneira que os Estados perceberam a necessidade de projetar instrumentos jurídicos diferenciados de enfrentamento dessa realidade.

No ano de 1990, a Comissão Antimáfia do Parlamento italiano já assinalava, em um tom talvez demasiadamente alarmista, que as organizações criminosas internacionais haviam entabulado acordos para dividir entre si as zonas geográficas, desenvolver novas atividades de mercado, elaborar formas de assistência mútua e resolver conflitos, tudo em escala planetária, acrescentando que tais organizações constituiriam uma verdadeira potência criminosa capaz de impor sua vontade aos Estados legítimos, minar as instituições e forças da lei e da ordem, transtornar o delicado equilíbrio econômico-financeiro e destruir a vida democrática.²¹

O desenvolvimento sem paralelo da atividade criminal organizada, especialmente em caráter transnacional, obrigou os Estados a adotar iniciativas igualmente internacionais a respeito do tema. O ponto mais alto das tratativas internacionais para enfrentar esse especial tipo de criminalidade foi a Convenção de Palermo.

A referida Convenção, ademais de incluir obrigações de criminalização de condutas (como por exemplo a participação em organização criminosa, a lavagem de dinheiro e diversas práticas de corrupção), trata de técnicas especiais de investigação (como a ação controlada, a vigilância eletrônica e as operações encobertas) e confere um papel destacado ao instituto da colaboração premiada.

De fato, estabelece o artigo 26 da Convenção que os Estados-Parte deverão adotar medidas apropriadas para estimular a colaboração com a Justiça de pessoas que participam ou tenham participado de grupos criminosos organizados. Essa colaboração deve consistir em prestar ajuda “efetiva” e “concreta” às autoridades competentes que possa contribuir a privar as organizações criminosas de seus recursos ou do produto do delito, ou proporcionar informações úteis às autoridades competentes com fins investigativos e probatórios sobre: a) identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades das organi-

21 FERRO VEIGA, José Manuel. *Estado de Sítio. La Cultura de la Violencia en el Siglo XXI*. Cui Prodest? San Vicente: Club Universitário, 2012. p. 130.

zações criminosas; b) os vínculos, inclusive internacionais, com outras organizações criminosas organizadas; e c) os delitos que as organizações tenham cometido ou possam cometer.

E justamente para estimular essa colaboração, cada Estado-Parte deve considerar a possibilidade de prever a mitigação da pena ou, de acordo com os princípios fundamentais de seu direito interno, inclusive a concessão de imunidade judicial aos acusados que prestem uma colaboração substancial com a investigação dos delitos compreendidos na Convenção.

Evidentemente, as hipóteses e os parâmetros para a redução da pena devem ser tratados pelos Estados-Parte em seus ordenamentos jurídicos; ademais, a própria diminuição da pena não é obrigatória, pois a Convenção somente estabelece que os Estados-Parte devem “considerar a possibilidade” de prever a mitigação. Sem embargo, a possibilidade de uma considerável redução da pena (ou, inclusive, a imunidade judicial) são incentivos bastante efetivos à colaboração dos acusados.

Além disso, a Convenção de Palermo também trata da proteção dos acusados colaboradores, pois, em muitos casos, a colaboração pode gerar grave risco à vida da pessoa que contribui com a Justiça, assim como à vida de seus familiares.

E indicando claramente a tendência de crescimento do uso de instrumentos de direito premial, especialmente a colaboração premiada, deve-se destacar que dispositivo semelhante ao art. 26 da Convenção de Palermo se encontra no art. 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003).

Desde o *Malleus Maleficarum* até sua previsão nas mais importantes Convenções internacionais contra a delinquência organizada e a corrupção (e sua conseqüente disseminação ao redor do mundo) muito longo foi o caminho percorrido pelo instituto da colaboração premiada.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: CRÍTICAS A SEU USO NO BRASIL

Não cabem dúvidas sobre a relevância e a utilidade da colaboração premiada, especialmente quando utilizada contra a criminalidade

grave e organizada. A medida de sua importância pode ser verificada por declarações do Juiz Falcone, responsável por conduzir diversas investigações contra a máfia na Itália nas décadas de 1980 e 1990, quando destacava o quanto a colaboração do *pentito* Tommaso Busceta havia sido fundamental para permitir às autoridades uma melhor compreensão sobre o fenômeno mafioso.

Efetivamente, afirmou Falcone que anteriormente à colaboração de Busceta, os órgãos de investigação não tinham mais do que uma ideia superficial a respeito do funcionamento da máfia; foi o colaborador que forneceu incontáveis informações a respeito da estrutura, das técnicas de recrutamento, das funções da Cosa Nostra, possibilitando uma visão global, de largo alcance sobre a organização criminosa. E acrescentou que a colaboração proporcionou uma chave de leitura, uma linguagem, um código; o colaborador, nas palavras de Falcone, teria sido como um professor de língua estrangeira que permite a alguém comunicar-se na China sem necessidade de recorrer apenas aos gestos.²²

Referia-se o magistrado, evidentemente, ao sistema italiano. Não obstante, a colaboração premiada pode assumir um papel destacado na investigação da criminalidade organizada em todos os países que sofrem com essa espécie de delinquência.

Não obstante sua inegável significação e sua previsão em diversos diplomas legais, a colaboração premiada não está, de maneira alguma, livre de numerosas e contundentes críticas: denúncias quanto a seu caráter supostamente não ético, observações de frontal violação aos princípios constitucionais, inconformidades quanto a seu uso abusivo e exagerado, ou quanto à pouca confiabilidade da prova dela decorrente.

Em um Estado democrático de Direito, como se pretende o brasileiro, o reforço investigativo representado pela colaboração premiada somente pode ser utilizado se, e na medida em que, respeite os direitos fundamentais dos cidadãos. As vantagens em termos de eficiência do processo penal não podem ser obtidas às custas de violações desproporcionais das garantias dos indivíduos. Desta forma, assume especial relevância a análise das principais críticas lançadas ao instituto, com o fim de verificar sua compatibilidade ao ordenamento constitucional.

22 FALCONE, Giovanni y PADOVANI, Marcelle. *Cosas de la Cosa Nostra*. Tradução de Miquel Izquierdo. Barcelona: Barataria, 2006. p. 38-39.

3.1. A AUSÊNCIA DE ETICIDADE

A primeira crítica que se faz à colaboração premiada é que se trata de um instituto que viola a ideia de ética subjacente a um Estado democrático de Direito, pois estimula a traição e a falsidade.

Beccaria já denunciava a imoralidade do instituto, afirmando que a colaboração poderia transformar o homem em um ser dissimulado.²³

Também repudiando o instituto, Zaffaroni afirmou que o Estado não pode utilizar meios imorais para evitar a impunidade dos criminosos, e que a concessão de imunidade aos colaboradores constitui uma séria lesão à eticidade do Estado. E acrescentou, de maneira muito contundente, que, ao se utilizar da colaboração do acusado, o Estado está comprando a cooperação do criminoso ao preço de sua impunidade, com o objetivo de “fazer justiça”, o que repugnaria ao Direito Penal liberal desde os tempos de Beccaria.²⁴

Mas se deve compreender essa crítica à impunidade dos colaboradores *cum grano salis*. É necessário destacar que a concessão de imunidades em casos especiais não é prática estranha à nossa tradição jurídica. De fato, a conhecida “ponte de ouro” criada nos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, em casos de tentativa, tem clara inspiração utilitarista, e atua como um estímulo ao abandono da atividade delitiva em troca da ausência de punição. Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, a concessão de total imunidade aos colaboradores é prática excepcional, pois a regra geral indica apenas a redução de pena do acusado.

Não se pode negar que, ao oferecer prêmios aos delatores, o Estado incentiva a traição dos companheiros de crime, atitude considerada como moralmente reprovável. Gomes assinala que, ao estabelecer um prêmio ao traidor, a lei transmite uma mensagem contrária aos valores morais: quando nem mesmo o “código” dos criminosos admite a traição, é pelo menos paradoxal que a legislação a estimule.²⁵

23 BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y la Penas*. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura. 1993. p. 72-73.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Il Crimine Organizzato: Una categorizzazione fallida*. Em: MOCCIA, Sergio (Org.). “Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali. Tra Efficienza e Garanzia”. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. p. 85.

25 GOMES, Luiz Flavio. *Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais*. Em: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de Lavagem de Capitais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 348.

Entretanto, pode ser igualmente difícil considerar ética a conduta de um criminoso que prefere proteger seus companheiros responsáveis por práticas atentatórias aos mais relevantes valores e interesses da comunidade, ou de um agente que prefere não revelar onde se encontra a vítima de um sequestro, com isso tornando impossível seu resgate com vida, ou de um criminoso que se nega a esclarecer onde se encontram os valores desviados do patrimônio público por organização criminosa especializada nesta espécie de delito. Desse modo, pertinente é a seguinte questão: existiria, nessas condutas, algum valor ético a ser protegido pelo ordenamento jurídico?

Em relação às críticas quanto à conduta de trair os coautores do delito, é oportuno pôr em relevo desde logo que a concessão dos benefícios legais relativos à colaboração premiada não pressupõe, necessariamente, a traição dos companheiros de crime, pois existem hipóteses em que o auxílio às autoridades se limita a fornecer informações sobre o produto do delito ou a localização da vítima.

E a complexidade do instituto também se revela no seguinte conflito: se trair é imoral, colaborar com a Justiça é um ato moral. Alguns autores, assim, identificam a moralidade ou imoralidade da conduta do colaborador em sua finalidade: se o acusado atua de forma egoísta, buscando apenas uma redução em sua pena, sua conduta seria imoral; de outro lado, atuaria de forma moral se movido pelo legítimo arrependimento.²⁶

Sem embargo, parece que Musco tem uma compreensão mais adequada do instituto, do ponto de vista jurídico, ao afirmar que:

Es obvio que el término *pentitismo* no se usa en su dimensión ética, sino en su acepción menos noble, en el sentido hoy en uso en la comunidad social, en el significado vulgar que se limita a indicar simplemente el hecho objetivo de la admisión de la propia responsabilidad por uno o más delitos, acompañado de la ayuda proporcionada a los investigadores para el conocimiento del mundo criminal al que pertenece. Ninguna dimensión de orden moral, interno, psicológico, de recuperación de valores sociales, sino solamente indicación de un dato empírico, de oportunidad y de contratación, en una lógica típica del intercambio de valores.²⁷

26 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 180.

27 MUSCO, Enzo. **Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas**. Revista Penal, n. 2, 1998. p. 35.

Deve-se reconhecer que a introdução da colaboração premiada no ordenamento jurídico é uma questão de política criminal.²⁸ Existem respeitáveis posicionamentos doutrinários contrários a sua aplicação, em razão de sua alegada imoralidade, todos com capacidade para disputar o convencimento do legislador, de acordo com as regras do jogo democrático. Não obstante, uma vez tomada a decisão pelo legislador, a não aplicação da lei somente pode ter por fundamento sua incompatibilidade com a ordem constitucional. Como destaca Silva Sánchez: “en los sistemas del constitucionalismo moderno, sólo pueden impugnarse preceptos penales cuando resultan inconstitucionales por defecto o por exceso. Si no se da ni lo uno ni lo otro, nos hallamos en el marco de la política criminal defendible, más o menos plausible, pero en todo caso no radicalmente impugnabile”.²⁹

Em igual sentido, Pereira afirma que, uma vez superada a questão da legitimidade jurídica substancial do instituto, com seu ingresso na ordem jurídica constitucional de maneira legítima, em conformidade formal e material com os princípios constitucionais, já estará firmada sua validade, independentemente de contrariar outras concepções dogmáticas. E acrescenta que não estarão descartadas, então, as críticas de política criminal ao instituto, mas não é mais esse o objeto da discussão, pois tais críticas não foram suficientes para convencer o legislador e não são suficientes para o reconhecimento da inconstitucionalidade da opção legislativa.³⁰

A argumentação da imoralidade da colaboração premiada, por atuar o Estado incentivando a traição, é insuficiente para que não se aplique o instituto, especialmente se considerarmos que a colaboração deve ser utilizada em casos de criminalidade grave, nos quais existem relevantes interesses sociais a proteger.

De acordo com Streck, o Poder Judiciário somente pode não aplicar uma lei em seis hipóteses, que seriam: a) quando a lei ou o ato normativo é inconstitucional (caso em que declarará sua inconstitucionalidade, por

28 Afirma Frederico Valdez Pereira que a inspiração prevalente em relação ao instituto é de política criminal, que se revela na escolha dos delitos aos quais se vinculam hipóteses de colaboração, assim como na natureza e alcance das medidas que estimula o comportamento colaborativo (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 34).

29 SILVA SÁNCHEZ. Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011. p. 127.

30 PEREIRA, Frederico Valdez. *Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*. Revista CEJ, Brasília, Año XVII, n. 59, abril 2013, p. 86.

meio do controle concentrado, ou não os aplicará, exercendo o controle difuso de constitucionalidade); b) quando sejam aplicados os critérios de resolução de antinomias; c) quando se utilize a interpretação conforme a Constituição; neste caso o texto da lei não sofrerá qualquer alteração, mas receberá uma interpretação que o torne adequado e compatível com a Constituição; d) quando seja empregada a técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, pela qual se mantém a literalidade do dispositivo mas se exclui determinada(s) hipótese(s) de aplicação, por inconstitucionalidade; e) quando se trata de um caso de declaração de nulidade parcial com redução de texto, situação em que a exclusão de uma palavra do texto pode manter a constitucionalidade da norma; e f) quando uma regra contrarie um princípio, hipótese na qual o princípio deve prevalecer.³¹

A não aplicação de uma lei em circunstâncias distintas das antes referidas configuraria puro ativismo judicial, ou seja, simples substituição do juízo discricionário do legislador democraticamente eleito pelo juízo discricionário do julgador. E o ativismo judicial, por depender exclusivamente da vontade do juiz, ignorando a vontade dos representantes do povo, é absolutamente antidemocrático.

Assim, não obstante a contundência da crítica à (i)moralidade da colaboração premiada (pertinente e que deve levar o legislador a limitar seu uso a casos graves e estritamente necessários), deve-se reconhecer que tal argumento não representa obstáculo jurídico suficiente para impedir sua aplicação, pois para tanto seria necessário sua incompatibilidade com a ordem constitucional.

A seguir, serão analisadas algumas das principais críticas à colaboração premiada, sob o enfoque de suposta violação de princípios constitucionais penais e processuais.

3.2. A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NEMO TENETUR SE DETEGERE, AMPLA DEFESA E IGUALDADE.

O instituto da colaboração processual encontra-se justamente no ponto de tensão entre dois polos com tendências opostas, como são a necessidade de eficiência do sistema penal e a conformidade desse sistema

31 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

aos princípios e às garantias típicas do Estado Democrático de Direito.

Como ressalta Muñoz Conde, o direito procesual “tem seu coração dividido entre dois grandes amores”: de um lado, a missão de investigar os delitos e castigar os culpados; de outro, a de respeitar nessa tarefa determinados princípios e garantias que se converteram, no moderno Estado de Direito, em direitos e garantias fundamentais do acusado. E prossegue o eminente professor asseverando que essa parece uma contradição difícil de solucionar: o respeito às garantias e aos direitos fundamentais do acusado pressupõe efetivamente um limite à busca da verdade, que obviamente não pode ser uma verdade a todo custo.³²

Por isso, fortes críticas à colaboração premiada destacam a possível violação de diversos princípios constitucionais e, portanto, sua incompatibilidade com a Lei Fundamental ou, pelo menos, a necessidade de ajustar e interpretar o instituto aos ditames da Constituição.

Um dos principais argumentos brandidos contra a concessão de benefícios legais aos colaboradores com a Justiça é a possível violação ao direito ao silêncio e a não produzir provas contra si próprio.

Como já destacado, forma parte essencial da colaboração processual que os investigados ou acusados confessem os fatos nos quais tenham participado. Mas isso poderia representar, de acordo com alguns estudiosos, violação da cláusula *nemo tenetur se detegere*, representando inconstitucionalidade.

Em sentido contrário a esse argumento é possível dizer que a colaboração é um ato voluntário; a legislação brasileira assim o exige expressamente, e, em algumas oportunidades, inclusive, vai além, exigindo a espontaneidade do colaborador.

A conclusão de que a colaboração premiada viola o direito a não produzir provas contra si mesmo somente seria possível caso tal direito fosse absolutamente indisponível e que existisse, por consequência, uma espécie de dever fundamental de resistir à pretensão acusatória do Estado. Tal coisa claramente não existe, como demonstra a tradicional causa de redução de pena em razão da confissão. O investigado ou acusado é livre para, de maneira consciente, dispor de seu direito a não colaborar e inclusive atuar de maneira a, estrategicamente, buscar os benefícios processuais da colaboração.

³² MUNOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. actualizada. Buenos Aires: Hammurabi. 2003. p. 14.

Destaca Bittar que seria uma grande ironia, a partir da perspectiva das garantias constitucionais, não permitir ao investigado ou acusado utilizar-se de uma lei que pode ser sua melhor - ou muitas vezes única - estratégia de defesa, já que, em muitas vezes, a colaboração pode ser a única possibilidade real de diminuição ou inclusive de eliminação da pena.³³

Se a vontade do imputado em colaborar é expressa de maneira livre e consciente e não existe um dever de resistir à acusação, não se identifica violação ao direito a não declarar e não produzir prova contra si mesmo.

Sem embargo, ainda seria possível discutir sobre a efetiva liberdade da manifestação de vontade do colaborador, afirmando que o estabelecimento de consideráveis “prêmios” aos que colaboram poderia eliminar a voluntariedade de sua conduta.

De fato, Padovani tratando do sistema italiano, mas em raciocínio totalmente aplicável ao ordenamento brasileiro, afirma que existe um risco de que os benefícios da colaboração premiada atuem sobre o investigado ou acusado como uma espécie de “inquisição suave”, induzindo à colaboração. Ou seja, como o instituto é projetado para persuadir, para incentivar a colaboração em troca de benefícios, a lógica do prêmio não deixaria de ser um instrumento de pressão sobre o acusado: não uma tortura, mas uma pressão de natureza premial.³⁴

É certo que o estabelecimento de um prêmio para a colaboração influi na vontade do acusado, especialmente nos casos em que o benefício é a total imunidade. Não se pode esquecer que a própria Convenção de Palermo estatui que os Estados-Parte deverão adotar “medidas apropriadas” para “estimular” a colaboração com a Justiça. O sistema, pois, é reconhecidamente projetado para convencer o investigado ou acusado a colaborar. Mas parece exagero afirmar que o prêmio elimine completamente a vontade do acusado; sempre existirá a possibilidade de escolha entre colaborar ou não.

Em tais situações, fundamental é o papel a ser exercido pelo juiz, de maneira a reduzir a possibilidade de qualquer espécie de irregulari-

33 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 180.

34 PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Delação Premiada**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 84-99, jan./abr., 2013, p. 91. O autor também cita Langbein, que afirma, em referência ao sistema norteamericano, que “plea bargaining, like torture, is coercitive”.

dade no procedimento, inclusive atuando para refrear eventuais abusos e pressões indevidas realizadas pelos órgãos de persecução penal, garantir os direitos do acusado e, especialmente, certificar-se de que a colaboração é de fato voluntária.

Importante, pois, antes de homologar o acordo de colaboração premiada, que o juiz verifique atentamente o cumprimento dos mesmos requisitos geralmente exigidos para a aceitação da *guilty plea* no sistema da *common law* e que podem ser brevemente assim descritos, como expõe Rodríguez García:³⁵

a) o investigado ou acusado deve ser capaz de declarar; esta capacidade geralmente se confunde com a capacidade para comparecer em juízo, pois existiria evidente paradoxo se alguém capaz de ser acusado em juízo fosse considerado incapaz para aceitar um acordo de colaboração. Deve o juiz, não obstante, verificar se o acusado compreende adequadamente a língua e o procedimento, e se seu estado mental, no momento do acordo, é compatível com a gravidade do ato;

b) a colaboração deve ser voluntária e não produto de qualquer espécie de coerção para ter validade; incumbe ao juiz verificar se o acusado foi submetido a violências físicas ou mentais, coações ou ameaças (e sobre o tema, muito controverso é o uso excessivo da prisão cautelar com o – não muito – oculto objetivo de que o indivíduo colabore; e

c) o investigado ou acusado, sempre acompanhado por seu defensor, deve compreender claramente os termos do acordo, os compromissos que assume, suas consequências e os benefícios que receberá; é responsabilidade do juiz dirigir-se pessoalmente ao colaborador para determinar se tem compreensão adequada de todo o procedimento.

O artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de entrevistar o colaborador, na presença de seu defensor, com o fim de verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, antes de sua homologação, oportunidade em que poderá analisar o cumprimento dos requisitos antes mencionados.

35 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia Penal Negociada*. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1997. p. 44-49.

Não se pode concluir, pois, que a colaboração premiada viole o direito constitucional ao silêncio ou a não produzir prova contra si mesmo, considerando que se trata de conduta voluntária e que o direito mencionado é disponível. Mas deve o juiz adotar as cautelas necessárias, antes da homologação do acordo, para certificar-se do cumprimento dos requisitos legais, especialmente em relação à voluntariedade da atuação do colaborador e do seu nível de compreensão dos termos do pactuado.

De outro lado, também se afirma que a colaboração geraria uma possível violação do princípio da igualdade, pois poderiam ser aplicadas penas substancialmente distintas para autores de um mesmo delito (uma mais branda para aquele que colabora e uma mais severa para os demais).

O tratamento distinto a sujeitos colaboradores e a não colaboradores se justifica simplesmente no fato de que não existe uma identificação substancial entre a situação do indivíduo que realiza uma conduta pós-delitiva contra os interesses da organização criminosa, auxiliando no esclarecimento dos fatos e prevenindo outras condutas ilícitas e o comportamento do agente que permanece comprometido com a organização. A distinção de tratamento, pois, encontra fundamento nas diferentes situações fáticas.

3.3 A BANALIZAÇÃO DO EMPREGO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: INFRAÇÃO À REGRA DE PROPORCIONALIDADE

Talvez a mais pertinente crítica à colaboração premiada no Brasil seja a que afirma sua banalização, seu uso excessivo e sem critérios, inclusive para investigação de delitos sem maior gravidade, o que gera uma violação da regra constitucional de proporcionalidade. De fato, desde sua introdução no ordenamento jurídico, em princípios da década de 1990, o País assistiu à aprovação de numerosas leis tratando do tema, com uma constante ampliação das hipóteses de aplicação do instituto.

E se originalmente existia uma pretensão de que a colaboração premiada fosse um instrumento de reforço investigativo contra a criminalidade grave (tendo em vista que foi previsto inicialmente na Lei dos Crimes Hediondos para ser utilizado em relação a delitos de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando), com o passar do tempo

novas leis autorizaram sua aplicação indiscriminada a infrações penais que não apresentam gravidade suficiente para justificar o uso de meio tão restritivo de direitos.

Exemplo claro do uso excessivo e sem critérios da colaboração premiada é a Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo. Essa Lei estabelece que, nos delitos nela previstos, praticados por quadrilha ou em coautoria, o partícipe que colaborar com as autoridades e “revelar toda a trama delituosa”, além de confessar sua participação, terá direito à redução de 1/3 a 2/3 da pena.

A maior parte dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, no entanto, possui penas bastante baixas, admitindo a transação penal ou a suspensão condicional do processo. E, além disso, diversos crimes contra a ordem tributária admitem a suspensão da punibilidade do ofensor com o parcelamento do débito e sua extinção com o integral pagamento.

Com facilidade se percebe a total ausência de critérios do legislador quando admite para os mesmos delitos várias medidas despenalizadoras (o que indica, por si só, a pouca gravidade atribuída a tais crimes) e, ao mesmo tempo, a aplicação de uma medida como a colaboração premiada.

Mas ainda pior é o tratamento dado ao tema pela Lei n. 9.807/99, que expressamente estabelece a possibilidade de concessão de perdão judicial e extinção da punibilidade para o acusado ou investigado sem condenação criminal que colabore, efetiva e voluntariamente, com a investigação e o processo, se de tal colaboração resulte quaisquer das seguintes consequências: a) identificação dos coautores ou partícipes do crime; b) localização da vítima com sua integridade física preservada; e c) recuperação total ou parcial do produto do crime. E se o colaborador não preenche integralmente os requisitos legais para obter o perdão judicial, pode receber uma diminuição de 1/3 a 2/3 de sua pena.

Salienta-se que os benefícios previstos nessa lei podem ser aplicados a qualquer delito, independentemente de sua gravidade, não existindo restrição a seu âmbito de incidência.

Essa ampliação exacerbada das hipóteses de aplicação da colaboração premiada, até o ponto de possibilitar seu uso em relação a qualquer espécie de delito, gera o risco de transformar a colaboração em um dos

principais – senão o principal – instrumentos de investigação de crimes comuns. Evidentemente que essa situação pode levar a um desestímulo às atividades efetivamente investigatórias dos órgãos de persecução, que se limitariam a buscar que um corréu forneça informações.

Por certo que um dos motivos fundamentais para que o legislador, desde princípios da década de 1990, estimule a colaboração com as autoridades é a insuficiente capacidade investigativa dos órgãos estatais, gerada por um conjunto de causas, como por exemplo: a falta de pessoal qualificado, a ausência de estrutura adequada para investigação, a falta de meios materiais, as baixas remunerações, a corrupção, etc.

Essa notória incapacidade investigativa faz com que os melhores esforços policiais sejam dedicados aos casos em que ocorra situação de flagrante, dado que as dúvidas acerca da autoria delitiva são consideravelmente menores. Em geral, os demais casos em que não exista uma situação de flagrante, e que, portanto, necessitam de uma maior atividade investigativa, acabam relegados a um segundo plano.

E se as deficiências na investigação já são evidentes quando se trata de uma criminalidade de massa, “tradicional” (furtos, roubos, homicídios), que é justamente a espécie de delinquência a que os órgãos de persecução estatais estão mais acostumados e preparados para enfrentar, as dificuldades se tornam substancialmente maiores quando se está diante de uma criminalidade mais sofisticada, organizada, especialmente de colarinho branco, dedicada a delitos que violam bens jurídicos supraindividuais, nos quais se costuma dizer que não há vítimas (ao menos vítimas diretamente individualizadas), uma vez que há o acréscimo das características próprias de tal espécie de delinquência, como o uso de violência, corrupção de funcionários públicos, cultura de supressão de provas, lei de silêncio, etc.

É exatamente nesse contexto fático que se deve analisar o incremento legislativo do recurso à colaboração premiada. Evidentemente que poder contar com informações de criminosos “arrepentidos” (em troca de benefícios em relação à quantidade e forma de cumprimento de pena, o mesmo de total imunidade) é mais simples, mais cômodo e consideravelmente mais barato do que investir na estruturação dos órgãos de investigação.³⁶

³⁶ Afirma GOMES que quanto mais o Estado é dotado de capacidade de investigação, menos necessita da colaboração de criminosos, e vice-versa (GOMES, Luiz Flavio. *Corrupção Política e Delação Premiada*).

Tal realidade, no entanto, não pode justificar a banalização de uma medida que, por seu caráter evidentemente restritivo de direitos fundamentais, deve ser reservada a situações graves.

Conforme assinala Riva, nem todo funcionamento insuficiente do sistema de tutela criminal pode justificar a renúncia total ou parcial à pena, em razão da concessão de benefícios aos colaboradores. Um direito penal que renunciasse sistematicamente à sanção ou a uma parte consistente desta perderia a capacidade de prevenção geral, pois seria incapaz de dissuadir da comissão do delito através da intimidação. E acrescenta o referido autor que o sistema de tutela penal não pode reduzir sua funcionalidade de modo contínuo e sistemático com a renúncia à pena; assim perderia sua credibilidade e, depois de um certo período, tornar-se-ia ineficaz.³⁷

Ademais, a introdução de medidas de recompensa a arrependidos não pode representar o desestímulo ou a acomodação, tampouco a incapacidade dos órgãos de investigação, mas, como destaca Musco,³⁸ deve inserir-se em um contexto de recuperação da eficiência na atividade de repressão dos delitos; longe de representar um sinal de fraqueza do Estado frente ao mundo do crime, o fenômeno da colaboração premiada exalta, ao contrário, sua presença e vitalidade.

Considerando, pois, o cenário de exagerada dilatação do âmbito de incidência da colaboração premiada e a já referida inconveniência de tal situação, pertinente seria a utilização de mecanismos para restringir o uso do instituto, de maneira a reconduzir a colaboração premiada à condição de uma técnica de reforço investigativo a ser usada em casos excepcionais e evitar sua banalização.

Dois critérios poderiam ser importantes, portanto, para a restrição da concessão de benefícios a colaboradores: o primeiro seria a limitação do uso do instituto à criminalidade organizada ou grave. Na noção de criminalidade grave, deveriam estar contidos os delitos de maior lesividade, como o tráfico de drogas, armas, pessoas, extorsão, corrupção, crimes financeiros, lavagem de dinheiro e terrorismo, por exemplo. Trata-se, evidentemente de uma questão de proporcionalidade: meios

Revista Magister. Porto Alegre, p. 108, n. 7, ago./set. 2005).

37 RIVA, Carlo Ruga. *Il Premio per la Collaborazione Processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002. p. 418.

38 MUSCO, Enzo. *Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*. Revista Penal, n. 2, 1998. p. 38.

investigatórios mais restritivos de direitos devem ser usados apenas em relação a delitos que, por sua gravidade, justifiquem sua utilização.³⁹

Ademais, não se pode conceber um sistema penal capaz de reprimir a todos os delitos existentes, já que tal sistema seria inviável. Assim, existem algumas situações de não efetividade do sistema que são relativamente toleráveis (em alguma medida, quanto à microcriminalidade e à delinquência de média gravidade), não justificando a utilização do reforço investigativo representado pelo uso dos colaboradores.⁴⁰

O segundo critério restritivo seria a existência de uma emergência investigativa. O conceito de emergência investigativa (*ermittlungsnotstand*) é usado por Riva para indicar uma situação de dificuldade ou bloqueio na investigação que exige uma resposta político-criminal adequada a sua finalidade: a utilização de um instrumento capaz de melhorar a eficácia da investigação.

Esclarece Riva que nem toda emergência investigativa legitimaria uma previsão legislativa de prêmio, mas que apenas a razoavelmente insuperável por intermédio de outros meios e que, simultaneamente, possa criar sérios problemas para a função de prevenção geral do sistema. Não por acaso, acrescenta o autor, o prêmio pela colaboração como resposta a uma situação de bloqueio de investigação está historicamente previsto para superar situações de emergência, de grave perigo para o ordenamento constitucional, para a saúde pública ou para a ordem pública.⁴¹

A utilização cumulativa desses dois critérios – aplicação apenas para investigação de criminalidade organizada ou grave, e somente em situações de emergência investigativa – seguramente impediria o uso abusivo da colaboração premiada, respeitando a regra constitucional da proporcionalidade.

³⁹ Luiz Flávio Gomes apresenta uma crítica em sentido completamene oposto: questiona os motivos para a concessão do prêmio por colaboração apenas para os que participam de organizações criminosas, ou para os responsáveis por crimes hediondos ou de lavagem de dinheiro, e não para autores de crimes sem violência, que oferecem menor preocupação social. (GOMES, Luiz Flavio. Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais. En: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de Lavagem de Capitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 348).

⁴⁰ RIVA, Carlo Ruga. Il Premio per la Collaborazione Processuale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002. p. 417.

⁴¹ RIVA, Carlo Ruga. Op. cit., p. 418.

3.4 O VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DOS COLABORADORES

Um dos pontos fundamentais e mais complexos na análise da colaboração premiada tem relação com o valor probatório de suas declarações. A forte crítica realizada é que as declarações do colaborador são geralmente pouco confiáveis, que os arrependidos são “desleais, manipuladores da verdade, buscadores do despiste, simuladores empedernidos, estão sedentos de vingança, e são contaminadores da realidade”.⁴²

Não se pode, de maneira alguma, ignorar que a colaboração é, muitas vezes, instrumento de vinganças, forma de atacar os desafetos e inimigos. Em outras oportunidades, o colaborador, interessado no prêmio, diz apenas aquilo que as autoridades querem escutar, e assim acusa inocentes.

Também ressalta Musco que a colaboração se presta a ser utilizada como o objetivo de instrumentalização política, para a persecução de finalidades extrajudiciais, no interior de estratégias bem organizadas de agressão, orientadas à finalidade de luta política, no que não guarda qualquer relação com a verificação da verdade.⁴³ Trata-se, pois, de uma degeneração do instrumento para atacar inimigos políticos.

Nesse degenerado uso político, as declarações dos arrependidos costumam ser amplas, genéricas, e muitas vezes desacompanhadas de elementos probatórios mínimos. Sem embargo, considerando as características do ambiente de disputa política, produzem consideráveis prejuízos. Uma vez mais invocando a lição de Musco, nesses casos, o pequeno vento da calúnia e da suspeita se precipitam sobre uma pessoa obrigada a defender-se publicamente de acusações genéricas que não podem ser facilmente rebatidas.⁴⁴

Assim, a questão que se apresenta é: qual o valor probatório das declarações do corréu colaborador?

Considerando todas as questões relativas ao tema da força probatória da colaboração, parece acertada a decisão metodológica que afirma

42 MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. Revista Penal, n. 2, 1998, p. 40.

43 MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 39.

44 MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 39.

que o colaborador deve ser visto com desconfiança; que suas declarações devem ser recebidas com reservas e nelas não se pode crer cegamente.

Dessa forma, não podem existir dúvidas que as declarações de um corréu colaborador não são capazes, por si sós, de desvirtuar a presunção de inocência dos acusados.

A Lei n. 12.850/2013 é muito clara neste sentido, adotando o art. 4º, § 16, solução já utilizada pelo Código de Processo Penal italiano, e estabelecendo que nenhuma decisão condenatória será proferida com fundamento apenas em declarações do corréu colaborador.

Mas, se as declarações do colaborador por si sós não são suficientes para uma condenação, tampouco se pode dizer que não tenham nenhum valor probatório. Portanto, as declarações do corréu colaborador não podem ser confundidas com uma simples *notitia criminis*; tampouco se pode exigir que os fatos informados pelo colaborador estejam comprovados integralmente por outros meios de prova (pois, se assim fosse, as próprias declarações do colaborador seriam desnecessárias).⁴⁵

As declarações têm valor probatório, mas insuficiente por si; é possível afirmar, pois, que, para que uma decisão penal condenatória possa se embasar em tais declarações, é exigível uma “corroboração mínima”, ou seja, necessita ela estar amparada em algum fato, dado ou circunstância externos; é a chamada “colaboração vestida”.

Essa é, também, a postura do legislador italiano que, como destaca Cuerda-Arnau, assumiu uma posição intermediária entre o entendimento dos que consideram a *chiamata di correo* como uma simples *notitia criminis* e o posicionamento – sobretudo jurisprudencial – que estimava suficiente a delação, desde que coerente, detalhada e constante, para fundamentar uma condenação. Atualmente, as declarações do colaborador devem ser valoradas conjuntamente com outros elementos de prova que confirmem sua credibilidade.⁴⁶

Evidentemente que não é possível determinar de antemão em que consistem esses outros elementos de prova que podem configurar a chamada “corroboração mínima” das declarações do colaborador. Desde logo se pode definir, não obstante, um critério fundamental: uma

45 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 141.

46 CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones, 1995. p. 636.

declaração do corréu colaborador não pode ser corroborada apenas pela declaração de outro colaborador; é necessário um elemento externo para conferir a indispensável segurança ao elemento de prova.⁴⁷

Com a finalidade de atribuir o adequado valor probatório às declarações do corréu que colabora com a Justiça, a jurisprudência italiana costuma analisar três critérios fundamentais: a) primeiramente, deve ser verificada a credibilidade do agente que colabora; analisa-se, assim, sua personalidade, suas atividades passadas, suas relações com os outros acusados e o motivo de sua colaboração; b) então, deve ser verificada a “confiabilidade intrínseca ou genérica das declarações”, ou seja, sua seriedade, sua precisão, coerência, constância e espontaneidade; e c) ao final, deve-se verificar a consistência das declarações com as outras provas do processo, de maneira a identificar a “confiabilidade extrínseca ou específica da declaração”.⁴⁸

Claro que a análise da credibilidade das declarações do colaborador está muito longe de ser uma operação matemática, mas o uso dos critérios desenvolvidos pela jurisprudência italiana (perfeitamente compatíveis com o sistema jurídico brasileiro, diga-se) poderia servir como uma orientação mais segura nessa análise.

Além disso, a adequada valoração das declarações do colaborador tem como pressuposto que seja efetivamente garantido o direito ao contraditório; os demais acusados devem poder confrontar o colaborador, formulando perguntas em audiência (*cross examination*).

É claro que, por suas circunstâncias, as declarações do colaborador não podem ser valoradas como as declarações de uma testemunha desinteressada. É necessário especial cautela na atribuição de seu valor probatório, e elementos de corroboração mais convincentes são exigíveis.

Ademais, uma medida existente no processo penal italiano poderia ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como forma de evitar que o colaborador atribua responsabilidade penal de forma falsa a pessoas que sabe inocentes. Trata-se da criação de uma hipótese de revisão criminal contra o acusado, de maneira a que não possa desfrutar do benefício concedido em decorrência da colaboração, sempre que

47 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **El Colaborador con la Justicia**. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”. Madrid: Dykinson, 2004. p. 176-178.

48 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 178.

sejam identificados elementos de que o colaborador imputou falsamente responsabilidades para obter benefícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência contemporânea à organização, profissionalização, expansão e até mesmo internacionalização das atividades delitivas expõe as dificuldades de atuação dos órgãos estatais de persecução, além da aparente insuficiência dos métodos tradicionais de investigação criminal.

Em tal contexto, assumem relevo as técnicas especiais de investigação, que passam a ser previstas em convenções internacionais (como as Convenções das Nações Unidas de Palermo e de Mérida) e a ser disciplinadas nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Na realidade forense, possivelmente a técnica especial de investigação mais utilizada seja a colaboração premiada, pela qual investigados ou acusados colaboram com as autoridades em troca de um tratamento penal mais benéfico. Diversos são os diplomas legais brasileiros que tratam da matéria, estabelecendo um largo campo de aplicação ao instituto e, inclusive, criando o risco de sua banalização.

Não se pode olvidar a existência e uma constante (e quiçá insolúvel) tensão entre a necessidade de dotar o sistema repressivo estatal da eficiência indispensável para combater a criminalidade, de um lado, e, de outro, a necessidade de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos investigados ou acusado. A colaboração premiada, como instrumento de investigação mais invasivo do que os meios tradicionais, representa um reforço investigativo de reconhecida eficácia para fazer frente à criminalidade organizada, mas pode também importar em uma considerável restrição aos direitos dos acusados. Sua única forma de aplicação legítima, portanto, é com o absoluto respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

A despeito das quase três décadas decorridas desde que o instituto foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, sua utilização, cada vez mais frequente, seguramente levará à discussão a respeito das condições de sua aplicação, na incessante busca de equilíbrio entre eficácia e garantia do sistema processual penal.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007.

ALFONSO, Roberto. **Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell'ambito delle associazioni criminali.** In: NEUBURGER, L. de Caltaldo. "Chiamata in Correità e Psicologia del Pentitismo nel Nuovo Processo Penale". Padova: Cedam, 1992.

BECCARIA, Cesare. **Tratado de los Delitos y la Penas.** Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura. 1993.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. **El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido".** Madrid: Dykinson, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUERDA-ARNAU, M^a Luisa. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo.** Madrid: Ministerio de Justicia y Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

D'AMBROSIO, Loris. **Testimoni e Collaboratori di Giustizia.** Padova: Cedam, 2002.

FALCONE, Giovanni y PADOVANI, Marcelle. **Cosas de la Cosa Nostra.** Tradução de Miquel Izquierdo. Barcelona: Barataria, 2006.

FERRO VEIGA, José Manuel. **Estado de Sítio. La Cultura de la Violencia en el Siglo XXI.** Cui Prodest? San Vicente: Club Universitário, 2012.

GOMES, Luiz Flavio. **Corrupção Política e Delação Premiada.** Revista Magister. Porto Alegre, p. 108, n. 7, ago./set. 2005.

_____. **Delação Premiada e Aspectos Processuais Penais.** Em: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. "Lei de Lavagem de Capitais", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal.** 2. ed. actualizada. Buenos Aires: Hammurabi. 2003.

MUSCO, Enzo. **Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas.** Revista Penal, n. 2, 1998.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.* Ginebra, 1975. Disponível em: http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/5S%20Quinto%20Congreso/A_CONF56_10.pdf.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

RIVA, Carlo Ruga. **Il Premio per la Collaborazione Processuale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

SALVI, Giovanni. **Aspectos de la Corrupción en Italia. Represión y Prevención**. Estudios Públicos n. 56, Primavera de 1994. Disponible em: http://www.cepchile.cl/1_1246/doc/aspectos_de_la_corrupcion_en_italia_represion_y_prevencion.html#.U3T4H4GSytl.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **El coimputado que colabora con la Justicia Penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 7, 2005. Disponible em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.

_____. **La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales**. Madrid: Dykinson, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3. ed. ampliada, Madrid: Edisofer, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Il Crimine Organizzato: Una categorizzazione fallida**. Em: MOCCIA, Sergio (Org.). "Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali. Tra Efficienza e Garanzia". Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal**. Granada: Comares, 2009.

CRIMINAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - N. 12.850/13

Onofre José Carvalho Agostini

Promotor de Justiça - MPSC

Guilherme Brito Laus Simas

Promotor de Justiça Substituto - MPSC

Marcos Dagoberto Cardoso Delavi

Assessor Jurídico do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução. 1 Conceito. 2 Crime Autônomo. 3 Colaboração Premiada. 4 Ação Controlada. 5 Infiltração de Agentes. 6 Acesso a Dados Cadastrais. 7 Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção de Provas. 8 Disposições Finais. Conclusão. Referências.

RESUMO

O estudo em referência delinea e explicita, embrionariamente, as principais inovações trazidas pela Lei n. 12.850/13, dentre elas, a evolução do conceito de organizações criminosas no ordenamento jurídico pátrio, a criação do crime autônomo, os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, fazendo uma leitura voltada aos direitos fundamentais.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 39 - 74	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Criminosas. Novo Conceito. Crime Autônomo. Procedimento Criminal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The study in reference outlines and explains, in embryo, the main innovations brought by Law no. 12.850/13, among them the evolution of the concept of criminal organizations in the national legal system, the creation of autonomous crime, the means of obtaining evidence and criminal procedure, doing a reading dedicated to fundamental rights.

KEYWORDS: Criminal Organizations. New Concept. Autonomous Crime. Criminal Procedure. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Atualmente, no cenário mundial, estamos vivenciando a globalização da economia e do mercado, que trouxe consigo a expansão do crime organizado, sem o correspondente acompanhamento da justiça e dos direitos e das garantias fundamentais. A fraqueza desse sistema jurídico internacional conduz a um cenário de regressão social, no qual vigora a “lei do mais forte”, sob o domínio do crime organizado (terrorismo interno ou internacional, máfias, narcotraficantes, exploração ilícita dos jogos etc).¹

Em âmbito nacional, o legislador tenta aperfeiçoar os instrumentos para combater esse avanço da criminalidade, como ocorreu no caso da edição da Lei n. 12.850/13. Essa legislação introduz novidades no ordenamento jurídico pátrio, alterando conceitos e procedimentos antes positivados, com o intuito de trazer mais eficiência nas ações do Estado.

Em 1995, foi promulgada a Lei n. 9.034 (agora revogada), que dispunha sobre os meios de investigação e provas relacionadas a ações praticadas por organizações criminosas. No entanto, o referido texto

1 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em: 2 set. 2013.

legal foi omissa ao não conceituar o que seria uma organização criminosa, ficando esse trabalho para os intérpretes do direito.

Diante desse impasse, a doutrina dividiu-se em duas correntes a fim de preencher essa lacuna legislativa:

1ª Corrente: O conceito de organizações criminosas poderia ser extraído do art. 2º, “a”, do Decreto n. 5.015/04, que incorporou ao ordenamento brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo:

a) “**Grupo criminoso organizado**” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Essa corrente foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008, conforme se observa no seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.**

AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.**²

2ª Corrente: Em contraposição ao entendimento anterior, esta corrente afirmava que o conceito de organizações criminosas não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, como observamos dos comentários de Luiz Flávio Gomes:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção

2 STJ, HC 77.771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2008, DJe 22/9/2008.

de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).³

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, no ano de 2012, filiou-se à segunda corrente, entendendo que o conceito de organização criminosa não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, tornando essa conduta atípica, conforme observamos na ementa do mencionado julgado:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. **O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.**⁴

Diante dessa posição do STF, o Congresso Nacional apressou-se para apresentar uma solução a essa falta de definição normativa, o que resultou na Lei n. 12.694/12, que, enfim, conceituou organização crimi-

3 Gomes, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 6 maio 2009.

4 STF, HC 96.007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/6/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 7-2-2013 PUBLIC 8/2/2013.

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

Ressalta-se, no entanto, que, apesar de a Lei n. 12.694/12 conceituar organizações criminosas, ela não definiu um crime autônomo para a constituição/formação de organizações criminosas, como era o caso da quadrilha, hoje chamada de “associação criminosa”. Na realidade, ela apenas instituiu uma maneira de se praticar crimes, sujeita a meios de prova e procedimentos investigatórios diferenciados, que, por sua vez, também não foram detalhados, ficando indefinidos seus requisitos e limites.

Ferrajoli, ainda, delineou três grupos de crime organizado:

Criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados (organizações criminosas privadas): são grupos violentos, agressivos, que se utilizam de ações armadas e também contam com substancial poder econômico, como, por exemplo, as organizações de tráfico de drogas.

Criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados: é uma derivação da primeira modalidade, tendo como características principais a utilização de grandes empresas para o cometimento de crimes e o não uso da violência, em regra. Ela nasce no mundo empresarial e depois se infiltra no poder público. Cita-se, como exemplo, cartéis de empreiteiras e demais cooperações empresariais.

Criminalidade organizada estruturada por agentes públicos: trata-se de uma forma de crime organizado que originalmente já nasce dentro dos poderes públicos, praticado por seus próprios agentes.⁵

1 CONCEITO

Atualmente, com a chegada da nova lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13), oriunda do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> apud FERRAJOLI, Luigi, em palestra ministrada na cidade de Tucuman, Argentina, em junho de 2012.

150/2006, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, houve uma alteração da definição de organização criminosa, ficando esta caracterizada por uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Portanto, as principais diferenças entre os conceitos podem ser melhor verificadas no seguinte quadro comparativo:

Lei n. 12.694/12	Lei n. 12.850/13
Associação de três ou mais pessoas.	Associação de quatro ou mais pessoas.
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.
Mediante a prática de crimes .	Mediante a prática de infrações penais .
Pena máxima igual ou superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional.	Pena máxima superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional.

Em primeira análise, verifica-se que o número mínimo de agentes para a caracterização de uma organização criminosa aumentou de 3 (três) para 4 (quatro), alterou-se a expressão “crime” por “infrações penais” e agora as infrações cometidas devem ter pena máxima superior a 4 (quatro) anos, afastando as com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo se de caráter transnacional.

A exemplo do ocorrido com a modificação da lei de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/12), o termo “crime” foi alterado para “infrações penais”. Apesar dessa expressão abranger as contravenções penais, o outro pressuposto de configuração é a pena máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por dificultar a possibilidade de ocorrência de contravenções, em virtude da elevada pena máxima, restando como eventual possibilidade de configuração do tipo apenas o caso de ter sido cometida a contravenção em caráter transnacional.

Todos os mencionados conceitos de organizações criminosas fazem referência à possibilidade de configuração desta no caso de infra-

ções de caráter “transnacional”, por isso, faz-se necessário resgatarmos o art. 3º da Convenção de Palermo, que considera infração de caráter transnacional quando:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Em continuidade, a Lei n. 12.850/13 acabou por alargar ainda mais o âmbito de aplicação da norma, alcançando ainda as infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; bem como as organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, além dos atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Portanto, verificam-se três principais requisitos para o reconhecimento da organização criminosa:

associação de 4 (quatro) ou mais pessoas: percebe-se que há necessidade de uma reunião estável e permanente de, pelo menos, 4 (quatro) indivíduos, característica que a diferencia de um mero concurso de pessoas, que tem natureza efêmera e passageira;

estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente: geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações; e

finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam

de caráter transnacional: para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional – nesse caso, pouco importa o *quantum* de pena cominado ao delito.⁶

Apesar de a Lei n. 12.850/13 ter dado novo conceito às organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes, entre outros, entendem que o conceito de organização criminosa dado pela Lei n. 12.694/12 continua válido para os efeitos dessa norma, havendo, então, dois conceitos concorrentes, que serão aplicados a depender do caso específico.⁷

De outro lado, temos Cezar Roberto Bitencourt⁸ e Eugênio Pacelli de Oliveira, que afirmam ter havido uma revogação parcial da Lei n. 12.694/12:

Embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação *parcial* da Lei 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Do contrário, teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa *especificamente ligada à formação do Colegiado de primeiro grau* (Lei 12.694/12), e com outro, da Lei 12.850/13, aplicável às demais situações.

É certo que a Lei Complementar 95/98, alterada pela LC 107/01, exige que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas (art. 9º), o que não parece ter ocorrido na legislação objeto de nossas considerações (Lei 12.850/13). Nada obstante, o descuido legislativo quanto à respectiva técnica não poderá impor a convivência de normas jurídicas incompatíveis. Assim, e com o objetivo de unificarmos o conceito de organização criminal na ordem jurídica nacional, pensamos que deverá prevalecer, para quaisquer situações de sua aplicação, a definição constante do art. 1º, da Lei 12.850/13.⁹

Com a devida vênia, concordamos com o entendimento de Pacelli e Bitencourt no que diz respeito à não coexistência de dois conceitos dis-

6 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 558.

7 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em: 02/09/2013.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/> Acesso em: 17 set. 2013.

9 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 26/08/2013.

tintos de organizações criminosas, devendo ser utilizado o mencionado na nova Lei n. 12.850/13, que revogou tacitamente o anterior conceito.

2 CRIME AUTÔNOMO

Em seu art. 2º, por sua vez, a Lei n. 12.850/13 tipificou o crime autônomo de promover, constituir, financiar ou integrar organizações criminosas e ainda dispôs sobre causas de aumento e agravantes de pena:

Art. 2 Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Os núcleos do tipo legal são:

Promover: significa estimular, impulsionar, dar força, facilitar ou fomentar a organização criminosa;

Constituir: significa criar, abrir, colocar em marcha ou em movimento, compor, estabelecer, dar vida à organização criminosa;

Financiar: significa arcar com seus custos, pagar suas despesas, dar ajuda financeira para a movimentação do grupo; e

Integrar: significa fazer parte, associar-se, agregar, juntar-se (à organização criminosa).¹⁰

Ponto de grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, certamente será a possibilidade, ou não, de punição cumulativa entre o crime autônomo do art. 2º dessa Lei com a causa de aumento prevista no art. 1º, § 4º, da Lei de Lavagem de Capitais, que assim dispõe:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012)

Ou seja, caso uma pessoa integre uma organização criminosa e, por intermédio desta, oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, poderá ela ser

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/1fg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em: 2 set. 2013.

punida pela prática do crime previsto no art. 2º da Lei n. 12.850/13 c/c art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98?

Uma primeira corrente já se apresenta entendendo que essa cumulação não é possível, por caracterizar *bis in idem*, como denota-se das palavras de Cezar Bitencourt:

Entendemos que não é admissível essa dupla punição, pois, nessa hipótese particular, estamos diante da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição que caracterizaria o ne bis in idem. De modo que se o agente já é punido mais severamente pelo fato de praticar o crime de lavagem de dinheiro na condição de integrante de organização criminosa, esse mesmo fato, isto é, sua participação em organização criminosa não poderá caracterizar de forma autônoma o novo crime do art. 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no conflito aparente de normas, sob a ótica do princípio da especialidade, aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a lavagem de capitais com sua respectiva causa de aumento (§ 4º do art. 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”.

Apesar da argumentação proposta pelo ilustre jurista, ousamos discordar, entendendo que os delitos em análise são autônomos e independentes, podendo ser aplicada cumulativamente a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98 e o delito autônomo do art. 2º da Lei n.12.850/13.

O raciocínio da autonomia dos delitos aqui tratado é o mesmo aplicado à alegação de *bis in idem* entre o crime de associação criminosa (antiga quadrilha), previsto no art. 288 do CP, e a causa de aumento em razão do concurso de agentes no crime de roubo, prevista no art. 157, § 2º, II, CP.

Seguindo nessa esteira de pensamento, colacionamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que já tratava da independência dos crimes:

EMENTA: Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. **A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha**

armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.¹¹

Em julgados mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o mesmo entendimento aqui exposto:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONTRADIÇÕES TESTEMUNHAIS. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA. AFASTAMENTO DE CONCURSO MATERIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUESTÕES QUE DEMANDAM IMERSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS COM O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA STJ Nº 243. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

III. Não se caracteriza bis in idem a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes.¹²

O § 7º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, a seu turno, dispõe que, caso haja indícios de participação de policial nos crimes tratados nessa nova Lei, a Corregedoria da Polícia instaurará inquérito policial e comunicará o Ministério Público para que designe membro para acompanhar o feito. Trata-se de desdobramento lógico do controle externo da atividade policial, exercido pelo Ministério Público. No entanto, isso não impede que o *parquet* conduza a sua própria investigação, conforme interpretação resultante dos diversos debates acerca da PEC 37. Nesse sentido, Sidney Eloy Dalabrida:

Não se alegue, porém, que o dispositivo legal citado tenha conferido exclusividade à Polícia para a investigação de policiais envolvidos com o crime organizado. A norma deve ser interpretada pelo que nela se contém, sendo princípio elementar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual não se presumem, na lei, palavras inúteis - verba cum effectu sunt accipienda. O dispositivo sob análise se refere expressamente à “*inquérito policial*” e não à “*investigação*”

11 STF, HC 76213, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/4/1998, DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185

12 STJ, HC 179.182/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2012, DJe 14/2/2012.

criminal". Portanto, somente uma leitura comprometida com interesses corporativos pode sugerir a intelecção de que, nessas hipóteses, o inquérito policial figura como instrumento exclusivo de apuração.¹³

O Capítulo II trata da investigação e dos meios de obtenção da prova. A fim de estabelecer distinções entre essas duas expressões, utilizamos as palavras de Nucci:

Meios de prova: são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Podem ser lícitos – os admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento, logo, vedados pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Os meios de prova lícitos devem ser ponderados pelo juiz na formação do seu livre convencimento (art. 155, caput, do CPP, com nova redação determinada pela Lei 11.690/2008), embora sempre fundamentado (art. 93, IX, CF).

Procedimentos Investigatórios: a expressão utilizada significa o método pelo qual a autoridade competente pode empreender as diligências necessárias para descobrir e apurar a prática da infração penal e sua autoria. Não há, pois, o sentido jurídico-processual específico de representar o modo de desenvolvimento do processo, nem tampouco o desencadear do inquérito policial (ato após ato, num conjunto único e harmônico, como se diz, por exemplo, quanto ao procedimento comum ou especial do processo penal). Pode haver *procedimento investigatório* (forma de busca da verdade dos fatos) em qualquer fase da persecução penal, que abrange tanto a fase do inquérito quanto a instauração em juízo.¹⁴

O art. 3º estabelece como meios de obtenção de prova na investigação desse crime a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a interceptação telefônica, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, a infiltração em atividades de investigação e a cooperação entre os órgãos de instituições e órgãos federais, estaduais, municipais e distritais.

Além disso, o agente envolvido em organizações criminosas ainda fica sujeito a outros gravames:

sujeição do preso provisório ou do condenado ao RDD (LEP, art. 52, § 2º);

13 DALABRIDA, Sidney Eloy. <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013/> Acesso em: 17 set. 2013.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

realização de interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (CPP, art. 185, § 2º, I);

impossibilidade de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33, § 4º); e

aumento da pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime for cometido por intermédio de organização criminosa (Lei n. 9.613, art. 1º, § 4º, com redação dada pela Lei n. 12.683/12).¹⁵

3 COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração ou delação premiada é um instrumento de investigação criminal que permite uma recompensa legalmente preestabelecida a ser concedida pelo Estado ao investigado/indiciado/acusado (e agora condenado) em troca da sua efetiva cooperação com os órgãos de persecução penal na elucidação das infrações penais, podendo resultar na redução de sua pena e até mesmo na extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

[...] delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado.¹⁶

A Lei n. 12.850/13 tratou o tema sob a denominação de “colaboração premiada”. A opção do Legislador por essa nomenclatura pode se justificar tanto pela controvérsia doutrinária em que se discute se “delação premiada” e “colaboração premiada” são expressões sinônimas ou institutos diversos, quanto pelas críticas que o instituto recebe também da doutrina ao argumento de se constituir um incentivo a valores antiéticos e contrários à moral, associados à ideia de traição. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima pondera:

Nessa linha, segundo Luiz Flávio Gomes, delação premiada e colaboração à Justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a

15 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Rio de Janeiro: Impetus. 2013. p. 559.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 408

culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corrêu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.

É bem verdade que a referência à expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação *colaboração premiada*, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à *delação premiada*, que traz insita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corrêu. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.¹⁷

Independentemente da nomenclatura utilizada, o assunto já foi tratado em nosso ordenamento jurídico nas seguintes normas: Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar), no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), na hipótese do crime de extorsão mediante sequestro (§ 4º do artigo 159 – redação dada pela Lei n. 9.269/1996), bem como nas Leis n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), n. 8.884/94 (Lei Antitruste), n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem tributária), n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), n. 9.034/95 (Organizações Criminosas), n. 9.613/98 (Lavagem de Capitais), n. 9.807/99 (Proteção a Vítimas e Testemunhas) e n. 11.343/06 (Drogas).

De igual modo, em que pesem as discussões referentes à sua compatibilidade com a Constituição da República, o instituto da delação premiada foi admitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal n. 470 (chamado julgamento do “mensalão”). Naquela oportunidade, o Plenário, ao fundamentar a dosimetria da pena do réu colaborador, sustentou que:

admitiu-se a delação premiada (Lei 9.807/99: “Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na

¹⁷ In: Legislação criminal especial comentada. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 3.

localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”) para fins de redução da pena, à exceção do Revisor. O Min. Luiz Fux distinguiu a delação do instituto da confissão. Assinalou que a confissão seria pro domo sua, ou seja, quem o faria teria ciência da obtenção de atenuação da pena. Já a delação seria pro populo, em favor da sociedade, porquanto a colaboração serviria para todo e qualquer delito, de modo a beneficiar a coletividade.¹⁸

Esse precedente da Suprema Corte enfraqueceu substancialmente a corrente doutrinária que sustentava a inconstitucionalidade da colaboração premiada sob o argumento de se tratar de um instrumento de cunho moral duvidoso e repugnável na persecução penal.

A Lei n. 9.807/99 (Programa de Proteção a Testemunhas) foi pioneira ao permitir o perdão judicial ao acusado que tenha colaborado com a investigação criminal. Segundo o texto da Lei, quanto ao indiciado e ao acusado (não primário/reincidente), é possível apenas a redução de pena.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial** e a conseqüente extinção da punibilidade **ao acusado** que, sendo **primário**, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O **indiciado ou acusado** que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida** de um a dois terços.

Observa-se que o perdão judicial não foi previsto para o acusado reincidente na Lei n. 9.807/99 e também que os benefícios são destinados

18 STF: AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28/11/2012. (Informativo 690 do STF)

apenas aos colaboradores “indiciados ou acusados”. A Lei n. 12.850/13, por sua vez, expandiu a abrangência do instituto da colaboração premiada facultando o perdão judicial “àquele que tenha colaborado”, possibilitando, em tese, que uma pessoa que não seja o indiciado ou acusado possa ser beneficiado.

A concessão dos benefícios oriundos da colaboração prestada sempre levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato, além da eficácia dos resultados da colaboração previstos no art. 4º da Lei n. 12.850/13, os quais estão dispostos na seguinte ordem:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É importante destacar que os benefícios previstos na Lei em referência possuem caráter pessoal e serão aplicados tão somente àqueles que colaborarem, efetiva e voluntariamente, com as investigações na medida¹⁹.

A nova Lei de Organizações Criminosas inovou ao permitir expressamente o benefício ao colaborador já condenado que ainda esteja cumprindo pena, possibilitando a este ter sua pena reduzida até a metade ou admitindo a progressão de regime, ainda que estão ausentes os requisitos objetivos, conforme art. 4º, § 5º.²⁰

Antes da Lei, diante da ausência de previsão legal, caso houvesse a oportunidade de se obterem informações de uma pessoa já cumprindo pena definitiva, a única alternativa seria buscar, no juízo competente e na administração da unidade prisional, a possibilidade de oferecer

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 16.

²⁰ Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

ao condenado alguma espécie de regalia dentro do próprio ergástulo, dentro dos limites legais, é claro, em troca da sua efetiva colaboração.

Criou-se, também, mais uma hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade, além da possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da peça acusatória, com a consequente suspensão do prazo prescricional (art. 4º, §§ 3º e 4º).

A possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia já era aventada por parte da doutrina, sustentada por uma concepção de que o instituto da delação premiada se trata de um poder-dever do juiz, uma vez preenchidos todos os requisitos legais pelo colaborador. Nesse sentido:

Não obstante a lei utilizar-se da forma verbal *poderá*, no sentido semântico de mera faculdade, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento jurídico de se tratar de um *poder-dever*, que obriga o Magistrado a conceder o benefício sempre que as condições objetivas e subjetivas previstas no direito positivo estiverem presentes no caso concreto sob exame judicial. Nessa linha de raciocínio, o perdão judicial não deve ser entendido como um mero favor a ser concedido pelo Estado-Juiz, mas como um direito individual condicionado à satisfação de determinados requisitos legais. Presentes tais requisitos, indicadores de uma situação fática de perfeita correspondência com o quadro de exigência legal, é evidente que o Magistrado não poderá arbitrariamente negar a concessão do instituto despenalizador. Por isso mesmo, pode-se dizer que, no plano abstrato e genérico da lei positiva, trata-se de uma simples faculdade, que se transforma num verdadeiro *poder-dever* no momento em que o indivíduo-infrator atende plenamente às exigências estabelecidas na própria lei criadora do referido benefício penal.²¹

Exemplificando: o indivíduo já indiciado, no momento do oferecimento da denúncia, identifica todos os coautores e partícipes, localiza a vítima com sua integridade física preservada e/ou colabora para a recuperação total do produto do crime. O promotor de justiça percebe que todos os requisitos do art. 13 da Lei n. 9.807/99 foram atendidos, mas o indivíduo ainda não foi denunciado, como exige o dispositivo em questão. Dessa forma, considerando que se trata de um poder-dever do magistrado, uma vez cumpridos todos os requisitos para a concessão

21 LEAL, João José. A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação. In: RT 782/00. p. 451.

do perdão judicial, o membro do Ministério Público poderia deixar de denunciá-lo diante da certeza de que a pena deixaria de ser aplicada ao final da demanda.

Ou seja, considerando a tese de que o preenchimento de todos os requisitos do art. 13 da Lei em referência já na fase policial não ensejaria uma mera expectativa, mas um direito subjetivo, o membro do Ministério Público, ciente de que a ação penal estaria inapta a ensejar uma condenação, deixaria de denunciá-lo pela ausência de interesse de agir, pois o objetivo final da ação penal já estaria fadado ao insucesso.

Deve-se deixar bem claro, no entanto, que a Lei n. 12.850/13 limita essa possibilidade nas hipóteses em que o colaborador for o primeiro a prestar a efetiva colaboração nos termos da Lei, sendo vedada nos casos em que ele for o líder da organização criminosa.

Outro aspecto a se ressaltar é que o juiz não participará das negociações para formalização do acordo de colaboração. No entanto, tal qual ocorre na proposta de transação penal, o acordo de colaboração não terá eficácia se não se submeter à homologação do juiz, que verificará a regularidade e a legalidade dos termos propostos, além da voluntariedade do colaborador. Nesse último caso, o magistrado poderá verificar esse requisito mediante a sua oitiva, em sigilo, na presença do seu defensor.

Caso o acordo de colaboração não preencher os requisitos legais, o juiz poderá rejeitá-lo ou, ainda, havendo possibilidade, adequá-lo ao caso concreto, respeitando as normas constitucionais, penais e processuais penais vigentes.

Assim, não há como afastar o instituto da colaboração premiada do Poder Judiciário, até mesmo porque o prêmio dessa colaboração é atrelado à pena, ou seja, à prestação jurisdicional. Mesmo nas hipóteses do § 4º, I e II, do art. 4º da Lei em referência, a questão deverá ser submetida ao Judiciário para a efetiva verificação da sua validade.

Nesse contexto, mostra-se oportuna a transcrição dos ensinamentos do Juiz Federal Fausto Martin de Sanctis:

Verifica-se que o espectro normativo é amplo e autorizativo de tal forma que é possível hoje concretizar um “acordo” entre o suspeito/acusado e o Ministério Público, com a participação do magistrado, embora a legislação, quanto a este último aspecto, não seja clara. Entretanto, seria letra morta garantir às partes a delação premiada e não lhe conferir eficácia, dada a ausência de participação do Judiciário. A

participação do Judiciário não pode, porém, comprometer a necessária independência deste, que deve estar livre para decidir quanto a conveniência de aplicação do instituto excogitado diante de todo o espectro verificado durante o procedimento autorizativo da delação premiada.²²

A sentença condenatória, por sua vez, não poderá ser fundamentada apenas nas declarações do agente colaborador. Agiu com a prudência necessária o Legislador nesse aspecto, pois a colaboração premiada passa a ser uma estratégia de defesa sedutora, apta a diminuir a pena ou até mesmo torná-la inaplicável.

A delação premiada, desde a sua inserção no plano jurídico pátrio, passou a se constituir um instrumento processual importante para a apuração da verdade real²³. No entanto, ela deve ser vista com cautela, servindo de base para a obtenção de outras provas a partir das informações nela obtidas. Não se poderia fixar um decreto condenatório amparado apenas nas informações prestadas por alguém que quer se ver livre de uma condenação a todo custo.

Por outro lado, a Lei permite ao colaborador retratar-se da proposta. Nesse caso, em respeito ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) inserido implicitamente na previsão do direito ao silêncio do art. 5º, LIII, da Constituição da República, a Lei determina que as provas incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10).

A Lei n. 12.850/13 finalmente normatizou o procedimento a ser seguido na colaboração premiada. Até então, havia a previsão legal do instituto apenas no seu aspecto material. A sua forma de operacionalização, apesar da existência de uma padronização mínima no âmbito nacional aplicada pelos agentes do Direito, dependia da logística de atuação adotada pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

O termo de colaboração premiada, agora, necessariamente, deverá conter o relato da colaboração e de seus resultados possíveis, as condições propostas pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, a declaração expressa de aceitação do colaborador e do seu defensor, as respectivas assinaturas dos envolvidos, além da especificação das medidas de proteção, quando existentes.

22 SANCTIS, Fausto Martin de. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Campinas, SP: Millenium, 2008. p. 125.

23 Op. Cit. p. 124.

Como não poderia ser diferente, o Legislador demonstrou preocupação com a segurança do colaborador, prevendo expressamente, no art. 5º, os seus direitos:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

A norma em questão, assim como já disposto no art. 15 da Lei n. 9.807/99²⁴, assegura a proteção do colaborador com relação aos demais corréus. Logo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, muito embora a norma só se refira a vítimas e testemunhas protegidas, não haveria óbice à aplicação do procedimento previsto na Seção XI (art. 360-D e seguintes) do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, incluída pelo Provimento n. 5, de 5 de março de 2010, daquele Órgão (antigo Provimento 14), cuja constitucionalidade já foi assentada pela Corte catarinense²⁵.

O respeito incondicional a esses direitos, em conjunto com as demais regras procedimentais previstas nessa Lei, é que torna possível o dispositivo que determina que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, ou seja, o que deixa de

24 Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

25 “O Provimento n. 14/2003, da Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal, está em consonância com o disposto na Lei 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Tal legislação preconiza em seu art. 7º.” (Recurso Criminal n. 2012.017645-4. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Julgado em 10/7/2012.)

ser sigiloso é o teor do acordo, permanecendo em segredo as informações referentes à qualificação do colaborador, direito resguardado no art. 5º, II.

Em que pese a Lei n. 12.850/13 ter dedicado uma seção à colaboração premiada, corrigindo a falha das legislações anteriores ao normatizar o seu procedimento, não há dúvidas que ainda se torna um instituto muito difícil de se operacionalizar. Muito embora seja uma ferramenta bastante sedutora para a persecução penal, ao nosso ver, o Estado ainda não conseguiu criar uma fórmula eficaz, apta a dismantelar as organizações criminosas com a devida segurança do colaborador.

Isso porque, pela atual redação da Constituição da República, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, IX).

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou o art. 93, IX, da Constituição da República, mitigando a publicidade dos atos processuais em determinadas hipóteses legais, mas a regra da fundamentação das decisões judiciais continua sendo absoluta.

Assim, surgirão inúmeras situações em que, mesmo respeitadas à risca as regras procedimentais previstas na Lei n. 12.850/13 e todo o sigilo permitido pela legislação processual penal vigente (informações pessoais preservadas, condução em juízo em separado dos demais réus etc.), o réu colaborador será identificável por força da fundamentação da sentença penal condenatória.

Portanto, deve-se ter muita cautela no momento de se utilizar do instituto da colaboração premiada, ponderando todos os elementos que envolvem a situação fática apresentada, para não submeter indevidamente o colaborador e sua família a um risco irreparável.

Por fim, cabe fazer a ressalva da possível inconstitucionalidade do art. 4º, § 14²⁶, no qual se verifica uma imposição do legislador para que uma pessoa renuncie ao direito constitucional de permanecer em

26 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

silêncio. O direito ao silêncio é renunciável, claro, mas de forma voluntária e espontânea, jamais imposta, por isto, deve-se analisar com cuidado este dispositivo.

4 AÇÃO CONTROLADA

Ação controlada, segundo definição do art. 8º da Lei n. 12.850/13, consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Guilherme Nucci ainda enriquece esse conceito assim tratando a ação controlada:

Ação controlada é o retardamento da realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da realização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se concretizar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado.²⁷

Na realidade, a ação controlada funciona como uma mitigação ao flagrante obrigatório (prorrogado, retardado ou diferido). A prisão continua sendo obrigatória, porém em momento posterior.

O procedimento em análise também é mencionado na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/11) e na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Em ambos os casos, a ação controlada só é possível mediante prévia autorização judicial. No caso da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), exigiu-se apenas uma *comunicação* ao Juiz, que, por sua vez, comunicará o Ministério Público (art. 8º, § 1º).

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95), no entanto, não fazia qualquer menção à autorização ou comunicação judicial, tendo inclusive o STJ entendido que não era necessário prévia permissão da autoridade judicial para a efetivação da ação controlada.²⁸

A inovação trazida pela nova Lei é a menção de retardamento da

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

²⁸ STJ, HC 119205/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/9/2009, DJe 16/11/2009.

intervenção “administrativa”. Antes, a Lei referia-se apenas à intervenção policial. Portanto, ampliou-se a possibilidade de ação controlada, abrangendo agora os agentes do Estado ligados a centrais de colheita de dados e fiscalização, embora sem pertencerem à polícia.

Essas autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo “poder de polícia”, e não para a apuração de ilicitudes “exclusivamente” penais, tal como ocorre nas hipóteses de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc. As Comissões Parlamentares de Inquérito, por sua vez, detêm autoridade para a promoção de investigações, com poderes, inclusive, mais amplos que as policiais, por força do disposto no art. 58, § 3º, da Constituição da República.²⁹

A Lei n. 12.850/13 ainda trata da ação controlada quando envolver transposição de fronteiras, e esta somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Uma das mais tradicionais formas de ação controlada já tinha sido prevista na Convenção de Palermo, com a alcunha de “entrega vigiada”, conforme art. 2º, “i”:

i) “Entrega vigiada” - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

O mencionado texto da ONU ainda vai além, em seu art. 20, 4., tratando da interceptação das mercadorias:

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Portanto, nessa forma de ação controlada, a autoridade pode interceptar a mercadoria e autorizar que ela prossiga, sem alteração do

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 26 ago. 2013.

seu conteúdo (entrega vigiada suja), ou pode subtrair ou substituir o conteúdo por produto lícito (entrega vigiada limpa).³⁰

Cumpre-nos afastar a possível alegação de afronta ao direito à não autoincriminação, como inclusive observa-se nos comentários de Maria Elizabeth Queijo, pois inicialmente a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* poderia gerar uma ideia de violação ao citado direito fundamental, em razão de que os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor. No entanto, prevalece aqui o interesse público na persecução penal dos delitos, que justifica a restrição ao referido princípio, preponderando o princípio da proporcionalidade.³¹

5 INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Há pesquisas idôneas dando conta de que o antecedente histórico mais importante do “agente encoberto” seria o *agent provocateur*, associado a atividades de espionagens francesas, e que, entre nós, ficou conhecido como o agente provocador, presente em situações de flagrante realizados a partir de sua intervenção.³²

Infiltração de agentes consiste em uma introdução dissimulada de pessoas integrantes da estrutura dos órgãos policiais em uma organização criminosa, passando eles a agir como um de seus integrantes, ocultando-se sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de obter informações capazes de permitir a desarticulação da referida organização.³³

A Convenção de Palermo prevê expressamente a possibilidade de utilização de operações de infiltração entre as técnicas especiais de investigação (art. 20.1), no entanto, ela trata da matéria de forma genérica, configurando-a como uma mera recomendação.

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95) fez

30 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Niterói: Impetus, 2013. p. 573.

31 QUEIJO, Maria Elizabeth. O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 368.

32 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 26/08/2013. Apud PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios. LERNER Editora, 2012, p. 358/359.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Niterói: Impetus, 2013. p. 582.

a primeira abordagem da matéria em âmbito nacional, no seu art. 2º, inciso V, seguida pela Lei n. 11.343/06, em seu art. 53, inciso I. Agora, com a nova Lei n. 12.850/13, a medida foi melhor regulamentada pelos arts. 10 a 14 e veio com o escopo de suprir as lacunas antes existentes.

Preliminarmente, percebe-se que foi retirada a possibilidade de infiltração de agentes de inteligência, permitindo-se essa técnica apenas aos agentes de polícia (estadual ou federal) em tarefas de investigação. No entanto, manteve-se a proibição de infiltração de particulares, chamados de “gansos” ou “informantes”. Observa-se, ainda, a possibilidade de um dos integrantes da organização colaborar com a investigação a fim de ser beneficiado com a colaboração premiada.

O legislador deixou expresso, no art. 10, § 2º, que essa medida será utilizada apenas nos casos em que houver indícios de infração penal praticada por meio das organizações criminosas definidas no art. 1º da Lei e se a prova não puder se produzida por outros meios disponíveis. Portanto, é uma medida subsidiária e complementar, a *ultima ratio* das medidas investigatórias.

Continua sendo indispensável a prévia, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, e agora possui prazo determinado de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações. O legislador não estipulou a quantidade máxima de renovações, cabendo ao Juiz aferir o termo da infiltração baseado nos critérios da razoabilidade, de acordo com o caso concreto, a depender da complexidade da organização criminosas.

Com relação ainda ao tempo da infiltração, a doutrina costuma classificá-la em duas espécies: *Light Cover*, com duração de até 6 meses; *Deep Cover*, com duração de mais de 6 meses.³⁴

Importante mencionar que se trata de uma medida cautelar *inaudita altera parte*, com contraditório postergado (ou diferido), a fim de preservar a eficácia da própria investigação. Nem o advogado de defesa deverá ser cientificado com antecedência desta operação, invocando-se, para isso, a Súmula Vinculante n. 14 do STF.

Conforme art. 11 da nova Lei, a infiltração será representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público, com a demonstração da necessidade da medida, alcance das tarefas e, quando

34 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 588.

possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Manteve-se a proibição de determinar a infiltração de ofício, pelo juiz, a fim de se afastar a imagem de juiz inquisidor e resguardar o sistema acusatório.

Acerca dos fundamentos judiciais exigíveis para deferimento do pedido de infiltração de agentes, Eugênio Pacelli os estipula da seguinte forma:

a) a presença de elementos indicativos da existência da estrutura da organização voltada para a prática de delitos, tal como definida no art. 1º, §1º. Não se pode exigir a prova segura dessa realidade, até por que, se assim fosse, seria desnecessária a produção de quaisquer outros elementos informativos;

b) a insuficiência de outros meios de prova para a coleta de material probatório da organização. Deve-se observar, no ponto, que, por vezes, a comprovação da autoria ou da participação em organização criminosa não seja suficiente para esclarecer as circunstâncias acerca de sua estrutura, da divisão de tarefas e do *modus operandi* então utilizado;

c) Pensamos, então, que a infiltração deve ser *precedida* de outros meios de prova ainda que igualmente invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, eventuais buscas e apreensões, desde que também se atendam, em relação a eles, as exigências e demais requisitos legais. Nesse sentido é também a doutrina de Flávio Cardoso PEREIRA (*Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios*. cit. p.778)

d) Nas hipóteses de ação controlada, evidentemente, a deflagração de alguns meios de prova, como a busca e apreensão, por exemplo, ou de outras medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, poderá reduzir a nada os possíveis êxitos da investigação. Tais circunstâncias deverão ser abarcadas pela decisão judicial que determine a infiltração de agentes.

e) Que seja fixado, desde logo o prazo para a realização da medida, atentando-se o magistrado para as necessidades apontadas na representação da autoridade e na manifestação do Ministério Público, quando não for dele próprio o requerimento (art. 10, *caput*, § 1º, § 3º)

f) Observância das exigências do disposto no art. 11.35

A lei confere ao delegado o poder de representar ao Juiz para deferimento da medida de infiltração de agentes, havendo a necessidade

35 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 26 ago. 2013.

de prévia manifestação do Ministério Público. A dúvida que aqui surge é na hipótese de o Ministério Público manifestar-se contrariamente à infiltração. Nesse caso o Juiz estará vinculado a este parecer?

De um lado, temos que, em respeito à titularidade da ação penal pelo Ministério Público, esse parecer deve vincular o Juiz. Caso contrário, do que adiantaria uma medida de infiltração, com todos os seus riscos para os envolvidos, se ao final desta o membro do *parquet* entendesse que não é caso de oferecimento de denúncia. Justamente, por isso que o legislador explicitou a oportunidade de o Ministério Público se manifestar, se não fosse assim, a lei não abriria margem para essa manifestação, como não o fez nos casos de pedido de medidas cautelares pela autoridade policial.

De outro lado, a Lei n. 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, menciona que a este agente, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal. Desse modo, ele não necessitaria de uma autorização do Ministério Público para requerer a infiltração de agentes, assim como ocorre nos casos de requerimento de interceptação telefônica, por exemplo, em que é prescindível manifestação favorável do *parquet*.

As duas correntes possuem fundamento, restando-nos aguardar o posicionamento a ser adotado pelos tribunais.

O art. 13 da Lei n. 12.850/13, por sua vez, dispõe que o agente deve guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, respondendo pelos excessos praticados. Não obstante, não é punível, no âmbito da infração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, que excluirá a culpabilidade e, por conseguinte, a existência de crime. Há quem entenda melhor ser mais técnico excluir a ilicitude do fato típico e culpável, em razão do estrito cumprimento do dever legal.³⁶

Críticas surgem sobre essa excludente prévia da culpabilidade, pois a infiltração de agentes **sempre** excluirá a existência de no mínimo um crime, qual seja o de “promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa” (art. 2º da Lei n. 12.850/13), como podemos observar nas palavras de Eugênio Pacelli:

36 MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em: 12 ago. 2013).

Para que seja útil a infiltração, o agente, em regra (não sempre, é verdade) deverá contribuir na prática de infrações penais. E aí, a exclusão prévia e permanente da culpabilidade soa paradoxal (e necessária!): *quando inexigível conduta diversa*.

Ora, mas veja-se bem: a inexigibilidade de conduta diversa, como regra, pressupõe situação da necessidade de conduta contrária ao direito, desde que não tenha sido criada voluntariamente pelo agente (a situação de necessidade).

No modelo legal de infiltração, o que a lei afirma é o *dever* de comportamento indevido (participação em delitos), como inexigibilidade de conduta diversa! Se o agente tem o dever de contribuir na ação criminosa como lhe seria exigível outro comportamento?

Quanto ao cômputo do agente infiltrado para chegar-se ao número mínimo de pessoas exigido para a caracterização da associação criminosa ou mesmo da organização criminosa, Nucci entende ser possível, da mesma forma que se admite o cômputo do adolescente, que não é culpável, no número mínimo de agentes para configuração do crime do art. 288 do CP.³⁷

A oitiva do agente infiltrado como testemunha é um ponto que merece destaque, devendo a ação de infiltração ser orientada no sentido de colheita de provas diversas da testemunhal, a fim de garantir a segurança do agente, evitando-se ao máximo a necessidade de utilizá-lo como testemunha. No entanto, caso seja indispensável essa oitiva, será dado tratamento similar ao agente colaborador, a fim de resguardar a sua identidade.

Outro ponto que exige reflexão é o fato que o agente infiltrado não será denunciado pelo Ministério Público em razão dos delitos por ele praticados, desde que não atue em excesso. Muito cuidado deve existir nessa situação, pois a ausência desse agente na peça acusatória pode acabar revelando sua identidade para os demais membros da organização criminosa, causando um sério risco para a segurança do agente infiltrado.

Por fim, cabe destacar, ainda a diferenciação de agente infiltrado e agente provocador:

Agente infiltrado (*undercover agent*): agente de polícia; depende de prévia autorização judicial; deve agir de maneira passiva, não instigando os demais agentes a prática de

37 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

eventual ilícito; eventual prisão a partir das informações por ele obtidas será um flagrante esperado.

Agente provocador (*entrapment doctrine* ou *teoria da armadilha*): pode ser qualquer pessoa; não há necessidade de autorização judicial; caracteriza-se pela indução de alguém a prática de determinado ilícito; eventual prisão será hipótese de flagrante preparado, prisão ilegal, crime impossível, devendo ser relaxada.³⁸

6 ACESSO A DADOS CADASTRAIS

Conforme art. 3º, inciso IV, da nova Lei, é permitido, em qualquer fase da persecução penal, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

A Lei n. 12.850/13 dispõe ainda, em seu art. 15, que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, **apenas** aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de *Internet* e administradoras de cartão de crédito.

Esse dispositivo repete o contido no art. 17-B da Lei n. 9.613/98 (Lavagem de Capitais) com redação dada pela Lei n. 12.683/12.

Quanto à restrição de acesso apenas aos dados cadastrais, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), da Câmara dos Deputados, ao analisar o texto do Projeto de Lei n. 150/2006, externou sua preocupação ao “abrir a porta para exceções e abusos”, ponderando dois pontos específicos:

necessidade de prévia autorização judicial *versus* burocratização da investigação e do combate às organizações criminosas; e

ausência de definição legal para “dados cadastrais”.

Justificando a inserção do termo “apenas”, feita pela CCJ, por emenda, os Deputados citaram a seguinte jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. INVOLABILIDADE, SALVO REQUISIÇÃO JUDICIAL. DADOS CADASTRAIS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE

38 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 590.

DE REQUISICÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 75/93, ART. 8º, § 2º.

1. A **disposição do art. 5º, XII, da Constituição - inviolabilidade do sigilo “de dados e das comunicações telefônicas” - não se estende aos dados cadastrais** dos assinantes do serviço de telefonia, em relação a requisições, especificamente justificáveis, feitas diretamente pelo Ministério Público Federal, em face do disposto no art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93.

2. Parcial provimento à apelação.³⁹

A Lei não trata de acesso a dados de movimentações financeiras nem de valores ou gastos constantes nas contas bancárias ou telefônicas dos investigados. Na realidade, a permissão conferida ao delegado de polícia e ao Ministério Público diz respeito ao acesso a nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa investigada. Dessa forma, a maioria da doutrina entende pela constitucionalidade do dispositivo, sendo indispensável a existência de regular procedimento investigatório em curso.⁴⁰

Os argumentos da inconstitucionalidade desse acesso podem ser observados na doutrina de Guilherme Nucci:

Cadastros sigilosos, estejam onde estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios. Não há razão alguma para se alterar essa posição. De tempos em tempos, por lei ordinária, surge alguma tentativa de violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo por órgãos estranhos ao Judiciário, tais como a polícia e o Ministério Público. [...] Enfim, permitir o livre acesso, sem autorização judicial, é abrir perigoso precedente, incompatível com as garantias individuais básicas do cidadão.⁴¹

Concordando com o pensamento da constitucionalidade do acesso direto, sem necessidade de autorização judicial para o acesso aos dados cadastrais, Renato Brasileiro, ao comentar o dispositivo contido na Lei de Lavagem de Capitais, vai além, permitindo essa medida para a apuração de qualquer delito:

39 TRF-1, 5ª Turma, Apelação Cível 2007.33.00.0084184/BA, rel. Des. João Batista Gomes Moreira, j. Em 24/5/2010.

40 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em: 26 ago. 2013.

41 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 505.

Embora inserido na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente.⁴²

Importante mencionar ainda que a recusa ou omissão desses dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso da investigação ou do processo configura o crime do art. 21 da Lei n. 12.850/13.

7 CRIMES OCORRIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NA OBTENÇÃO DE PROVAS

A Lei n. 12.850/13 criou mais 4 (quatro) crimes, estando eles localizados nos seguintes artigos da nova Lei:

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

Percebe-se, portanto, que o intuito do legislador foi o de preservar os objetivos da lei, protegendo o colaborador, penalizando o falso co-

42 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 539.

laborador, tipificando a quebra de sigilo específico na ação controlada e infiltração de agentes, além de criminalizar a recusa no fornecimento de dados requisitados pelas autoridades competentes no curso da investigação ou do processo.

8 DISPOSIÇÕES FINAIS

O art. 22 da recente norma prevê que os crimes nela previstos, além das infrações penais conexas, serão apurados em procedimento ordinário previsto no CPP. Já surgem vozes apontando a inconstitucionalidade deste dispositivo, por afronta à competência constitucional do Juizado Especial, visto que há crimes de menor potencial ofensivo no diploma legal.⁴³

Quanto ao tempo de duração do procedimento, a antiga Lei n. 9.034/95 previa um prazo para encerramento da instrução criminal de 81 dias, quando o réu estivesse preso, e de 120 dias, quando solto. Com a nova Lei, esse prazo passa a ser de 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período.

O crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, CP, teve seu *nomen juris* alterado para “associação criminosa”, tendo sido o requisito do número de agentes reduzido de mais de três (quatro) para apenas três agentes, que se associam para o fim específico de cometer crimes.

A pena permaneceu a mesma, reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. O parágrafo único foi alterado, antes a pena era aplicada em dobro se a quadrilha ou bando fosse armado, agora, a pena é aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescente.

A modalidade qualificada prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/90 continua vigente, pois a remição ao art. 288 do CP, em caso de se tratarem de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, continua válida.

A fim de elucidar as principais diferenças entre a associação criminosa e a organização criminosa, apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

⁴³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em 12 ago. 2013).

Associação Criminosa	Organização Criminosa
Associação de três ou mais pessoas.	Associação de quatro ou mais pessoas.
Reunião não eventual de pessoas, com caráter estável e permanente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
Finalidade específica de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.
-	Mediante prática de infrações penais .
-	Pena máxima superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional.

Percebem-se importantes diferenças entre os conceitos de associação criminosa e organização criminosa, sendo o primeiro mais genérico na descrição de sua conduta, não possuindo como número de agentes o seu fator de diferenciação, pois também poderá haver associação criminosa com 4 (quatro) ou mais pessoas.

Característica importante é o objetivo de obter vantagem mediante a prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos ou que seja de caráter transnacional (ocasião em que não importará a quantidade da pena), a fim de caracterizar a organização criminosa, exigência esta que não é feita ao delito de associação criminosa, pois este demanda apenas a finalidade de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.

Outro marco essencial é a forma de constituição do grupo, a organização criminosa caracteriza-se pela estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, enquanto a associação criminosa dispensa essa organização, considerando irrelevante a posição ocupada por cada agente.

Reforçando as distinções entre a organização criminosa e a associação criminosa, Adel el Tasse ressalta:

Há, ainda, no crime de organização criminosa os seguintes importantes elementos especializadores: a) ordem estrutural; b) divisão de tarefas; c) objetivo de obtenção de vantagem. Com isso, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa fica mais claro, pois somente se poderá cogitar da ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação

perfeitamente ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão do atingimento de vantagens próprias, o que não pode ser, por exemplo, o lucro pela prática do roubo, pois esta vantagem é a inerente ao próprio delito de roubo, não se confundindo, portanto, com a vantagem objetivada para que se visualize a hipótese como consistente em organização criminosa.⁴⁴

O crime de falso testemunho ou falsa perícia teve seu preceito secundário alterado, aumentando-se essa pena que antes era de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa para reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, afastando-se a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

Foi revogada a Lei n. 9.034/95. Permanece em vigor a Lei n. 12.694/2012, que trata da faculdade conferida ao Juiz para decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, restando aqui a já mencionada discussão de qual definição de organização criminosa será utilizada.

A Lei n. 12.850/13 entra em vigor 45 dias de sua publicação oficial, ou seja, dia 19 de setembro de 2013.

CONCLUSÃO

A nova lei de organizações criminosas tratou de instrumentos extremamente delicados, que atingem intensamente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Esses direitos não são considerados absolutos e ilimitados, encontrando limites em outros direitos fundamentais, podendo, assim, sofrer restrições a fim de que um deles prevaleça sobre o outro, a depender do caso concreto, buscando atingir equilíbrio e harmonia.

O crime organizado possui grande força e potencial de causar danos à sociedade, por isso demanda um combate árduo e diferenciado pelo Estado. Essa incessante persecução aos grupos criminosos especia-

44 TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>> (acessado em 4 set. 2013)

lizados exige uma série de duras e invasivas medidas a serem tomadas para que possa haver um resultado prático na proteção dos bens jurídicos tutelados e uma eficácia na realização da justiça, respeitando, assim, a proibição da proteção deficiente.

De outro lado, deve-se também atentar para não instaurar um Direito Penal de Emergência ou de Exceção, fadado ao reconhecimento de inconstitucionalidade pelos Tribunais. A medida proporcional deve ser encontrada para tratar de forma especial esses crimes que também atingem com especial severidade a sociedade, cuidando sempre para não incidir em excessos.

Os instrumentos jurídicos do direito penal clássico sempre estiveram em descompasso com a sofisticação dos atuais grupos criminosos organizados, e é neste contexto que surge a Lei n. 12.850/13, restringindo direitos e garantias fundamentais.

O direito à intimidade, imanente ao ser humano, cláusula pétreia, é flexibilizado com a possibilidade de realização de interceptação telefônica, ressalvada pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal, com o afastamento do sigilo a registros financeiros, bancários e fiscais, previstos pela legislação.

A colaboração premiada, tratada por alguns como um fomento à traição, um incentivo a condutas que violam preceitos éticos e morais também não deixa de ser um sopesamento de valores e princípios feito pelo legislador e pelos atores nas investigações e processos judiciais.

A infiltração de agentes é outro ponto de grande discussão quando se contrapõe aos direitos e garantias fundamentais. Há quem diga que esse agente receberia uma “carta branca” para praticar crimes, violando o imperativo da exemplariedade e até mesmo o princípio da moralidade em sentido amplo. No entanto, o legislador preferiu permitir essa prática quando a prova não puder ser produzida por outro meio, justificado na eficiência do combate ao crime organizado e na proteção dos bens jurídicos.

A fim de proteger esses bens e garantir a fruição dos direitos previstos para a sociedade, o Estado deve tomar atitudes que restringirão em certa medida direitos e garantias de indivíduos, mas a pergunta que se faz é qual o grau de restrição aceitável em um estado democrático. Essa será a decisão a ser tomada pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>. Acesso em: 17 set. 2013.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **A nova lei do crime organizado – Lei n. 12.850/13**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013>. Acesso em: 17 set. 2013.

Gomes, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 6 de maio de 2009.

_____. **Criminalidade econômica organizada**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>. Acesso em: 2 set. 2013.

LEAL, João José. **A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação**. In: RT 782/00.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização criminosa – Lei n. 12.850/2013**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013>. Acesso em: 12 ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. – *Comentários ao CPP – 5. Ed. – Lei 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2>. Acesso em: 26 ago. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

TASSE, Adel el. **Nova Lei de Crime Organizado**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado>. Acesso em: 4 set. 2013.

A APLICAÇÃO DA LEI N. 13.142/2015 QUANDO A VÍTIMA FOR FILHO ADOTIVO DE INTEGRANTE DE ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Reinaldo Franzoni de Abreu

*Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Aspectos Gerais da Lei n. 13.142/2015. 2 Igualdade entre filhos. 3 A Constitucionalidade dos Filhos Adotivos como Sujeitos Passivos. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo não pretende esgotar o assunto, visa a tão somente chamar atenção para um erro do legislador, quando da criação da Lei n. 13.142/2015, cuja redação não tratou dos filhos adotivos dos integrantes de órgãos de segurança pública. Essa omissão gera insegurança no nosso ordenamento jurídico. O assunto é recente, porém é necessário que os operadores do direito e, principalmente, os Tribunais Superiores definam desde logo a sua abrangência.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 75 - 81	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

PALAVRAS-CHAVE: Lei n. 13.142/2015. Constitucionalidade. Abrangência. Filhos adotivos.

ABSTRACT

The following article does not intend to exhaust the subject. It aims at drawing the attention to a legislative mistake in the creation of Law n. 13.142/2015, which did not address the adopted children of members of public security organs. This omission creates uncertainty in our Law. The subject is new; however, it is necessary that legal professionals and mainly the supreme courts define its scope as soon as possible.

KEYWORDS: Law n. 13.142/2015. Constitutionality. Coverage. Adopted children.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.142/2015 alterou o Código Penal com escopo de criar uma nova qualificadora ao crime de homicídio, majorar a pena do crime lesão corporal, e de elevá-los à categoria de hediondo, quando praticados contra autoridades ligadas à segurança pública em razão da função, ou contra um rol de parentes elencados na lei.

Os motivos são notórios, basta analisar as estatísticas de autoridades e agentes de segurança pública vitimados no Brasil. Dessa forma, visando a fortalecer o Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o crime, em especial o organizado, foi editada e promulgada a lei.

O presente trabalho não pretende abordar tão somente os seus aspectos gerais, mas a sua aplicabilidade quando sujeitos passivos os filhos adotivos das autoridades protegidas. Diante da deficitária redação do dispositivo nesse ponto, necessário se faz uma discussão.

1 ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 13.142/2015

Vivemos um período de insegurança no País, uma verdadeira guerra civil entre Estado e Crime Organizado, com uma série de atentados contra policiais e outros integrantes da segurança pública, ordenados invariavelmente de dentro dos presídios do nosso sistema carcerário. Assim, buscando prevenir, reprimir e fortalecer as instituições legalmente constituídas para esse fim, entrou em vigor, no dia 6 de julho de 2015, a Lei n. 13.142/2015.

A referida Lei alterou os artigos 121 e 129 do Código Penal, para qualificar o delito de homicídio e majorar a pena da lesão corporal, além de elevar a categoria de hediondo estes crimes quando cometidos contra Autoridades ou Agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, sendo indispensável que seja no exercício da função ou em decorrência dela. Estão também abrangidos nessa condição os Guardas Municipais e Agentes de Segurança Viária (§§ 8º e 10º do mencionado artigo 144); também se aplica aos membros do sistema prisional e da Força Nacional, por integrarem de forma *lato senso* a segurança pública, como não poderia ser diferente.

Além das autoridades mencionadas, o legislador incluiu como sujeitos passivos os cônjuges, companheiro ou parente consanguíneo até o 3º grau, em razão dessa condição. Percebe-se, claramente, a intenção de se deixar de fora os parentes por afinidade, como cunhados, sogros, genros, noras etc.

2 IGUALDADE ENTRE FILHOS

De forma infeliz, andou mal o legislador ao usar a expressão “parentes consanguíneos”, que abrange ascendentes, descendentes e colaterais (limitado até o 3º grau pela Lei). Deixando de fora, no sentido literal do termo, os filhos adotivos que têm com seus adotantes uma relação de parentesco civil.

Ilustrando e enriquecendo o presente estudo, trago os ensinamentos do saudoso Sílvio de Salvo Venosa:

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato de adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho da outra pessoa, independente do vínculo biológico.¹

Ressaltando o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, leciona a Professora Maria Helena Diniz:

Com base nesse princípio não se faz distinção entre matrimonial, não matrimonial ou adotivo, quanto ao poder familiar, direito a alimentos, nome e sucessão. Permite-se o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento e proíbe-se que se revele no assentamento de nascimento a “ilegitimidade” ou “espuridade”. Vedadas estão quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. De modo que, a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico.²

Feitas essas observações, entra-se na problemática central: a abrangência da novel lei quando as vítimas forem filhos adotivos das pessoas a quem se quis proteger.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS FILHOS ADOTIVOS COMO SUJEITOS PASSIVOS

Criou-se, uma *vexata quaestio*, pois há quem entenda que, diante da expressão correlata, a consanguinidade, a normal penal repressiva não permite analogia *in malam partem*, interpretação extensiva e ainda enaltece outro dogma penal-constitucional que não pode ser ignorado, qual seja, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, disposto na Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.³

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 273.

2 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1126.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Por outro lado, como já ensaiado, a nossa Lei Maior, no § 6^a do artigo 227, determina expressamente: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁴

Nessa esteira, o consagrado José Afonso da Silva demonstra o equívoco do legislador infraconstitucional:

O artigo 227, §6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havido ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos.⁵

Facilmente se percebe a inconstitucionalidade da locução “parente consanguíneo”, por fazer distinção entre filhos naturais e adotivos. Logo estamos diante de um problema, pois, como declarar a inconstitucionalidade da expressão sem ferir os princípios da legalidade e da reserva legal, observando-se o espírito da Lei?

Buscando uma solução para a celeuma, Cezar Roberto Bitencourt sugere:

Num primeiro momento, com essa sugestão de inconstitucionalidade poder-se-ia interpretar como uma nova inconstitucionalidade por incluir parente não previsto no texto legal ou por ampliar a abrangência de referido texto. No entanto, não vemos por essa ótica, pois a interpretação que sugerimos não acresce nenhuma locução, nenhuma elementar ao texto penal, mas apenas suprime o adjetivo “consanguíneo” para afastar uma inconstitucionalidade. E suprimir é diferente de crescer, ainda que se amplie a sua abrangência, o que não se pode negar, mas o é por um bem maior, qual seja, salvar o texto legal, que não é de todo ruim.⁶

Parece-me ser a solução adequada, não se pode omitir o verdadeiro sentido da norma. Basta interpretarmos de acordo com o que se pretende, não ensejando com isso a violação dos princípios constitucionais mencionados.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2015.

5 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 853.

6 BITENCOURT. Cezar Roberto. Artigo: Homicídio cometido contra integrantes de órgãos da Segurança Pública e seus familiares. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 23 ago. 2015.

Guilherme de Souza Nucci, sobre os princípios constitucionais penais e processuais penais, esclarece:

Interpretar significa captar o real sentido de algo, clareando o que se afigura nebuloso, porém presente. No processo de interpretação, não se permite criar elementos ou completar o seu real significado, mesmo que para tanto, seja necessário ampliar o seu conteúdo.⁷

Trata-se de política criminal, as leis são criadas em determinado período de tempo e circunstâncias, para suprir certas necessidades e dar uma resposta à sociedade e aos próprios infratores. Interpretá-las é o processo lógico para se estabelecer o sentido e a vontade do legislador. Cabendo-nos fazer uma interpretação extensiva, ampliando-se o conteúdo da norma quando esta disser menos que deveria, dando sentido razoável dentro do propósito para o que foi criada.

Estamos diante de uma interpretação teológica que respeita a Constituição, na qual se busca alcançar a finalidade da Lei. Nelson Hungria (1958, p.75), citado por Rogério Greco destaca: “A interpretação lógica ou teológica consiste na indagação da vontade ou intenção realmente objetivada na lei, e para cuja revelação é, muitas vezes, insuficiente a interpretação gramatical.”⁸⁹

Destarte, não se pode pensar em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade e da reserva legal, sendo tal interpretação perfeitamente compatível com a Constituição Federal, que tem, como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), como objetivo basilar, a proibição de qualquer forma de discriminação (artigo 2º, inciso IV) e o dever de primar pela família (artigo 227).

CONCLUSÃO

Sintetizando, a função pública é o bem jurídico tutelado pela Lei n. 13.142, de 9 de julho de 2015, tendo o presente artigo como objetivo inicial esclarecer as razões jurídico-políticas que a fundamentam e justi-

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. I. 16. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2014. p. 42.

9 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.I, t.I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 75.

ficam, que, segundo o próprio Congresso Nacional, pretende-se prevenir ou diminuir crimes contra as pessoas que atuam no *front* no combate à criminalidade, estendendo-se aos seus parentes mais próximo.

Após analisarmos os aspectos dogmáticos do novo tipo penal, buscou-se alertar acerca da falta de técnica legislativa ao descriminar do texto legal os filhos adotivos, gerando assim uma inconstitucionalidade, o que nos leva a crer que uma interpretação extensiva é a melhor saída para o problema, pois não há dúvidas que se deve estender a eles, não cabendo se levantar a hipótese de interpretação extensiva *in malam partem*.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Artigo: **Homicídio cometido contra integrantes de órgãos da Segurança Pública e seus familiares**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1126.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. I. 16. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2014. p.42.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.I, t.I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 75.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 853.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 273.

A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

José Carlos Loitey Bergamini

*Assessor Jurídico do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos (Univali)*

Marcelo Wegner

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude
Especialista em Processo Civil (Unisul)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Jurisdição. 1.1 Conceito de competência. 2 Fundamentos basilares da proteção dos direitos de crianças e adolescentes. 2.1 Doutrina da proteção integral. 2.2 Princípio da prioridade absoluta. 3 Competência da Vara da Infância e da Juventude. 3.1 Entendimento atual. 3.2 Construção da competência das Varas da Infância e da Juventude. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Este estudo visa a identificar a competência jurisdicional para as ações que envolvam crianças e adolescentes quando figurem no polo passivo a Fazenda Pública. Para atingir o objetivo do estudo, falou-se sobre a evolução da humanidade desde seus primórdios para a solu-

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 83 - 100	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	-------------	----------------

ção dos conflitos pessoais e da luta pela manutenção da ordem, da paz social e do bem-estar comum que, ao final, organizados, propiciaram o surgimento do Estado. Com suporte doutrinário, análise interpretativa da legislação, com ênfase na Lei nº 8.069/90, e estudo jurisprudencial, este artigo fez um paralelo entre a competência absoluta e relativa, que transportadas ao plano dos fundamentos basilares da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes respondem a indagação proposta, afirmando a competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para as ações em que a Fazenda Pública é ré, desde que a questão submetida a julgamento diga respeito à tutela de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Infância. Juventude. Competência. Fazenda Pública.

ABSTRACT

This study aims to identify the jurisdiction for lawsuits involving children and teenagers when the Treasury is the defendant. To achieve the goal of the study, there was talk about the evolution of humanity from its beginnings to solve personal conflicts and the struggle to maintain order, social peace and the common welfare that ultimately, organized , led to the emergence of the State. Supporting doctrine, interpretative analysis of the legislation, with emphasis in Law nº 8.069/90 and jurisprudential study, this Article drew a parallel between the absolute and relative competence, transported to the plane of the basic fundamentals of child and teenagers rights respond to inquiries proposal, affirming the absolute competence of Childhood and Youth Court to the lawsuits that the Treasury is the defendant, when the question referred to trial concerns the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Fundamental rights. Childhood. Youth. Competence. Public Treasury.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para as ações que envolvem crianças e adolescentes quando figure no polo passivo a Fazenda Pública.

Para tanto, é realizado um estudo acerca da jurisdição, apresentando o conceito de competência, seus critérios determinadores e suas espécies.

A seguir, discorre-se sobre as competências constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um segundo momento, abordam-se os fundamentos basilares da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, em especial, discorrendo sobre a Doutrina da Proteção Integral e o princípio da prioridade absoluta. Elementos imprescindíveis para atingir uma resposta para a questão proposta.

Ao final, apresentam-se posições jurisprudenciais, seguindo-se da análise dos elementos ali constantes, a fim de definir quais as hipóteses de competência da Vara da Infância e da Juventude nas demandas em que a Fazenda Pública é a ré.

Encerra-se o presente com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados.

Quanto à Metodologia empregada, foi utilizado o Método Dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 JURISDIÇÃO

1.1 CONCEITO DE COMPETÊNCIA

No limiar da humanidade, os conflitos eram solucionados por meio da força bruta, garantindo a prevalência do mais forte sobre o mais fraco e revelando o exemplo clássico de autotutela, traduzida na imposição, pela força física, da vontade do litigante.

Com o avanço das relações pessoais e o ser humano passando a viver em grupos, tornou-se imprescindível o estabelecimento de uma

organização mínima para a manutenção da paz social e do bem comum, à qual é dada o nome de Estado, que, em sua forma embrionária, limitava-se a organizar e administrar a vida em grupo, pois seus componentes se recusavam a agir com restrições.

Passados séculos, as pessoas, agora acostumadas com a existência desse ente, começaram a permitir a imposição de regras de restrição de suas condutas. Entretanto, mesmo com maior interferência estatal, muitos indivíduos não aceitavam a intervenção para a solução dos conflitos, utilizando-se, em muitos casos, da ultrapassada autotutela.

Transcorrido um período significativo, com a gradativa evolução da sociedade, o Estado ganhou forças até o instante em que os indivíduos permitiram sua intervenção para a solução de conflitos. A partir desse momento, inicia-se a função jurisdicional do Estado, que persiste até a atualidade.

Essa função pode ser traduzida como o monopólio estatal da justiça, remetendo o direito e o dever de, quando solicitado, prestar a jurisdição.

Jurisdição é, por sua vez, o poder-dever do Estado, por meio de provocação do interessado, aplicar o direito ao caso concreto, sobrepondo-se à vontade dos litigantes.

Registra-se que a jurisdição terá objetivos distintos em razão da espécie e finalidade essencial do Estado de que emana, ou seja, poderá ter fins sociais, políticos ou jurídicos.

Como exemplo, cita-se o Brasil, que, nos termos da Constituição Federal, tem como objetivos fundamentais:

Art. 3º [...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa senda, a jurisdição, ao fazer a norma produzir efeitos ou empregá-la ao caso concreto, deve, além de atentar ao direito material, refletir os fundamentos constitucionais.

No exercício da jurisdição, a unicidade sem delimitações causaria conflitos entre os órgãos componentes, já que vários deles poderiam entender que a eles caberia julgar o caso, desse modo, o legislador buscou

um meio para organizar a jurisdição, é aí que se chega ao instituto da competência, que, segundo a doutrina, refere-se:

Ao critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

Houve época em que se confundiam os conceitos de jurisdição e competência.

Em nossos dias, porém, isto não ocorre mais entre os processualistas, que ensinam de maneira muito clara que a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional¹.

Na fixação da competência, é preciso levar em consideração alguns critérios determinadores.

1.1.1 Critérios determinadores de competência

Filiado à corrente preponderante no direito comparado, o Código de Processo Civil brasileiro, adota o critério tripartite para disciplinar a competência, sendo eles: objetivo, funcional e territorial.

O primeiro critério, objetivo, analisa as particularidades da demanda, fixando a competência de acordo o valor da causa, a natureza da causa e a pessoa (qualidade da parte).

Em relação ao valor da causa, impende recordar que, por ordem do art. 291 do Código de Processo Civil, “toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível” e que, segundo o art. 44, é possível às normas de organização judiciária estabelecer a repartição de trabalho entre os órgãos do Judiciário, com base importância econômica da causa proposta.

Por seu turno, conforme a necessidade de cada localidade, as leis de organização judiciária, atentando à qualidade da relação jurídica deduzida, podem criar juízos especializados, citando-se como exemplo as Varas da Infância e da Juventude, Varas da Fazenda Pública, Varas do Meio Ambiente, entre outras. Surgindo nesse momento a competência em razão da natureza da causa ou em razão da matéria.

¹ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

No âmbito da competência material, frisa-se a necessidade de atenção às normas constitucionais constantes no Capítulo III, para que se verifique a qual Justiça estaria afeta a questão.

No que diz respeito à determinação em razão da pessoa, mesmo que não mencionada no Código de Processo Civil, é prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, relacionada ao cargo ocupado por determinado indivíduo.

Ligada ao critério funcional, encontra-se a função desempenhada pelo órgão jurisdicional no processo.

A atuação espacial do juiz é limitada pela competência territorial, ligada ao aspecto geográfico e situada após a verificação do juízo competente para julgar em relação à matéria e ao valor da causa. Seu dimensionamento é estabelecido pelo Capítulo I da Lei Processual Civil.

1.1.1.1 Competência absoluta e relativa

Temos por competência absoluta aquela estabelecida em razão da matéria, da pessoa ou do critério funcional, sendo vedada sua derrogação por convenção das partes, e, por isso, considerada cogente, ou seja, de ordem pública.

Nos termos do Código de Processo Civil, art. 62: “A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”.

Considerando sua natureza – de interesse público –, pode ser arguida a qualquer momento do processo e em qualquer grau de jurisdição, podendo, ainda, ser declarada de ofício pelo magistrado (art. 64, § 1º, do Código de Processo Civil), não sendo passível de preclusão. Logo, é correto afirmar que se trata de erro insanável e incorrigível, sendo nulos os atos decisórios proferidos.

É cabível a ação rescisória, na hipótese de juízo absolutamente incompetente.

Fixada em razão do valor da causa ou do critério territorial, a competência relativa pode ser modificada por conexão ou continência (art. 54 do Código de Processo Civil). Ainda, é inviável seu reconhecimento de ofício pelo juiz, devendo a parte alegá-la, sob pena de preclusão.

1.1.2 COMPETÊNCIAS CONSTANTES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Inicialmente pondera-se que as Varas da Infância e da Juventude não compõem uma justiça especializada, e sim uma especialização da justiça comum, *in casu*, do Judiciário do Estado-Membro, a quem compete por ordem do art. 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) criar e instalar essas Varas, baseando-se em estudos que apontem sua necessidade e nos ditames da Lei de Organização Judiciária.

A saber, do Estatuto: “ Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local”.

Na Lei nº 8.069/90, são apresentadas regras de competência absoluta e relativa, disciplinando critérios em razão da matéria a ser julgada e do território.

O Diploma Estatutário trata, de início, da competência em razão da matéria, uma daquelas entendidas como absolutas, portanto inviável sua alteração. Inserta nessa competência é possível, da leitura do art. 148, identificar duas situações: matérias de competência exclusiva das Varas da Infância e Juventude e matérias de competência concorrente com as Varas da Família, *in verbis*:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tu-

telar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: [...].

A primeira vem explicitada nas hipóteses dos sete incisos do art. 148, que, uma vez presentes, impendem que a matéria seja tratada em outro órgão jurisdicional.

Em relação à competência das Varas da Família, essa vem disciplinada no art. 148, parágrafo único, realçando a expressão “é também competente”, o que exterioriza a existência de uma concorrência competente. Por esse motivo, imprescindível a utilização de um parâmetro para saber quando a competência recairá sobre a Vara da Infância e Juventude ou sobre a Vara de Família.

Esse critério consta no próprio Estatuto e se refere à criança ou o adolescente que se encontram, ou não, nas situações trazidas pelo art. 98 – que aponta os casos em que a criança ou o adolescente encontram-se desprotegidos, tendo seus direitos lesionados ou ameaçados de lesão, em descompasso com a Doutrina da Proteção Integral².

Por sua vez, a competência para conhecer e julgar ações civis públicas que versem sobre lesão a direitos transindividuais aporta no art. 209 do Estatuto infantojuvenil. A norma elenca duas hipóteses de competência: a primeira, em razão da matéria, e a outra, territorial.

A competência em razão da matéria revela-se na expressão “competência absoluta”, seguindo o mesmo raciocínio do art. 148 da Lei, centralizando o conhecimento e julgamento dos processos e procedimentos que visem corrigir ameaças ou lesão a direitos na Vara da Infância e Juventude.

De outro lado, a competência territorial, nos moldes do art. 209, dá-se em razão do local onde tenha ocorrido ou deva ocorrer a ação ou omissão. Aporta, também, no art. 147 regras de competência territorial:

Art. 147. A competência será determinada:

I - pelo domicílio dos pais ou responsável;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

2 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “As regras gerais do processo”, in: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93.

§ 1º Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

§ 2º A execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.

§ 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo estado.

2 FUNDAMENTOS BASILARES DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

2.1 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Somente em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, é que a criança e o adolescente passaram a ser, reconhecidamente, sujeitos de direitos, na forma trazida pelo *caput* do art. 227, considerado a síntese da Doutrina da Proteção Integral:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme expõe a doutrina:

Quando a legislação pátria recepcionou a Doutrina da Proteção Integral fez uma opção que implicaria num projeto político-social para o país, pois ao contemplar a criança e o adolescente como sujeitos que possuem características próprias ante o processo de desenvolvimento em que se encontram, obrigou as políticas públicas voltadas para esta área a uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado³.

Diante do novo paradigma da Proteção Integral, apresentou-se a

³ VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente. Vol. 5. Coleção Resumos Jurídicos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 9-10.

necessidade de sua regulamentação, que adveio da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, um instrumento que promoveu alterações no sistema de atendimento aos direitos infantojuvenis.

Por esse motivo, o diploma estatutário tornou-se o eixo jurídico de luta pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente à medida que, em sintonia com o texto constitucional, estabeleceu uma série de princípios fundamentais a essa parcela da população brasileira.

Entre outras, cita-se como característica marcante da Doutrina da Proteção Integral a divisão da responsabilidade pela promoção e pela defesa dos interesses da criança e do adolescente entre a família, o Estado e a sociedade⁴.

Com base nessa característica, permite-se dizer que todos têm o dever comum de zelar pela promoção e concretização de direitos infantojuvenis, de modo que o seu exercício não pode mais ser assumido como “uma concessão de um Estado paternalista, mas, antes de tudo, como uma parceria do Poder Público e da sociedade”⁵.

O sistema de responsabilização imposto pela Constituição, na forma da Doutrina da Proteção Integral, impõe uma atuação articulada entre o Estado, a família e a sociedade, de modo que:

[...] estando escrito na Constituição que toda criança tem direito à vida, sempre que houver ameaça à vida de criança ou de crianças, alguém da família, da sociedade ou do Estado deve movimentar autoridades particulares (da família, de associações comunitárias, de empresas) ou do Estado (legislativo, executivo ou judiciário, conforme o caso) para garantir a vida⁶.

Especificamente, interessa no presente estudo o papel do Estado, detentor da jurisdição, uma vez que aquele não se limita mais ao mero controle social, mas, sim, age como agente modificador da realidade social da infância e da adolescência no Brasil.

O aparato estatal, em sua totalidade, tem obrigações com esses sujeitos. O Poder Legislativo deverá conceber instrumentos aptos a pro-

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. “Art. 4º”, in: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.

5 PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 4.

6 SÊDA, Edson. A criança e o Direito Alternativo: Um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil. Campinas: Adês, 1995. p. 43.

mover os direitos da criança e do adolescente. O Poder Judiciário, por sua vez, zelará pela defesa e exigibilidade dos direitos eventualmente lesados ou ameaçados. Por fim, ao Poder Executivo é atribuída a implementação, por meio de políticas públicas, de programas de atendimento.

Igualmente, a responsabilidade é compartilhada entre os demais entes federativos. A Constituição Federal no art. 24, inciso XV, fixou a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar acerca de matérias afetas à proteção da infância e da juventude, restando aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual, na forma do art. 30, inciso II.

2.2 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente situa-se no texto do art. 227 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifei)

A Carta Magna é expressa ao afirmar que a prioridade ao direito da criança e do adolescente é absoluta. Diante dessa afirmação, é prescindível, para a aplicação do art. 227, que o legislador infraconstitucional defina em lei uma lista de prioridades a serem observadas pela Administração Pública.

Outrossim, o legislador no Estatuto infantojuvenil regulamentou as formas de manifestação do princípio da prioridade absoluta, conforme se observa:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) 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;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Observa-se a prioridade do direito da criança e do adolescente no momento em que lhes é outorgada a primazia na prestação de socorro, a preferência de atendimento nos serviços públicos, a prioridade na formulação e execução de políticas públicas e, principalmente, a destinação privilegiada de recursos para a implementação destas políticas públicas.

Outrossim, diante do texto constitucional, o princípio deve ser classificado como norma de eficácia plena e imediata⁷.

Não obstante o texto constitucional e estatutário, o legislador ainda traçou rumos hermenêuticos para sua aplicação, não restando dúvidas importância da primazia do interesse da criança e do adolescente:

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Jason Albegaria conecta o princípio da prioridade absoluta ao princípio de humanidade, fundado no sentimento de solidariedade social, típica do estado Democrático de Direito. De acordo com o autor:

Já se acentuou que na sociedade permissiva é frágil esse sentimento de responsabilidade social ou ausência de humanidade, o que exacerba a marginalidade social e a delinquência do 'menor'. No Estado Democrático de Direito, porém, manifesta-se a corresponsabilidade da sociedade e do estado na ajuda e assistência social em prol da criança e do adolescente⁸.

Bem destaca Dalmo de Abreu Dallari, ao afirmar que, por serem pessoas em desenvolvimento, não estando completa a formação, "não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prio-

7 MARSHEAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina> > Acesso em: 7 jun. 2013.

8 ALBERGARIA, Jason. Comentários do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 30.

ritário às crianças e aos adolescentes”⁹.

Destarte, por encontrar-se na condição de pessoa em desenvolvimento e por ser certa a fragilidade natural dela decorrente, é que a criança e o adolescente não podem dispensar direitos e garantias especiais.

3 COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA

3.1 ENTENDIMENTO ATUAL

O assunto abordado neste artigo é, a longa data, discutido pelos Tribunais, tendo prevalecido o entendimento de que presente órgão da Administração Pública no pleito, a competência é remetida à Vara da Fazenda Pública, a exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. INCOMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. COMPETÊNCIA DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA. [...] ¹⁰

Conquanto a adoção reiterada desse entendimento pela jurisprudência, alguns Tribunais estão revendo tal posição e decidiram cometer esses feitos às Varas da Infância e Juventude, como se percebe nos seguintes julgados:

DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. APELAÇÃO CÍVEL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. [...] COMPETÊNCIA ESPECIAL DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. [...] 5. A competência especial da Vara da Infância e da Juventude prevalece sobre a regra de competência da Vara de Fazenda Pública para julgar os feitos em que os entes da Administração direta e indireta forem partes ou interessados¹¹.

Agravo de instrumento. Vara de infância, juventude e fazenda publica. Competência. Decisão nula. Proferida por juiz incompetente. I - competência absoluta da vara da infância e da juventude, em razão da matéria, prevalecendo a mesma, por ser especial em relação a regra geral da com-

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. “Art. 4º”. In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

10 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de. Apelação Cível n. 2012.070744-8, de São José. Relator: Desembargador Júlio César Knoll, julgado em 29/nov/2012.

11 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do. Apelação Cível n. 531302. Relator: Desembargador Mário Zam Belmiro, julgado em 6/jul/2011.

petência das varas da fazenda pública; II - tendo em vista que a hipótese dos autos refere-se justamente quanto aos interesses afetos as crianças e adolescentes, evidente a competência do juízo da infância e juventude para processar e julgar a ação civil pública manejada. De consequência e de ser declarada nula a decisão monocrática vez que proferida por juiz absolutamente incompetente. Agravo conhecido e provido. Decisão nula. Remessa dos autos ao juízo da infância e juventude de caldas novas”.¹² (TJGO. Agravo de Instrumento 56728-6/180, rel. Des. Walter Carlos Lemes, 3ª Câmara Cível, julgado em 18/dez/2007).

Perceptível a mudança de orientação da jurisprudência pátria, todavia, para entender esse fenômeno e compreender a competência afeta às Varas especializadas infantojuvenis, é preciso ponderar os elementos que norteiam os direitos nelas discutidos.

3.2 CONSTRUÇÃO DA COMPETÊNCIA DAS VARAS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

A Constituição Federal de 1988, como mencionado anteriormente, priorizou o atendimento às necessidades da criança e do adolescente, conforme previsão constante no art. 227 da Carta Política, que veio a se concretizar no mundo jurídico com a edição da Lei n. 9.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo o art. 148, inciso IV, do mencionado diploma, “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209”.

Por sua vez, o art. 209 traz o seguinte:

Art. 209. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

Convém apontar que a Constituição Federal (art. 227) alterou o anterior Sistema de Situação de Risco então vigente e passou a reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos

¹² GÓIAS. Tribunal de Justiça de. Agravo de Instrumento n. 56728-6/180. Relator: Desembargador Walter Carlos Lemes, julgado em 18/dez/2007.

atualmente pelo Sistema de Proteção Integral.

Assim, as normas que integram o sistema vigente são norteadas, entre outros, pelos princípios da Absoluta Prioridade e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Nesse limiar, atentando aos princípios referidos, não há dúvida de que, na interpretação do Estatuto, “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º).

Ademais, a proteção integral à criança e ao adolescente inclui a previsão de normas de natureza processual, especialmente, aquelas que dispõem sobre a competência para o conhecimento, processamento e julgamento das demandas em que figuram essas pessoas.

Pois, como menciona a doutrina:

O Estatuto resguardou à Vara Especializada da Infância e da Juventude a competência absoluta para processar e julgar as demandas identificadas no art. 208. Assim, mesmo que os Estados e Municípios figurem no polo passivo ou ativo das ações civis públicas, será aquele o juízo competente, para o qual deverão ser encaminhadas as demandas de responsabilidade por alguma ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, o que representa uma novidade, pois, até o advento dessa nova leis, as ações propostas pelas pessoas jurídicas de direito público ou contra elas eram todas processadas nas Varas da Fazenda Pública, sem qualquer exceção¹³.

Entretanto, é necessário advertir que a competência das Varas da Infância e da Juventude não é afeta a qualquer ação que apresente interesse de criança e adolescente, faz-se imprescindível estabelecer um norte para sua atuação.

Tal marco é consagrado no próprio Estatuto, por meio de uma análise dos dispositivos supramencionados, que indicam que, para firmar a competência do juízo especializado, exige-se que a questão submetida a julgamento diga respeito à tutela de direitos relacionados diretamente a interesses da criança ou do adolescente, entre eles, a garantia de acesso à educação, saúde e dignidade da pessoa humana. Ao passo que afasta, por exemplo, demandas com objeto preponderante

13 VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente. Vol. 5. Coleção Resumos Jurídicos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 9-10.

de cunho patrimonial, tais como previdenciárias, tributárias e danos morais e materiais.

Ainda, mesmo que se entenda que a hipótese apresentada não está incluída no rol do *caput* art. 148 do Estatuto, especialmente no inciso IV, caracterizada a situação de risco – que não é incomum na violação de direitos fundamentais –, a competência será da Vara da Infância e da Juventude.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MENOR PÚBERE. MATRÍCULA EM CURSO SUPLETIVO. ART. 148, IV, C/C ART. 209 DO ECA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E DO ADOLESCENTE. 1. Discute-se no apelo a competência para apreciar mandado de segurança impetrado contra dirigente de instituição de ensino, com o objetivo de se assegurar ao menor de 18 anos matrícula no exame supletivo e, em sendo aprovado, a expedição do certificado de conclusão do ensino médio. 2. A pretensão deduzida na demanda enquadra-se na hipótese contida no art. 148, IV c/c art. 209, do ECA, sendo da competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. Precedentes. 3. Recurso especial provido¹⁴.

Assim, mesmo que a Fazenda Pública seja parte, a competência, quando presentes tais direitos, deve ser fixada no Juízo da Vara da Infância e da Juventude, diante das normas específicas mencionadas que regem o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estabelecida essa divergência, pretende o artigo ora apresentado tecer algumas ponderações sobre o tema e, ao final, encontrar uma solução que resguarde os direitos infantojuvenis e atente para a doutrina da proteção integral insculpida na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei n. 8.069/90.

Este artigo desenvolveu-se com o objetivo central de analisar a

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1217380/SE. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 25/maio/2011.

competência da Vara da Infância e da Juventude em ações que a Fazenda Pública seja demandada. Para tanto, foram apresentados os conceitos de competência, suas espécies e as competências insculpidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um segundo momento, ponderou-se acerca da Doutrina da Proteção Integral e o princípio da prioridade absoluta.

Ao final, sobreveio a exposição dos entendimentos jurisprudenciais sobre o objeto principal do presente estudo, seguida da apresentação dos fundamentos que levam à fixação de competência da Vara da Infância e da Juventude na hipótese de a Fazenda Pública ser a ré.

O problema aventado foi tratado com base na Doutrina da Proteção Integral e o princípio da prioridade absoluta, bases do Direito da Criança e do Adolescente em nosso País.

Somou-se a esses elementos o estudo dos arts. art. 148, IV, c/c art. 209 do Estatuto infantojuvenil.

Ressaltou-se que não basta que figure no polo ativo criança ou adolescente para que torne a Vara da Infância e da Juventude competente para o julgamento, é indispensável que o direito arguido encontre-se no rol daqueles ligados diretamente ao estado de pessoa em desenvolvimento, em especial, a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos.

Ao final, concluiu-se que, presentes esses tais direitos ou configurada uma situação de risco, a competência da ação proposta é da Vara da Infância e da Juventude.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “As regras gerais do processo”, *in*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1217380/SE**. Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 25/mai/2011.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Art. 4^o", *in*: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível n. 531302**. Relator: Desembargador Mário Zam Belmiro, julgado em 6/jul/2011.

GÓIAS. Tribunal de Justiça de. **Agravo de Instrumento n. 56728-6/180**. Relator: Desembargador Walter Carlos Lemes, julgado em 18/dez/2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARSHESAN, Ana Maria Moreira. **O princípio da Prioridade Absoluta ao Direito da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa**. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina>> Acesso em: 7 jun. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível n. 2012.070744-8**, de São José. Relator: Desembargador Júlio César Knoll, julgado em 29 nov. 2012.

SÊDA, Edson. **A Criança e o Direito Alternativo**: Um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil. Campinas: Adês, 1995.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Vol. 5. Coleção Resumos Jurídicos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICA

Oriane Padilha

*Assistente de Promotoria de Justiça na Comarca de Itaiópolis
Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado (UnC)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Origens do Ministério Público. 2 Nascimento e evolução histórica do Ministério Público no sistema jurídico brasileiro: do Brasil-Colônia à Constituição de 1988. 3 Funções institucionais do Ministério Público. 4 Ministério Público e Política. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Este artigo busca analisar o novo *status* constitucional adquirido pelo Ministério Público, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e de que maneira a atuação desse órgão, dentro e fora de seu círculo normal de atribuições, contribui para o cumprimento das políticas públicas. O estudo se inicia com um breve apanhado histórico acerca do surgimento do Ministério Público no cenário mundial, e, em seguida, de sua construção institucional no Brasil, com destaque para o papel ativo de seus membros neste processo. Culmina com a análise da interferência política realizada pelo *Parquet* no sistema político nacional. De tais premissas, infere-se que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério *Público* a defesa dos direitos fundamentais sociais, concedendo-lhe, por meio de diversas prerrogativas e mecanismos de

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 101 - 120	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

atuação, grande potencial para fomentar e fiscalizar a implementação das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais. A reflexão toma como teoria base os textos de Hugo Nigro Mazzilli e Rogério Bastos Arantes.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the new constitutional status acquired by the prosecutor by the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988, and how the work of this body, inside and outside your normal circle of competence, contribute to the achievement of public policy. The study begins with a brief historical overview of the emergence of the prosecution on the world stage, and then its institutional construction in Brazil, highlighting the active role of its members in this process. Culminates with the analysis of political interference Parquet conducted by the national political system. From these premises, it is inferred that the Federal Constitution of 1988 vocacionou the prosecution to the defense of fundamental social rights, granting him through various prerogatives and mechanisms of action, great potential to promote and monitor the implementation of public policies for the realization of fundamental social rights. The reflection builds on the theory Hugo Nigro Mazzilli texts and Rogério Bastos Arantes.

KEYWORDS: Prosecutor. Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. Public Policy.

INTRODUÇÃO

A discussão que se trava no presente artigo envolve um dos assuntos de maior debate, atualmente, na doutrina jurídica. Sabe-se

que uma das maiores preocupações contemporâneas está na tentativa de desenvolver meios de efetivação dos direitos fundamentais sociais consolidados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista que, em virtude de questões políticas, econômicas, sociais e culturais, são transportados de modo insuficiente do texto constitucional para o plano material, o que impossibilita a construção de um legítimo Estado Democrático de Direito.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público passou a exercer valioso papel na defesa do regime democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como da ordem jurídica, o que revela seu inegável papel político, embora não partidário.

A atual Carta Política conferiu ao Ministério Público uma série de prerrogativas e garantias, tanto no que concerne à instituição propriamente dita quanto aos seus membros, garantindo-lhes, igualmente, mecanismos eficientes e necessários ao desempenho de seu mister, o que faz com que sua atuação cresça a cada dia, notadamente na defesa dos direitos difusos e coletivos.

Logo, tem lugar, com salutar relevância, o presente estudo, pois torna-se necessário compreender o novo perfil constitucional adquirido, pelo Ministério Público, no ordenamento jurídico, erigido após a Constituição de 1988, e como sua atuação, amparada em suas novas garantias, contribui para o cumprimento das políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que esta temática diz respeito a toda coletividade.

Partindo de tais premissas, para discussão do tema, com a necessária conceituação dos termos apontados, buscar-se-á compreender de que forma se realiza a interferência do Ministério Público dentro e fora de seu círculo tradicional de atribuições, com vistas a transpor as fronteiras do sistema jurídico restrito e adentrar no mundo da política, e como isso contribui para o cumprimento das políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Como guia da análise, utilizar-se-ão as categorias e reflexões de Hugo Nigro Mazzilli e Rogério Bastos Arantes, sem, contudo, pretender fazer um estudo exaustivo de suas obras, pois somente foram selecio-

nados os textos que se aproximam teoricamente do tema abordado neste estudo.

1 ORIGENS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O termo “ministério”, conforme elucida Jairo Cruz Moreira, “de-
riva do latim *ministerium*, *minister*, que revela o significado de ofício do
servo, função de servir, mister ou trabalho”.¹

Hugo Nigro Mazzilli ressalta a importância de se mencionar que,
etimologicamente, a palavra ministério se prende ao vocábulo latino
manus e aos derivados *ministrar*, *ministro*, *administrar*, surgindo daí
a ligação inicial aos agentes do rei (*Le gens du roi*), vez que os agentes
ministeriais seriam, noutros tempos, a mão do rei.²

Além disso, o doutrinador supracitado ainda pondera que o ad-
jetivo “público” se uniu ao termo *minister* ou ministério naturalmente
para designar os interesses públicos que os procuradores e advogados
do rei deveriam defender.³

No campo do estudo da origem do Ministério Público, em que
pese inexistir consenso doutrinário, é possível identificar raízes remotas
do surgimento da instituição há mais de quatro mil anos, no Egito, na
Antiguidade clássica, em Esparta, na civilização Alemã, e, ainda, no
direito canônico.⁴

O que se tem por certo é que, com o surgimento do Estado, criou-
-se uma função estatal encarregada de distribuir a justiça em nome dos
soberanos, que, posteriormente, após a tríplice divisão de Montesquieu,
ficou conhecida como Poder Judiciário e, em face da progressiva autono-
mia dos tribunais que por vezes decidiam contrariamente aos interesses
do próprio poder do qual se originaram, os reis foram levados a instituir
funcionários, denominados de “procuradores do rei”, cuja atribuição
consistia na defesa dos interesses do soberano e, excepcionalmente, a
defesa dos interesses sociais.⁵

1 MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do Ministério Público no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 8.

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 4.

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 4.

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1-2.

5 RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São

Nesse compasso, Hugo Nigro Mazzilli aduz que o mais usual é indicar a origem do Ministério Público na Ordenação francesa, de 25 de março de 1302, de autoria do Rei da França Felipe IV, o Belo, pois foi a primeira norma que fez referência aos procuradores do rei – *les genus du roi* – como legitimados, em princípio, às funções ministeriais.⁶

Conforme explica Hélio Tornaghi, foi a partir desse momento que se passou a designar o Ministério Público de *Parquet*:

A fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixaram sempre clara a independência desses em relação aos juízes. O Ministério Público constituiu-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrado (“parquet”) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé (sendo por isso chamados de “Magistrature debout”, Magistratura de pé).⁷

Por esse motivo, a tese majoritária é a de que a instituição Ministério Público se originou do direito francês, sendo, inclusive, prevista no texto da Constituição francesa de 1791.⁸

2 NASCIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DO BRASIL-COLÔNIA À CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Durante a égide da Constituição de 1824, atribuía-se ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, ressalvadas as hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara de Deputados.⁹

Foi, em 1832, com a edição do Código de Processo Criminal, que houve, em âmbito nacional, “o primeiro tratamento sistemático e abrangente ao Ministério Público”.¹⁰

Paulo: Saraiva, 2003. p. 12-3.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 1989. p. 3.

7 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 1. São Paulo: RT, 1976. p. 277-8.

8 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 14.

9 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39.

10 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 18-9.

No período republicano, a maior modificação envolvendo o Ministério Público, sem dúvidas, foi o Decreto n. 848, de 11/10/1890, de autoria e iniciativa do então Ministro da Justiça Campos Sales, que garantiu independência à instituição, conforme atribuições próprias.¹¹

De grande valia, igualmente, foi a edição do Decreto n. 1030, de 14/11/1890, que consagrou a autonomia da instituição, confiando-lhe a “defesa e a fiscalização da execução das leis e dos interesses gerais, assistência dos sentenciados, alienados, asilados e mendigos e a proteção da ação pública contra todas as violações de direito”.¹²

A constituição de 1891, por sua vez, foi silente no que concerne ao Ministério Público.¹³

Diferentemente ocorreu com a Constituição de 1934, que evidenciou o Ministério Público destinando-lhe capítulo independente dos demais Poderes¹⁴.

O legislador constituinte, neste momento, também elevou o princípio da independência da instituição ao *status* constitucional, até então restrito à legislação infraconstitucional, além de regulamentar o ingresso na carreira mediante concurso público e conferir estabilidade aos membros.

No entender de Hugo Nigro Mazzili, “foi a Constituição de 1934 a primeira a institucionalizar o Ministério Público [...]”.¹⁵

Contudo, cenário diverso se apresentou na outorgada constituição de 1937, havendo evidente retrocesso da instituição, em especial com a perda de sua independência.¹⁶

No Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal, sendo-lhe, também, atribuída a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei.

11 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2008. p. 40.

12 GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: LED, 1998. p. 76.

13 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo. 1991. p. 7.

14 MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do Ministério Público no processo civil**. 2009. p. 20.

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15.

16 MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do Ministério Público no processo civil**. 2009. p. 21.

E, no âmbito do processo civil, a instituição conquistou “crescente papel de órgão agente e interveniente”.¹⁷

Com o fim da ditadura Vargas e a promulgação da Constituição de 1946, sobreveio novo “desenvolvimento institucional do Ministério Público, sempre acompanhado de novos campos de atuação a ele conferidos pela legislação ordinária”.¹⁸

A Constituição em 1967, por seu turno, possuía o mesmo enfoque autoritário e antidemocrático que a Constituição de 1937. Tolheu-se, novamente, a independência da instituição, passando a ser tratada em uma seção inserida no capítulo destinado ao Poder Judiciário.¹⁹

Já, em 1969, a instituição foi introduzida no capítulo da estruturação do Poder Executivo, havendo, ainda, a suspensão das garantias de aposentadoria e vencimentos atribuídas aos juízes.²⁰

A entrada em vigor da Lei Complementar n. 40/81, em 14/12/1981, conhecida como Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), que definiu um estatuto para o Ministério Público nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações, representou extraordinário crescimento para a instituição.

Do mesmo modo ocorreu com o advento da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, ao se reconhecer a importância da iniciativa ministerial na promoção de ações para a proteção de interesses difusos.²¹

Ainda, conforme elucida Hugo Nigro Mazzilli, em 1986, houve importante antecedente preparatório à Constituição de 1988. Neste ano, foi aprovada, no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações, proposta concernente ao regulamento da instituição Ministério Público e de suas principais aspirações, instrumento este denominado “Carta de Curitiba”.

Importante frisar que essa proposta de definição completa do Ministério Público no novo texto constitucional – que acabou sendo recepcionada pelo constituinte originário logo depois – deu-se graças

17 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 1993. p. 7.

18 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 8.

19 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo. 1991. p. 15.

20 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 24.

21 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 26-27.

à mobilização dos promotores e procuradores à época.²²

E, assim, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, a instituição Ministério Público passou a ser disciplinada de forma harmônica e orgânica, sendo explicitadas as principais regras referentes à sua autonomia, às suas funções, às garantias, às vedações e à conceituação.²³

O texto constitucional trouxe ao Ministério Público a condição de órgão independente, gozando de autonomia funcional, administrativa e financeira.

Ainda, indicou os meios e instrumentos necessários à efetividade no desempenho de suas novas atribuições.²⁴

Conforme aponta Mazzilli, a referida Carta Política conferiu ao *Parquet* verdadeiro *status* constitucional, quase o elevando a um *quarto* poder, ao desvinculá-lo dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, e inseri-lo em Seção própria do Capítulo IV - “Das funções essenciais à Justiça”, do Título IV - “Da Organização dos Poderes”.²⁵

A magnitude da atual Constituição, com singular relevo no novo enquadramento da instituição Ministério Público, é sintetizada por Antônio Cláudio da Costa Machado como a primeira Constituição que “outorga ao Ministério Público um tratamento digno da excelência do seu papel social e consagra definitivamente como grande instituição republicana, tal qual sonhara Campos Sales”.²⁶

Feitos os principais apontamentos evolutivos acerca do Ministério Público, ainda que de forma concisa, torna-se imperioso destacar que sua reconstrução institucional é fruto de um processo histórico, estimulada por seus próprios membros, o que acaba revelando um importante aspecto do processo de judicialização da política no Brasil: o “voluntarismo político” de promotores e procuradores no sentido da reconstrução institucional do Ministério Público e da sua preten-

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 1989. p. 124.

23 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo. 1991. p. 38.

24 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 58.

25 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 1993. p. 58.

26 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 20.

são de se transformar em agente político responsável pela defesa da cidadania.²⁷

3 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, no Capítulo VIII - Das Acusações nos diversos governos, de seu livro com longo título, e que “mais tarde, passaria o volume a ser publicado apenas sob o título pelo qual é conhecido hoje, ou seja, *Do Espírito das Leis*”²⁸, foi categórico ao enaltecer o importante trabalho realizado pelos procuradores do rei, legitimados, em princípio, para as funções ministeriais:

Temos atualmente uma lei admirável: a que determina que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, designe um representante em cada tribunal, para processar, em seu nome, todos os crimes. Assim, a função dos delatores é desconhecida entre nós e, se este vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-iam a nomear seu denunciador.

Nas leis de Platão, os que negligenciam de advertir os magistrados ou de prestar-lhes auxílio devem ser punidos. Hoje, isso não seria conveniente. A parte pública vela por seus cidadãos; ela atua e eles estão tranqüilos.²⁹

Se Montesquieu tivesse escrito essa prestigiada obra nos dias atuais, talvez a Divisão dos Poderes fosse quádrupla e não tríplice, pois se poderia incluir o Ministério Público como “quarto poder”, responsável pela defesa da sociedade.

Isso porque, com a entrada em vigor da novel Carta Política, o *Parquet* ganhou novo perfil constitucional, passando a ocupar lugar de destaque no cenário político brasileiro, deixando de ser mero acusador no processo penal e fiscal da lei no processo civil, para assumir posição proativa na defesa dos direitos da sociedade, principalmente no que tange aos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Prova disso é o que dispõe o art. 127 da Constituição da República

²⁷ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002. p. 20.

²⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. Separação de Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário. **Revista dialética de direito processual - RDDP**. São Paulo: *Dialética*, n. 63, dez. 2013, p. 83-95.

²⁹ MONTESQUIEU, Barão de La Brède e. **Do espírito das Leis**. Série “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1973. p. 95.

Federativa do Brasil de 1988: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.³⁰

Essa conceituação não deixa dúvidas quanto ao deslocamento do *Parquet* dentro da organização política do Estado brasileiro, deixando de ser mecanismo repressivo oficial para seguir na direção de defensor e representante da sociedade civil.³¹

Esmiuçando a nova definição constitucional do Ministério Público, Raulino Jacó Brüning explica:

Instituir é criar, fundar. Assim, instituição é um conjunto ordenado de princípios e normas que regem certas entidades ou organizações.

Por isso, diz-se que o Ministério Público é uma instituição, porque corresponde a uma criação político-jurídica.

Política porque nascida do Poder Constituinte definida na Carta Política e responsável pela defesa do regime democrático, o que pressupõe exercício de funções também políticas.

Jurídica porque concedida em lei para defender a ordem jurídica, o ordenamento jurídico, os princípios e as regras de direito vigentes.

Instituição permanente porque sua existência é necessária em todos os momentos da vida jurídica e política da nação; inseparável e indispensável à sobrevivência da organização social moderna e da democracia.³²

Para Hugo Nigro Mazzilli, a assertiva constante do art. 127 da Constituição parte do pressuposto que o Ministério Público é um dos órgãos pelos quais o Estado atual manifesta sua soberania, tendo destinação permanente de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive e, sobretudo, perante o Poder Judiciário.³³

30 BRASIL. Constituição (1988). Art. 127. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

31 MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 144.

32 BRÜNING, Raulino Jacó. **O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público**. Blumenau: Furb, 1989, p. 129-130.

33 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo. 1991. p. 38.

No entender de Jairo Cruz Moreira, o caráter permanente firmado pelo texto constitucional leva à limitação de reforma constitucional tendente a abolir a existência do *Parquet*, haja vista o disposto no art. 60, IV, § 4º, da Constituição Federal impedir a deliberação de proposta de emenda constitucional sobre matéria referente aos direitos e às garantias individuais, “eis que a preservação e defesa destes estão associados à própria conservação da atividade finalística do Parquet”.³⁴

Sendo assim, percebe-se de forma cristalina a vocação permanente e ininterrupta do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mormente perante o Poder Judiciário.

Como desdobramento do mandamento constitucional retro mencionado, o art. 129 da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca das funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

34 MOREIRA, Jairo Cruz. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2009. p. 63.

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Essa nova gama de atribuições veio acompanhada da indicação dos meios e instrumentos necessários a sua efetivação. Tais ferramentas constam da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/93), das leis orgânicas estaduais e em diversas legislações específicas, como a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03).³⁵

Todas essas legislações possibilitam a efetivação das tarefas do Ministério Público, conferindo-lhe atribuições e legitimando-o expressamente para o exercício de seu mister constitucionalmente reservado.³⁶

Discorrendo sobre o real significado dessa ampliação das atribuições ministeriais, muito bem observa Jairo Cruz Moreira:

Denota-se, com isso, o alargamento do acesso à justiça, do préstimo aos valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, de justiça social, de respeito e fomento ao bem-estar de todos, de maior atividade concreta e jurídica em prol da igualdade substancial, pretendendo-se, em última análise, a afirmação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam, da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Ao serem ampliados os limites e a extensão da gama de interesses sociais sob os auspícios da curadoria ministerial, procura-se estabelecer o justo equilíbrio social, por vezes mediante a especial proteção de grupos considerados mais fracos ou hipossuficientes (por exemplo, deficientes físicos, acidentados, incapazes, idosos, crianças e adolescentes, consumidores, índios e envolvidos em conflitos agrários), por vezes na maior ênfase repressiva de combate à corrupção, ao crime organizado, às degradações ambientais, à violação do patrimônio público, etc.³⁷

35 OLIVEIRA, Luciano Moreira. **O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas.** *Revista de Informação Legislativa – RIL.* Brasília: Senado, ano 50, n. 198, abr./jun. 2013, p. 223-237.

36 MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção A intervenção do Ministério Público no processo civil.** 2009. p. 91.

37 MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção A intervenção do Ministério Público no processo civil.** 2009. p. 92.

Logo, é possível inferir que o constituinte originário agiu de forma muito acertada ao legitimar o Ministério Público para proteger os interesses sociais e individuais indisponíveis, o contraditório penal, as liberdades públicas constitucionais, a ordem jurídica e o regime democrático, além de reconhecer na instituição um dos principais mecanismos de busca da concretização da cidadania e de defesa dos interesses da sociedade.

Esse novo *status* constitucional do Ministério Público, sem dúvidas, consolida-o como instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito, o que beneficia de forma direta todos os cidadãos brasileiros.

4 MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova fase do Estado brasileiro, o Estado Democrático de Direito ou Estado Pós-Social, trazendo à tona uma nova gama de direitos, denominados de direitos fundamentais sociais.

Segundo o art. 6º da atual Carta Política, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.³⁸

Nas palavras de Bruno Andrade Costa:

Tratam-se de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é condição para a erradicação da miséria e de toda forma de poder arbitrário. Além do compromisso ético do Estado brasileiro, a proteção dos direitos fundamentais sociais constitui seu objetivo fundamental, nos termos do art. 3.º da Carta Magna.³⁹

Raciocínio semelhante apresenta Osvaldo Canela Junior ao conceituar os direitos fundamentais sociais como sendo aqueles que:

[...] protegem determinados bens da vida, cuja garantia, segundo consenso internacional, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Estes bens da vida, ou, do ponto de vista ético,

38 BRASIL. Constituição (1988). Art. 6º. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

39 COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. Brasília: Senado, ano 50, n. 199, set. 2013, p. 255-269.

bens soberanos, constituem um núcleo irrevogável e complementar, a ser atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado.⁴⁰

E, no instante em que esses direitos são reconhecidos a toda coletividade, surge de forma equivalente o dever do Estado de providenciar os meios necessários para sua concretização, deixando de ser unicamente promessas produzidas em papel para se tornar realidade, sobretudo, para possibilitar aos beneficiários da norma a exigência do seu efetivo cumprimento.⁴¹

Desdobramento disso é o disposto no art. 3.^o da Carta Magna, onde constam os objetivos da República Federativa do Brasil, através da utilização de verbos que indicam a adoção de uma conduta proativa por parte do Estado.

Para a consecução desse desiderato, o constituinte originário criou diversos órgãos com atribuições próprias, visando a direcionar toda a intervenção humana realizada por intermédio destes pelas atividades legislativa, administrativa e jurisdicional.

É nesse contexto que surgem as políticas públicas, compreendidas por Osvaldo Canela Junior como:

[...] todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3.^o da Constituição Federal. Entre estes objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). A garantia de “desenvolvimento nacional” (inciso II) é de objetivo que, em última análise, subsidia a efetivação da igualdade substancial.⁴²

De maneira precisa, Pedro Roberto Decomain conceitua políticas públicas como sendo o planejamento e a execução de atividades estatais de diferente natureza, “tendentes ao atendimento de direitos sociais nas mais diversas perspectivas”.⁴³

40 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

41 DECOMAIN, Pedro Roberto. Separação de Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário. **Revista dialética de direito processual – RDDP**. 2013, p. 83-95.

42 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. 2011. p. 57-58.

43 DECOMAIN, Pedro Roberto. Separação de Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário. **Revista dialética de**

As políticas públicas são atividades predominantemente administrativas, a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, que tomam forma por meio de programas de atuação do governo, os quais buscam definir as áreas sociais que devem ser priorizadas, planejar os objetivos a serem alcançados, analisar os instrumentos disponíveis e o momento para sua realização, além de direcionar os recursos públicos necessários para a efetivação desses objetivos.⁴⁴

Todavia, por vezes, tais políticas são omissas ou incapazes de realizar, de forma satisfatória, os direitos fundamentais sociais. Nessa hipótese, esses direitos são lesionados, o que viabiliza a exigência junto ao Estado da efetiva implantação das políticas sociais.

Nesse ponto, ocorre significativa mudança no papel do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Sem pretender adentrar a fundo no papel do Poder Judiciário nesse cenário, já que não é esse o objeto deste estudo, apenas para fins didáticos, importante salientar que, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo que providencie a efetiva implementação de políticas públicas, não está ele invadindo o campo de atribuições de outro Poder.

Isso lhe é perfeitamente cabível, pois a determinação para que o Executivo tome as devidas providências para atender aos direitos sociais faz parte de suas atribuições no cenário contemporâneo.⁴⁵

Concernente ao Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 não só ampliou suas atribuições, conforme visto anteriormente, como, também, de forma proporcional, incrementou as garantias institucionais de seus membros, que passaram a gozar das mesmas prerrogativas que os magistrados, como vitaliciedade, independência funcional, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.⁴⁶

direito processual – RDDP. 2013. p. 83-95.

44 COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. 2013. p. 255-269.

45 DECOMAIN, Pedro Roberto. Separação de Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário. **Revista dialética de direito processual – RDDP**. 2013. p. 83-95.

46 BRASIL. Constituição (1988). Arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, I. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

A instituição foi concebida como una e indivisível, gozando de autonomia administrativa e financeira, além de iniciativa legal privativa nas matérias referentes à sua organização.⁴⁷

Essa reconstrução institucional do *Parquet* reforçou significativamente seu papel político no Brasil e ampliou em muito suas oportunidades de intervenção política em prol dos direitos sociais.

Conforme relembra Rogério Bastos Arantes, essa evolução do Ministério Público somente foi possível graças ao voluntarismo político de seus membros, que lutaram por melhores condições para a instituição e por sua transformação em agente político responsável pela defesa da cidadania:

O voluntarismo político dos integrantes do Ministério Público está baseado numa avaliação crítica e pessimista da sociedade civil (tanto de suas carências quanto de sua incapacidade de mobilização) e também dos poderes de Estado (que se encontram divorciados da sociedade e incapazes de garantir os direitos fundamentais). Desse binômio negativo emerge o terceiro elemento da matriz ideológica do voluntarismo político: cabe ao Ministério Público tutelar os direitos dessa sociedade civil fraca, dirigindo suas ações prioritariamente contra o Estado inoperante e as instituições políticas muitas vezes corrompidas por interesses particulares.⁴⁸

As prerrogativas constitucionais de que gozam os membros do *Parquet* no exercício de suas funções, têm-lhes permitido atuar com autonomia e sem embaraço, mormente nos conflitos de dimensão social e política, possibilitando àqueles que reivindicam um papel político excepcional para a instituição, levarem às últimas consequências sua tarefa de defender os interesses gerais da sociedade.⁴⁹

Com base nos instrumentos disponíveis ao Ministério Público para o desempenho de suas funções, surgem dois modelos ou possibilidades distintas de trabalho, denominados de modelo demandista e modelo resolutivo.⁵⁰

47 BRASIL. Constituição (1988). Arts. 127, §§ 1º e 2º. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

48 ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. 2002. p. 119.

49 ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. 2002. p. 80-81.

50 OLIVEIRA, Luciano Moreira. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. 2013. p. 223-237.

No primeiro, por meio de uma atuação repressiva, a instituição se vale dos instrumentos processuais disponíveis para submeter as demandas ao Poder Judiciário, o que acaba acarretando no aumento do grau de judicialização de conflitos.

Nessa hipótese, a ideia é que o *Parquet* “deve levar ao Judiciário os conflitos de dimensão social mais relevantes, e este funcione como ‘instância de substituição’ dos poderes políticos que são incapazes de atender aos apelos da sociedade, por omissão ou mesmo por má fé”.⁵¹

De outra banda, no modelo de atuação resolutista, priorizam-se as ferramentas extrajudiciais de trabalho, buscando solucionar a lide pelo diálogo. São realizadas reuniões no curso do inquérito civil, audiências públicas, expedição de recomendações e celebração de compromisso de ajuste de conduta.⁵²

Acerca desse modo de atuação, válido colacionar a seguinte lição:

Atua o Ministério Público de forma proativa e preventiva, buscando evitar a ocorrência de dano aos interesses sociais ou, quando impossível, sua reparação in natura. Nesse caso, o membro do Ministério Público reafirma-se como agente político, conciliador e protetor dos interesses sociais.⁵³

Destarte, verifica-se que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a gozar de amplos e valiosos instrumentos para promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais, o que contribui para implementação das políticas públicas, sempre que essas não atingirem seus objetivos, além de se tornar autêntico defensor do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao conceder novo enquadramento institucional ao Ministério Público, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o legitimou para proteger os interesses sociais e individuais, o contradi-

51 ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. 2002. p. 132.

52 OLIVEIRA, Luciano Moreira. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. 2013. p. 223-237.

53 OLIVEIRA, Luciano Moreira. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. 2013. p. 223-237.

tório penal, as liberdades públicas constitucionais, a ordem jurídica e o regime democrático, além de reconhecer na instituição um dos principais mecanismos de busca da concretização da cidadania e de defesa dos interesses da sociedade.

Esse novo *status* constitucional do Ministério Público, sem dúvida, consolida-o como instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.

É possível inferir que a afirmação constante do corpo da atual Carta Política de que o Ministério Público é essencial à atividade jurisdicional do Estado, evidentemente cria espaço para uma maior participação da instituição na incumbência da prestação jurisdicional, e que sua responsabilidade como guardião da ordem jurídica pode ser considerada perante os três Poderes do Estado, e não somente perante o judiciário.

Outrossim, analisando sua evolução histórica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é possível depreender que sua história é verdadeiramente de sucesso, pois, em pouco mais de vinte anos, além de outras significantes conquistas, a instituição passou do mero anexo do Poder Executivo para a condição de órgão independente, responsável, entre outras atribuições, pela defesa dos direitos fundamentais sociais.

Nesse processo evolutivo, acentua-se o ativismo judicial de seus membros que sempre buscaram melhores condições para a instituição e lutaram para se tornar os defensores da sociedade.

Diante desse contexto, exsurge a necessidade de intervenção do *Parquet* em relevantes assuntos democráticos, com vistas a diminuir as desigualdades sociais e atender ao arquétipo descrito pela Constituição Federal de 1988.

Revela-se extremamente valiosa e contributiva a intervenção realizada pelo Ministério Público, portanto, no âmbito do fomento e da fiscalização de políticas públicas, quando necessário, haja vista as preciosas ferramentas que a legislação infraconstitucional lhe concede para o exercício de suas funções institucionais, tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, para buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Art. 127. **Constituição a República Federativa do Brasil**: Texto promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRÜNING. Raulino Jacó. **O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público**. Blumenau: Furb, 1989.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Bruno Andrade. **O controle judicial nas políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Separação de Poderes, Políticas Públicas e Poder Judiciário. **Revista dialética de direito processual – RDDP**. São Paulo: *Dialética*, n. 63, dez. 2013, p. 83-95.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: LED, 1998.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Manual do promotor de justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1993

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e. *Do espírito das Leis*. Série “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1973.

MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do Ministério Público no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Luciano Moreira. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa – RIL**. Brasília: Senado, ano 50, n. 198, abr./jun. 2013, p. 223-237.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público**: dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: RT, 1976.

NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES E REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rodrigo Andrade Viviani

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Apontamentos sobre a dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. 2 Neoconstitucionalismo: Surgimento e características. 3 Reflexos e implicações do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo traçar algumas considerações acerca do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, que, revendo alguns dogmas inerentes ao positivismo jurídico, busca uma nova forma de enxergar a Constituição, conferindo uma carga axiológica mais acentuada às normas jurídicas, sobretudo por buscar maior aproximação entre a Lei e a moral.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Jurídico. Neoconstitucionalismo. Norma jurídica. Constituição. Princípios.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 121 - 144	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

ABSTRACT

This article intend to draw some considerations about the neo-constitucionalism in brazilian legal system, who by reviewing some tenets inherent in legal positivism, seekin a new way of seeing the Constitution, giving a load axiological stronger rules legal, especially for seeking higher rapprochement between law an morality.

KEYWORDS: Legal postivism. Neoconstitucionalism. Rule of law. Constitution. Principles.

INTRODUÇÃO

Após a metade do século XX, com o término da 2ª Guerra Mundial, passou-se a estudar o Direito Constitucional, especialmente na Europa Ocidental (cujos reflexos alcançaram a América Latina) - marcada por Estados totalitários (podendo-se citar o regime nazista) -, sob uma perspectiva mais abrangente, contestando-se algumas vertentes do positivismo jurídico, o qual, em contraposição ao jusnaturalismo, predominara, até então, na maioria dos sistemas jurídicos.

A Constituição Federal de 1988, na senda de diversas Constituições Europeias editadas no período pós-guerra mundial, estabeleceu, em seu texto, diversos direitos fundamentais, com especial relevo aos direitos sociais, que são aqueles que demandam uma prestação positiva do Estado (também chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão), entre os quais se podem destacar os direitos à saúde, ao assistencialismo social, à educação, à cultura e proteção à família, à criança e ao adolescente.

Por outro lado, nas últimas décadas, deflagraram-se teorias e novas concepções questionando alguns dogmas do positivismo jurídico, o qual apregoaria que o Direito estaria circunscrito aos mecanismos rígidos da legalidade, sem atrelar-se a questões de ordem moral, ética ou religiosa.

Em razão do dinamismo e complexidade das relações sociais que vêm permeando as últimas décadas, passou-se a entender que o

Direito não deveria ficar circunscrito, hermeticamente, à Lei, mercê de seu vínculo a fatores de ordem social, moral e ética.

Essa tendência, a propósito, está alinhada com numa nova forma de enxergar a Constituição, em que se colima aproximar a moral e o Direito, mediante o expansionismo da atividade jurisdicional, com certa redução ao papel desempenhado pelo Poder Legislativo, dando-se destaque precípua aos direitos fundamentais, à introdução e à aplicação de princípios, inclusive com a utilização da técnica da ponderação para a solução de casos mais complexos.

Diante desse contexto, o presente trabalho objetiva traçar algumas considerações sobre essa nova concepção do Direito Constitucional, denominada neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), que procura superar algumas deficiências do positivismo jurídico, com enfoque nos respectivos reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

No decorrer do trabalho, serão destacadas as principais características do denominado neoconstitucionalismo, com as suas consequências na interpretação do Direito pelo Poder Judiciário, mediante a abordagem de seus aspectos positivos e negativos, levando em consideração algumas críticas de que tal concepção poderia estar enfraquecendo o Estado e o próprio postulado da separação dos poderes.

No Brasil, o tema se revela de significativo interesse, mercê do papel pró-ativo desempenhado pelo Poder Judiciário brasileiro em situações de alta envergadura social e política.

Por conseguinte, o presente trabalho tem por desiderato trazer um panorama sobre os desdobramentos da tendência neoconstitucionalista no Brasil, compilando opiniões doutrinárias críticas sobre o alcance dessa nova forma de enxergar e interpretar o Direito.

1 APONTAMENTOS SOBRE A DICOTOMIA ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO

Para que se possa compreender o termo neoconstitucionalismo e o seu alcance na consolidação (ou não) e interpretação do Direito, entende-se oportuno traçar algumas considerações, ainda que perfunctórias, sobre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, cujos maiores expoentes foram Hans Kelsen, Hebert Hart e Alf Ross, ter-se-ia desenvolvido, conforme observa Walber de Moura Agra, com a formação do Estado Nacional Moderno, marcado por possuir as suas próprias normas jurídicas e primando pelo afastamento do caráter vinculante de outros ordenamentos, a exemplo das normas religiosas, morais e corporativas. O escopo do positivismo jurídico estaria centrado no Direito posto, ou seja, em textos escritos provenientes da autoridade estatal.¹

O Direito, segundo o positivismo jurídico, estaria desprovido de conotação valorativa ou ressonância emotiva, ou, no dizer de Noberto Bobbio, o Direito seria “avalorativo”.²

Assim, para o positivismo jurídico, diferentemente do jusnaturalismo, o Direito, por se tratar de uma ciência, deveria ser definido como um fato, e não como valor. Vale dizer que, para o juspositivismo, o que interessaria seria o Direito *real*, sem perquirir-se se este corresponderia (ou não) a um Direito “ideal”. Para o jusnaturalismo, ao reverso, dever-se-ia estudar o Direito “real” a partir de uma valoração inerente ao Direito *ideal*.³

Esclarecendo esses contrapontos entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, Bobbio procede à distinção entre *validade* e *valor* do Direito. A norma jurídica *válida* é aquela existente no ordenamento jurídico “real”. Já o valor da norma jurídica, acrescenta Bobbio, seria pertinente com a qualidade de tal norma, segundo a sua conformidade com o Direito “ideal”.⁴

Para a concepção jusnaturalista, a norma, para ser válida, deve ser valorosa, ou seja, justa. *Ipsso facto*, nem toda norma prevista no ordenamento jurídico seria válida, porque, para o jusnaturalismo, dever-se-ia analisar o seu valor, isto é, o seu caráter justo (ou injusto).⁵

O positivismo jurídico, assim, parte da premissa de que o Direito estaria lastreado tão somente na norma jurídica, cuja validade e

1 AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Duarte (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 431.

2 BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

3 BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**, p. 136.

4 BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**, p. 137.

5 BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**, p. 137.

interpretação não dependeria de questões morais, éticas ou políticas. Já o jusnaturalismo esclarece Walber Agra, “postula a existência de um Direito extra-estatal, de caráter eterno, imutável e válido, sem a necessidade de contextualizações históricas ou temporais”.⁶

Entre o final do século XIX e metade século XX, pode-se dizer que o positivismo jurídico imperou na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

A propósito, no século XX, o positivismo normativista, na observação de Atienza, fora a concepção de Direito mais explorada entre os juristas europeus, que pode ser dividido em duas vertentes básicas: a primeira delas, e mais radical, é inspirada em Hans Kelsen; a outra corrente, por sua vez, mais moderada e sofisticada, teria inspiração em Hart. A concepção de Hart, na visão de Atienza, aproximar-se-ia mais da teoria da argumentação⁷.

Entre as características do positivismo de Kelsen, que seriam antagônicas à teoria da argumentação, podem-se enumerar, com base em Atienza, as seguintes: 1) o Direito seria visto como um conjunto de normas que se contrapõe aos enfoques sociológico e valorativo. A sua linha teórica basear-se-ia na separação demarcada entre a ciência do Direito (normativa e estrutural) e a sociologia do Direito; 2) teoria da validade das normas jurídicas; 3) o Direito seria um objeto para ser conhecido, e não propriamente uma atividade em que se participa; 4) negação da possibilidade da razão prática, até porque a concepção de Justiça seria um ideal irracional; 5) não haveria relação lógica entre as normas; e 6) relativização da distinção tradicional entre a criação e interpretação do Direito, uma vez que, para Kelsen, os órgãos aplicadores, sejam eles Juízes ou não, também criam o Direito. Mas, na análise de Atienza, “nessa produção de Direito, as regras do método jurídico - o raciocínio jurídico - não desempenham praticamente qualquer papel”.⁸

Hart, por sua vez, embora também positivista, mostra-se mais flexível. Assim como Kelsen, Hart defende a tese da separação entre o Direito e a moral, porém, como esclarece Atienza, “não pensa que as normas de um sistema jurídico possam ter qualquer conteúdo. Ele já

6 AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e superação do positivismo*, p. 432.

7 ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 36-40.

8 ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*, p. 38-39.

não é um emotivista ético, mas sustenta um objectivo mínimo que o aproxima do Direito natural”.⁹

No que toca à interpretação, Hart também teria uma linha mais moderada, se comparado a Kelsen. Para Hart, haveria casos fáceis, situados na zona da clareza, em que o intérprete (Juiz) não exercitaria qualquer discricionariedade, limitando-se a buscar um significado já existente. Por outro lado, haveria casos difíceis, situados na zona da penumbra, em que seria permitido ao Magistrado exercer a sua discricionariedade no julgamento, sem, contudo, atuar com arbitrariedade.¹⁰

O positivismo marcou diversas Constituições liberais do século XIX. As Constituições, para o positivismo, são formais e escritas, caracterizadas pela sua rigidez, mais herméticas que abertas para a realidade.¹¹

Paulo Bonavides comenta que, na visão dos positivistas, aplicar o Direito se trata de função completamente distinta de criar o Direito. O positivista teria uma postura conservadora no que se refere à interpretação do Direito, pois, como esclarece o citado constitucionalista, “Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador”.¹²

Após a 2ª Guerra Mundial, a tese do positivismo jurídico passou a entrar em declínio, o que levou muitos juristas a retomarem as discussões atinentes ao jusnaturalismo, conforme se infere da seguinte passagem de Écio Otto:

Depois da II Guerra Mundial, a doutrina do direito natural esteve em efervescência, novamente. Afirma-se, categoricamente, que houve um evidente retorno ao direito natural. Este direito natural renovado, vinculado à fase contemporânea, está “revestido” de um conceito que afasta a admissão em sua formulação das pretensões de imutabilidade e validade eterna e universal dos princípios vinculados ao antigo direito natural.¹³

Assim, em decorrência das consequências negativas desenca-

9 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 324.

10 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*, p. 326.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 175.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 175-176.

13 OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2012. p. 46.

deadas pelo nazismo e outros regimes totalitários no período da 2ª Guerra Mundial (com a imputação de que o positivismo jurídico teria servido de alicerce para o totalitarismo político), desenvolveram-se estudos para a retomada do Direito natural, em que diversos autores, conforme coloca Atienza, propunham que o Direito deveria constituir algo superior à vontade política, ou seja, que houvesse um Direito supra-legal, com a conseqüente imposição de limites ao legislador e aos governantes.¹⁴

O jurista norte-americano Lon L. Fuller, nesse desiderato, defende a existência de um Direito natural procedimental, que não é marcado por um Direito “superior”, mas sim por se revestir de um caráter procedimental ou institucional. Para a compreensão do Direito, na linha de Fuller, não se deveria focar na norma (como apregoam os positivistas Kelsen e Hart), mas sim no procedimento¹⁵.

Para Fuller, comenta Atienza, para que haja um ordenamento jurídico (e não um regime arbitrário), dever-se-ia observar determinados requisitos de caráter procedimental, a saber: as regras devem revestir-se de caráter geral e não serem retroativas; ausência de contradição entre as regras (devendo ser claras e compreensíveis); não se exigir o impossível; manterem certa estabilidade ao longo do tempo; e serem aplicadas de forma coerente com a sua formulação. Com a inobservância dessas características, não se poderia falar num Direito nem na obrigação de obedecê-lo, como ocorreu na Alemanha Nazista¹⁶.

Além disso, as Constituições liberais positivistas não conseguiram acompanhar as transformações sociais do século XX, ou seja, os seus textos escritos não se adaptaram, em sua plenitude, aos novos fatos e à realidade.¹⁷

De qualquer forma, numa visão resumida, poder-se-ia concluir que o jusnaturalismo primaria pela aproximação entre o Direito e a moral, enquanto o positivismo jurídico defenderia a tese do afastamento de tais categorias. Mas, segundo Atienza, seria conveniente abandonar tais rótulos em benefício da utilidade, até porque, independentemente

14 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*, p. 327-328.

15 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*, p. 328.

16 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*, p. 328.

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 175-176.

da terminologia, seria inviável, atualmente, separar o Direito da moral para compreender o funcionamento dos nossos sistemas jurídicos e a forma de operar neles.¹⁸

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS

Nas décadas subsequentes ao término da 2ª Guerra Mundial, a Europa continental passou por um processo de redemocratização, em que foram traçados novos desdobramentos da teoria constitucional, que se caracterizaram, principalmente, pelo reconhecimento da força normativa das Constituições¹⁹.

As novas facetas da teoria constitucional também foram acompanhadas pela doutrina brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, elaborada no período de transição entre o regime ditatorial então vigente (que perdurou de 1964 a 1985) e a fase de redemocratização do País.

A Constituição Federal de 1988 incorporou em seu texto diversos direitos sociais, na senda das Constituições europeias editadas no período pós-guerra, quicá motivada pelo processo de redemocratização que atingiu diversos países europeus, em que se rompeu com regimes totalitários e ditatoriais (com o surgimento de novas Constituições), a exemplo do nazismo na Alemanha, fascismo na Itália, salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha²⁰.

A partir da metade do século XX, no período pós-guerra, especialmente na Europa, sobrevieram novas teorias constitucionalistas, tendentes a reformular determinados paradigmas inerentes ao positivismo jurídico, surgindo, no dizer de Prieto Sanchís, não apenas uma forma política inédita no continente europeu, mas uma nova cultura jurídica, que se denominou neoconstitucionalismo²¹.

18 ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*, p. 132.

19 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267-268.

20 A propósito, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

21 SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 213.

A corrente denominada neoconstitucionalista teria por objetivo questionar a premissa de que a moral e o Direito deveriam ser tratados de forma separada. Vale dizer que as questões morais, amiúde, teriam repercussão no Direito e, por isso, não poderiam ser dele afastadas.

Na visão de Zagrebelski, exteriorizada em seu livro “O Direito Dúctil”, a complexidade das relações contemporâneas já não revelaria compatibilidade com o rigoroso postulado da legalidade, influenciado pela Revolução Francesa, e que predominou o pensamento jurídico no século XIX, no sentido de que o legislador seria o “senhor do Direito”. Por isso, o autor assevera que o positivismo seria um “resíduo que se explica pela força da tradição” e que o “Estado Constitucional está em contradição com essa inércia mental”.²²

A Lei, para Zagrebelsky, já não se trataria de um ato impessoal, geral e abstrato, notadamente porque constituiria “manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social”, muitas vezes revelando-se ato personalizado para atender grupo determinado de pessoas. A Lei, destarte, já não mais seria um instrumento de estabilidade.²³

O positivismo jurídico, assim, segundo o pensamento de Zagrebelsky, estaria em crise.

Segundo o pensamento de Zagrebelsky, a Lei, em seu sentido restrito, não esgotaria todas as situações para alcançar a Justiça, o que levou o autor a enaltecer o papel dos princípios na ordem constitucional, consoante se depreende do seguinte excerto:

La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla - como razona el positivismo jurídico -, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de <tomas de posición> jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El <ser> iluminado por el principio aún no contiene en sí el <deber ser>, la regla, pero sí indica al menos la dirección

22 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 33.

23 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 38.

en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.²⁴

O constitucionalista italiano Nicola Matteucci, em 1963, já dizia que o constitucionalismo e o positivismo jurídico se apresentavam como dois pontos de vista distintos, porque, conforme relembra Maurizio Fioravanti, “*el positivismo jurídico es la filosofía jurídica de la sociedad democrática y pluralista solo en apariencia; por el contrario, es en realidad el antecedente del estatismo, de la reducción de los derechos a meros reflejos de la norma estatal*”.²⁵

A concepção neoconstitucionalista (ou pós-positivista), conquanto tivesse por objetivo trazer discussões morais no campo do Direito, não se confundiria com a corrente jusnaturalista, uma vez que não procuraria recorrer a categorias metafísicas²⁶.

Por isso, para Barroso, o pós-positivismo seria uma terceira via distinta, que não se confundiria com o jusnaturalismo, tampouco com o positivismo jurídico.

Por meio do neoconstitucionalismo, buscar-se-ia uma nova forma de enxergar a Constituição e a Lei, conferindo uma dimensão mais ampla na interpretação do texto normativo, sobretudo porque estariam envolvidas questões de natureza moral e política.

Prieto Sanchís, ao discorrer sobre o constitucionalismo dos direitos, como manifestação do neoconstitucionalismo, assevera que tal tendência estaria atrelada aos conceitos de Constituição material e Constituição garantista. A Constituição material, no entendimento do autor espanhol, representaria um denso conteúdo substantivo formado por várias espécies de normas, como, *v.g.*, os valores, os princípios, os direitos ou as diretrizes. A Constituição garantista, por sua vez, significa que a proteção e efetividade de norma primária dependeria do pronunciamento dos Juízes, mediante a aplicação das normas secundárias, de organização e procedimentais.²⁷

24 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 118.

25 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Traduzido para o espanhol por Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 91.

26 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

27 SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**. p. 213-214.

A doutrina neoconstitucionalista, de natureza político-constitucional, preocupar-se-ia mais em como o Direito deve ser, e não propriamente como ele, o Direito, é.²⁸

Entre as características do neoconstitucionalismo, Susanna Pozzolo enumera as seguintes: I) concepção específica de Constituição cognominada de “modelo prescritivo de Constituição como norma”; II) O Direito é composto não apenas por regras, mas também por princípios; III) utilização da técnica da ponderação ou balanceamento; e IV) “a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito”.²⁹

No dizer de Susanna Pozzolo, a moral, para o neoconstitucionalismo, constituiria um dos critérios de validade do Direito, razão pela qual o juízo externo sobre a Justiça do Direito se converteria em um juízo interno sobre a sua validade. E, por isso, segundo a autora, a Justiça passaria a fazer parte dos critérios de validade do sistema jurídico e dos critérios de regras de reconhecimento³⁰.

O neoconstitucionalismo estaria baseado em estudos de autores como Robert Alexy (na sua teoria da argumentação jurídica e da ponderação de princípios) e Ronald Dworkin, jusfilósofo norte-americano. São estudos contemporâneos que, de alguma forma, visam a reformular algumas concepções positivistas clássicas, como as de Hans Kelsen e Hebert Hart.

A tese de Ronald Dworkin, relembra Marcelo Neves, teve por fundamento inicial insurgir-se face ao positivismo analítico de Hart, o qual criticava que as situações não reguladas pelas regras ficariam no âmbito da discricionariedade dos Juízes, no que se denominou “textura aberta do direito”. Para Dworkin, prossegue Neves, o sistema jurídico seria integrado, também, por princípios, os quais poderiam servir de fundamento para os Juízes naquelas situações em que as regras não fossem suficientes para solucionar o caso concreto.³¹

28 OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 66.

29 OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 66.

30 POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (org.). **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010. p. 302-303.

31 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 51-52.

Ronald Dworkin, assim, estaria entre os autores que serviriam de inspiração para o desenvolvimento da concepção neoconstitucionalista (ou pós-positivista), procurando destacar aspectos morais do Direito, fundamentando o seu convencimento, segundo Atienza, em três vertentes: A primeira delas seria a tese dos princípios, em que o ordenamento jurídico não deveria ficar circunscrito a regras. A segunda tese, que parte da distinção entre *policies* e princípios, é de que os Juízes não deveriam criar direitos, mas apenas confirmar ou recusar os direitos estabelecidos pelos princípios. Por isso, para Dworkin, diferentemente do que sustentavam os positivistas, os Juízes, nos casos difíceis, não julgariam com discricionariedade, mas, sim, em conformidade com os princípios. A terceira tese diz respeito à interpretação, em que Dworkin consideraria que, em cada caso concreto, sempre haveria uma resposta correta, pois sempre haveria uma teoria sustentadora de caráter moral e política³².

Dissertando sobre as semelhanças e diferenças entre o neoconstitucionalismo, jusnaturalismo e positivismo jurídico, Susanna Pozzollo preleciona que:

Tanto para o neoconstitucionalista, como para o jusnaturalista, ao contrário, o direito vale se é justo, ou seja, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo sobre a retidão para o jusnaturalismo é dado com base em uma norma que vale independentemente do direito e do ordenamento jurídico e guia a ação, independentemente dos conteúdos contingentes às normas jurídicas. Para o neoconstitucionalismo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente. É nesse ponto que surgem as dificuldades e incompatibilidades com a visão positivista, já que o neoconstitucionalismo parece pressupor um significado valorativo objetivo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa.³³

A concepção neoconstitucionalista ou pós-positivista, de qualquer forma, não guarda uniformidade na doutrina, pois se trata, em verdade, de uma série de transformações na seara constitucional (com reflexos na interpretação constitucional), que objetivam trazer reformulações ao positivismo jurídico.

32 ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. p. 339-341.

33 OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. p. 71.

Miguel Carbonell explica que, em decorrência do neoconstitucionalismo, os Tribunais, a partir de estudos nos textos constitucionais que emergiram após a 2ª Guerra Mundial, passaram a adotar novas técnicas de interpretação constitucional, como a da ponderação de princípios, proporcionalidade, razoabilidade, maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, proteção horizontal dos direitos³⁴.

Essa diretriz também é a compartilhada por Susanna Pozzolo, para quem a jurisdição passaria a desempenhar um papel mais criativo, no sentido de concretizar os direitos enunciados nos textos constitucionais. A autora conclui que, nos sistemas jurídicos positivos, sem a intermediação da jurisprudência, o Direito não estaria apto a produzir efeitos, sobretudo porque, em virtude da incerteza e inadequação legislativa, as normas comportariam diversas interpretações concretas.³⁵

Por meio do neoconstitucionalismo, haveria um fortalecimento das Constituições materiais, absorvidas por valores morais e éticos, que refletiria na superação da supremacia do Parlamento, com o consequente incremento na participação política e interpretativa por parte dos Juízes.³⁶

3 REFLEXOS E IMPLICAÇÕES DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como ressaltado no capítulo anterior, o neoconstitucionalismo se trata de uma concepção contemporânea do Direito Constitucional, que objetiva rever alguns paradigmas tradicionais enraizados no positivismo jurídico, imprimindo uma carga axiológica e interpretativa mais acentuada do texto constitucional, notadamente por apregoar a correlação entre o Direito e a moral.

As Constituições, por corolário, não se limitariam a prever regras constitucionais, uma vez que se deparariam com a incorporação de princípios e outros valores de ordem moral, ética e política.

No Poder Judiciário brasileiro, especialmente no Supremo Tribu-

34 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (org.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 225-226.

35 POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución, p. 316.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-62.

nal Federal, é possível observar certa valorização na aplicação de princípios, mediante a técnica da ponderação, dando-se ênfase aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

Isso se deve, quiçá, às transformações sociais por que passou o Brasil, decorrentes, sobretudo, do espírito estampado na Constituição Federal de 1988, que trouxe, em seu bojo, um arcabouço vigoroso de regras e princípios na seara social, com capítulos específicos dedicados à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente, à proteção da família, das crianças/adolescentes e do idoso, entre outros direitos de cunho social e difuso/coletivo.

Por conseguinte, estar-se-ia enaltecendo o papel do Poder Judiciário no Brasil, fato que pode ser verificado - no âmbito dos Tribunais pátrios - na expressiva quantidade de demandas judiciais contra o Estado na área da saúde (mais precisamente no que toca às ações visando ao fornecimento de medicamentos) e na intervenção jurisdicional em políticas públicas voltadas à proteção da criança e do adolescente, à segurança pública, ao meio ambiente, à educação, entre outros setores sociais.

Esse intervencionismo do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, que ocorre quando estas, de natureza constitucional, são desrespeitadas pela Administração Pública (comumente por omissão), revela o incremento da atividade política no âmbito de tal órgão. Estar-se-ia, dessa feita, diante da “politização do Poder Judiciário”.³⁷

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, estaria protagonizando decisões de alta envergadura política, social e econômica no País, podendo-se citar a decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em que se suspendeu a vigência de diversos dispositivos da Lei Federal n. 12.734/2012, que possibilitavam a divisão de receita oriunda de *royalties* para Estados brasileiros não produtores de petróleo³⁸.

Outras decisões de alta indagação política, social, econômica e moral também podem ser citadas no âmbito do Supremo Tribunal

37 Nesse particular, cf: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 239.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, cuja decisão cautelar foi proferida em 18/3/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 6 dez. 2014.

Federal, como a questão envolvendo o aborto de anencéfalos³⁹ e o reconhecimento da união estável homossexual como entidade familiar.⁴⁰

Isso levou ao debate, por parte da doutrina nacional, quanto aos contornos do ativismo judicial na jurisprudência brasileira.

Luís Roberto Barroso, que se debruçou sobre o ativismo judicial no Brasil, assevera que tal categoria consiste em “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.⁴¹

Para Barroso, o ativismo judicial não se confundiria com a judicialização, que seria a atuação tradicional exercida pelo Poder Judiciário no exercício de suas atribuições constitucionais e legais. O ativismo judicial teria relação com uma atividade mais ampla e expansionista do Poder Judiciário.⁴²

Esse papel ativista desempenhado pelo Poder Judiciário, segundo Barroso, se verificaria em algumas situações precípua, dentre as quais se destacam: a) aplicação direta da Constituição, sem que haja norma expressa em seu texto; b) declaração de inconstitucionalidade de normas emanadas pelo Poder Legislativo, com a utilização de critérios menos rígidos, se comparado com aqueles de evidente violação da Constituição; e c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴³

De qualquer forma, tem-se verificado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, uma tendência em aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgamento em 12/4/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2015.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgamento em 5/5/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2015.

41 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p. 25. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 8 dez. 2014.

42 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p. 25. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 8 dez. 2014.

43 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 26. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 8 dez. 2014.

para as mais variadas situações, muitas vezes sem critérios bem claros e definidos, o que ensejou algumas críticas por parte da doutrina, sob o fundamento de que as decisões judiciais estariam promovendo excessivo juízo de valor, deflagrando instabilidade no ordenamento jurídico e comprometendo o princípio da separação dos poderes.

Tal fenômeno foi denominado por Lenio Streck de *pan-principiologismo*, proveniente da criação indiscriminada de princípios, sem critérios específicos, os quais seriam utilizados para solver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem.⁴⁴

O tema é delicado, porque o ordenamento jurídico brasileiro, na interpretação do Direito, tem se valido de quantidade expressiva de princípios, muitos dos quais não expressos no texto constitucional ou legal, o que, segundo Streck, contribuiria para o enfraquecimento do grau de autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição. O autor, a propósito, cita os seguintes princípios aplicados no âmbito dos Tribunais, que mereceriam uma adequada reflexão, a saber: princípio da simetria, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio do fato consumado, princípio da instrumentalidade processual, princípio da confiança no juiz da causa, princípio do deduzido e dedutível.⁴⁵

Além disso, conforme Streck, os Tribunais brasileiros, embora adotando a teoria da argumentação de Robert Alexy, não estariam utilizando com rigor os critérios sugeridos pelo autor alemão, transformando, com certa frequência, uma regra da ponderação em princípio. Os Tribunais brasileiros, prossegue Streck, partindo do pressuposto de que a ponderação de Alexy conduziria à formação de uma regra, utilizariam tal premissa para justificar os posicionamentos mais diversos.⁴⁶

Por isso, André Karam Trindade enfatiza que no Brasil estaria havendo um *ativismo judicial às avessas*, que conferiria aos Juízes margem de discricionariedade, no sentido de que a decisão fosse proferida ao livre talante dos Julgadores, mormente quando são invocados, no caso concreto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁴⁷

44 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 300.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. p. 301/302.

46 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. p. 287.

47 TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um

Diante desse panorama, verifica-se que as novas técnicas de interpretação constitucional, alinhadas à concepção neoconstitucionalista, a despeito de servirem para o fortalecimento dos direitos fundamentais - especialmente os sociais, de segunda dimensão (o que é positivo num País como o Brasil, marcado por desigualdades sociais e omissão estatal nos direitos mais comezinhos aos cidadãos), podem comprometer o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes e, por conseqüência, a própria segurança jurídica e o Estado democrático de Direito.

Luigi Ferrajoli, autor da teoria do constitucionalismo garantista ou normativo (que se contrapõe à concepção do neoconstitucionalismo), entende que a tese da conexão entre Direito e moral poderia conduzir a ambigüidades no que diz respeito aos conceitos de Justiça e validade da norma. Isso porque a existência de normas constitucionais válidas, mas consideradas imorais, poderiam deixar de serem aplicadas no caso concreto, sob o fundamento de que seriam injustas. Isso, segundo Ferrajoli, contrariaria a sua tese do constitucionalismo garantista/normativo, pois não caberia aos Juízes a reparação de lacunas e antinomias, mas, sim, ao Poder Legislativo. Os Juízes, assim, deveriam interpretar a legislação em consonância com a Constituição, sem prejuízo de ampliarem ou restringirem o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais⁴⁸.

No que toca ao papel da ponderação para solucionar a colisão de princípios (em oposição à subsunção, destinada às regras), Ferrajoli exterioriza o seu inconformismo quanto à crescente utilização dessa técnica na atuação legislativa e na interpretação de normas constitucionais pelo Poder Judiciário. Quando se fala na dimensão do peso, para a escolha de qual princípio aplicável no caso concreto, dar-se-ia certa margem de discricionariedade ao Poder Judiciário, colocando em risco, assim, o postulado de submissão do Juiz à Lei.

Reconhecendo o enfraquecimento do modelo principialista/argumentativo (atrelado ao neoconstitucionalismo), Ferrajoli traz à tona as seguintes características e contraposições de seu constitucionalismo garantista (normativo) diante da outra concepção:

debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012. p. 118.

48 FERRAJOLI, Luigi. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31-34.

[...] bem mais do que no modelo principialista e argumentativo – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidez por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária.⁴⁹

A discricionariedade judicial, por outro lado, muitas vezes seria proveniente da própria imprecisão ou contradição da norma, cuja responsabilidade, em princípio, seria de natureza política (Poder Legislativo e Poder Executivo) e, também, da própria cultura jurídica. Esse fenômeno, complementa Ferrajoli, constituiria um vício normativo, por vulnerar o princípio da separação dos poderes e da submissão dos Juízes à Lei, motivo pelo qual seria necessário retomar a discussão iluminista de uma ciência da legislação, priorizando uma linguagem clara e precisa⁵⁰.

O professor Eros Grau, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, também tem demonstrado preocupação com a atuação do Poder Judiciário brasileiro, porque tal órgão estaria dando relevo excessivo aos princípios (especialmente os da proporcionalidade e da razoabilidade) e a alguns valores de ordem moral, com risco de comprometer, em algumas situações, a segurança jurídica e a própria democracia, alicerçada na separação de poderes⁵¹.

De acordo com o pensamento de Eros Grau, os Juízes, na interpretação do Direito, deveriam se ater ao texto legal, e não trazer valores pessoais para formar a sua decisão.⁵²

49 FERRAJOLI, Luigi. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 53.

50 FERRAJOLI, Luigi. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. p. 55.

51 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 16-24.

52 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**, p. 16-24. Nas palavras de Eros Grau, “ Os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!* Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não *justiça*. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história” (GRAU,

Marcelo Neves, em estudo aprofundado sobre o tema, esclarece que, após o final do século XX, impregnou-se, na doutrina brasileira, um fascínio pelos princípios e pela utilização da técnica da ponderação para solucionar o conflito entre eles, o que teria ensejado, com algumas exceções, a banalização de questões complexas envolvendo princípios e regras.⁵³

Marcelo Neves acrescenta que esse fascínio por princípios, no Brasil, tem estimulado a invocação deles como forma de sobreposição às regras constitucionais, muitas vezes em nome de uma Justiça fundada em valorações pessoais. Os princípios, ademais, comportariam as mais variadas leituras possíveis, o que poderia implicar comprometimento da força normativa da Constituição.⁵⁴

Nesse prisma, Marcelo Neves aponta que:

[...] a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma de compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição.⁵⁵

Marcelo Neves também se preocupa quanto à diversidade de compreensões da dignidade da pessoa humana, já que no Brasil a invocação retórica desse princípio, em nome da “Justiça”, poderia surtir o efeito contrário, isto é, atender a interesses particulares nem sempre compatíveis com a ordem jurídica.⁵⁶

De acordo com Neves, não seria coerente que o Juiz tomasse uma postura calcada na retórica principiológica (que o autor denomina *Juiz Hidra*), tampouco que ele tivesse uma postura conservadora lastreada, de forma rígida, em regras (que seria o *Juiz Hércules*). Para o autor, o Juiz

Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*, p. 19).

53 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 171.

54 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 191/192.

55 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 196.

56 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 194.

deveria se situar numa posição intermediária entre as duas posturas, que ele prefere denominar *Juiz lolau*.⁵⁷

O Juiz *lolau*, prossegue Neves, não deixa de recorrer à técnica da ponderação, mas sabe que essa deve ser utilizada com parcimônia, ou seja, com prudência. Vale dizer que a ponderação deve ser aplicada, mas com limites, e não indiscriminadamente, sem critérios claros e precisos. A figura do Juiz *lolau*, por outro lado, não deveria se apegar, de forma excessiva, ao formalismo das regras.⁵⁸

Portanto, o Juiz, na visão de Neves, deve buscar um equilíbrio entre os princípios e regras constitucionais. O Juiz *lolau*, esclarece o citado autor, “não desconhece que esse equilíbrio é sempre instável e contingente, pois implica continuamente abertura para outras possibilidades em casos futuros. Mas procura fixar critérios definitórios para reduzir o ‘valor-surpresa’ de futuras decisões”.⁵⁹

Desse modo, percebe-se que o neoconstitucionalismo, conquanto ainda não se revista de contornos bem definidos pela doutrina, tem desencadeado reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na forma de enxergar a Constituição Federal (priorizando o conceito de Constituição material), dando ensejo a técnicas mais dinâmicas e abertas de interpretação das normas constitucionais, notadamente em decorrência da incorporação de valores de ordem moral e política nos textos constitucionais.

Essa tendência, conquanto, em princípio, revele-se positiva para a concretização de direitos fundamentais - tendo o Poder Judiciário como protagonista -, deve ser vista com cautela, até para que se evite indevida discricionariedade no âmbito das decisões jurisdicionais, com quebra da segurança jurídica e harmonia entre os Poderes.

Por outro lado, não se pode olvidar dos avanços produzidos pelo Poder Judiciário, nas duas últimas décadas, no Brasil, especialmente no que se refere à concretização de direitos sociais estabelecidos no texto constitucional, que comumente vinham sendo relegados pelos órgãos

57 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 222.

58 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 222.

59 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, p. 223.

políticos, muitas vezes em decorrência de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pôde ser observado neste trabalho, a expressão neoconstitucionalismo ainda não está bem sedimentada no plano teórico e prático, havendo autores que negam a sua existência.

De qualquer forma, independentemente da terminologia empregada, o fato é a que teoria constitucional está trilhando por veredas mais dinâmicas e flexíveis, denotando-se que o positivismo jurídico, em sua definição mais tradicional, tende a submeter-se a algumas reformulações.

A propósito, atualmente, não há como negar que as Constituições têm incorporado valores morais e políticos em seus textos, com o consequente estímulo à adoção de princípios nos respectivos ordenamentos jurídicos, desencadeando, assim, uma nova concepção de norma jurídica.

A norma jurídica, numa concepção mais formalista e hermética, não consegue mais acompanhar as transformações sociais, mormente em razão da complexidade das relações sociais contemporâneas, atreladas ao processo de globalização.

Nesse sentido é que se instalou uma nova cultura política e jurídica para enfrentar as relações sociais contemporâneas, que muitos autores preferiram denominar de neoconstitucionalismo, concepção esta que tem se fortalecido na Europa Continental (especialmente Itália e Espanha) e na América Latina.

Essa nova forma de enxergar a Constituição e o Direito, por outro lado, tem suscitado alguns questionamentos pela doutrina, sobretudo com o enaltecimento do papel do Poder Judiciário, que, na condição de intérprete da norma, estaria ampliando o seu espaço na vida política do Estado, colocando em risco - conforme se abordou no trabalho - o postulado da separação dos Poderes e a própria segurança jurídica.

Isso porque esse papel pró-ativo conferido ao Poder Judiciário, conquanto de vital relevância para a concretização de direitos fundamentais aos cidadãos, tem dado ensejo a subjetivismos e concepções pessoais de Justiça, o que poderia gerar certo distanciamento da ordem jurídica.

Por esse motivo é que alguns autores, como é o caso de Ferrajoli com o seu constitucionalismo garantista (normativo), procuram resgatar algumas concepções do positivismo jurídico, para que se evite insegurança jurídica e redução da atividade reservada ao Poder Legislativo, que é fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Duarte (coords.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 431-447.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 08 de dezembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, cuja decisão cautelar foi proferida em 18/03/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 6 de dezembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgamento em 12/04/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgamento em 5/5/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de junho de 2015.

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

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (org.). **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010. p. 224-242.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012. p. 13-56.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 221-241.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Traduzido para o espanhol por Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012. p. 95-131.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (org.). **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010. p. 292-323.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 213-235.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PERDA ALARGADA: UMA ANÁLISE DA SUA NATUREZA JURÍDICA A PARTIR DA DIRETIVA 2014/42 DA UNIÃO EUROPEIA

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução. 1 Aproximação conceitual. 1.1 A perda clássica no Brasil e em Portugal. 1.2 A perda alargada. 2 O surgimento e a adoção da perda alargada. 2.1 Regulamentação da perda alargada em Portugal e em outros países europeus. 2.2 Os crimes aos quais é aplicável a perda alargada em Portugal. 3 A função preventiva da perda alargada em face da criminalidade moderna. 4 A operacionalização da perda alargada em Portugal. 5 A perda alargada em face da principiologia processual penal. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Neste artigo, busca-se discutir a perda alargada, instituto regulado pela Diretiva 2014/42 da União Europeia, que permite a decretação do perdimento de bens daquele que for criminalmente condenado, comportando, para além da perda clássica, o confisco de bens que se

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 145 - 190	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

mostrarem desproporcionais aos rendimentos legítimos auferidos pelo imputado. Uma vez que o instituto suscita questionamentos quanto à sua conformidade à principiologia penal, avalia-se, pelo prisma da natureza jurídica da perda alargada – cuja aferição é essencial à análise do problema ora enfrentado –, se haveria compatibilidade entre tal instituto e o ordenamento jurídico brasileiro. Ao fim, conclui-se que a perda alargada respeita as garantias penais e processuais penais constitucionalmente asseguradas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Perda alargada. Perda clássica. Processo penal. Constituição Federal.

ABSTRACT

This article discusses the extended loss, institute addressed by the EU Directive 2014/42, which allows judicial order of forfeiture of property of convicted people and, in addition to the classic loss, the confiscation of property that shows disproportionate to the legitimate income earned by the accused. Once the institute raises questions as to its conformity to the criminal principles, it is evaluated from the perspective of the legal nature of the enlarged loss – which is essential for the analysis of the problem now faced – if there would be compatibility between the enlarged loss and Brazilian legal system. In the end, it is concluded that the extended loss respects the criminal and criminal procedural guarantees constitutionally guaranteed in Brazil.

KEY WORDS: Extended loss. Classical loss. Criminal process. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Entre a eficiência e o garantismo, o direito penal e o direito processual penal têm, em seu centro, um embate: o poder-dever do Estado de punir diante dos direitos individuais. Estes delimitam aquele, na

medida em que é o respeito às liberdades individuais que dá os limites em meio aos quais o direito penal – forma mais gravosa de imposição do poder estatal – pode atuar.

Paralelamente, há que se afirmar que, em face ao avanço e à modernização da criminalidade, os meios de combatê-la devem também evoluir. Nesse pensar, a União Europeia, por meio da Diretiva 2014/42, recomendou aos seus Estados-membros a adoção da perda alargada. O presente escrito ocupa-se desse tema.

Em apertada síntese, a perda alargada é mecanismo processual que permite que se decrete a perda de bens de sujeito condenado criminalmente, sem, no entanto, que tais bens estejam, necessariamente, vinculados à prática delitiva que ensejou a condenação – o que difere o instituto em comento da perda clássica.

Uma vez que tal instituto tem sua aplicação relacionada a crimes que, invariavelmente, assumem caráter transnacional, revela-se imprescindível, para a União Europeia, a adoção de regras mínimas no combate à tal criminalidade.

A perda alargada entra em cena, assim, em um cenário de combate ao crime organizado, sobretudo. Isso porque uma das mais palpitantes questões no âmbito da sociedade contemporânea refere-se ao combate às modernas formas de criminalidade. A repressão a tais práticas delituosas – a experiência vem demonstrando – não se realiza a contento pelos tradicionais meios engendrados pela ciência penal, destacada a privação de liberdade. Ora, se o crime se modernizou, também a legislação, com vistas a combatê-lo, deve modernizar-se.

Faz-se necessário, então, conferir aplicabilidade ao adágio segundo o qual “o crime não compensa”. A repressão e prevenção da criminalidade pelo aspecto patrimonial, além do confisco das vantagens ilícitas auferidas com a prática de crimes, têm se revelado imprescindíveis para tanto. Em outras palavras, mostra-se fundamental a descapitalização dos autores de ilícitos penais graves, por meio das medidas patrimoniais penais.

E, assim, adoção da perda alargada revela-se como uma eficiente alternativa para se atingir tal desiderato. Com o surgimento da necessidade de adoção de medidas destinadas à imobilização da base financeira de organizações criminosas, a perda de bens configura um importante

instrumento destinado a evitar a continuidade de graves crimes que atentam contra os direitos fundamentais dos cidadãos e contra a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Se, por um lado, a perda alargada revela-se como instrumento bastante efetivo e adequado ao combate à criminalidade moderna, por outro, a busca desenfreada de eficácia a todo custo no combate ao crime pode minar as bases democráticas do Estado de Direito, em detrimento dos direitos, das liberdades e das garantias individuais. Além disso, a legitimidade e a validade ética das normas penais dependem da sua compatibilidade com os princípios e as regras do Estado Democrático de Direito, de tal maneira a se buscar uma solução razoável e equilibrada no caso concreto.

Nesse norte, ressalta-se que a perda alargada, embora adotada por um considerável número de países e, em geral, acolhida pela jurisprudência destes, encontra resistência em parte da doutrina processualista penal. Argui-se, por exemplo, que constitui indevida violação ao princípio do ônus da prova, do estado de inocência, da culpabilidade e do *in dubio pro reo*.

É de se projetar, assim, a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da perda alargada. Nesse caso, questiona-se, como problema central do presente artigo, se tal instituto se amoldaria às garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal aos cidadãos. A hipótese que, provisoriamente, se apresenta e que se pretende verificar é de que haveria conformidade entre a perda alargada e a Constituição Federal brasileira.

Na confecção deste trabalho, procedeu-se à análise de ordenamentos jurídicos diversos, mormente do português, em virtude de sua semelhança com o brasileiro e da proximidade cultural. A técnica utilizada foi, majoritariamente, a de pesquisa bibliográfica, com recurso, sobretudo, à doutrina processualista penal portuguesa, e jurisprudencial, evidenciando a postura das cortes estrangeiras e internacionais acerca da perda alargada. O método de abordagem adotado foi o dedutivo, uma vez que se parte de concepções mais abrangentes sobre a perda alargada para, com base nas garantias processuais, aferir a compatibilidade de tal instituto com o ordenamento jurídico brasileiro. Os métodos de procedimento foram o descritivo e o argumentativo.

1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL DA PERDA ALARGADA

1.1 A PERDA CLÁSSICA NO BRASIL E EM PORTUGAL

Antes mesmo de se proceder à conceituação do instituto que constitui o objeto central do presente trabalho, discorrer-se-á, por questão lógica, acerca da perda clássica. Atualmente, tal instituto é regulamentado pelos Códigos Penais brasileiro (art. 91, I) e português (art. 109º) de modo bastante análogo, consoante se depreende de tais dispositivos legais¹.

A perda, de maneira geral, pode ser definida como “sanção ou medida judicial, decretada por um tribunal em consequência de um processo relativo a uma ou várias infracções penais, que conduza à privação de um bem”, consoante se depreende da Decisão-Quadro 2005/212 do Conselho da União Europeia e do artigo 2º, alínea “g”, da Convenção de Mérida (também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), de modo similar ao que dispõe a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), em seu art. 2º, alínea “g”.

Em sua modalidade clássica – estritamente vinculada ao delito em razão do qual há condenação criminal –, a perda é efeito da condenação. Para se clarificar tal assertiva, é necessário ter em mente que “a condenação é o ato do juiz por meio do qual impõe uma sanção penal ao sujeito de uma infracção”². Assim, é possível definir os efeitos da condenação como

todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem

1 Código Penal brasileiro: “Efeitos genéricos e específicos. Art. 91 - São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda”. Código Penal português: “CAPÍTULO VIII – Perda de instrumentos, produtos e vantagens. Artigo 109º. Perda de instrumentos e produtos. 1 - São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral e a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos. 2 - O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto. 3 - Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio.”

2 JESUS. *Direito Penal*. p. 639.

a vida do condenado por sentença irrecorrível. O fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros, secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham³.

Os efeitos principais são aqueles decorrentes da condenação imposta a um sujeito, dos quais ressaí como exemplo mais evidente a perda da liberdade. Os efeitos secundários, por sua vez, são aqueles que, obrigatória ou facultativamente – a depender da espécie –, acompanham os efeitos primários.

Tem-se, ainda, como subespécies dos efeitos secundários da condenação, de efeitos penais e efeitos extrapenais (cíveis, administrativos, trabalhistas ou políticos), os quais se dividem, por sua vez, em efeitos genéricos ou automáticos e efeitos específicos ou não automáticos⁴. Já inserindo a perda na aludida classificação, Bissoli Filho aduz que, “no que tange às consequências secundárias extrapenais da condenação, é necessário ressaltar que podem alcançar vários âmbitos, entre os quais, o cível, como a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o confisco e [...]”⁵.

A perda ou confisco, portanto, segundo o supracitado autor, é efeito da condenação secundário que pertence ao âmbito cível, embora, como se verá adiante, tenha caráter penal. Contudo, tarefa árdua é a distinção teórica entre as penas e os efeitos secundários da condenação, mormente aqueles não automáticos, os quais, além de estarem expressamente previstos na lei penal, exigem que sua declaração, na sentença penal condenatória, seja fundamentada, à moda das penas. A similitude existente entre os efeitos não automáticos – mesmo os extrapenais – e as penas extrai-se do fato de alguns deles figurarem, igualmente, entre as penas restritivas de direito: a perda de bens e valores (art. 91, II, do Código Penal), a título ilustrativo, confunde-se com a pena restritiva de direitos de igual designação (art. 43, II, do Código Penal)⁶.

Vale dizer que a Constituição Federal Brasileira prevê a perda de bens como uma das sanções penais, no artigo 5º, incisos LXV (reparação do dano) e LXVI (pena). Trata-se, como se afirmou, de conferir a

3 PRADO. Curso de direito penal brasileiro. p. 686.

4 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 113.

5 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 114.

6 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 114-115.

mesma designação à perda de bens e valores prevista no art. 91, II, do Código Penal, e à pena restritiva de direitos arrolada no art. 43, II, do mesmo diploma.

É, portanto, controvertida a natureza jurídica das sanções patrimoniais no âmbito doutrinário, havendo quem defenda que o confisco é pena acessória, efeito da condenação de natureza penal, medida de segurança e, ainda, que tem natureza extrapenal. A exposição em tela é fundamental à medida que, como antecedente lógico da perda alargada, a perda clássica orienta a classificação que se deve conferir àquele instituto, a qual será relevante na discussão relativa à sua adoção e às consequências da sua aplicação e na compreensão do instituto e da incidência dos princípios e das regras de direito penal e processual penal⁷.

Consoante assevera Moro, “a discussão não é isenta de consequências práticas: como pena, há de se exigir maior rigor para sua aplicação do que caso seja considerado uma sanção sem caráter punitivo”⁸.

Nesse contexto, extrai-se da obra de Lima que

o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no julgamento do caso Welch contra Reino Unido, estabeleceu como critérios para qualificar a medida de confisco como pena em relação ao artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: se a medida se impõe depois da acusação por uma infração; a natureza e a finalidade da medida; sua qualificação e os procedimentos no Direito Interno; e, por fim, a gravidade da medida⁹.

Moro aduz que o caráter punitivo do confisco é questionado, principalmente diante do fato de que seu principal objetivo é o do retorno do *status quo* vigente antes da prática do crime; em outras palavras, aquele mecanismo confiscatório visa, unicamente, à reposição da situação existente antes da prática delitiva. Assim, se o confisco não inova a situação patrimonial do criminoso ou da vítima, não se poderia classificá-lo como pena¹⁰.

Outro óbice à compreensão de que o confisco é pena seria o fato de que aquilo que é retirado do autor é algo sobre o qual este não tem

7 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 210.

8 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 168.

9 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 210.

10 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 168.

direito algum. Assim, seria adequada a caracterização do confisco como sanção ou medida de cunho reparatório, embora não se possa olvidar, em menor grau, o caráter preventivo que lhe é imanente¹¹.

Assim, seria adequada, para Moro, a caracterização do confisco como sanção ou medida de cunho reparatório, embora não se possa olvidar, em menor grau, o caráter preventivo que lhe é imanente, o qual decorre da privação do criminoso dos meios e recursos necessários para a continuidade de atividade delitativa ou para a prática de novas infrações¹².

Bissoli Filho, por outro lado, acredita que, ainda que produzam efeitos em outras áreas para além do Direito Penal, os efeitos secundários têm um caráter penal bastante nítido, porquanto originados na seara penal e por ocasião de uma condenação criminal. O autor conclui que tais efeitos podem, portanto, ser tratados como espécies de sanção penal, embora distintas das demais espécies do mesmo gênero em decorrência de suas formalidades e efeitos específicos. Outra relevante distinção concernente às penas e aos efeitos secundários da condenação, continua o doutrinador, refere-se ao caráter que assumem: para aquelas, retributivo; para estes, preventivo¹³.

Proseguindo e encerrando, em relação à perda clássica, é possível afirmar que, embora os efeitos secundários da condenação sejam similares às penas, aqueles automáticos diferenciam-se por não constarem, expressamente, na sentença penal condenatória, uma vez que são consectários lógicos das penas. Os demais efeitos secundários, uma vez que não automáticos, assemelham-se às penas, porquanto exigem declaração fundamentada na sentença penal condenatória¹⁴.

1.2 A PERDA ALARGADA

A perda alargada nada mais é que a expansão da perda clássica; é, assim, a perda de produtos, bens ou instrumentos além daqueles estritamente vinculados ao crime em razão do qual há uma condenação criminal.

11 MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 168-169.

12 MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 169.

13 BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 115.

14 BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 115-116.

Tal mecanismo surgiu como forma de confrontar as difíceis exigências de prova que os mecanismos tradicionais de perda impunham, porquanto demandavam a demonstração denexo direto entre o crime e os bens cujo confisco se deseja decretar. Surge tal instituto, mais precisamente, num sentido de facilitar a prova da conexão entre as vantagens e os crimes concretos de onde elas provêm. Como aduz Duarte,

o mecanismo tradicional de perda de benefícios resultantes de um crime veio a revelar inúmeras insuficiências, precisamente porque exige que se prove a efetiva ligação entre os benefícios obtidos e o crime, prova esta que, na maioria das situações, é impossível de ser feita. Não tendo sido feita prova, não opera o mecanismo clássico e como tal poderiam ser mantidos os benefícios, provenientes de atividades ilícitas, na esfera patrimonial dos criminosos¹⁵.

Assim, perante a insuficiência da modalidade tradicional de vinculação da perda a um crime concreto tido por provado e as dificuldades na aplicação de tal modalidade de perda, a comunidade internacional passou a defender a adoção da perda alargada, que, então, despontou tanto nos países de tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*) quanto naqueles de direito continental (*civil law*).

Afirmam Simões e Duarte¹⁶, além de Duarte¹⁷, que a perda alargada almeja três objetivos: acentuar os fins de prevenção geral e especial, mediante a demonstração de que, literalmente, “o crime não compensa”; evitar a aplicação de vantagens ilícitas no cometimento de novos crimes; e reduzir os riscos de concorrência desleal decorrentes do investimento de lucros ilícitos em atividades empresariais.

É fundamental observar, ademais, que a perda alargada ganha espaço com a paulatina superação da prisão como principal resposta estatal à criminalidade, ao passo em que se prioriza o asfixiamento econômico do agente do crime¹⁸, para melhor atender aos fins preventivos a que o Direito Penal se presta.

O agente do crime, aliás, geralmente não é único: em grande parte dos casos em que se aplica a perda alargada, o crime imputado ao condenado foi praticado em associação criminosa. Cresce, assim, a importância do confisco de bens, com vistas a desestruturar essas

15 DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 13.

16 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2.

17 DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 14.

18 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2.

organizações criminosas, que são praticamente insensíveis às penas restritivas de liberdade, mas bastante atingidas quando lhes é retirado seu mais importante componente: o capital.

Há que se avaliar, na sequência, a natureza jurídica de que se reveste o confisco. Inicialmente, recorre-se à lição de Herrera, segundo o qual,

embora o confisco não seja pena, não significa que não deva submeter-se aos princípios que regem o processo penal e que garantem os direitos do acusado. O caráter aflitivo da medida, portanto, justifica que se dê ao titular dos bens objetos de confisco, a oportunidade de defender a ausência de conexão entre esses bens e o delito¹⁹.

Tem-se, portanto, um primeiro posicionamento, que considera que o confisco não é pena. Além disso, pouco se encontra na doutrina processualista penal, o que, todavia, não conduz ao silêncio. Já de início, é necessário destacar que, embora úteis à presente análise, as considerações relativas à perda clássica não são inteiramente aplicáveis à perda alargada.

É possível assinalar, desde logo, que, se a perda clássica é efeito secundário automático, a perda alargada sequer é automática: sua decretação não somente exige declaração fundamentada na sentença condenatória, como também demanda a instauração de um procedimento específico. Tal circunstância aproxima a perda alargada das penas.

Seria o caso de se questionar o caráter de efeito secundário da condenação da perda alargada. Contudo, é inviável considerá-la como pena, mormente porque os fins dessa espécie de sanção penal são, eminentemente, retributivos, ao passo que a perda alargada tem intuito destacadamente preventivo, como se extrai de seus três objetivos acima frisados. A perda clássica, ainda, como também já referido, tem um desiderato acentuadamente reparatório.

Tal caráter restaurativo decorre da restituição ao *status quo* anterior ao crime promovida pela perda clássica. A perda alargada, por outro lado, não somente restitui o estado anterior à prática do crime em razão do qual há condenação, como também busca o confisco de bens presumivelmente oriundos de outras práticas delitivas. Porém, também aqui, assim como na perda clássica, uma vez que presente tal caráter

¹⁹ HERRERA. Los delitos de blanqueo de capitales. p. 765.

restaurativo – até mesmo mais ampliado –, a perda alargada distancia-se das penas. E, por extrair do condenado, legitimamente, algo que não lhe pertence, a perda alargada novamente revela-se distinta das penas.

Assim, levadas em conta as considerações ora tecidas, afigura-se possível classificar a perda alargada como efeito secundário penal não automático, de sorte que, ainda que não seja pena, tal instituto reclama o respeito aos princípios que regem o processo penal e que garantem os direitos do arguido.

2 O SURGIMENTO E A ADOÇÃO DA PERDA ALARGADA

Consoante já assinalado, a União Europeia, por meio de sua Diretiva 2014/42, que dispõe sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime, criou instrumento normativo que contém alguns parâmetros mínimos a serem adotados pelos Estados-Membros da comunidade europeia na repressão do crime organizado internacional, entre os quais se destaca a perda alargada. Logo de início, a norma regional evidencia dois de seus principais fundamentos:

(1) A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios necessários para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada, haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa. (2) Os grupos criminosos organizados ignoram as fronteiras e adquirem cada vez mais ativos em Estados-Membros que não aqueles em que estão baseados e em países terceiros. Faz-se cada vez mais sentir a necessidade de uma cooperação internacional eficaz em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo.

Há, desde já, duas questões a se enfrentar. Inicialmente, há que se aclarar o que é a diretiva – instrumento normativo estranho ao ordenamento jurídico brasileiro – e qual é seu fim. Trata-se de ato normativo do Parlamento Europeu que prevê diretrizes e objetivos a serem acolhidos pelos Estados-Membros, a fim de que se harmonizem suas legislações. O mote é uma maior efetividade na repressão à criminalidade, sobretudo

quando essa adquire caráter organizado e transnacional – fenômeno peculiar à criminalidade organizada.

Sua importância cresce em se tratando da União Europeia, em que a integração regional leva quase que à dissipação das fronteiras. Tal fenômeno, embora tenha aspectos positivos, também dá azo a consequências prejudiciais, como o livre trânsito de elementos relacionados a crimes – de pessoas a instrumentos, passando por vantagens e produtos. Assim, mesmo tendo seu núcleo num determinado Estado, um grupo criminoso também pode atuar em diversos outros países para adquirir ativos, ocultar bens e inviabilizar a repressão estatal. Daí decorre a imprescindibilidade da cooperação jurídica internacional, o que se alcança com um regramento mínimo comum entre os Estados.

Porém, é de se ressaltar que, antes mesmo da edição da diretiva em comento, vários países já haviam inserido a perda alargada ou instrumento similar em seus ordenamentos jurídicos. Além disso, fenômeno destacado é o fato de que significativo número de países tem incorporado Convenções Jurídicas aos seus ordenamentos.

A adesão a normas convencionais, contudo, respeita as particularidades dos ordenamentos jurídicos nacionais, o que se verifica quando se salienta, nos instrumentos internacionais, a necessidade de atuar de acordo com o direito interno dos Estados, de sorte a se criar uma válvula de segurança para que se salvaguardem os interesses e direitos dos cidadãos, de forma a que seja compatível com o cumprimento da política-criminal atual de recuperação dos lucros gerados pelos crimes²⁰.

2.1 REGULAMENTAÇÃO DA PERDA ALARGADA EM PORTUGAL E EM OUTROS PAÍSES EUROPEUS

Cabe aludir, inicialmente, à Diretiva 2014/42 da União Europeia. Como se verá, trata-se de uma previsão ainda bastante abstrata, que somente estabelece diretrizes genéricas e delega aos Estados-Membros a regulamentação da perda alargada:

Art. 5º. Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes

20 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 37-40 e 46.

centes a pessoas condenadas por uma infracção penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

Conforme já indicado, antes mesmo da edição da diretiva em comento, muitos países já dispunham de instrumentos normativos que previam a perda alargada. É o caso de Portugal, cujo ordenamento jurídico é alvo central – embora não exclusivo – do presente escrito. Nesse contexto, é relevante a análise do artigo 8º da Constituição portuguesa:

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

O dispositivo em apreço evidencia a vinculação do ordenamento jurídico português à legislação internacional. Nesse contexto, a Lei n. 5/2002 criou um conjunto de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, que recaíram sobre a colheita de prova, quebra de segredo profissional e perda alargada de bens a favor do Estado. Em seu artigo 7º, assim dispõe a norma em comento:

1. Em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito.
- 2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:
 - a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação

aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal

Tal dispositivo inicia um capítulo designado “Perda de bens a favor do Estado”, que consagra a perda alargada, a qual é sanção de carácter penal – o que justificará a sua sujeição a princípios e garantias penais²¹. Ainda, no n. 2, a Lei define o que se deve compreender por património do arguido: tudo que esteja na sua titularidade ou domínio na data da constituição de arguido (uma espécie de angularização processual) ou posteriormente; os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou por meio de uma contraprestação irrisória nos cinco anos anteriores à constituição de arguido; e os bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, ainda que seja impossível determinar seu destino²².

O artigo 8º – que se analisará mais detidamente adiante –, por sua vez, prevê o procedimento mediante o qual se buscará o decreto de perda de bens, que se desenvolve paralelamente à ação penal, a qual, “em última instância, irá originar a condenação que será um dos pressupostos para a declaração de perda alargada”²³.

Dispositivo relevante da norma em apreço, contido em seu artigo 1º, diz respeito aos crimes aos quais é aplicável a perda alargada – delitos reputados, pelo legislador, como aqueles que, mais provavelmente, gerarão acréscimo patrimonial para quem os pratica. Trata-se do tema do próximo subitem.

Antes, porém, cumpre salientar, ao nível do direito internacional, quatro Convenções: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas; a Convenção

21 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 21-22.

22 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 22.

23 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 21.

das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional; a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Em comum, as normas convencionais aludidas têm o fato de salientarem a necessidade de adoção de mecanismos alargados de confisco patrimonial, sugerindo que se opte pela inversão do ônus da prova, deixando, no entanto, a critério dos Estados-Membros a operacionalização de tais mecanismos, tendo também atenção à compatibilidade com os ordenamentos jurídicos internos²⁴.

Nesse norte, discorrendo acerca da adoção da perda alargada por diversos países, Bomfim e Bonfim relatam o seguinte:

Depois da Convenção de Viena (Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas), diversos países introduziram em seus ordenamentos modificações no regime do confisco de bens.

Na Itália, por exemplo, o artigo 12-*sexies* da Lei n. 356/1992, introduzido pelo Decreto n. 339, de 20.6.1994, prevê que, em caso de condenação, presumem-se constituir vantagem da atividade criminosa os bens de valor desproporcionado aos próprios rendimentos declarados.

No Reino Unido, o *Drug Trafficking Offenses Act*, de 1986, substituído pelo *Drug Trafficking Act*, de 1994, e pelo *Proceeds of Crime Act*, de 2002, também contem uma presunção de origem ilícita do patrimônio adquirido nos últimos seis anos, em caso de condenação por tráfico de drogas. Considera-se que em tal período os bens adquiridos constituem vantagens do tráfico, cabendo ao acusado demonstrar o contrário.

Em Portugal, a Lei n. 05/2002, que instituiu um regime especial de perda de bens em favor do Estado, estabelece a presunção de origem ilícita de certos bens. O artigo 7º, n. 1, dispõe que “em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa, a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. As infrações penais do artigo 1º são: “tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de

24 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 18.

menores, contrafação de moeda e de títulos equiparados à moeda”.

Para decretar o *Erweiterter Verfall*, uma das modalidades de confisco do Código Penal alemão (§ 73d StGb), o legislador exige somente que o objeto tenha sido obtido por ou para a comissão de uma infração penal, não sendo necessário que provenha de fato em julgamento, bastando sua procedência ilícita²⁵.

Passa-se agora, então, à análise do rol de crimes constante da norma lusitana já aludida, aos quais é aplicável a perda alargada.

2.2 OS CRIMES AOS QUAIS É APLICÁVEL A PERDA ALARGADA EM PORTUGAL

Já de início, recorre-se, novamente, à Lei n. 5/2002, que, em seu artigo 1º, elenca os crimes aos quais é aplicável a perda alargada: tráfico de estupefacientes; terrorismo e organização terrorista; tráfico de armas; tráfico de influência; corrupção ativa e passiva; peculato; participação econômica em negócio; branqueamento de capitais; associação criminosa; contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio de menores; tráfico de pessoas; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

Da leitura do rol legal, destacam-se duas características presentes, em geral, em todos os crimes: o fato de que, usualmente, são cometidos por uma organização criminosa, bem como o intuito geral de busca do lucro. Essa é, aliás, uma das peculiaridades da criminalidade moderna, sobretudo a organizada: o seu elevado potencial em gerar significativos proventos econômicos.

Assim, é de se observar que as organizações criminosas – pelo menos aquelas de que trata a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – têm o lucro por escopo, consoante se extrai da norma convencional em comento, em seu artigo 2º, alínea “a”:

Por grupo criminoso organizado deverá entender-se um grupo estruturado de três ou mais pessoas que existe durante certo tempo e actue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais crimes graves ou crimes tipificados nos termos da presente convenção com vista a obter, directa

25 BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 93-95.

ou indirectamente, um benefício de ordem material.

Tal característica, mais que qualquer outra, faz com que os crimes de que trata a Lei sejam insensíveis às penas restritivas de liberdade, que, muito debilmente, realizam seus fins retributivo e preventivo. Outrossim, observa-se que, para uma organização criminosa, “é mais fácil substituir dez agentes presos e condenados do que dez milhões de dólares congelados e confiscados pela autoridade judiciária”²⁶.

Portanto, por se diferirem da delinquência tradicional, aos crimes arrolados na Lei em apreço deve ser dispensado um tratamento repressivo diferenciado.

Moro relata conhecidíssimo e ilustrativo caso que bem evidencia tal assertiva:

Em 1931, quando foi preso por sonegação de impostos, o gângster norte-americano Al Capone possuía bens e fortuna que ultrapassavam 100 milhões de dólares. Esse episódio deixou uma lição muito importante para o Poder Judiciário: a melhor forma de combater o crime de lavagem de dinheiro, que consiste na conduta de ocultar ou dissimular o produto do crime em fachadas jurídicas aparentemente legais, é apreender os bens derivados da atividade ilícita²⁷.

Nesse sentido, ainda acerca da lavagem de dinheiro (ou branqueamento de capitais, como é tratado o delito em Portugal), Bonfim e Bonfim asseveram, retomando boa parte do que já se afirmou neste escrito, que,

Diante da importância do confisco de bens e valores no combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro [...], a medida constitui um dos assuntos em pauta, objeto de intenso debate e alterações legislativas. Nesse sentido, observa Choclán Montalvo que é recente a preocupação da política criminal com os instrumentos e produto do crime. Hodiernamente, no contexto de combate à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro, esta política criminal tomou novos rumos, orientando-se para a investigação, sequestro e confisco do patrimônio criminal. Tal fato, alias, constitui fundamental objetivo na política legislativa da União Europeia e no âmbito internacional. Nesse diapasão, como vimos, situam-se as tendências de inversão de ônus da prova, tipificação de ilícitos específicos, como o enriquecimento ilícito e, ainda, uma menor exigência probatória, que favoreça o confisco em caso de aumento injustificado

26 BERNASCONI, Paolo *apud* LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 208.

27 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 1.

do patrimônio criminal²⁸.

A toda evidência, não somente a lavagem de dinheiro tem seu papel destacado. A título ilustrativo, vale frisar que, segundo dados das Nações Unidas, apenas o tráfico ilícito de entorpecentes movimentava uma expressiva quantidade de recursos financeiros: cerca de 500 bilhões de dólares anuais em nível global²⁹.

Retomando o rol legal de crimes-alvo da perda alargada, verifica-se que, entre os ilícitos arrolados pela norma portuguesa, boa parte pode ser enquadrada no tradicional conceito de crimes do colarinho branco.

O termo “*white collar crimes*” – expressão inglesa a designar os cognominados “crimes do colarinho branco” – define tais delitos à luz de uma perspectiva subjetivo-profissional, identificando-os como sendo os crimes cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado *status* social, no âmbito de seu trabalho. São dois, portanto, os pontos de apoio do conceito proposto: o *status* do autor e a conexão da atividade criminosa com sua profissão³⁰.

Na maioria das vezes praticados por pessoas de classes sociais mais abastadas e, invariavelmente, politicamente influentes, esses delitos revelam-se com novas vestes, distintas das atribuídas à criminalidade tradicional. Como assevera Calabrich, são

novas formas de criminalidade, que se distinguem da criminalidade tradicional, entre outros aspectos, pelo uso da tecnologia, da organização empresarial com infiltração no corpo estatal e por métodos de inteligência e contra-inteligência em constante aprimoramento, demandam do Estado, por meio de seus órgãos incumbidos da segurança pública e da persecução penal, uma postura profissional e ativa, de modo a promover o justo sancionamento dos responsáveis e a coibir a prática de novos ilícitos³¹.

Outra diferença elementar entre a criminalidade do colarinho branco e a criminalidade tradicional, a par daquelas já apontadas, consiste no fato de que aquela cria uma cifra negra muito mais expressiva.

Nesse contexto, vale trazer a lume os resultados de ampla pesquisa realizada nos Estados Unidos da América, traduzida na recente

28 BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 97.

29 LIMA. *Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro*. p. 203.

30 FELDENS. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. p. 225.

31 CALABRICH. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. p. 16.

obra de Jeffrey Reiman, da *American University* (Washington, D.C.). Diagnosticaram-se, na oportunidade, quatro aspectos comparativos entre a criminalidade do colarinho branco e aquela emergente das classes pobres. Seriam eles, na perspectiva americana:

a) o custo do crime do “colarinho branco” é mais elevado; retira mais dinheiro de nossos bolsos do que todos os demais delitos combinados catalogados pelo FBI;

b) os crimes do “colarinho branco” são muito difundidos, mais que os crimes de pobre;

c) os criminosos do “colarinho branco” raramente são presos ou condenados; o sistema desenvolveu sutis modos de lidar com a delicada sensibilidade de sua “alta” clientela;

d) quando os criminosos do “colarinho branco” são acionados e condenados, as sentenças são suspensas ou extremamente leves quando comparadas ao curso que seus crimes impuseram à sociedade³².

A legislação penal brasileira é pródiga em exemplos que ratificam a afirmação de que os criminosos do colarinho branco raramente são presos, ao passo que aqueles aos quais são imputados os “crimes de pobre” geralmente o são.

A propósito, a respeito da legislação tupiniquim, vale lembrar que, inicialmente, a Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, a qual “define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências”, ficou qualificada como a lei do colarinho branco.

Todavia, posteriormente, uma vez ostentando características similares (v.g., autores de elevado *status* sócio-intelectual, sofisticação do *modus operandi*, alta lucratividade das operações – literalmente, empreendedores dos crimes –, organização empresarial, etc.) passam a receber apropriada rotulagem, a exemplo dos delitos contra o consumidor (Lei n. 8.070/90), ordem tributária, econômica e previdenciária (Leis n. 8.137/90, 8.176/91; arts. 168-A, 337-A do CP), mercado de capitais (art. 27 da Lei n. 6.385/76), lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98), crime organizado (Lei n. 9.034/95, estelionato coletivo (art. 171 do CP), e, especialmente, dada sua histórica e devastadora distribuição da *res publicae*, a crônica corrupção (crimes contra a administração pública), aí incluída a improbidade administrativa (Lei n. 8.492/92)³³.

32 FELDENS. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. p. 137.

33 TRÊS. *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. p. 25.

A fim de se buscar um conceito preciso de cifra negra, tem-se que

tratando por *criminalidade legal* aquela que se vê registrada nas estatísticas oficiais; por *criminalidade aparente* a que de alguma forma chega ao conhecimento das instituições oficiais, mas que não se fazem computar em estatísticas (*v.g.*, porque ainda não resultaram em sentença); e apontando como *criminalidade real* a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento histórico, Lola Aniyar de Castro situa o que denominamos *cifra negra* da criminalidade – ou *numerus obscurus* ou delinquência oculta – como o produto da diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real.”³⁴ (grifos no original).

De modo semelhante, conceitua Câmara :

Como se sabe, as “cifras negras” reportam-se à intransparência ou opacidade de determinados comportamentos delitivos, sendo de relevo observar que em grande medida, são produzidas pelas instâncias formais de controle social (*principalmente pela polícia*, instituição que desempenha intenso papel seletivo), traduzindo o *desfasamento* entre a criminalidade conhecida pelo sistema penal e a criminalidade “real”. Representam, assim, a criminalidade oculta, não registrada, podendo-se falar graficamente de um “efeito funil”, pois apenas uma pequena parcela da criminalidade ingressa no sistema³⁵ (grifos no original).

A abordagem acerca das cifras negras – consideravelmente mais expressivas em se tratando da criminalidade do colarinho branco e de outros delitos arrolados pelo artigo 1º da Lei n. 5/2002 – é relevante para a discussão da perda alargada, uma vez que é justamente a presumida existência de crimes que não foram plenamente descobertos, apurados, tampouco processados que permitirá que, por ocasião de uma condenação criminal, se decrete a perda de bens além daqueles vinculados ao crime em razão do qual se proferiu sentença condenatória. Em outras palavras, pode-se dizer que é exatamente sobre as cifras negras que a perda alargada atua – sem eliminá-las, mas, ao menos, minimizando os prejuízos que aquelas ocasionam –, ao passo que a perda clássica somente incide sobre aqueles delitos descobertos, apurados, processados e, por fim, que foram objeto de condenação criminal.

Ademais, se é certo que a perda alargada não tem efeito imediato sobre as cifras negras, é possível constatar que, de qualquer forma, em

34 FELDENS. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. p. 132.

35 CÂMARA. A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das “Cifras. p. 2-3

um primeiro momento, minimizará os prejuízos inexoravelmente advindos da existência daquelas; ainda, a longo prazo, com a realização de seus fins reparatórios e, sobretudo, de seus fins preventivos, a perda alargada pode contribuir para a redução das cifras negras.

3 A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PERDA ALARGADA EM FACE DA CRIMINALIDADE MODERNA

As sanções penais caracterizam-se por seus propósitos: retributivos, unicamente, ou retributivos e preventivos, cumulativamente³⁶.

Em geral, as sanções penais são abstratamente cominadas, aplicadas e executadas imbuídas de caráter retributivo – ou seja, em contraposição à prática de uma conduta – ou, ainda, com o fim de prevenir a prática de novas condutas; em outras palavras, cumulando ou alternando conteúdos retributivos e preventivos³⁷.

O Código Penal brasileiro filia-se às teorias mistas, que compreendem o duplo propósito da sanção penal: o retributivo e o preventivo³⁸.

Assim, para as teorias ecléticas, unificadoras ou mistas, a sanção penal representaria tanto a “retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade”, quanto a “prevenção especial positiva mediante a correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor”, como, também, “prevenção geral negativa por meio da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica”³⁹.

É injustificável, assim, a existência de um sistema penal que não vise à prevenção da ocorrência de novos crimes, mediante a declaração e imposição de uma pena, a fim de que esta sirva de exemplo.

Bentham assevera, nesse ínterim, que as sanções penais “são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas, sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido

36 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 72.

37 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 72.

38 BISSOLI FILHO. A sanção penal e suas espécies. p. 73.

39 SANTOS. Direito penal. p. 462.

pela lei, e com fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro”⁴⁰. Assim, a pena afigura-se como um castigo de que o réu padece para que todo homem possa ver o que lhe haveria acontecido se cometesse o mesmo delito.

O autor prossegue asseverando que o mais imediato perigo advém do criminoso, o qual, portanto, deve ser primeiramente alcançado pela sanção penal. Todavia, há, ainda, o perigo de que outros sujeitos venham a fazer o mesmo mal. Há, portanto, nesse contexto, dois modos de se impedir que o perigo potencial se realize: um particular, que se aplica ao réu; e outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. Bentham reportou-se ao fim preventivo da pena, em suas modalidades especial e geral, respectivamente.

A perda alargada, ao menos abstratamente, bem desempenha os fins preventivos negativos, sejam gerais ou especiais. No primeiro caso, porque demonstra aos potenciais criminosos que seu patrimônio ilícito lhes será confiscado se incorrerem em práticas delituosas. Feuerbach⁴¹, em que se encontra o maior aporte teórico da prevenção geral negativa, dizia, já em 1801, que “o Estado tem o direito e o dever de criar institutos por meio dos quais se impeçam as lesões jurídicas”.

O confisco alargado presta-se, ademais, ao fim preventivo especial negativo, uma vez que os sujeitos condenados criminalmente verão perdidos os seus bens ilicitamente adquiridos, o que, em última instância, dificultará ou impedirá a prática de novos delitos, sobretudo considerados aqueles do colarinho branco.

Não obstante, em virtude de seu resultado reparatório, a perda alargada também desempenha um relevante fim de prevenção geral positiva, à medida que se destina

à reafirmação da norma atacada pelo infrator. É, pois, uma resposta ao infrator, comunicando-se à sociedade – pelo micro ou subsistema de comunicação que é o direito – que embora tenha havido uma ruptura da norma, a sociedade politicamente organizada reafirma a vigência dessa norma através do direito, respondendo com a pena ao infrator⁴².

Como já se afirmou, o combate à criminalidade – sobretudo à modalidade financeira – se trava de forma mais eficiente privando o

40 BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. p. 20 e 23-24.

41 FEUERBACH. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. p. 59.

42 BISSOLI FILHO. *A sanção penal e suas espécies*. p. 77-78

criminoso do produto de sua atividade que restringindo sua liberdade. Consoante assevera Moro,

Tal constatação é especialmente correta em relação ao combate de grupos organizados, cujo desmantelamento depende mais de sua asfixia econômica do que da prisão de seus membros. Dentro de um grupo criminoso organizado, as pessoas, mesmo em postos de liderança, são usualmente substituíveis, daí o confisco de sua propriedade, com as consequências econômicas decorrentes, consistir em medida usualmente mais eficaz⁴³.

Assim, para tanto, não basta, como sempre se fizera, identificar e colher provas de materialidade e autoria de um crime. Faz-se necessário, igualmente, identificar os produtos, instrumentos e proveitos da atividade criminosa. Não se revela suficiente que a persecução resulte na punição do culpado; também é necessário imobilizar o produto do crime e submetê-lo ao confisco.

Tal paradigma é expandido pela perda alargada, a qual, ao permitir o confisco de bens não necessariamente vinculados à atividade criminosa que é alvo da persecução criminal, potencializa os fins preventivos negativos da sanção penal, uma vez que, com a perda de bens provenientes da criminalidade organizada, afasta-se o risco de que ditos ganhos sejam utilizados para cometer outros delitos, corromper políticos, funcionários, empresários ou testemunhas ou evitar a reinserção no circuito econômico do País. Como afirma Lima, atenta-se, pois, a um efeito preventivo especial e, sobretudo, geral, transmitindo-se aos delinquentes a ideia de que, com os crimes, não enriquecerão⁴⁴. Portanto, paralelamente à modernização do crime, faz-se necessário reinventar a sua repressão.

4 A OPERACIONALIZAÇÃO DA PERDA ALARGADA EM PORTUGAL

Parte-se, para a análise da operacionalização da perda alargada no ordenamento jurídico português, da leitura do artigo 8º da Lei n. 5/2002:

1 - O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

43 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 167.

44 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 208.

2 - Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

3 - Efectuada a liquidação, pode esta ser alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexactidão do valor antes determinado.

4 - Recebida a liquidação, ou a respectiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

Infere-se, do dispositivo legal, que a perda legal se efetua em procedimento paralelo e concomitante à ação penal. Tal fato tem implicações práticas da maior relevância.

Inicialmente, há que se ressaltar não ter sido por erro que se considerou, no presente trabalho, até este item, que a perda alargada tem início após uma condenação criminal, considerada esta, portanto, pressuposto para a aplicação do mecanismo processual. Procedeu-se a tal opção, no presente escrito, porquanto se afigura mais adequada: concilia eficiência e proteção às garantias processuais.

A posição ora defendida filia-se àquela encampada pela doutrina portuguesa – de que o procedimento tendente à decretação da perda alargada somente deve se iniciar após a condenação criminal.

Para ilustrar tal afirmativa, recorre-se à lição de Duarte, para quem a operacionalização da perda alargada simultaneamente à ação penal dá azo a violação de direitos do arguido:

[...] Como bem sabemos, tanto a operação de liquidação do património incongruente, como a tentativa do arguido de afastar a presunção desenvolve-se simultaneamente com o processo penal. Esse facto é sim susceptível de lesar o direito do arguido de ser presumido inocente, uma vez que as garantias de defesa num e noutro processo (o penal e o destinado à declaração de perda), podem ser manifestamente incompatíveis⁴⁵.

A autora prossegue afirmando que a opção legislativa é ilógica, uma vez que se inicia um procedimento que pressupõe uma condenação criminal justamente em paralelo à ação que buscará tal condenação, o que constitui um imprestável adiantamento de serviço:

45 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 31.

Ora vejamos. Criou-se um procedimento autónomo em relação ao processo penal, na medida em que é desencadeado por uma condenação prévia por um dos crimes catalogados. No entanto o procedimento destinado à perda inicia-se, simultaneamente ao início do processo que culminará ou não na condenação pressuposta, estando mesmo o MP obrigado a liquidar o património de origem ilícita até o trigésimo dia anterior ao julgamento do processo principal. Ou seja, apesar de autónomos estão umbilicalmente ligados, apesar de serem dois processos distintos são desencadeados inicialmente pelo mesmo facto: o indício da prática de um crime do catálogo.

Na prática quando o MP [...] dá início ao mecanismo da perda ampliada ainda não há uma condenação, existe apenas um inquérito, eventualmente já uma decisão de acusar e/ou pronunciar. Esta circunstância é o que nos causa mais estranheza. Como pode um procedimento que tem como um dos pressupostos de aplicação uma condenação, começar a funcionar (e pode trazer alguns prejuízos ao arguido, dadas as medidas de carácter cautelar previstas para assegurar a sua efetividade), sem que haja condenação que lhe serve de pressuposto? Somos da opinião, que mais uma vez a lógica aqui presente é uma lógica tipicamente portuguesa, a de “adiantar serviço”, mesmo que no final de contas não sirva de nada. Trata-se verdadeiramente de desperdiçar esforços, energias e trabalho, uma vez que uma posterior absolvição deixará cair por terra todo o fundamento da aplicação do instrumento da perda ampliada.

Este desenvolvimento simultâneo dos dois processos configura ainda, como tivemos também a oportunidade de referir, um verdadeiro atentado ao princípio constitucional da presunção de inocência. Se o cálculo do património incongruente, de origem ilícita, se faz antes da condenação, mesmo antes do julgamento, está-se indiretamente a assumir que há um património que decorre da prática de ilícitos-típicos e com isto abala-se o direito do arguido a ser presumido inocente até que haja condenação, o seu direito ao silêncio e exercer-se-ão pressões inevitáveis sobre o processo principal. Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei n.º 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação⁴⁶.

Vale dizer, ainda, que o artigo 8º é incongruente até mesmo com a própria norma que o abriga, uma vez que o artigo 7º estipula:

em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado,

46 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 44-45.

presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

Portanto, verifica-se que, enquanto o artigo 7º explicita que a condenação é pressuposto da decretação da perda alargada, o artigo 8º, de modo pouco eficiente, determina que o procedimento em que se aplicará aquele instituto deve se iniciar simultaneamente à ação penal.

No entanto, ainda que se critique a regulamentação da perda alargada em Portugal, o fato é que o Supremo Tribunal de Justiça luso, no julgamento proferido nos autos do Processo n. 06P3163 (Processo n. 06P3163, Seção Criminal, Rel. Santos Carvalho, julgado em 24/10/2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>), aplicou literalmente as disposições sobre o instituto, sob o fundamento de impedir os agentes criminosos de refugiarem-se na aparente legalidade dos lucros auferidos com a atividade criminosa ou de pretenderem prevalecer-se da dúvida. Como decidiu a corte, para crimes de tráfico de estupefacientes e outros mencionados, presume-se constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do patrimônio do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito (artigo 7º da Lei n. 5/2002), remetendo-se para o arguido o ônus de provar a licitude do seu patrimônio. Para tanto, o Ministério Público, na acusação ou em até 30 dias antes do julgamento, liquida o montante que deve ser perdido em favor do Estado (artigo 8º). Após, o Tribunal pode, de ofício, considerar que tal montante é de origem lícita ou o arguido tem a possibilidade de ilidir a presunção através de todos os meios de prova permitidos na Lei (artigo 9º).

Se, por um lado, é criticável a escolha lusa de iniciar o procedimento da perda alargada em paralelo à ação penal, o que se verifica, de outra banda, é que a Lei n. 5/2002 seguiu a tendência de separar o processo tendente ao confisco de bens daquele relativo à aferição da culpa do agente, uma vez que, neste último, por ainda inexistir juízo de culpabilidade e quebra de presunção de inocência, exige-se de maneira mais reforçada e evidente a observância dos princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa⁴⁷.

Superada a questão atinente ao momento do procedimento – paralelo ou posterior à ação penal – e ao seu modo – autônomo ou não –, há

47 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 231.

que se enfrentar o ponto seguinte, concernente à presunção de ilicitude do patrimônio. Para tanto traz-se a lume, novamente, o artigo 7º, que estipula que se presume “constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.

Ou seja, a acusação edificará uma presunção com a simples demonstração de desproporção entre o valor do patrimônio e aquele que seja congruente com rendimentos lícitos do arguido. Tal presunção, impende registrar, é de carácter relativo – ou seja, é uma presunção *juris tantum* –, de sorte que pode ser ilidida pelo condenado, nos termos do artigo 9º da Lei n. 5/2002⁴⁸.

Assim, de forma simplificada, pode-se afirmar que a perda alargada permite que se decrete a perda de bens do criminoso, a menos que este comprove que os recebeu ou adquiriu de fonte lícita⁴⁹.

Essa presunção pode ser de duas espécies, segundo o lapso temporal de abrangência:

a) do que considera de origem ilícita todo o património do condenado [...];

b) ou do que considera de origem ilícita o que tiver sido obtido num determinado lapso de tempo antecedente à comissão do crime ou ao início do procedimento dirigido à aplicação do confisco (em que se inscreve a *confiscation* inglesa – que abrange todos os bens obtidos pelo arguido nos seis anos antecedentes ao início do processo, desde que se presuma um “estilo de vida criminoso” – bem como a *criminal forfeiture* americana, que é aplicável com base numa presunção, ilidível, de que qualquer bem do arguido condenado por um dos crimes do catálogo é confiscável se adquirido durante o período de consumação do crime, pois dele se considera proveniente). [...] A limitação temporal de algumas dessas presunções visa garantir o princípio da proporcionalidade, tornando não excessivamente onerosa para o proprietário/detentor dos bens a prova da origem

48 Artigo 9.º Prova. 1 - Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º 2 - Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal. 3 - A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior. 4 - Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação. 5 - A prova referida nos n.ºs 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.

49 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 2-3.

lícita do seu património⁵⁰.

A perda alargada à portuguesa, assim como a inglesa e a americana, enquadra-se na segunda espécie, uma vez que limita os bens que podem ser confiscados àqueles que entraram na esfera de domínio nos cinco anos anteriores à constituição processual do sujeito como arguido, conforme se depreende do artigo 7º, nº 2.

Acerca do tema em questão, é cabível registrar, ademais, que se trata de uma dupla presunção: compreende a prática de crimes anteriores ao delito imputado ao arguido na ação penal, além da origem ilícita do património.

As exigências para a formulação da presunção de ilicitude do património são a condenação por crime que esteja no rol do artigo 1º da Lei em comento; a existência de património em titularidade ou mero domínio e benefício do condenado; a desproporcionalidade entre este e os rendimentos lícitos; e anterior carreira criminoso.

É possível, de início, estranhar o último requisito mencionado, haja vista que foi não previsto legalmente. Trata-se, contudo, de uma construção doutrinária, essencial para se barrar eventuais aplicações desproporcionais da perda alargada. Acerca disso, assevera:

A sua dispensa constituirá um ónus excessivo para o arguido [...]. Evidências que permitam conferir alguma certeza quanto à anterior carreira criminoso (da mesma natureza criminal dos crimes previstos no catálogo) do condenado, de onde provêm as vantagens que se pretendem expropriar a favor do Estado. Não se defende que haja uma prova inequívoca, mas pelo menos que seja provável a existência de atos ilícitos anteriores da mesma natureza daqueles pelo quais houve condenação.

Esta necessidade impõe-se por duas razões que se nos parecem óbvias, por um lado se não há relação entre as vantagens e o crime pelo qual há condenação tem que se provar um mínimo de relação entre as vantagens e práticas ilícitas anteriores, por outro as práticas ilícitas anteriores em que assenta o património a declarar perdido tem que ser da mesma natureza dos crimes do catálogo⁵¹.

Após a formulação da presunção, se o arguido não lograr êxito em comprovar a licitude de seu património, o tribunal decretará, na sentença condenatória, a perda de bens, a teor do artigo 12º da Lei n. 5/2002. Tal

50 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 5-6.

51 DUARTE. *O Combate aos Lucros do Crime*. p. 22-24.

declaração será por óbvio, expressa e, ademais, fundamentada, uma vez que, consoante se afirmou supra, a perda alargada é efeito secundário não automático da condenação e ostenta caráter penal.

Embora o ordenamento jurídico português seja o objeto central de análise do presente escrito, vale, a título comparativo, tecer uma breve análise da perda alargada em outros países. Para tanto, recorre-se à lição de Lima:

O tratamento normativo do branqueamento de capitais no Reino Unido começou em 1986, através do *Drug Trafficking Offenses Act, section 24*). Houve sensíveis alterações com a entrada em vigor do *Proceeds of Crime Act (POCA)* de 2002, que termina com a distinção anterior entre infrações de tráfico de estupefacientes e outros crimes.

O novo regime de perda de bens baseia-se no conceito de “modo de vida criminoso”, ou seja: a) se o arguido for condenado judicialmente por uma das infrações enumeradas no Anexo 2 dessa lei, tais como o tráfico de estupefacientes, o branqueamento de capitais ou a falsificação; b) se o arguido tiver sido condenado judicialmente por qualquer outra infração que faça parte de uma atividade criminosa, ou que tenha sido cometida ao longo de um período de pelo menos 6 meses e desde que tenha obtido um lucro igual ou superior a 5.000 libras. Se o arguido for considerado como tendo um modo de vida criminoso, todos os seus bens (e os bens adquiridos nos seis anos anteriores) serão considerados como benefício de crime, sendo passíveis de perda a menos que o arguido possa demonstrar que os adquiriu de forma legítima.

Na Alemanha, a Lei de 15 de julho de 1992 introduziu um regime de confisco alargado (§ 73d do StGB), possibilitando ao juiz, em face de determinados ilícitos-típicos, decretar um confisco onde as circunstâncias de fato permitam supor a origem ilícita de certos bens⁵².

Vale adicionar, ainda em relação ao *Erweiterter Verfall* alemão, a lição de Duarte:

Para decretar o *Erweiterter Verfall*, uma das modalidades de confisco do Código Penal alemão (§ 73d StGb), o legislador exige somente que o objeto tenha sido obtido por ou para a comissão de uma infração penal, não sendo necessário que provenha de fato em julgamento, bastando sua procedência ilícita. (Adendo: No entanto, segundo a jurisprudência do *Bundesgerichtshof* [Tribunal de Justiça Federal Alemão], a dúvida sobre a proveniência ditará a não aplicação do

52 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 219-222.

instituto em causa⁵³.

Acerca do sistema italiano, Lima prossegue:

O sistema italiano de confisco é baseado em três vertentes: a) uma tradicional condenação baseada no confisco de bens derivados de um crime; b) um sistema de confisco baseado no alívio do ônus da prova para a condenação de pessoas que não justifiquem a origem de seus bens; c) um sistema preventivo de confisco de bens na posse de pessoas pertencentes a organizações tipo máfia, baseado na suspeita amparada em uma forte convicção, não sendo preciso uma condenação. A Lei nº 646/82 introduziu o sequestro e o confisco como medidas de prevenção patrimonial – *misure di prevenzione patrimoniale* –, atribuindo-se ao procurador antimáfia a investigação necessária ao fim da sua aplicação.

Há uma espécie de confisco, previsto no artigo 12-*sex-ties* da Lei no 356, de 1992, que admite um alívio na carga probatória em relação à origem dos bens, após a condenação do réu pela prática de determinados crimes, incluindo o tráfico de drogas. Assim, o legislador italiano presume a origem ilícita dos bens do condenado, cumprindo ao mesmo afastá-la.

O Tribunal Constitucional Espanhol, diante das dificuldades de prova acerca da origem ilícita dos bens para efeito de confisco, tem admitido a prova indiciária, submetida ao crivo das regras da experiência e ao livre convencimento do Magistrado⁵⁴.

Verifica-se, da leitura dos excertos doutrinários anteriormente colacionados, que a regulamentação, nos diferentes países, é semelhante – até mesmo em atenção às diretrizes mínimas fixadas pela União Europeia –, com pequenas variações quanto às minúcias dos requisitos necessários para a decretação da perda alargada ou de suas designações sinônimas.

Uma vez analisada a operacionalização da perda alargada – seja, mais profundamente, em Portugal, seja em outros países da comunidade europeia –, é possível, enfim, proceder à análise acerca da qual orbita o presente artigo, consistente no confronto entre o instituto da perda alargada e a principiologia processual penal.

5 A PERDA ALARGADA EM FACE DA PRINCIPIOLOGIA

53 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 19.

54 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 222-223.

PROCESSUAL PENAL

Para aferir uma hipotética constitucionalidade da perda alargada, parte-se, de início, de conclusão já firmada neste trabalho: a de que tal instituto tem caráter penal – e não extrapenal –, o que o submete, compulsoriamente, à principiologia penal. Isso porque a perda alargada, como consequência da condenação criminal imbuída de caráter penal, é violência e, sendo violência, deve ser constitucionalmente limitada, como o são todas as manifestações do *ius puniendi* estatal. E há de se frisar, ainda, que a perda alargada, muito embora constitua nova manifestação do aparato repressivo estatal, não tem como condão a expansão do direito penal, senão a reformulação das respostas que este historicamente apresenta à criminalidade e o provimento de novas e mais eficientes alternativas de combate ao crime, sobretudo aquele do colarinho branco.

Pois bem. Embora o confronto entre a perda alargada e a principiologia processual penal possa ser analisado por diversos prismas – e assim o será –, duas questões são fundamentais. Inicialmente, indaga-se se há, na operacionalização da perda alargada, inversão do ônus da prova. Além disso, é igualmente imprescindível aferir se há, ou não, violação ao princípio da presunção de inocência. Outras questões relativas ao princípio da culpabilidade e ao princípio do *in dubio pro reo* também serão enfrentadas.

Antes de iniciar as abordagens anteriormente referidas, é relevante retomar a concepção, já exposta no início deste texto, de constante embate entre eficiência e garantismo. Esses dois elementos – ambos salutares ao processo penal – encontram-se em incessante tensão, a qual deve ser, caso a caso, equilibrada, sem que se permita que o processo penal busque, desenfreadamente, mostrar-se eficiente, sob pena de violar garantias constitucionais, e sem que se revele excedente a defesa dessas mesmas garantias, sob pena de o processo penal não mais satisfazer o fim que lhe compete buscar.

Tal embate é especialmente relevante para o tema que ora se aborda. É tênue o limiar entre a aplicação da perda alargada e a violação de princípios, direitos e garantias constitucionais. Por outro lado, essa modalidade estendida de confisco revela-se absolutamente imprescindível no combate à criminalidade organizada e financeira, sobretudo em face da insensibilidade desta em relação às tradicionais penas privativas

de liberdade e à perda clássica. Acerca desse conflito entre os direitos fundamentais à segurança e à liberdade, é precisa a lição de Machado:

Transpondo essas noções para o processo penal, leciona Antonio Scarance Fernandes que eficiência é a capacidade de um ato processual ou de investigação de gerar o efeito que dele se espera; enquanto eficaz é o ato que produz o efeito esperado e, por fim, a análise da efetividade implica verificação do resultado positivo do ato realizado.

O garantismo, por sua vez, está ligado à idéia de devido processo legal, sob a ótica subjetiva e objetiva, ou seja, como garantia das partes, essencialmente do acusado, e como garantia do justo processo, respectivamente.

Diante disso, os doutrinadores do processo penal começaram a trabalhar com as noções de eficiência e garantismo, com o intuito de alcançar um processo equilibrado, que, a um só tempo, satisfizesse os anseios sociais por segurança (reprimindo a conduta comprovadamente criminosa) e o direito individual à liberdade (garantindo ao acusado meios para se defender e afastar imputações injustas).

A conciliação de eficiência e garantismo, no processo penal, é fundamental para que se evite tanto o uso cego do poder (eficácia exacerbada do sistema) como a queda em inócuo ritualismo sem qualquer punição justa (uso exacerbado do garantismo).

Em síntese, o binômio eficiência e garantismo, no processo penal, traduz-se na necessidade de se balancear adequadamente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança. Desse modo, a persecução penal será eficiente e garantista, se atingir, em prazo razoável, um resultado justo, consistente na atuação do direito punitivo, com a observância dos meios essenciais para a defesa da liberdade do acusado⁵⁵.

Passa-se, então, após esse breve introito, à análise acerca da ocorrência, ou não, de inversão do ônus da prova no momento em que ao arguido é dado comprovar a origem lícita de seu patrimônio.

Inicialmente, há que se afirmar que ônus probatório é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma incumbência para consigo mesmo, cujo descumprimento não acarreta prejuízo senão ao encarregado. Assim, ônus da prova é uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico pré-determina certa conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Como consequência no processo penal, “o insuficiente cumprimento

55 MACHADO. *A investigação Criminal Defensiva*. p. 130-131.

(pela acusação) da incumbência de provar os fatos alegados, acarreta a improcedência do pedido de condenação por falta de base material (de cunho fático)”⁵⁶.

Uma vez que, para a sua aplicação, a perda alargada pressupõe o estabelecimento de uma presunção *juris tantum* que deve ser desconstituída pelo arguido, é de se questionar se tal instituto põe em crise a tradicional visão acerca do ônus da prova, segundo a qual este compete, integralmente, à acusação.

Assim, é de se indagar, ademais, se de fato há, neste procedimento, inversão do ônus da prova – que seria transferido ao condenado – ou se há, meramente, uma minimização da exigência probatória; isto é, se o *standard* probatório é reduzido.

Para responder a tal questionamento, pode-se – como antes não se fizera neste trabalho – recorrer à legislação brasileira, embora para apontar a imprecisão técnica desta. Cuida-se, no caso, da Lei n. 9.613 de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e, igualmente, acerca da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos em tal diploma. Na exposição de motivos da aludida norma, afirma-se que

o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do seqüestro (art. 4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art. 5º, nº 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25, Lei 23.737/89).

De fato, o Brasil, como signatário da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, comprometeu-se, internacionalmente, a criar lei criminalizando o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico.

Chama atenção, contudo, o fato de que os responsáveis pela redação do projeto de lei afirmaram que se procede à inversão do ônus da prova no que toca à licitude de bens, direitos ou valores que porventura sejam objeto de confisco. Contudo, como afiançam Bonfim e Bonfim,

a expressão “inversão do ônus da prova”, costuma, não só no Brasil, mas em muitos outros países, a nosso sentir, ser equivocadamente empregada, equivoco este em que já incorre o legislador ao mencioná-lo na Exposição de

56 EISELE. Crimes contra a ordem tributária. p. 251.

Motivos, cuja pseudonovidade ensejou ampla gama de especulações a respeito⁵⁷.

Os autores prosseguem explanando que não há, na Lei de Lavagem de Dinheiro, verdadeira inversão do ônus da prova, inclusive em relação ao confisco de bens, direitos e valores, que somente pode ser decretado quando houver prova para tanto:

Com efeito, o que seria tecnicamente “inversão do ônus da prova”? À evidência, o vocábulo “inversão” sugere uma troca de posição na dialética processual, ficando o acusado, por exemplo, com o ônus de provar o que incumbiria à parte acusadora, ou seja, o fato constitutivo. Nesta hipótese, haveria verdadeira inversão do ônus da prova.

Nossa Lei de Lavagem de Dinheiro não adotou essa inversão (troca de posição na dialética processual) para decretação das medidas assecuratórias, pois, como vimos, elas somente serão determinadas diante da existência de indícios suficientes de ilicitude, que devem ser demonstrados pelo Estado, conforme o sistema tradicional.

Também não o fez quanto ao confisco de bens, direitos e valores. O confisco, como efeito da condenação, somente pode ser decretado quando exista prova para tanto, prova esta que também incumbe à parte acusadora, não ao acusado.

Em síntese, cabe à acusação comprovar a ilicitude dos bens, direitos ou valores sujeitos ao confisco através de prova direta, ou por meio de certos indícios que indiretamente demonstram aquela ilicitude [...].

Não se trata, pois, a nosso ver, em sentido técnico, de inversão do ônus da prova. O legislador ao aludir a tal expressão na Exposição de Motivos, conforme mencionado, não é que tenha “dito mais do que gostaria de dizer”, mas sim, disse o que provavelmente – por má compreensão da hipótese em análise – não correspondia às melhores lições processuais a respeito [...].

Dito de outro modo: aplicou-se à parte autora o ônus da produção probatória, tal como existente na teoria geral do processo penal, não se concebendo, dessa forma, a aludida novidade reclamada pelo diploma, nem tampouco, suprimindo ou minorando as clássicas garantias do processo. Não vimos, pois, nesse caso, qualquer exceção ao modelo processual que historicamente adotamos⁵⁸.

Afigura-se, assim, evidente que inexistente inversão do ônus da prova. Como se verificará adiante, o que há é a mitigação de exigência

57 BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

58 BONFIM; BONFIM. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

probatória ou, em outros termos, a exigência de um *standard* probatório inferior àquele exigido para a formulação do juízo de culpabilidade de um acusado. Trata-se de questão umbilicalmente vinculada ao princípio da presunção de inocência.

De início, há que se ponderar que, embora se mencione, usualmente, o princípio da “presunção” de inocência, esta deve ser tratada não somente como presunção que advoga em favor do réu, mas como estado em que este se encontra e como regra de tratamento, que somente podem ser desconstituídos mediante sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse é o atual quadrante do princípio do estado de inocência, com a conformação que lhe foi constitucionalmente emprestada. O princípio do estado de inocência revela-se, portanto, como moeda de duas faces, cada qual correspondendo a uma regra:

Uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação [...].

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória”, que nada mais é, atualmente (Lei nº 12.403/11), que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais, substitutivas da prisão.

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência [...] proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal⁵⁹.

Há que se registrar, ainda, que o princípio do estado de inocência se vincula, intimamente, ao princípio do *in dubio pro reo* e à repartição do ônus da prova, figurando estes dois postulados, como decorrência daquele primeiro, pilar fundamental do processo penal que é.

Já relacionando a presunção de inocência com a perda alargada,

59 OLIVEIRA. Curso de Processo Penal. p. 48.

vale relatar que doutrina majoritária portuguesa defende a constitucionalidade do instituto⁶⁰, arguindo que seu caráter não sancionatório faz não valer, nessa sede, a maior exigência constitucional da presunção de inocência e, ainda, que, em razão de a perda alargada já pressupor a existência de condenação criminal, estaria ultrapassada a presunção de inocência.

Embora não se discorde da conclusão, parece inadequado fundamentá-la em um suposto caráter não sancionatório da perda alargada. Como se procurou demonstrar, a perda alargada é efeito secundário não automático da condenação de caráter penal.

Noutro norte, questão relevante a se destacar é o fato de que o ponto fulcral do princípio da presunção (ou estado) de inocência reside no *standard* de prova exigido para que se defina a responsabilidade criminal do arguido: deve haver prova acima de qualquer dúvida razoável. Assim, tal preceito incide sobre o juízo de responsabilidade do acusado “em outras palavras especificamente sobre o veredicto quanto à culpa do acusado, o *guilty or not-guilty* do Direito anglo-saxão”⁶¹.

Em outras situações processuais, contudo, nada impede que se utilize um *standard* de prova diferenciado. É o caso, por exemplo, das medidas cautelares, cuja decretação não exige prova conclusiva da prática do crime.

Além disso, nada obsta que, mesmo no julgamento do caso penal, vigorem outros *standards* de prova, desde que não afetem o juízo de responsabilidade criminal do acusado⁶². Nesse contexto, é necessário compreender que um julgamento criminal contém, para além da decisão relativa à responsabilidade criminal do acusado, deliberações atinentes a outras questões de fato e de direito. Basta verificar que, após o “julgamento condenatório, faz-se necessário [...] decidir sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação previstos no art. 91 do Código Penal, dentre eles o decreto de confisco de produto ou instrumentos do crime [...]”⁶³.

Verifica-se, portanto, ser inapropriado estender a presunção de inocência, com o *standard* de prova que lhe é peculiar, para além do juízo

60 DUARTE. O Combate aos Lucros do Crime. p. 31.

61 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 160-161.

62 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 161.

63 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 161.

de responsabilidade criminal, no que toca a questões como a fixação da pena e o confisco de bens.

Portanto, a presunção de ilicitude, que parte de uma condenação criminal e da existência de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado, dispensa a acusação de provar, cabalmente, a origem ilícita dos bens, ao passo que transfere à defesa o encargo de atestar a origem lícita dos bens, sob pena de se decretar a perda destes.

Assim, vê-se que o *standard* probatório exigido para a decretação da perda alargada é, meramente, o de preponderância de prova ou, consoante Simões e Trindade, o de mero juízo de probabilidade⁶⁴. Isto é, basta que os elementos informativos colhidos na persecução penal – sejam eles “provas” indiretas, indiciárias, circunstanciais ou presunções – apontem, mais conclusivamente, no sentido de que parte do patrimônio do arguido é ilícita. Assim, se o acusado não lograr êxito em comprovar a licitude daquela parcela de seu patrimônio adquirida em até cinco anos da prática da infração penal em razão da qual houve condenação, que é, presumivelmente, ilícita, decretar-se-á a perda desses bens. Há que se ressaltar que, assim como o *standard* de prova exigido para que se considere presumivelmente ilícita parcela do patrimônio do condenado é reduzido para a acusação, também não se exige do arguido prova cabal, mas plausibilidade argumentativa⁶⁵.

Ademais, a leitura das Constituições brasileira e portuguesa⁶⁶ endossa esta conclusão: a presunção de inocência é imanente ao juízo de responsabilidade criminal. E é, por incorrer no equívoco de alongar, indevidamente, a extensão presunção de inocência, que parte da doutrina não compreende que a aplicação da perda alargada não fere a presunção de inocência⁶⁷.

Outrossim, a operacionalização do procedimento patrimonial tendente a decretar a perda alargada somente após condenação criminal extirpa qualquer dúvida sobre a violação à presunção de inocência, uma vez que parte de um juízo definitivo acerca da (não) inocência e da

64 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 32.

65 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 32-33.

66 Constituição Federal brasileira: “Art. 5º [...]. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

32.º n.º 2 da Constituição da República de Portugal: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

67 MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 161.

culpabilidade do arguido. Tal circunstância – a superação da presunção de inocência em razão da superveniência de condenação criminal – eliminaria, ao que parece, qualquer dúvida quanto à violação de tal preceito constitucional. Ainda assim, verifica-se que, na Alemanha e em Portugal, o início de tal procedimento se realiza independentemente da prova da culpa do arguido, ao passo que, na Áustria e na Suíça, sua operacionalização é completamente autônoma em relação ao processo dirigido à prova da responsabilidade criminal⁶⁸. Como já se afirmou, mais adequado seria que tal procedimento fosse iniciado somente após a sentença penal condenatória.

Valendo-se do Direito comparado, Moro tece as seguintes considerações:

No Direito Comparado há interessantes precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos limitando a presunção de inocência e o *standard* de prova que lhe é próprio ao julgamento quanto à responsabilidade criminal do acusado e permitindo que outros parâmetros probatórios sejam utilizados na decisão de outras questões, por exemplo, mesmo relativas à sentença. Em *Phillips vs. United Kingdom*, de 5-7-2001, ECHR 2001-VII, 29, a Corte de Estrasburgo decidiu [...]

“A Corte considera que [a presunção de inocência] não é absoluta, uma vez que presunções de fato ou de direito operam em todo sistema de Direito criminal e não são proibidos, em princípio, pela Convenção, desde que os Estados permaneçam dentro de certos limites, levando em consideração a importância do que estiver em questão e mantendo os direitos da defesa”⁶⁹.

Constata-se, assim, que a Corte de Estrasburgo, em decisão paradigmática, considerou que a perda alargada não viola o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma vez que a presunção de inocência não é um direito absoluto. Tal preceito não foi violado, ademais, porquanto a abordagem da perda alargada não implica uma nova acusação penal, mas, sim, um processo de execução de sentença. Concluiu o Tribunal, então, que “o artigo 6º, § 2º, da Convenção não era aplicável ao procedimento de confisco de que o requerente foi objecto”. Confrontando a alegação de que houve ofensa a um julgamento justo, o

Tribunal concluiu que o sistema de acordo com o qual as suposições foram usadas prevê garantias suficientes

68 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 34.

69 MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 162.

contidas em uma trilha clara. A principal garantia era que a suposição feita pelo 1994 Act podia ter sido refutada se Phillips tivesse demonstrado, outra vez no equilíbrio de probabilidades, que não adquiriu a propriedade através do tráfico de drogas⁷⁰.

Moro observa, ainda, que,

no Reino Unido, a Câmara dos Lordes, no caso *Benjafield and Rezvi*, de 2002, no qual foram questionadas presunções legais previstas no *Drug Trafficking Act 1994* para o confisco de bens de criminosos condenados, admitiu a validade e a compatibilidade delas com a presunção de inocência. Na decisão, *Lord Steyn* observou que:

“é somente após a condenação que surgem as questões relativas ao confisco. Isso é significativo, porque o julgamento do qual resulta na condenação ou nas condenações será do tipo no qual o usual ônus ou *standard* de prova é da acusação. Em edição, um acusado que é condenado pelo crime ou pelos crimes em questão está ciente de que se ele cometer os crimes pelos quais ele foi condenado, ele estará sujeito não só à prisão ou outras sentenças, mas estará sujeito ainda ao procedimento de confisco”.

Situação similar se verifica nas Cortes Federais norte-americanas, em que a condenação depende da existência de prova acima de qualquer dúvida razoável da responsabilidade criminal do acusado, operando a presunção de inocência em sua plenitude. Por outro lado, para a fixação da pena na sentença ou mesmo para a decisão para o confisco de bens, o parâmetro de prova aplicável é o da “preponderância de prova”, basicamente o mesmo pertinente às decisões nos processos cíveis⁷¹.

Concluindo o raciocínio, Moro assevera ser “bastante significativo que tais regras vigorem em países que constituem o berço da presunção de inocência”⁷².

Ainda no que toca ao direito estrangeiro, em consonância com a jurisprudência da Corte Europeia, é possível extrair, segundo Lima, as seguintes premissas:

1^a) a presunção de inocência é aplicável aos processos criminais como um todo, incluindo o relativo à ordem de confisco (Caso *Minellik vs. Suíça*, 25-3-1983; 2^a) mostra-se admissível a utilização de presunções de fato ou de direito, desde que obedeçam a limites razoáveis e sejam

70 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 228.

71 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 162.

72 MORO. Crime de lavagem de dinheiro. p. 164.

proporcionais à relevância do caso e preservem os direitos de defesa (igualdade de armas). A presunção não pode ser absoluta ou irrefutável, devendo possibilitar ao juízo uma margem de apreciação, sendo, portanto, vedados a inversão total do ônus da prova e o confisco geral de bens (Caso *Salabiaku vs. França*, 7-10-1988); 3^a) a caracterização da penalidade, como visto anteriormente, foi ressaltada pelo Tribunal Europeu no julgamento do caso *Welch vs. Reino Unido*, de 9-02-1995, para efeitos de incidência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷³.

Cabe ressaltar, em tempo, que as considerações concernentes à presunção de inocência até aqui elaboradas não excluem a sua incidência em toda a persecução penal. A *persecutio criminis*, una e indivisível que é, orienta-se pelos mesmos princípios em seu decorrer. A força da incidência desses preceitos, contudo, é variável de acordo com a situação processual. Nesse sentido, aduz Lima:

O princípio da presunção de inocência, a nosso ver, aplica-se no âmbito do confisco alargado, dada a natureza jurídica punitiva e materialmente penal do referido instituto. Assim, deve o Ministério Público demonstrar o nexo ou liame entre o crime pelo qual o agente foi condenado e a atividade criminosa anterior, através de um balanço de probabilidades, e não uma total inversão do ônus da prova. A partir daí, cabe ao arguido afastar a presunção, a qual não é absoluta, pelos meios probatórios disponíveis, cumprindo ao juiz valorar a prova trazida aos autos, em conformidade com as regras da experiência e a persuasão racional ou livre convencimento motivado⁷⁴.

Evidenciado que a incidência da presunção de inocência não obsta a adoção da perda alargada, passa-se à análise do princípio do *in dubio pro reo* ou favor rei.

Tal preceito consiste, basicamente, em postulado que determina que, na dúvida sobre qual regra aplicar ou sobre qual interpretação a ser adotada, o interesse do réu prevaleça quando em contraste com a pretensão punitiva.

Como princípio que estabelece que a proteção do acusado, ao final do processo, deve prevalecer, o favor rei é cânone interpretativo ínsito ao ordenamento jurídico dos Estados constitucionalmente democráticos, e destes é a máxima expressão. Nesse contexto, estipula-se que “o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações

73 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 229.

74 LIMA. Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro. p. 230.

antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado”⁷⁵.

O princípio do favor rei é postulado umbilicalmente vinculado aos já comentados princípio do ônus da prova e princípio do estado de inocência, ao estatuir que, quando a acusação não houver logrado êxito em desincumbir-se do ônus da prova que lhe é imposto, deve ser prolatada decisão judicial que proteja os interesses do acusado, mantendo-se incólume o estado de inocência que somente pode ser elidido por sentença penal condenatória transitada em julgado. É até mesmo possível afiançar que “o elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possam adotar, é exatamente o do favor rei”⁷⁶.

Em nova análise do Direito comparado, Simões e Trindade observam que a jurisprudência portuguesa tem tentado contornar o conflito de instrumentos alargados de confisco com o princípio da presunção de inocência, exigindo o convencimento do tribunal acerca da origem ilícita dos bens, fundamentado em prova indireta ou indiciária, pelo menos (com ônus a cargo da acusação), de sorte a salvaguardar o princípio do *in dubio pro reo*⁷⁷.

A esse propósito, o Supremo Tribunal Alemão (BGH) decidiu, em 1994, que

não é suficiente um elevado grau de verossimilhança da origem criminosa do património do arguido, mas requerese que o juiz, com base nas provas recolhidas, tenha concluído com plena convicção que ele obteve os bens sujeitos a confisco através de actos ilícitos. Se persistirem dúvidas sobre a origem dos bens, não é possível proceder ao seu confisco.

O BGH especificou, também, que “um alto grau de verossimilhança não pode substituir a necessária convicção do juiz”. Porém, logo em 1995, veio a julgar que é suficiente, para fins de aplicação do regime de “perda ampliada”, que o juiz decida com “um grau inferior de conhecimento quanto à origem dos bens a confiscar”.

Em 2004, a corte alemã confirmou a compatibilidade da *erweiterte Verfall* com o princípio da culpa, com a presunção de inocência, com a garantia constitucional do direito de propriedade e com o princípio

75 RANGEL. *Direito Processual Penal*. p. 35.

76 RANGEL. *Direito Processual Penal*. p. 35-36.

77 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 7-8.

da tipicidade. Conseqüentemente, o alívio (“aligeiramento”) do ônus da prova foi considerado conforme o princípio da proporcionalidade, tendo em consideração a necessidade de dispor de um instrumento de luta contra a criminalidade organizada⁷⁸.

A solução apresentada pela corte alemã, a partir de 1995, mostra-se acertada, uma vez que minimiza as exigências probatórias para que se decrete a perda alargada, à moda do que se afirmou quando se discorreu acerca da presunção de inocência.

Ademais, não há violação ao princípio do *in dubio pro reo* ao se adotar uma presunção para decretar o confisco de bens do arguido, uma vez que o *standard* probatório em tal procedimento é reduzido. Assim, se qualquer dúvida razoável é suficiente para obstar que o julgador formule juízo de culpabilidade sobre o réu – uma vez que, nesse momento, a presunção vigora com sua força máxima –, não é necessário, no procedimento tendente à decretação da perda alargada, que o acusador extirpe todas as dúvidas; basta, como já se asseverou, que haja uma preponderância de prova a seu favor – à moda do que ocorre no processo civil –, a qual permite que se formule a presunção de que parcela do patrimônio do réu é ilícita.

Na seqüência, é de se avaliar o princípio da culpabilidade em confronto com a perda alargada.

A culpabilidade corresponde ao axioma garantista “*nulla poena sine culpa*”, segundo o qual não será apenado aquele que agiu sem culpa em sentido amplo – ou seja, dolo ou culpa. Tal preceito representa, assim, a vedação à responsabilização objetiva ou, por via oblíqua, a imposição de subjetividade para que haja responsabilidade penal.

Assim, argui-se que a imposição da perda alargada, por se dirigir não somente a bens vinculados à prática comprovada de um crime, violaria o princípio da culpabilidade.

Contudo, de modo semelhante ao que se asseverou em relação à presunção de inocência, há que se afirmar que tal preceito veda a responsabilização penal sem que se comprove culpa, ao passo que a imposição da perda alargada, embora tenha caráter penal, de modo algum implica responsabilização criminal.

78 SIMÕES; TRINDADE. *Recuperação de activos*. p. 7-8.

Além disso, a perda alargada pressupõe a existência de condenação criminal, isto é, de decisão judicial que haja formulado, conclusivamente, um juízo de culpabilidade acerca do arguido.

Encerra-se, assim, o cotejo entre a perda alargada e os valiosos princípios basilares do processo penal, com a compreensão de que a adoção daquela não implica violação a estes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Patologias graves exigem remédios fortes.

O presente trabalho orbitou acerca dessa assertiva. Preliminarmente, lançou-se o problema que se pretendia responder, atinente à conformidade entre a perda alargada e os direitos, as garantias e os princípios acolhidos pelo sistema constitucional. A hipótese, apresentada como resposta provisória àquela indagação, foi no sentido de que há conformidade entre a principiologia processual penal e a perda alargada.

Inicialmente, considerando que a perda alargada é instrumento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, realizou-se uma aproximação conceitual de tal mecanismo, cotejando-o com a perda clássica – essa, sim, presente na legislação penal pátria. Discorreu-se sobre aspecto fundamental na compreensão do presente artigo, consistente na natureza jurídica da perda alargada, que foi, então, compreendida como efeito secundário e não automático da condenação, cujo caráter é penal.

Na sequência, abordaram-se o surgimento da perda alargada, no seio da comunidade europeia, bem como a sua adoção, a qual, usualmente, é sucedida de diversos questionamentos perante as cortes constitucionais e mesmo diante de cortes internacionais.

Em uma concatenação lógica, discorreu-se acerca da regulamentação da perda alargada, com especial atenção ao ordenamento português, embora normas de outros países também tenham merecido atenção, em decorrência de suas peculiaridades.

Após, analisou-se o rol de crimes, previsto na Lei n. 5/2002, aos quais é aplicável a perda alargada, bem como se teceram comentários acerca de algumas das mais destacadas modalidades de delitos arrolados pela norma sobredita.

Tratou-se, então, da operacionalização da perda alargada, que tem papel fundamental na formulação da hipótese provisoriamente formulada. Nesse contexto, asseverou-se que, muito embora se tenha empreendido a uma análise mais detida do confisco à portuguesa, tal modelo não é o ideal. Irrestrito às críticas, o texto apontou qual seria a melhor forma de dinamizar a perda alargada – operacionalizando-a somente após a condenação criminal –, com vistas a dar-lhe de eficiência e, ao mesmo tempo, dar cumprimento aos ditames garantistas.

Por fim, procedeu-se ao confronto entre a perda alargada e os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo*, culpabilidade e ônus de prova. Essa verificação evidenciou que a perda alargada, se melhor operacionalizada, mantém incólume os direitos, as garantias e os princípios processuais penais. Nesse ponto, destacou-se que, muito embora tenha encontrado resistência e seja alvo de constantes embates judiciais, a perda alargada tem sido bem recepcionada pelas cortes constitucionais dos países que a adotaram.

Tem-se, assim, uma prévia da resposta final ao problema de início formulado. Ao fim, considerado todo o exposto, compreende-se que a perda alargada, se adotada no Brasil, guardaria conformidade constitucional com o sistema de direitos, princípios e garantias instituído. Para além disso, buscou-se evidenciar que, mais que uma opção possível, a adoção da perda alargada é medida imprescindível no combate à criminalidade.

Para finalizar, em face da resposta formulada, há que se considerar que, se, por um lado, a perda alargada não é isenta de questionamentos, por outro, revela-se como engenhoso e valioso mecanismo engendrado pelo processo penal no combate e repressão à criminalidade, sobretudo organizada e financeira.

Assim, ao cabo, remete-se à máxima formulada por René Descartes segundo a qual “não existem métodos fáceis para resolver problemas difíceis”.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Paraná: Hemus, 2000.
- BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: Edijur, 2002.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. 235 f. Dissertação – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das “Cifras Negras”**. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/cifras.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2014.
- DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n. 5/2002 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do artigo 7º e as suas implicações**. 2013. 53 f. Dissertação – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.
- EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- HERRERA, José Manuel Palma. **Los delitos de blanqueo de capitales**. Madrid: Edersa, 1999.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LIMA, Vinicius de Melo. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, p. 201-234, jan. 2012.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212p. Dissertação – Faculdade de Direito de da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. **Recuperação de ativos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**, in Revista Julgar *on-line* 2009, p. 3, disponível em <<https://sites.google.com/site/julgaronline/>>.

TRÊS, Celso Antônio. **Teoria geral do delito pelo colarinho branco**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006.

CIVIL

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PÓS-MODERNIDADE: A QUESTÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS ASSUNTOS DE INTERESSE COLETIVO

José Isaac Pilati

Professor Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Leonardo Henrique Marques Lehmann

*Promotor de Justiça de Santa Catarina
Doutorando em Direito na Universidade de Navarra (Espanha)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 A modernidade na origem e na crise: construção de um novo paradigma coletivo para além do público estatal. 2 A participação popular nos assuntos de interesse coletivo: construção do seu marco jurídico infraconstitucional. 3 O Ministério Público como ponte entre a comunidade e a efetividade da participação quanto à fiscalização e à gestão dos bens coletivos extrapatrimoniais. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Procura-se traçar um perfil da Modernidade e sua crise, e projetar um esboço de teoria pós-moderna do direito. Tenta-se identificar o perfil de atuação do Ministério Público nesse contexto, a partir da nova ordem constitucional de 1988, exatamente como exemplo e campo de observa-

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 191 - 224	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

ção das transformações constitucionais pós-modernas. Em conclusão, prevê-se uma mudança de atitude dos seus operadores, em decorrência da titularidade coletiva dos bens pertinentes à participação popular.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Modernidade. Pós-Modernidade. Fontes Romanas. Participação Popular.

ABSTRACT

This paper aims to draw a profile of Modernity and its crisis, as well to design a sketch of postmodern theory of law. In this context, we try to identify the Public Prosecution's action profile, from the 1988 new constitutional order, just as an example and observation field of postmodern constitutional transformations. In conclusion, it is anticipated a change in attitude of its operators, due to the collective ownership of goods concerning to popular participation.

KEYWORDS: Public Prosecution. Modernity. Postmodernity. Roman Sources. Popular Participation.

INTRODUÇÃO

Neste artigo procurar-se-á conceituar e descrever a crise da modernidade e suas instituições, sobretudo do Estado; e, lançando mão de conceitos de pós-modernidade e transição paradigmática, tentar-se-á projetar um esboço de teoria jurídica para os tempos hodiernos, partindo-se do arcabouço constitucional de 1988; e a título de ilustração dos problemas e transformações do direito pós-moderno, focar-se-á o caso dos membros do Ministério Público diante da participação popular.

O tema será desenvolvido em três seções, sendo a primeira dedicada à modernidade e a segunda, ao esboço de teoria pós-moderna do direito; e a terceira, ao enfoque do Ministério Público e a desenvoltura dos seus membros perante o desafio pós-moderno da participação.

1 A MODERNIDADE NA ORIGEM E NA CRISE: CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA COLETIVO PARA ALÉM DO PÚBLICO ESTATAL

Em termos convencionais, os tempos modernos começam com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, fato que decretou o fim do Império Bizantino, herdeiro do Império Romano e bastião da cultura ocidental encravada nos limites entre Oriente e Ocidente. O episódio marcaria o fim da Idade Média, ideia esta que acabaria prevalecendo, de fato, no século XIX. Segundo Morin (2011, p. 18) não se pode falar em uma data precisa de inauguração da era moderna: 1453, com a queda de Constantinopla; 1455, com a invenção da imprensa por Gutenberg; 1492, com a chegada de Colombo à América; ou 1520, quando Copérnico estabeleceu não ser a Terra o centro do universo? O Renascimento, contudo, com a revitalização da herança grega, em grande parte proporcionada pela migração forçada dos intelectuais de Constantinopla à península itálica¹, seria marco fundamental da inauguração da Modernidade, à medida que permitiu uma renovação da filosofia e o desenvolvimento da ciência moderna.

Após o Renascimento, o Iluminismo pode ser considerado um passo crucial do pensamento moderno europeu, com a dialógica, simultaneamente, antagônica e complementar entre fé e dúvida, razão e religião, movimento que vai encontrar o ápice em Pascal e legitimar a supremacia da razão, do desenvolvimento econômico e mercantil, enfim, a evolução para o capitalismo. Também se pode mencionar como sinal característico da era moderna a afirmação do Estado-Nação e do individualismo, característica-chave de uma civilização que se propagará pelo mundo (MORIN, 2011, p. 18-20).

Ainda segundo Morin (2011, p. 22), a modernidade manifestou-se por meio de três mitos: do domínio do universo, formulado, entre outros, por Descartes, Buffon e Marx; do progresso, da necessidade histórica, presentes a partir de Condorcet; e da felicidade, propagado a partir do século XIX pela cultura midiática (no sentido de que existe uma felicidade ao alcance dos indivíduos).

Não se pode negar o caráter emancipatório da modernidade,

1 A respeito da participação decisiva dos emigrados de Constantinopla no renascimento europeu, vide WELLS (2011).

centrado no respeito à individualidade e à racionalidade do homem, em contraposição à realidade medievla de desrespeito generalizado ao indivíduo (ausência de direitos individuais) e prevalência da religião e da metafísica para explicação da realidade, em detrimento da razão. Também não se pode negar que as instituições gestadas na modernidade, nesse diapasão, carregam no gene a semente do individualismo e da razão, ditados pela axiologia econômica.

Nesse contexto, de todas as criações do seu paradigma, nenhuma teria gerado tantos frutos, talvez, quanto o Estado; do ponto de vista de política interna, como da estruturação do poder político à base de um ente superior a todas as individualidades, concebido de forma a frear os excessos individuais, a tomar para si a exclusividade do emprego da força; no plano externo e de representação no cenário internacional, não há dúvidas de que se tornou o Estado, a unidade preponderante, que caracteriza a modernidade.

Wolkmer (1990, p. 11, 20-21) lembra que a noção de “Estado Moderno” edificou-se através de longo e acidentado processo histórico que começou entre os séculos XII/XIV, e se estendeu até os fins do século XVIII graças à especificidade e à combinação de fatores internos e externos das formações sociais ocidentais, bem como ao impacto de profundas transformações estruturais, de natureza socioeconômica, político-jurídica e ético-cultural que se articularam nas dimensões daquela temporalidade. Afirma Wolkmer, nesse sentido, que foi somente na Renascença, em 1513, com a publicação de *O Príncipe*, de Maquiavel, que apareceu, pela primeira vez, o emprego moderno da expressão Estado, derivado do latim *status*, para denominar sociedades políticas na Itália e, após, na França, Inglaterra e Espanha; não se podendo, rigorosamente, falar da existência de Estado centralizado no período medieval, haja vista a setorização e a fragmentação dos poderes em reinos e feudos.

Não se pode olvidar, também, que o aparecimento do Estado, na passagem do medievo à modernidade, coincide com um evidente crescimento econômico, como palco da configuração do Direito, da criação do espírito das leis do mercado, da ideologização da ordem liberal, da afirmação do modelo capitalista, do surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais e da crença na ideia do progresso, características marcantes do que se chama modernidade (BITTAR, 2009, p. 57).

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 79) relaciona o trajeto histórico da modernidade com o desenvolvimento do capitalismo dos países centrais, distinguindo três grandes períodos: o primeiro, cobrindo todo o século XIX, identificado como capitalismo liberal; o segundo, iniciando-se no final do século XIX, estendendo-se até as primeiras décadas após a 2ª Guerra Mundial, que denomina capitalismo organizado; e o terceiro, situado entre o final da década de 1960 e os dias correntes, que denomina capitalismo desorganizado.

O primeiro período já demonstrava no plano político e social que o projeto da modernidade era ambicioso e internamente contraditório e que, em razão disso, o excesso das promessas acumularia, historicamente, um déficit quiçá irreparável. O segundo período foi marcado pela tentativa de cumprimento de tais promessas, algumas cumpridas até com algum excesso, como no âmbito da criação do Estado-Providência. Finalmente, o terceiro período, contemporâneo, seria marcado pela consciência de que o déficit não só existe como é maior do que se supunha, e que não adianta esperar o cumprimento das promessas não cumpridas pelo modelo paradigmático moderno (SANTOS, 2003, p. 79-80).

De fato, o século XX verifica, no bojo da modernidade, um desenvolvimento notável no campo da ciência, da técnica, da economia e do capitalismo, chamados por Morin (2011, p. 22-23) de “quatro motores associados da nave espacial Terra”; que liberam uma surpreendente capacidade de invenção e, ao mesmo tempo, de manipulação e de destruição. Segundo o filósofo francês, pai do pensamento complexo, a crise surge quando a modernidade – que tinha como foco Deus, a natureza e o exterior – voltou-se para si própria, instalando a ciência, e a partir daí, de forma ambivalente e à medida que produz saberes novos, capazes de revolucionar o conhecimento do mundo, o desenvolvimento de “capacidades gigantescas de morte”, decorrentes da disseminação de armas de destruição em massa e da degradação da biosfera provocada pelo próprio desenvolvimento.

Paralelamente ao mito do progresso, e o déficit no cumprimento das promessas da modernidade, mencionado por Boaventura de Sousa Santos, Eduardo Bittar (2009, p. 56) acrescenta que a segregação social, a má distribuição de renda, a injustiça social e a incapacidade do Estado em atender as demandas sociais são situações que foram plantadas em tempos modernos e que agora germinam em momento pós-moderno.

Assim, se a modernidade tem como marco a emancipação do indivíduo e o conseqüente desenvolvimento do capitalismo, mediante a apropriação privada dos bens, transformando o mundo, essa conjunção, embalada pelo mito do progresso, proporcionou inegável avanço em termos econômicos e tecnológicos; mas, por outro lado, a crise que suscitou e se vivencia é conseqüência direta dessa mesma lógica: a ciência converte a natureza em produto e ela assim, como produto objeto de investigação, também se torna produto na esteira da produção capitalista (BITTAR, 2009, p. 87).

O ponto fundamental do paradigma jurídico da modernidade, considerados esses aspectos, reside em consagrar o coletivo como estatal, diluído nos meandros do ordenamento, desclassificado na substância. O coletivo é proclamado como direito, porém, sob a forma de dever (policiado pelo Estado) e de solidariedade social (no plano moral ou ético), e não como direito subjetivo público e autônomo. A sua autonomia jurídica é negada na esfera do sujeito (à Sociedade só resta protestar nas ruas) e suprimida pela falta de instrumento de participação efetiva. É um paradigma que sonega ao coletivo, enfim, a tutela específica de processo coletivo, relegando-o ao faz-de-conta de uma segurança jurídica ineficaz e inoperante (PILATI, 2013).

A lógica proprietária que move o mundo moderno consagrou o mercado como força hegemônica a ditar regras e comportamentos. O indivíduo é retratado apenas como consumidor, uma peça fundamental ao funcionamento da máquina mercadológica, esta que possui uma justiça própria, baseada em mérito pessoal, esforço de trabalho, dedicação monástica e recompensa espiritual pelo esforço humano (BITTAR, 2009, p. 149). O Estado, nesse contexto, possui meios escassos para cumprir sua função, já que, como afirmado, seus instrumentos são limitados em relação à agilidade do mercado, que atua em tempo real e dita regras de acordo com seu próprio interesse, sem compromisso com o bem comum (PILATI, 2013).

O Estado, pois, nesse diapasão, encontra-se desafiado em sua concepção de matriz, em sua determinação estrutural, bem como em sua capacidade de agir, a qual pode ser medida, entre outros aspectos, pela sua capacidade de gerar o atendimento de expectativas sociais. Encontrará mecanismos para superar tal situação? O que se percebe, é uma forte mudança na forma de fazer política, à medida que a grave

crise afeta a própria ideia do que seja política, especialmente após a década de 1980 (BITTAR, 2009, p. 431).

Refere Teixeira Coelho (2011, p. 10-11), aliás, que é na política, mais do que em qualquer outro setor, que a perda de fé nas promessas da modernidade tem sido visível, já que o descrédito na política é universal, sendo o movimento dos Indignados exemplo tanto da descrença na política tradicional como da incapacidade, pelo menos momentânea, de propor algo no seu lugar.

De fato, a crise da democracia formal representativa, e reflexivamente do Estado representativo, encontra-se nesse contexto. A comunidade, regra geral, não se reconhece na pessoa de seus representantes eleitos, estabelecendo-se um hiato de legitimidade entre mandantes e mandatários.

Octavio Ianni (2011, p. 233) reverbera esse mesmo sentimento, ao afirmar que o discurso político torna-se cada vez mais exíguo e fragmentário, assemelhando-se mais a uma réplica ou caricatura de programa de auditório ou de telenovela, passando longe do debate político-partidário, do comício, da praça pública, do público ou do povo, transformando esses últimos em ouvintes ou telespectadores passivos e indefesos, maravilhados ou indignados, estando todos, o político e o público, o partido e o povo, “transfigurados em realidade virtual, uma ficção paródica, um simulacro pasteurizado”.

Fernando Henrique Cardoso (2012, p. 89-90), com a experiência privilegiada de ter circulado entre a vida acadêmica, como sociólogo, e a vida política, como Presidente da República, reconhece que os partidos políticos não são capazes de tratar das questões reais que interessam ao dia a dia das pessoas. Para Cardoso, os partidos estão cada vez mais desligados do mundo real, o que aumenta o divórcio entre sociedade e política. E mostra-se cético quanto à possibilidade de reconexão entre essas esferas, em razão de a nova sociedade estar se conectando de outra maneira, por sua própria iniciativa, independentemente das estruturas preestabelecidas.

Vive-se, pois, um momento de crise paradigmática, conforme dito, em que as instituições sociais, criadas no contexto da modernidade, notadamente o Estado, não conseguem cumprir a contento as funções previstas. E a humanidade procura solucionar novos problemas com velhos conceitos e paradigmas, afirmando Morin (2011, p. 41-42), nesse sentido, que isso nos conduz à ideia de que é preciso ultrapassar o Ilu-

minismo, integrando o que há nele de válido, mas acrescentando muitas outras coisas.

O momento é de transição, e a perplexidade decorre da consciência de que o modelo vigente está esgotado e de que ainda não se sabe para onde se caminhará. Enfim, este grave momento, que é de transição, é o que muitos teóricos convencionaram chamar de *pós-modernidade*.

O termo “pós-modernidade” popularizou-se principalmente depois da publicação de “A condição pós-moderna”, de Jean-François Lyotard, em 1979. Segundo a doutrina de Lyotard (2002, p. xvi), não é um sistema a ser discutido ou implantado para a solução de todos os problemas da contemporaneidade, senão um fundamento para uma mudança de perspectivas teóricas (BITTAR, 2009, p. 126), considerando-se pós-moderna, de forma simplificada segundo Lyotard, a incredulidade em relação aos metarrelatos.

Para David Lyon (1998, p. 128), o conceito de pós-modernidade é uma “problemática” valiosa que alerta para questões fundamentais relacionadas às mudanças sociais contemporâneas, tratando-se de um conceito que convida a participar de um debate sobre a natureza e a direção das sociedades atuais, num contexto globalizado. Não se trata de um conceito que se aplique apenas a um estado de coisas existente, mas a mudanças sociais e culturais sem precedentes. Para Lyon, o fato de “pós-modernidade” ser ou não o melhor termo para consubstanciar essas mudanças não é o mais importante, senão compreender o que está acontecendo. Pós-modernidade, neste contexto, “é um termo que, para o momento, cumpre bem sua finalidade”.

Há também quem visualize a pós-modernidade como identificada com práticas políticas liberais ou neoliberais. Nessa linha, destaca-se Marilena Chauí (1992, p. 356 e 384), para quem a pós-modernidade optaria pelo fragmentado e pela indeterminação, pelo “neoliberalismo pós-moderno”, cuja política, no seu modo de ver, procura contrapor a perda do centro identificador da modernidade, resultado da veloz dispersão e fragmentação da esfera privada do mercado e da veloz desintegração do espaço público sob os imperativos da dispersão econômica, localizando-o “na pessoa-em-imagem do governante”.

Alinha-se Chauí (1992, p. 388 e 383), em certa medida, a Habermas, para quem a modernidade é um projeto em andamento, situando o que

chama de pós-modernismo como uma integrante da modernidade, termo ao qual dirige veementes críticas, sintetizadas na visão de que os “pós-modernos”, na tensão entre essencial/acidental, efêmero/eterno, teriam feito a opção pela “Aparência”, em detrimento da “Essência”.

Essa visão crítica em relação à pós-modernidade é igualmente mencionada por Lindgren Alves (2002, p. 21), que afirma que os opositores da expressão normalmente tacham de “pós-moderna” qualquer escola contemporânea de políticas liberais.

Particularmente, considera-se este debate *gramatical* inócuo. Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 50) lembra que é uma característica das transições o fato de serem “semi-invisíveis” e “semicegas”, o que torna impossível nomear com exatidão a situação atual. Acredita Boaventura ser essa a razão pela qual a expressão “pós-moderno”, apesar de inadequada, ter-se popularizado para designar, justamente, um momento transitório paradigmático, o que torna o termo, por essa mesma razão, “autêntico na sua inadequação”.

Na mesma linha, afirma Eduardo Bittar (2009, p. 109) que a pós-modernidade não é apenas um movimento intelectual ou meramente um conjunto de ideias críticas em relação à modernidade, senão um modo de visualizar a realidade a partir da mudança de valores, costumes, hábitos sociais e instituições, atestando algumas conquistas e algumas desestruturações sociais o “estado em que se vive em meio a uma transição”.

É, em alguma medida, o que pensa Krishan Kumar (1997, p. 188), ao alertar que se deve ter o cuidado de não traçar uma linha forte demais entre as teorias da modernidade e pós-modernidade. Lembra que, para muitos pensadores de ambos os lados da controvérsia, a diferença está no campo da ênfase, quando não da mera terminologia. Enquanto os modernistas salientam a persistência das características passadas e a relevância de análises antigas da modernidade, os pós-modernos, apesar de não negarem a continuidade, mostram-se mais impressionados com o fato de que se está, em razão da localização temporal, em melhores condições de levar em conta toda a experiência da modernidade, de uma maneira antes impossível.

Distingue Kumar (1997, p. 202-203) duas variantes principais de pós-modernidade ou de visões sobre a pós-modernidade. Enquanto

uma parece encaixar-se confortavelmente nos requisitos do capitalismo tardio, louvando a cultura de massa, o consumismo e o comercialismo, outra aparentemente se ergue contra as correntes da cultura capitalista, dando respaldo a numerosos movimentos sociais que têm por base reivindicações ligadas a gênero, etnicidade e localidade. As críticas de Chauí (1992), antes apontadas, parecem dirigir-se a essas variantes, especialmente à primeira.

Procurando superar a dicotomia apontada por Kumar, destaca-se o entendimento de Bittar (2009, p. 115-116) de que a acepção cabível da pós-modernidade é aquela que denota o estado de reflexão da sociedade sobre suas próprias mazelas “capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*”, considerando-se a condição de superação do modelo moderno de organização da vida. Todavia, a pós-modernidade não se nutre apenas de superação, já que um revisionismo crítico significa escavar os erros do passado com o objetivo de preparar novas condições de vida. Nesse sentido, a pós-modernidade é menos um estado definitivo de coisas e mais uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que deverá durar décadas até se consolidar, não encerrando a modernidade, senão inaugurando seu amálgama com os restos daquela.

O desafio da academia, portanto, é esse, desbravar os caminhos dessa apontada transição paradigmática; partindo da herança iluminista da racionalidade, cuja validade não se pode descartar;² com o intuito de identificar quais os consensos possíveis num mundo em transformação (BITTAR, 2009, p. 113) a partir da observação da vida e do fenômeno social.

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 102-103) é exato ao ilustrar o esgotamento do projeto da modernidade, asseverando que tal afirmação significa, antes de tudo, que se ele cumpriu em excessos e déficits irreparáveis, sendo, nesse sentido, a relação entre o moderno e o pós-moderno não de ruptura total, nem de continuidade linear, mas,

2 Eduardo Bittar, amparado em Sergio Paulo Rouanet, afirma que *A razão não poderia deixar campo para a implantação do irracionalismo absoluto, ou para o voluntarismo exacerbado de matriz nietzschiana. Na falência da ideia da razão instrumental (cognitiva e instrumental), ou na decrepitude do projeto moderno, estar-se-ia diante de um convite à revisão da razão, agora de uma razão consciente de suas fragilidades, mas não propriamente diante do abandono do princípio segundo o qual a razão deve governar as relações. Deste modo é que [Rouanet] afirma: Precisamos de um racionalismo novo, fundado numa nova razão. A verdadeira razão é consciente dos seus limites, percebe o espaço irracional em que se move e pode, portanto, libertar-se do irracional* (ROUANET, 2000, p. 12-13); (BITTAR, 2009, p. 117). Destaca-se, a propósito, que o voluntarismo metafísico foi iniciado em verdade por Schopenhauer (ABBAGNANO, 1998, p. 1007), que foi criticado por Nietzsche (HUISMAN, 2001, P. 899-905).

de forma contraditória, uma situação de transição em que ambos os momentos são vivenciados.

No Brasil, uma inexperiência democrática pode ser apontada entre as causas de uma vivência ambígua de direitos. É o peso de centenas de anos como colônia, décadas de servilismo à monarquia imperial, seguidas de uma República entrecortada por períodos ditatoriais, sucessão que constitui “uma escalada em direção à constituição de uma sociedade construída sob a insígnia do paternalismo servil” (BITTAR, 2009, p. 215-216). Nesse sentido, certa cumplicidade entre a inexperiência política democrática e a incapacidade de o Estado Democrático de Direito se afirmar na condução de políticas públicas (id, p. 218).

O que deve ser questionado é em que perspectiva se encontra a discussão sobre as capacidades paralelas às do Estado de revigorar modos alternativos de construção da sociedade. Se não se pode prescindir da política e se o espaço do que é comum não pode ser dispensado, como desejam as forças do mercado, há que se pensar num modo de fazer política mais condizente com a realidade pós-moderna. Pensar políticas públicas efetivas; vale dizer, é um desafio em tempos em que a inoperância e o descrédito tomam conta da consciência coletiva a respeito da capacidade de ação e intervenção do Estado sobre a sociedade (BITTAR, 2009, p. 433-435).

Neste contexto, assinala-se que um dos pressupostos trazidos pela modernidade foi o do caráter simplificador mediante as dicotomias público/privado e indivíduo/Estado; e que agora, como visto, tal formulação encontra-se em evidente crise de legitimidade, impondo-se a necessidade de abrir espaço ao resgate do elemento coletivo constitucional, a partir de 1988, no Brasil. O texto constitucional vigente, com efeito, inaugura nova feição da soberania, dos sujeitos de direito, dos bens, dos processos e dos procedimentos de exercício e de tutela dos direitos. Em outras palavras, a construção da pós-modernidade no Brasil é uma tarefa infraconstitucional.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS ASSUNTOS DE INTERESSE COLETIVO: CONSTRUÇÃO DO SEU MARCO JURÍDICO

INFRACONSTITUCIONAL

A discussão da pós-modernidade como paradigma – ou como transição paradigmática – pouco pode avançar além das discussões sociológicas e filosóficas, enquanto não se definir o marco jurídico de absorção dos novos conflitos; construir a doutrina de concretização da ordem constitucional de 1988. É, nesse bojo de reconstrução da teoria jurídica pós-moderna constitucional, que se projeta, no caso deste artigo, a atuação do Ministério Público numa República Federativa, de Estado democrático, que, além de representativa, é participativa.

O ponto de partida dessa teoria é o parágrafo único, segunda parte, do art. 1º da CRFB, que relativiza democracia indireta e sistema representativo, deslocando a soberania – no caso de alguns bens constitucionais – para a esfera da participação direta da Sociedade, “nos termos desta Constituição”; com isso, aqueles interesses que são de toda a coletividade passam a ser exercidos e tutelados no campo da participação; e isso transforma os papéis das instituições, dos Poderes, do indivíduo, inclusive do Ministério Público. Nesse plano reside a complexidade a que se refere Morin acima citado; mas essa complexidade, traduzida para a linguagem jurídica, significa redefinição do conflito e do processo de composição.

A participação, pois, é um Poder Político da Sociedade, o ponto fundamental; que não se limita à manifestação, ao direito de ser ouvido em audiência pública; constitui uma esfera própria de produção do direito, que não pode ser usurpada ou desrespeitada por nenhum dos Três Poderes; vale dizer, nem pelo ativismo legal (invasão por leis representativas), nem pelo ativismo judicial (invasão pela autoridade Judiciária), nem pelo autoritarismo de governos, seja ele federal, seja estadual, seja municipal.

Esse poder político da Sociedade tem por objeto uma nova categoria de bens, os bens coletivos constitucionais. De fato, a nova classificação dos bens, após a CRFB/88, já não se esgota no tradicional público e privado da democracia indireta moderna, porque se acrescenta uma nova categoria, a dos bens pertencentes ao condomínio social dos brasileiros. Bens estes que resgatam com o retorno da participação constitucional o verdadeiro sentido de *publicum* empregado pelos ro-

manos: *sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt*.³ Tais bens são entre nós o ambiente, o solo urbano em termos urbanísticos, a Saúde perante o SUS, o patrimônio histórico, artístico e cultural, a qualidade de vida – bens extrapatrimoniais constitucionais, dos quais somos todos condôminos, e que se contrapõem ao interesse econômico particular imediato e imediatista.

A competência da soberania popular direta quanto a esses bens coletivos, dos quais só se pode dispor coletiva, e não individualmente, implica *ipso facto* a personificação da Sociedade brasileira como sujeito de Direito. Com isso, o direito ao ambiente equilibrado deixa de ser um simples caso de polícia, para alcançar o *status* de bem exercido e tutelado com a mesma autonomia e exclusividade de um direito real privado. Toda vez que se trata de ambiente, a Sociedade tem o direito e as autoridades constituídas pertinentes têm o dever de convocar a assembleia popular *ad hoc* para deliberar a respeito.

Assim, por exemplo, quando se discute a elaboração do plano diretor do Município. Por se tratar de assunto relativo a um bem coletivo, à democracia participativa, transforma-se automaticamente, e *mutatis mutandis*, a função do Poder Executivo e da Câmara de Vereadores. Porque é matéria de lei participativa, e não representativa. O Prefeito desencadeia o processo, a Sociedade delibera mediante audiência pública e outros instrumentos, e a Câmara aprova ou rejeita. Se a Câmara rejeita, o projeto volta à , e o debate se prorroga até chegar ao consenso, pela conciliação todos os interesses.

O exercício e a tutela dos direitos coletivos, portanto, impõem novos procedimentos, como caminhos de tomada de decisão em cada caso, o que, à semelhança do direito romano, relativiza o papel da lei como fonte de direito e confere lugar de destaque aos consensos, aos contratos coletivos e às homologações das deliberações coletivas.

O paradigma da modernidade e das codificações em sua curta história não conhece processo correspondente a esse que a pós-modernidade está a exigir. O precedente só pode ser encontrado na Antiguidade. O modelo republicano romano, por exemplo, com seu direito público de

3 SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS PALAVRAS: Digesto 50.16. (TROCONIS, 2005, p. 4). O fragmento é de Ulpiano, em D.16.15-17: *só se consideram públicas aquelas coisas que pertencem ao povo romano*. Mesmo aqueles bens que pertenciam a uma cidade não se consideravam públicos, a não ser impropriamente: *civitates enim privatorum loco habentur* (as cidades eram tidas como pertencentes aos seus cidadãos, como particulares), acrescentava Gaio (50.16.16).

participação e democracia direta, é que ensina como proceder naqueles assuntos em que a soberania está assentada na população, na Sociedade, e não na representação.

Como diz Bonavides (2008, p. 18) trata-se de nova legitimidade, “cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana”, portanto, livre da perversão representativa, do falseamento da vontade e das imperfeições que conduzem às infidelidades do mandato e aos abusos da representação. E afirma (id, p. 33-34):

A democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira e liberdade dos povos.

A liberdade formal, despolitizada, posta em bases procedimentais, desmembrada de seus conteúdos valorativos, se encaixa bem nos desígnios subjacentes aos interesses neoliberais, por servir-lhes de couraça, de antemuro, de escudo às suas posições contra-ideológicas, de suposta e falsa neutralidade.

A democracia direta romana respeita as prerrogativas e as competências de cada instituição; por exemplo, se a guerra é iniciativa da magistratura consular, o povo deve aprová-la em assembleia, porque ali estão os soldados; e o Senado vai autorizar, porque detém os recursos. Vale dizer, sem unanimidade entre as esferas institucionais – magistratura, assembleia popular e Senado – não há guerra. (POLIBIOS, 1985; COSTA, 1920; SCHULZ, 1960). É o direito de veto, que é inerente à participação, veto para o qual não se exige qualquer justificativa, pois faz parte, é um dos instrumentos do modelo; nenhum setor pode impor o que o outro setor não quer.

Esse esboço teórico – de retorno da casuística jurídica – pode ser confrontado com o papel do Ministério Público; que perante a complexidade pós-moderna e nos termos da CRFB/88, redefine-se no espectro das funções, em face de uma nova ordem constitucional, que é, essencialmente, de resgate do coletivo com foco na participação popular.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PONTE ENTRE A COMUNIDADE E A EFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO

QUANTO À FISCALIZAÇÃO E À GESTÃO DOS BENS COLETIVOS EXTRAPATRIMONIAIS

Nessa nova ordem, o Ministério Público experimenta profunda alteração, pois que se lhe atribui relevante *status* constitucional, conectando sua missão diretamente com a Sociedade e sua defesa, mesmo nos casos em que isso possa colidir com desígnios do Estado (MOREIRA, 2009, p. 56).

Algumas das funções tradicionais já disciplinadas no plano infra-constitucional, como a legitimação privativa para a ação penal pública, em 1988 ganharam patamar constitucional, enquanto outras foram ampliadas, como no caso da tutela genérica para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Houve também inovações, como no caso da missão de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados na Constituição, bem assim quanto à defesa dos interesses dos povos indígenas e ao controle externo da atividade policial (MOREIRA, 2009, p. 59).

A alteração nas funções institucionais pode ser constatada nos números da atuação posteriormente a 1988. No relatório divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em dezembro de 2012, pode-se comprovar o quadro da atuação funcional e administrativa de todas as unidades do MP (os Ministérios Públicos Estaduais e os quatro ramos do Ministério Público da União – os MPs Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios).

Convém esclarecer, antes de adentrar a análise, que esses dados são colhidos pelo CNMP desde 2006 e que a compilação nacional passou a ser possível com a Resolução CNMP n. 63, de dezembro de 2010, a qual instituiu as tabelas unificadas e uniformizou nomenclaturas a respeito da atuação funcional e administrativa em todo o Ministério Público brasileiro, sistematização esta que acabou sendo ampliada, em julho de 2011, por meio da Resolução CNMP n. 74 (BRASIL, 2012a).

Segundo o relatório divulgado por meio da publicação intitulada “Ministério Público: um Retrato”, na área extrajudicial e cível, os MPs Estaduais e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) instauraram 191.658 inquéritos civis e procedimentos preparatórios em 2011. Desse total, 41.892 procedimentos resultaram em assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). Na área da infância e

juventude, foram instaurados 19.272 inquéritos civis ou procedimentos preparatórios, ajuizadas 29.889 ações civis e assinados 3.022 termos de ajustamento de conduta. Já o Ministério Público Federal instaurou, em 2011, 35.218 inquéritos civis ou procedimentos e o Ministério Público do Trabalho instaurou 35.244 inquéritos civis ou procedimentos na área trabalhista, tendo assinado 3.122 termos de ajustamento de conduta (BRASIL, 2012b).

O que sobreleva anotar, quanto ao tema deste artigo, é a disposição constitucional do Ministério Público como instituição destinada à “defesa do regime democrático” (art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, CRFB) incumbido de zelar pelos mais graves interesses da coletividade, ou seja, os interesses sociais e individuais indisponíveis e o respeito aos direitos assegurados na Constituição, inserindo-se nesse contexto o direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde (MAZZILLI, 1993, p. 64-65).

O envolvimento com as matérias pertinentes às origens históricas da instituição, contudo, distanciam-na desse caráter de porta-voz da coletividade, influenciando a tendência de identificá-la com os interesses do soberano. Cumpre que se proceda a um breve levantamento histórico, a fim de explicar de que modo a instituição teria chegado a esse patamar de encruzilhada.

São controvertidas as raízes remotas do Ministério Público. Os autores referem-se geralmente à figura do *magiaí*, funcionário real do Egito que, segundo textos descobertos em escavações arqueológicas, seria língua e olhos do Faraó, cabendo-lhe a função de castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguir o malvado mentiroso, ser o marido da viúva e pai do órfão e fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis ao caso, tomando parte da instrução para descobrir a verdade (MAZZILLI, 1993, p. 1-2). Embora não se possa falar na instituição tal como hoje é conhecida, o fato é que, ainda que de maneira remota, algumas das funções hoje conferidas ao Ministério Público encontravam-se entre o rol de atribuições daquele agente egípcio, como a persecução criminal (art. 129, I, da CRFB)⁴ e a proteção dos órfãos e da família (art. 82, I e II, do Código de Processo

⁴ Art. 129, I, da CRFB: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 2012c).

Civil)⁵.

Há outros que buscam na antiguidade clássica os traços iniciais da instituição, referindo-se aos *éforos* de Esparta, aos *thesmotetis* ou *tesmótetas* gregos ou às figuras romanas do *advocatus fisci*, do *defensor civitatis*, do *irenarcha*, dos *curiosi*, *stationarii* e *frumentarii* e dos *procuratores caesaris* (MAZZILLI, 1993, p. 2).

Figura da antiguidade que não pode deixar de ser mencionada é a do Tribuno da Plebe, da República de Roma, cujo espírito centrava-se como instrumento de oposição ao poder e a seus possíveis abusos, consistindo em uma forma diferente e muito eficaz de tutelar os interesses do povo, de forma a dar uma voz aos cidadãos e aos homens em geral. A sua relevância maior, convém destacar hoje, a propósito da participação popular de 1988, é que se tratava de uma magistratura pertinente à democracia direta, com poder de veto às deliberações do Senado romano, quando contrariavam interesses do povo.

Segundo Tafaro (2012), o Tribunato da Plebe, no momento de seu surgimento, colocava-se fora e adiante do ordenamento, tendo sempre exercido um controle sobre este, já que os Tribunos da Plebe não visavam ao correto funcionamento do ordenamento, senão a afirmação dos interesses do povo (que ouvia no plebiscito) e ao que lhes parecia justo e oportuno. Na experiência da República Romana, os Tribunos da Plebe eram considerados emanações diretas daquela, não estando seu papel de forma alguma relacionado aos órgãos da *civitas*, caso dos Cônsules e outros magistrados, do Senado e das *comitia*. Em razão disso, sua autonomia era total e se manifestava por meio de uma intervenção incisiva e decisiva diante de qualquer poder.

Não obstante, afirma Tafaro que sua ação era essencial para a configuração da própria República, podendo intervir em favor de um plebeu individual prejudicado por ato de qualquer natureza, mesmo que advindo dos magistrados supremos, tendo desenvolvido o poder de veto geral (*intercessio*) contra qualquer ato, sem que pesasse sobre sua atividade qualquer tipo de controle ou necessidade de justificação.

Embora Tafaro relacione a função dos *Tribuni plebis* aos cargos de

5 Art. 82, I e II, do CPC: “Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade” (BRASIL, 2013).

ombudsman, mediadores, advogados e defensores do povo, hoje encontrados no ordenamento jurídico moderno de vários países, omitindo qualquer menção ao Ministério Público, não se pode negar, contudo, a relação daquela instituição romana – não com o Ministério Público originário, de marcada atuação de defensor dos interesses do poder constituído, mas com o Ministério Público brasileiro, com a configuração dada pela CRFB, que justamente o conecta com a coletividade, em detrimento de seus vínculos estatais originários.

É evidente, porém, que, embora correto afirmar que algumas atribuições atualmente exercidas pelo Ministério Público já existiam no Egito, na Grécia e em Roma, tratavam-se de funções atribuídas a pessoas que não representavam uma estrutura nem gozavam de um estatuto semelhante ao de hoje, não passando essas referências de meras aproximações (JATAHY, 2009, p. 4).

É na França que se identifica a origem mais aceita da instituição, particularmente na Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, que uniu a figura dos *advocat et procurateur du roi*, também chamados de *les gens du roi*, numa única instituição, à qual cabia desempenhar as funções de persecução penal e de tutela dos interesses do soberano perante os tribunais (JATAHY, 2009, p. 5). A Ordenança impôs aos procuradores que prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes o patrocínio de outros interesses que não os do rei (MAZZILLI, 1993, p. 3).

Assim, criado e desenvolvido na França, o Ministério Público passaria a integrar quase todas as legislações europeias, como a portuguesa também, e, por meio das Ordenações, chegaria ao Brasil. As Ordenações Afonsinas, de 1447, previam no título VIII a figura do “procurador dos nossos feitos”, enquanto o Título XIII tratava dos “procuradores e dos que nom [sic] podem fazer procuradores”, ambos no Livro I. As Ordenações Manuelinas, de 1514, preferentemente citadas como fonte da instituição do Ministério Público, também apresentavam no Livro I dois títulos pertinentes à instituição: o XI, que cuidava do “procurador dos nossos feitos”, e o XII, que tratava do *Prometor [sic] de justiça da Casa de Sopricaçam [sic]* (MAZZILLI, 1993, p. 4-5).

É, contudo, nas Ordenações Filipinas, de 1603, que se cria de maneira mais sistemática a figura de um promotor de justiça, havendo diversos títulos referentes à instituição do Ministério Público, com menções a um “Procurador dos Feitos da Coroa”, ao “Procurador dos Feitos

da Fazenda, ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e ao Promotor de Justiça da Casa do Porto”, todos no Livro I (MAZZILLI, 1993, p. 5).

Com a Independência do Brasil, em 1822, a primeira Constituição, outorgada por D. Pedro I, em 1824, embora sem mencionar o Ministério Público, previa, no artigo 48, a figura do Procurador da Coroa e Soberania Nacional, como responsável pela acusação de crimes cuja atribuição não competisse à Câmara de Deputados. Já o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, continha uma seção reservada aos promotores (arts. 36 a 38) com disposições sobre a sua nomeação e suas atribuições (MAZZILLI, 1993, p. 6-7). Particularmente em relação à nomeação, dispunha o art. 36 do Código de Processo Criminal do Império que podiam ser promotores os cidadãos que preenchessem as mesmas condições exigidas para o exercício da função de jurado, preferindo-se entre eles os que fossem instruídos nas leis, nomeados pelo governo na Corte e pelo Presidente nas Províncias, por três anos, com base em lista tríplice das câmaras municipais.

Posteriormente, a Lei n. 261, de 1841, regulamentada pelo Decreto n. 120, de 1842, modificou os critérios para a nomeação e demissão dos promotores públicos, tendo estabelecido serem nomeados e demitidos pelo Imperador ou pelos presidentes nas províncias; preferiam-se bacharéis formados e idôneos, para servir “pelo tempo que convier”, dispensada já a lista das câmaras municipais (BRÜNING, 2002, p. 81-82) ⁶.

Proclamada a República, a Constituição de 1891, também, não mencionaria textualmente a instituição Ministério Público; mas em seu artigo 58, § 2º, referiu-se à figura do Procurador-Geral da República, a ser nomeado pelo Presidente da República dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e cujas atribuições seriam definidas em lei. Antes da promulgação, contudo, o governo provisório, por meio do Ministro da Justiça Campos Sales, já editara os Decretos n. 848 e 1.030, ambos de 1890, que dispunham sobre a Justiça Federal e a Justiça do Distrito Federal, reservando capítulos próprios ao Ministério Público. A exposição de motivos do Decreto n. 848, além de definir a instituição, fez a primeira menção à sua ligação com a democracia, ao nominá-la como “instituição necessária em toda organização democrática”.⁷ Foi,

⁶ Destaca-se que o poeta catarinense João da Cruz e Sousa teria sido nomeado promotor público da Comarca de Laguna, em 1884, pelo Presidente da Província Francisco Luís da Gama Rosa; mas que não teria tomado posse por veto dos políticos locais (HANSEN, 2012).

⁷ Esses decretos conferiram a primeira feição institucional do Ministério Público na legislação

ainda sob a égide da Constituição Republicana de 1891, que editado o Código Civil de 1916, conferiu-se ao Ministério Público, além de outras atribuições, o velamento das fundações, a proposição da ação de nulidade de casamento e a defesa dos interesses de menores (JATAHY, 2009, p. 9-10).

A Constituição de 1934 foi a primeira a disciplinar textualmente a instituição Ministério Público, reservando ao *Parquet*⁸ capítulo próprio, independente dos poderes da República e enquadrado entre os “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (Título I, Capítulo VI, Seção I) (SAUWEN FILHO, 1999, p. 139).

Ressalvando-se o retrocesso da carta do Estado Novo de Vargas, de 1937, verifica-se, durante o período republicano, um notável desenvolvimento institucional do Ministério Público, com destaque para a conquista do poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal (Código de Processo Penal de 1941) e a conquista de crescente papel de órgão agente e interveniente (Código de Processo Civil de 1939) (MAZZILLI, 1993, p. 7).

Com a Constituição de 1946, promulgada na sequência da queda de Getúlio Vargas, o Ministério Público voltou a integrar o texto constitucional (art. 125 a 128), tendo sido asseguradas aos seus membros as garantias da estabilidade e da inamovibilidade, prevendo-se a organização da instituição tanto no âmbito federal como estadual, além de sua atuação nas justiças comum, militar, eleitoral e do trabalho (JATAHY, 2009, p. 11).

A Constituição de 1967, no contexto do governo militar instaurado a partir de 1964, dispôs sobre o Ministério Público, em capítulo destinado ao Poder Judiciário (Título I, Capítulo VIII, Seção IX), inserindo a instituição no âmbito desse Poder. A integração, ainda que momentânea, do Ministério Público ao Poder Judiciário, pode ser considerada uma importante etapa na caminhada rumo à sua autonomia e independência, à medida que representou seu afastamento do Poder Executivo e a conquista de garantias e prerrogativas para o pleno exercício de suas

infraconstitucional, sendo, por essa razão, o então ministro Campos Sales considerado o patrono da instituição (JATAHY, 2009, p. 10).

8 A origem da expressão *Parquet*, hoje utilizada como sinônimo da instituição, remonta à sua gênese francesa, particularmente ao estrado existente nas salas de audiência, onde os procuradores do rei podiam sentar-se lado a lado com os magistrados (JATAHY, 2009, p. 6).

funções institucionais (SAUWEN FILHO, 1999, p. 155-157).

Com a quebra da ordem constitucional vigente, proporcionada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o Ministério Público retornou à esfera do Poder Executivo, posicionado ao lado dos funcionários públicos e das forças armadas, embora tenha sido formalmente mantida sua autonomia de organização e carreira conforme os preceitos do ordenamento anterior. Nesse contexto, foi editado o Código de Processo Civil de 1973, que consolidou a posição institucional do Ministério Público no processo civil, nas clássicas funções de autor (órgão agente) e fiscal da lei (órgão interveniente).

A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, por sua vez, na esteira do caminho que levaria à redemocratização do País, previu a edição de lei complementar a estabelecer normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, o que resultou na Lei Complementar n. 40, de 1981. O referido diploma, considerado a primeira lei orgânica do Ministério Público, proporcionou extraordinário crescimento institucional, tendo fixado as linhas gerais do Ministério Público, criado órgãos colegiados dentro da instituição e estabelecido um tratamento orgânico para todo o Ministério Público dos Estados (JATAHY, 2009, p. 12).

Ainda na esteira da restauração democrática, a Lei n. 7.347, de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, conferiu ao Ministério Público importante iniciativa na promoção de ações para a proteção de interesses difusos (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), tendo criado a figura do inquérito civil e alargado o rol de atribuições ministeriais na defesa da coletividade para além da atuação criminal e da atuação tradicional estabelecida no Código de Processo Civil. Começava ali o delineamento da instituição nos moldes que seriam consagrados na Carta de 1988.

Ainda em 1985, realizou-se, em São Paulo, o VI Congresso Nacional do Ministério Público, que teve por objetivo formular propostas preparatórias aos trabalhos da futura Assembleia Nacional Constituinte, no concernente à instituição. Já havia, então, no seio do Ministério Público, a ideia de que, para atingir os ideais preconizados num Estado Democrático de Direito, a instituição deveria ter uma consciência social, não podendo ser servil a governo ou governante algum, necessitando de estrutura e princípios definidos, contornos precisos e norteando sua atuação na defesa dos direitos e interesses indisponíveis da sociedade.

Tal concepção consolidou-se no 1º Encontro Nacional de Procuradores e Promotores de Justiça, realizado, em 1986, em Curitiba, o qual resultou na “Carta de Curitiba”.⁹ O documento definiu o Ministério Público como instituição permanente, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica e sedimentou a ideia do Ministério Público como “defensor do povo”, tendo retratado a posição dos membros da instituição no tocante aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que se iniciaram em 1987 (JATAHY, 2009, p. 12-13).

Coube à Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, com relatoria do constituinte Plínio de Arruda Sampaio, conduzir os trabalhos relativos ao Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte. O trabalho do relator assentou os princípios e as garantias essenciais à nova vocação social da instituição, chancelando, no geral, os termos da Carta de Curitiba. Houve retrocesso na Comissão de Organização dos Poderes, que reduziu os avanços sociais; embora, na Comissão de Sistematização, o relator Bernardo Cabral tenha consolidado, em linhas gerais, as teses ministeriais, apresentando texto favorável à vocação social do Ministério Público, forças contrárias, reunidas no chamado “Centrão” à época, inviabilizaram o texto da relatoria, aprovando substitutivo que não continha as modificações necessárias à consolidação do *Parquet* como defensor da sociedade. Em acirrada votação realizada em 12 de abril de 1988, foram aprovados vários destaques ao texto até então prevalente, resultando, ao final, em definitivo, no texto que atualmente consagra o novo perfil constitucional do Ministério Público brasileiro, descritos nos artigos 127 a 130 da carta política (JATAHY, 2009, p. 13-14).

Fica evidenciado, na longa trajetória descrita, o perfil inicial do Ministério Público como instituição nascida para sustentar os interesses dos monarcas e após os interesses do Estado. Seu amadurecimento institucional e sua vocação de defesa da sociedade e da ordem democrática é resultado da própria transformação operada no seio da sociedade, que deságua na noção de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, pode-se considerar que o perfil constitucional vigente do Ministério Público brasileiro é diretamente relacionado aos

9 O inteiro teor da Carta de Curitiba pode ser acessado no link <http://www.conamp.org.br/Acesso%20Publico/Congresso%20Nacional%20do%20MP%20-%20Cartas%20PDF/Carta%20de%20Curitiba.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2013.

valores democráticos, fortalecendo-se esse perfil à medida que aqueles se tornam mais evidentes na tessitura social. Nos regimes de exceção e em Estados totalitários, não há espaço para o Ministério Público com essa feição.

O Ministério Público brasileiro, assim criado, possui características que o diferenciam da concepção tradicional da modernidade, a começar pelo enquadramento institucional, visto não estar vinculado a nenhum dos Três Poderes da República, cunhados por Montesquieu no bojo do Iluminismo, conectando-se, em vez, por mandamento constitucional, diretamente à Sociedade, atributo que o aproxima da figura clássica do Tribunato da Plebe, tão bem descrita por Tafaro (2012). Tal aspecto, aliado ao seu papel de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, confere-lhe uma peculiaridade que, pode-se afirmar, coloca-o em posição privilegiada no contexto da transição de paradigmas que caracteriza a pós-modernidade.

Apesar dessa posição privilegiada, não se pode ignorar que o Ministério Público participa do contexto de crise institucional que marca a modernidade e que retarda a transição para a pós-modernidade.

Visando a superar essa perspectiva, propõe-se a visualização do desempenho do múnus ministerial no enfoque proposto por Dussel (2007). Lembra o filósofo argentino que, na modernidade eurocêntrica, o pensamento político definiu em geral o poder político como dominação, noção presente em Maquiavel, Hobbes, Bakunin, Trotsky, Lenin e Max Weber, entre outros (DUSSEL, 2007, p. 25-26).

Bobbio (1987) lembra que, numa longa tradição que vai do “Político” de Platão ao “Príncipe” de Maquiavel, da “Ciropédia” de Xenofonte ao “*Princeps christianus*” de Erasmo (1515), os escritores políticos trataram o problema do Estado (melhor dizendo, do sistema político), principalmente do ponto de vista dos governantes, tendo desenvolvido conceitos fundamentais como *dominium*, *imperium*, *maiestas*, *auctoritas*, *potestas* e *summa potestas*, os quais se referem apenas a um dos sujeitos da relação, àquele que está no alto e que se torna desse modo o verdadeiro sujeito ativo da relação, sendo o outro tratado como sujeito passivo (BOBBIO, 1987, p. 63).

Ao contrário, Dussel aduz que os movimentos sociais atuais precisam ter, desde o começo, uma noção positiva de poder político,

posicionando a dominação apenas como resultado do poder que se fetichiza e se corrompe. Nesse sentido, o autor afirma que o poder não se toma, mas é tido, sempre e somente, pela comunidade política, o povo, ainda que debilitado, acossado e intimidado de forma a não poder se expressar. Dussel, então, denomina *potentia* o poder que tem a comunidade como uma faculdade ou capacidade que é inerente a um povo como última instância da soberania, da autoridade, da governabilidade e do político (DUSSEL, 2007, p. 25-30).

No momento em que o poder da comunidade, do povo, passa a ser institucionalizado, constitui o que o autor denomina *potestas* (DUSSEL, 2007, p. 31-35). O filósofo argentino, então, verifica duas situações: a do exercício positivo do poder, que funciona como fortalecimento da *potentia*, resultando no poder obediencial, daqueles que *mandam obedecendo* (DUSSEL, 2007, p. 37-42); e a do exercício negativo do poder, quando aquele que o exerce o faz afirmando-se a si mesmo como origem soberana do poder sobre a *potentia*, resultando no exercício do poder *fetichizado*, como dominação ou debilitação daquela, denotando a situação dos que “mandam mandando” (DUSSEL, 2007, p. 43-50).

Na primeira situação, tem-se a circulação do poder como regeneração, pois sempre há a retroalimentação na *potentia*. Já, na segunda situação, ocorre o que o autor denomina círculo corrupto do poder.

O que é permanente é a Sociedade. As instituições são criadas em seu bojo para servi-la. O termômetro da utilidade e legitimidade das instituições é medido pelo exercício do poder obediencial, em nome da comunidade instituidora. Na mesma esteira de Dussel, lembra João Gaspar Rodrigues (2012, p. 39) que as instituições não estão garantidas para sempre, ilustrando a afirmação com a situação da Igreja, cuja privação de sua potência temporal e perda da regência da totalidade da vida humana para o conjunto da sociedade, dificilmente seria imaginada em 1789, tendo essa instituição, contudo, apenas dois anos mais tarde, perdido uma hegemonia de mil e quinhentos anos.

De fato, uma sociedade em mutação exige um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público, nesse contexto, insere-se como uma instituição vocacionada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática (RODRIGUES, 2012, p. 44).

A atuação do Ministério Público, nessa perspectiva, no exercício da função de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente no que se refere ao papel de auxiliar a comunidade a conferir efetividade à participação desta na fiscalização e gestão dos bens coletivos extrapatrimoniais, somente se justificará se caracterizada como manifestação de poder obediencial, que se retroalimenta naquela, honrando a atribuição conferida pela carta política. Caso contrário, tem-se uma atuação autorreferente, *fetichizada*, em que a ação do membro do Ministério Público, agente político, será, indevidamente, uma ação de dominação, e não um exercício delegado do poder da comunidade, resultando na corrupção da própria atribuição constitucional (DUSSEL, 2007, p. 43-50).

Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 37-38) acrescenta que, apesar de se vir verificando uma maior procura por direitos por parte das classes populares organizadas, há ainda o que designa “procura suprimida”, que vem a ser “a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados”. Afirma Boaventura que tais cidadãos, quando procuram órgãos públicos ou organizações não governamentais, não estão em busca de filantropia ou de caridade, mas de reivindicar os seus direitos, ficando totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial e travam contato com autoridades “que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias”. São esses cidadãos intimidados e impotentes que Boaventura denomina de “detentores de uma procura invisibilizada”. Cumpre ao Ministério Público, portanto, ir ao encontro da sociedade, desencastelando-se de seus gabinetes em busca dessa demanda reprimida.

A atuação do Ministério Público, nesse diapasão, como defensor do regime democrático, encontra papel privilegiado no que Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 16) chama de “revolução democrática do direito e da justiça”, a qual “só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”.

É, diante desse estado de coisas, que conclui João Gaspar Rodrigues (2012, p. 26) não ser recomendável ao Ministério Público adotar a

postura de simplesmente repassar, *sic et simpliciter*, por mero espírito burocrático, demandas de cunho social ao Judiciário, sem antes tentar soluções resolutivas ao seu alcance, ou de, ainda, aceitar, passiva e resignadamente, as decisões judiciárias que contrariem o interesse que lhe caiba velar, especialmente o interesse coletivo.

Some-se a isso a ponderação de Boaventura Santos (2011, p. 30) de que, na hipótese de acionamento judicial de ente estatal, o deslocamento da legitimidade do Estado – do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário – leva à criação de expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, traduzidas na esperança de que este resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Ocorre que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o Judiciário ser “a solução para todos os males”, ela própria, é uma fonte de problemas.

A análise, pois, das funções primordiais do Ministério Público deve ser pautada, não por velhos dogmas positivistas, que favorecem aquela concepção de que o *Parquet* nacional foi direcionado para ser meramente uma função judicial, mas, sim, por uma concepção de Estado Democrático de Direito compatível com a nova ordem constitucional (RITT, 2002, p. 153).

Eduardo Ritt (2002, p. 190) lembra que a intervenção do Estado e o crescimento de sua máquina – em face de uma maior utilização do Direito em todos os campos da sociedade – causaram um custo de operacionalidade ao Estado e ao Direito, os quais não conseguem dar conta do aumento das demandas sociais e das tensões de uma sociedade naturalmente conflituosa; pois, embora as relações humanas tenham se tornado mais complexas, abrangendo disputas transindividuais, ainda se utilizam as velhas noções criadas para solucionar conflitos de interesses meramente individuais. Na verdade, não se cultiva a democracia substancial nem se efetivam os direitos sociais.

A lógica moderna liberal e o próprio globalismo econômico, do velho Estado de Direito Liberal, em prejuízo dos avanços sociais e da necessidade de transformação social, aproveitam-se do momento de indecisão e descrença, procurando quebrar a democracia e as várias dimensões dos direitos humanos; isso impõe que se inaugure uma nova ética, não individualista, mas de base solidária ou comunitária, na qual os operadores do Direito trabalhem valores diversos do paradigma

liberal-individualista, direcionados à solidariedade humana e à proteção dos direitos fundamentais (RITT, 2002, p. 190-191).

É essa nova ética que deve nortear a postura pós-moderna de atuação do membro do Ministério Público, saindo dos gabinetes, indo ao encontro da comunidade e abandonando a praxe de sustentação do direito tradicional, a fim de que, nesse contato direto com a sociedade, possa conhecer suas carências e efetivar seus direitos. Conclui Eduardo Ritt (2002, p. 194-195), nesse sentido, que o Ministério Público “deve privilegiar sua atuação como órgão agente, na busca da efetivação dos direitos sociais”.

João Gaspar Rodrigues (2012, p. 31) afirma que o Ministério Público foi moldado para a ação, para o combate, para a luta. A inércia que, para o Poder Judiciário, é um dos princípios da jurisdição, consistindo em uma de suas maiores qualidades, por trazer em si o pressuposto do princípio da imparcialidade, “pedra de toque de um sistema judiciário democrático”, já para o Ministério Público é um vício e um defeito.

O próprio aumento das atribuições extrajudiciais tem obrigado o Ministério Público a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que passe a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Nessa nova realidade, em vez de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o Ministério Público passa a trabalhar para a solução dos problemas em conjunto com a comunidade (RODRIGUES, 2012, p. 36).

Marcelo Pedroso Goulart (1998, p. 119) menciona a existência de dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. Na esteira de Goulart, afirma Jairo Cruz Moreira (2009, p. 88) que o modelo demandista apresenta a atuação do Ministério Público como agente ou interveniente, enfatizando a resolução das questões sociais perante o Poder Judiciário, transferindo, nesse caso, aos órgãos jurisdicionais a pacificação da demanda, com a abdicação do esgotamento da instância ministerial administrativa e política. Já, no modelo resolutivo, o membro do Ministério Público tem claro que sua atuação não se limita ao processo; e isso sob pena de total ineficácia de seu trabalho, já que os conflitos decorrentes da tutela dos interesses da coletividade superam os aspectos jurídico-processuais, indo, nesses casos, as decisões judiciais a reboque dos aspectos extra-autos envolvidos (GOULART, 1998, p. 104-105).

Na conformação resolutiva, portanto, o Ministério Público prestigia a atuação extrajudicial, com claro escopo preventivo e os principais meios de concreção dos interesses da sociedade são viabilizados, por exemplo, mediante termos de ajustamentos de conduta, recomendações, audiências públicas, ação integrada com agentes locais, regionais, estatais, comunitários (MOREIRA, 2009, p. 89).

Vale dizer que a atuação do Ministério Público, articulada com a comunidade, ao deparar-se com causas que envolvam bens coletivos extrapatrimoniais, deve pautar-se pelo esclarecimento de direitos, incentivo à mobilização social e ao exercício do poder político comunitário de forma direta. Muitas vezes, o membro do Ministério Público, no afã de solucionar formalmente o problema colocado à sua apreciação, toma a frente da situação, abortando a luta política da comunidade, ao propor medidas judiciais ou administrativas que contribuem pouco para a efetiva defesa do bem coletivo extrapatrimonial ameaçado ou violado. Tais medidas açodadas contribuem mais para a atrofia dos organismos governamentais e não governamentais do que para a efetiva solução pretendida. O jogo democrático se aprende praticando, e o Ministério Público não estará contribuindo no processo se, em vez de estimular a luta e articulação da comunidade na defesa dos seus direitos, simplesmente a substituir.

Esse modo de agir estimula o servilismo, tão bem descrito por Faoro (2001), levando a um círculo vicioso de não solução de problemas, simplesmente por falta de articulação comunitária. Não se pode substituir toda a riqueza resultante da luta democrática, dos fluxos e refluxos que a caracterizam, por uma simples ida ao gabinete do promotor de justiça, que aciona o direito tradicional, insuficiente, e volta ao isolamento institucional.

Mesmo nas hipóteses de sucesso jurídico na atuação ministerial, deve o membro do Ministério Público ter o cuidado de não desestimular, com sua ação, a mobilização da comunidade ou mesmo dos órgãos estatais responsáveis pela solução do problema. A sociedade brasileira precisa desenvolver sua musculatura democrática e política, marcada por séculos de autocracia (DEMO, 2006, p 33).

Assim, é no desempenho do papel de articulador político, próximo à comunidade, que residem as maiores possibilidades de êxito, interessantes para o Ministério Público no desempenho do seu múnus

de defensor do regime democrático e de guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁰ Em vez da simples imposição decorrente de um acionamento judicial, por que não tentar antes, com a comunidade, as fórmulas extrajudiciais de resolução do conflito, a aglutinação dos interesses para construir a solução para o caso concreto?

O pressuposto, portanto, de uma atuação obediencial do Ministério Público no exercício do seu múnus constitucional de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis é sua aproximação das bases comunitárias (DUSSEL, 2007, p. 37-42). É essa aproximação que conferirá legitimidade e força à atuação ministerial, justificando-a como instituição útil, especialmente no que se refere ao papel de auxiliar a comunidade no exercício da titularidade dos bens coletivos de natureza extrapatrimonial, como a cultura, o ambiente e a saúde; exercício pautado não pela lógica privatista e econômica puramente, mas pela razão da dignidade da pessoa humana (PILATI, 2011b, p. 101).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstra que a preocupação dos autores deste artigo é um sentimento compartilhado na contemporaneidade, no sentido de que existe um grande e crescente déficit entre as promessas da modernidade dos códigos e os desafios dos tempos atuais.

Trata-se da crise das instituições representativas e da democracia indireta, tudo indicando que se caminha pela pós-modernidade; não como conjunto de ideias críticas, mas como novo paradigma de encarar e solucionar os novos conflitos que desafiam a humanidade.

A teoria jurídica que se aventa e esboça nesse plano tem espectro constitucional; a partir de 1988, e tendo como fonte de referência o funcionamento institucional da democracia direta romana durante o período da República. Basicamente, trata-se do resgate jurídico dos

10 A título de exemplo, a prática inscrita no Prêmio Innovare por Leonardo Lehmann, na qualidade de promotor de justiça, referente ao serviço de transporte público a pessoas com deficiência no município de Jaraguá do Sul, Santa Catarina. Em razão do trabalho de articulação e convencimento desenvolvido, envolvendo associação de deficientes, município e empresa concessionária, entre a instauração do inquérito civil e a solução do problema, via termo de ajustamento de conduta (TAC), efetiva entrega dos ônibus acessíveis e início do funcionamento do serviço, decorreram pouco mais de três meses. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/acessibilidade-das-pessoas-com-deficiencia-115/>>. Acesso em: 5 set. 2012.

interesses coletivos a partir da ideia de participação como exercício direto de soberania política pela Sociedade.

Por via de consequência, verifica-se a ampliação do quadro de sujeitos de direito, para incluir a Sociedade como titular dos bens coletivos constitucionais (ambiente, saúde, cultura); bens que se libertam da dicotomia: público-privado, e bem assim da condição de bens públicos meramente estatais, no âmbito do poder de polícia, desfrutando agora de muito mais, ou seja, da condição de condomínios coletivos, cujo exercício e tutela gravitam na participação popular.

Ademais e por outro lado, a nova classificação dos bens em públicos, privados e coletivos transforma os papéis de Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelece maior complexidade institucional e desencadeia novos procedimentos, como se observa, por exemplo, no caso da elaboração do plano diretor do Município. Seu campo é da lei participativa, e não representativa, e o seu conteúdo é aprovado pela população, referendado pelo Legislativo, homologado pelo Judiciário se for o caso, e, a todo tempo, com apoio e aval das autoridades das três esferas da Federação.

Assim, o Prefeito desencadeia o processo, garante as condições de infraestrutura e viabilização; a Câmara de Vereadores aprova ou rejeita o projeto elaborado pela comunidade; e, caso recomende ajustes, o processo retorna à esfera popular para nova discussão e aprovação. Ou seja, em todos os casos em que se exerce ou tutela direito sobre bem coletivo constitucional, o processo é participativo e envolve os três sujeitos; portanto, é inclusivo, não excludente, e casuístico: sempre se decide caso a caso, construindo e compondo a solução mais adequada a todos os interesses em jogo, privados, públicos e coletivos.

Nesse quadro, o artigo procurou situar o Ministério Público. Recuperou-se o histórico da instituição, para enfim, traçar um perfil de atuação de seus representantes no exercício do poder político participativo, na fiscalização e na gestão dos bens coletivos extrapatrimoniais. Conclui-se que o Ministério Público, na nova ordem constitucional pós 1988, experimentou profunda alteração em seu espectro institucional; pois está conectado diretamente à defesa da sociedade, mesmo quando o interesse desta colide com o do Estado.

O Ministério Público brasileiro, assim, embora criado no contexto

da modernidade, em 1988, adquiriu funções e características que o diferenciam das concepções tradicionais, a começar pelo seu enquadramento institucional, de não estar vinculado a nenhum dos Três Poderes da República, conectando-se, ao contrário, por mandamento constitucional, diretamente à Sociedade. Tal aspecto, aliado ao seu papel de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, confere-lhe privilegiada posição no contexto de transição paradigmática que caracteriza a pós-modernidade.

A atuação do Ministério Público, nessa perspectiva, especialmente no papel de auxiliar a comunidade a conferir efetividade aos bens coletivos extrapatrimoniais, deve pautar-se por uma relação direta com a Sociedade, desencastelando-se dos gabinetes e indo ao encontro das necessidades e aspirações da população.

É essa nova postura deontológica que deve nortear a atuação pós-moderna do membro do Ministério Público, pondo em segundo plano a praxe tradicional, a fim de que, no contato direto com a Sociedade, possa ouvir e conhecer as carências e contribuir para efetivar os seus direitos. Evidentemente que isso não descarta o acionamento judicial. Absolutamente, não. Ela é uma das possibilidades, para ser empregada somente depois de tentadas, ao lado da comunidade, as medidas participativas e as fórmulas extrajudiciais de resolução do conflito.

Conclui-se, pois, que a pós-modernidade requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não meramente demandista ou “parecerista”, e sim capaz de buscar os resultados na dimensão participativa. Entende-se ser essa a forma de a instituição resgatar com efetividade a noção de coletivo constitucional, antes reduzido ao público estatal. Estratégia focada, enfim, na superação do reducionismo e na construção de um novo referencial, perfilhado com a pós-modernidade e sua nova ágora participativa.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALVES, J.A. Lindgren. As conferências sociais da ONU e a irracionalidade contemporânea. In: ALVES, J.A. Lindgren *et al.* *Direito e cidadania na pós-*

-*modernidade*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002. p. 17-90.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *CNMP lança relatório inédito sobre a atuação do ministério público*. Brasília: 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1781:ministerio-publico-um-retrato&catid=3:noticias-principal&Itemid=146>. Acesso em: 10 dez. 2012a.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério público: um retrato**: dados de 2011. Brasília: CNMP, 2012b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2012c.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRÜNING, Raulino Jacó. **História do ministério público catarinense**. Florianópolis: Habitus, 2001.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A soma e o resto**: um olhar sobre a vida aos 80 anos. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CHAUÍ, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 345-390.

COELHO, Teixeira. **Moderno pós-moderno**: modos & versões. 5. reimpressão. São Paulo: Iluminuras, 2011.

COSTA, Emílio. **Historia del derecho romano público**. Srd. [1920?].

DEMO, Pedro. **Pobreza política**: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira. Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2006.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

HANSEN, Marise Soares. *Cruz e Sousa*. Disponível em: <http://www.vidas-lusofonas.pt/cruz_e_sousa.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos filósofos**. Vários tradutores. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

IANNI, Octavio. **A sociologia e o mundo moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do ministério público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LYON, David. **Pós-modernidade**. Tradução de Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 1998.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público: análise da lei orgânica do ministério público, instituída pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do ministério público no processo civil à luz da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo? Ensaio sobre o destino da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e de Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2011.

PILATI, José Isaac. A dimensão filosófica da pós-modernidade: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 63, p. 291-317, dez. 2011.

_____. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. _____. 3. ed. 2013.

POLÍBIOS. **História**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

RITT, Eduardo. **O ministério público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério público resolutivo: um novo perfil institucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia

das Letras, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SOBRE EL SIGNIFICADO DELAS PALABRAS: Digesto 50.16. Versión de Martha Patricia Irigoyen Troconis. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

TAFARO, Sebastiano. *La herencia de los tribuni plebis*. Traducido del italiano por Carla Amans. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Tafaro-Herencia-Tribuni-Plebis.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

WELLS, Colin. **De Bizâncio para o mundo**: a saga de um império milenar. Tradução de Pedro Jorgensen. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE ATOS INCONSTITUCIONAIS PRATICADOS PELO PODER LEGISLATIVO

Karolina Vitorino

*Assistente de Promotoria do Ministério Público de Santa Catarina
Bacharel em Direito (UNIVALI)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Contexto histórico da Responsabilidade Civil Estatal diante dos atos do Poder Legislativo. 2 Responsabilidade Civil do Estado por atos praticados pelo Poder Legislativo. 2.1 Responsabilidade Civil do Estado por danos causados por Leis Inconstitucionais. 3 Elementos para configuração da responsabilidade do Poder Legislativo. 4 Reparação do Dano Legislativo. 4.1 Teoria da modulação dos efeitos da decisão. 5 Da Responsabilidade Civil pessoal do legislador. 6 Uma breve comparação com o direito português. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a Responsabilidade Civil do Estado por atos emanados do Poder Legislativo, analisando-se seus principais aspectos, fundamentos e teorias aplicadas no Brasil e, também, uma comparação com a Responsabilidade Civil Extracontratual no que tange aos atos legislativos em Portugal. Procurou-se elaborar uma crítica dos argumentos que negam a responsabilização estatal pelos atos legislativos, para que, então, fosse confirmada a teoria da Responsabilidade

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 225 - 242	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

Civil objetiva do Estado face aos atos legislativos danosos, especialmente em relação às leis inconstitucionais. Perfaz-se, também, uma análise da responsabilização pessoal do legislador por danos causados em face de seus atos, suas hipóteses e aplicação no Brasil. Por fim, diante das hipóteses encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se uma comparação do tema com o Regime de Responsabilidade Civil do Estado em Portugal. Para a realização desta pesquisa foi utilizado o método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado. Poder Legislativo. Leis Inconstitucionais. Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto analisar a Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos em sentido estrito, examinando-se seus principais aspectos, fundamentos e seu Regime de Responsabilidade no Brasil e, ainda, uma comparação com a Responsabilidade Civil Extracontratual no que tange aos atos legislativos em Portugal.

Tratar-se-á acerca do Regime de Responsabilidade Civil do Estado aplicado aos atos legislativos em geral, suas hipóteses de incidência, seus requisitos. Em seguida, passar-se-á à análise das leis inconstitucionais, a um breve comentário do controle de constitucionalidade brasileiro e à responsabilidade do Estado pela edição de leis em desconformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente trabalho justifica-se por abarcar tema de tamanha importância para a sociedade, já que trata do estudo dos efeitos de leis inconstitucionais e da consequente Responsabilidade Civil do Estado em reparar danos causados por tais atos legislativos, além da responsabilidade pessoal do legislador causador da lesão jurídica.

Ademais, os estudos elaborados neste artigo poderão auxiliar o Ministério Público a combater os atos inconstitucionais praticados pelo Poder Legislativo, além de buscar, de forma efetiva, a reparação do dano, também, contra o agente político.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL DIANTE DOS ATOS DO PODER LEGISLATIVO

Doutrinadores¹ ensinam que, no Brasil, a Responsabilidade Civil do Estado sempre esteve presente nos textos constitucionais, embora muitos não tratassem de forma expressa a matéria.

Na Constituição Republicana de 1891, especificamente em seu artigo 82, havia previsão legal para a responsabilidade dos servidores estatais caso praticassem algum abuso ou omissão no desempenho de suas atribuições, prevendo.²

Há relances, na história, sobre o assunto também pela edição da Lei Federal 221, de 20 de novembro de 1894, que versava sobre a jurisdição e o procedimento para julgamento de demandas que tivessem como objeto pedidos de indenização contra o Estado por atos ilícitos cometidos por seus agentes, confirmando, assim, a obrigação do Estado em indenizar terceiros por danos oriundos da função pública, seja ela qual fosse.³

A Constituição Federal do Brasil de 1946 também previa, notadamente em seu artigo 194, a responsabilização das pessoas de direito público pelos atos de seus agentes, garantindo ao Poder Público a via regressiva contra o servidor público para ressarcir eventual quantia paga a título de indenização a um administrado.⁴

Sobre a evolução da Responsabilidade Estatal, Hely Lopes Meirelles⁵ situa-nos na teoria largamente admitida na atualidade:

A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública, em que nos encontramos.

A maior discussão, no cenário nacional, acerca do tema era em relação à teoria da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, e a maior parte dos doutrinadores, desde a época da Monarquia no Brasil, aceita

1 Yussef Said Cahali, Hely Lopes Meirelles.

2 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

4 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1005.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 726.

a teoria do risco, que tem como base a teoria sem culpa.⁶

Hoje, sem dúvidas, a teoria mais aceita no Brasil é a do risco administrativo, a qual dispõe que o Poder Público deve ser responsabilizado, se comprovada a lesão a direito de terceiro, diante da função exercida, que pode gerar riscos.

Todavia, apesar de a tese da Responsabilidade Civil do Estado ter marcado presença nas leis brasileiras, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, desde seus primórdios e nas doutrinas, ainda se discute a Responsabilidade Civil em face dos atos legislativos, especialmente nos danos causados pela edição de leis inconstitucionais, e há dúvidas sobre a responsabilização pessoal do legislador por seus erros.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS PRATICADOS PELO PODER LEGISLATIVO

Por muito tempo vigorou, a nível mundial, a teoria da irresponsabilidade no que tange aos atos inconstitucionais praticados pelo Poder Legislativo e por seus agentes políticos, todavia, no Brasil, a teoria da irresponsabilidade do Estado pouco teve espaço, já que o entendimento sobre o tema evoluiu por várias fases até alcançar quase que a unanimidade dos maiores doutrinadores brasileiros, que lecionam que o Estado deve, sim, ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros em função de dispositivos inconstitucionais, o que afasta definitivamente a teoria da não responsabilização do Estado.⁷

Nas palavras de Rui Stoco⁸:

A orientação da doutrina tem-se fixado no sentido de proclamar a plena submissão do poder público ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.

Segundo Aguiar Dias *apud* Marçal Justen Filho⁹ “podemos re-

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 727.

7 A teoria da Responsabilidade Civil objetiva do Estado por leis inconstitucionais é aceita por vários autores, dos quais cito: Edmir Netto de Araújo, Yussef Said Cahali, Amaro Cavalcanti, Guimarães Menegale, Fernando da Silva Comin, Diógenes Gasparini, Cretella Júnior, entre outros.

8 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1139.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1323.

conhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que nos permite impugná-la”.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Fernando da Silva Comin¹⁰ defende a responsabilização do Estado pelo dano causado por uma lei inconstitucional editada pelo Poder Legislativo:

Tratando-se o ato político não apenas de uma realidade jurídica, por que não excluído da representação do Direito e do universo jurídico, mas, antes disso, também de uma realidade de fato, ou seja, de um fato voluntário (comissivo ou omissivo) que pode ser imputado a alguns órgãos constitucionais que se corresponsabilizam pelo uso e exercício da função política, parece razoável reconhecer-se que os atos de governo, ou políticos *stricto sensu*, sejam suficientemente capazes de determinar uma relação de causalidade que os reconduza a um dano na esfera do patrimônio jurídico de terceiro.

Embora não existam muitos julgados que discutam a matéria, um acórdão do Ministro do STF Celso de Mello chama a atenção, datado de 2 de setembro de 1992, no RE n. 153.464¹¹, do qual vale citar o seguinte trecho: “Responsabilidade civil do Estado. Lei inconstitucional. Indenização. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar”.

Em decisão mais recente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 392.139¹², do Rio de Janeiro, com julgado em 26 de abril de 2005, o STF julgou a demanda declarando a inconstitucionalidade de determinado texto aprovado no Município do Rio de Janeiro/RJ, pelo qual afirmou, inclusive, a tese da exigibilidade da reparação do dano, já que foi determinada a repetição de valores pagos àquela urbe em face da determinação de cobrança de imposto ilegal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA PROSPECTIVA [EX NUNC] EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99. 1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional,

10 COMIN, Fernando da Silva. **O Ato político indenizável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 90.

11 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1142.

12 STF. Recurso Extraordinário n. 392.139, do Rio de Janeiro, de Relatoria do Ministro Eros Grau, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020>. Acesso em: 4 maio 2015, às 13h10min.

somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei específica. 2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravo regimental a que se nega provimento.

Para Amaro Cavalcanti *apud* Rui Stoco¹³, não há discussão sobre a obrigação do Estado em indenizar o particular pelo ato legislativo em desconformidade com a Lei Constitucional:

Declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede no caso de impostos, taxas ou multas inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta.

Conclui-se, portanto, que se pode afirmar que, no ordenamento pátrio, é aceita a Responsabilidade Civil do Estado por danos causados por atos inconstitucionais do Poder Legislativo, sendo aplicada a teoria objetiva (risco administrativo), sendo, no entanto, necessários alguns requisitos para sua perfeita caracterização.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS POR LEIS INCONSTITUCIONAIS

Existem outras hipóteses de atos legislativos que podem acarretar a responsabilização do Estado pelos danos causados aos destinatários das leis, todavia, a mais antiga delas é o dever de indenizar em face de leis com conteúdo inconstitucional.¹⁴

13 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1140.

14 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 939.

Juary C. Silva *apud* Edmir Netto de Araújo¹⁵ dá sua interpretação às leis inconstitucionais:

A lei é inconstitucional quando é assim declarada pelo Tribunal competente, pelo procedimento próprio (ação direta), e nesse caso é que a responsabilidade civil se configura, entendida essa declaração como *prius* indispensável à obrigação indenizatória do Estado, por lei que, no todo ou em parte, ofende à Constituição, em seu conteúdo, ou pelo seu procedimento legislativo.

A soberania inerente à função parlamentar para criação de leis obviamente leva a crer que os atos legislativos terão sua confecção (conteúdo e forma) obediente aos ditames constitucionais, até porque os agentes políticos têm o dever de delinear seus atos sob as regras de nossa CRFB/1988.¹⁶

Aliás, o artigo 23, inciso I, da CRFB/1988¹⁷ dispõe que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

Portanto, presume-se que os agentes políticos, a fim de salvaguardar a Carta Magna, observem a CRFB/1988 para a criação de novas leis.

Vale destacar que, conforme explanação anterior, a inconstitucionalidade de uma lei pode se dar tanto por vício formal como material, pois o desrespeito a um procedimento constitucionalmente previsto para elaboração de um ato legislativo pode, também, causar dano a terceiros ante sua técnica de formação inconstitucional.¹⁸

Para Diogenes Gasparini¹⁹, embora repise a tese da irresponsabilidade civil da Administração Pública em relação aos atos legislativos em geral, o dano causado por lei declarada inconstitucional deve ser reparado pelo Estado:

A lei e a sentença, atos típicos, respectivamente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, dificilmente poderão causar dano reparável. [...] Nesse particular, o que já se viu foi a declaração de responsabilidade patrimonial do Estado

15 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 939.

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 576.

17 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 577.

19 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1118.

por ato baseada em lei declarada, posteriormente, inconstitucional. [...] Assim, a edição de lei inconstitucional pode obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes.

Para Yussef Said Cahali²⁰, a existência de inconstitucionalidade em uma lei faz nascer a Responsabilidade de o Estado indenizar a pessoa que sofreu o dano: “A lei inconstitucional legítima, com efeito, a pretensão indenizatória, pois neste caso a responsabilidade resulta virtualmente”.

José dos Santos Carvalho Filho²¹ acrescenta:

Avulta, ainda, destacar que o fato gerador da responsabilidade estatal no caso – a inconstitucionalidade da lei – alcança tanto a inconstitucionalidade material como a formal, pois que, na verdade, o vício de forma na lei também não escusa a ilegítima atuação do órgão legislativo.

No entanto, não se presume a reparação do dano pelo Estado apenas pela declaração de inconstitucionalidade da lei, sendo imprescindível que a desconformidade do ato legislativo com a CRFB/1988 gere lesão ao patrimônio ou direitos de outrem.²²

Caio Mario *apud* Reinaldo Moreira Bruno²³ explica que, se o ato legislativo não encontra similitude na CRFB/1988 e, em razão da inconstitucionalidade da norma, causa dano, o Estado tem o dever de indenizar, pois assumiu o risco de lesionar direito de terceiro ao editar texto em desconformidade com as normas da CRFB/1988:

Votando lei inconstitucional declarada formalmente pelo Judiciário, e com ela trazendo lesão a direito individual, o Legislador transpõe o limite de licitude. Como o Legislativo é um poder através do qual o Estado procede no cumprimento de suas funções, força é concluir que o ilícito cometido por via da atuação legislativa, sujeira o Estado à reparação do dano causado.

Segundo Vicente Paulo²⁴, em complemento à citação anterior, “o Poder Legislativo tem o dever de respeitar as regras constitucionais; furtando-se a tal dever, pode surgir a responsabilidade do Estado”.

20 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 528.

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 577.

22 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1141.

23 BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 418.

24 PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 836.

O dano decorrente da lei inconstitucional relaciona-se com a responsabilidade objetiva, já que, para sua configuração, é necessária a existência de um dano injusto causado pela Administração Pública e, além disso, em razão da evolução doutrinária sobre o tema, a declaração de inconstitucionalidade expressa da lei.²⁵

Dessa forma, se houver a expressa declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal e existir efetivamente o dano relacionado ao ato legislativo ilícito, tem o Estado o dever e obrigação de indenizar a pessoa, física ou jurídica, afetada.

3 ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PODER LEGISLATIVO

Apenas a alegação de dano decorrente de uma lei considerada inconstitucional não tem o condão de configurar uma lesão passível de ser indenizada pelo Poder Público, nem a declaração de inconstitucionalidade, por si só, pode gerar a reparação de alegado prejuízo.²⁶

Sobre a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da lei atacada por conteúdo supostamente inconstitucional, Edmir de Netto Araújo²⁷ preleciona que:

É pacífico, atualmente, e já há bastante tempo, que no caso de leis inconstitucionais, a responsabilidade civil do Estado pode ser acionada, se assim for declarada pelo Tribunal competente, não justificando o simples provimento de turma julgadora, em caso sub judice, vedação ao exercício da pretensão indenizatória.

Sobre a obrigatoriedade da comprovação do dano, José dos Santos Carvalho Filho²⁸ afirma:

Em primeiro lugar, a responsabilidade só se consuma se o ato legislativo efetivamente produziu danos ao particular, pois que frequentemente a inconstitucionalidade da lei em nada afeta a órbita jurídica patrimonial das pessoas.

25 ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 939.

26 CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 531.

27 ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 937.

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 576.

Portanto, não há motivo para buscar a responsabilização estatal por efeitos de uma lei inconstitucional se não houver o dano concreto e a declaração de reparação do dano legislativo.

4 REPARAÇÃO DO DANO LEGISLATIVO

Para, então, efetivamente surgir a reparação do dano legislativo, deve o lesado, após provar a inconstitucionalidade do dispositivo legal que será atacado, seja pelo controle de constitucionalidade, seja ao utilizar jurisprudência já consolidada, demonstrar de forma inequívoca a ocorrência de lesão ao seu patrimônio, propor judicialmente ação objetivando a indenização.

Demandado judicialmente, o Estado pode, apenas, atacar o pleito indenizatório do particular e alegar a inexistência do fato alegado, inexistência do dano e desconexão entre o fato ilícito e o dano. Portanto, diante da aplicação da Responsabilidade objetiva, não pode a Administração Pública alegar qualquer outra tese.²⁹

Aliás, sobre o ônus probatório nas referidas ações, Yussef Said Cahali³⁰ leciona que é “presumida a culpa do agente ou a falha anônima da máquina administrativa, opera-se a inversão do ônus probatório com vistas à eventual exclusão da responsabilidade”.

Destarte, deve o Estado, então, provados os requisitos citados anteriormente que comprovam a existência de inconstitucionalidade em texto legal que causa, efetivamente, dano patrimonial ao administrado, responder e indenizar o montante necessário à reparação total do dano, de forma que não haja qualquer prejuízo ao lesado.

4.1 TEORIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Subentende-se que declaração de inconstitucionalidade de uma lei, eivada de anormalidades desde sua criação, deve ter efeito *ex tunc*, ou seja, os efeitos decorrentes dessa declaração devem retroagir à sua criação.³¹

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 566.

30 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 191.

31 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São

Todavia, o STF vem aplicando, nos últimos anos, a teoria da modulação dos efeitos da decisão, sopesando os interesses da pessoa lesada por um ato inconstitucional do Poder Público com os prejuízos que o Estado sofrerá.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso³² ensina:

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados.

O dispositivo legal utilizado para embasar a teoria da modulação dos efeitos da decisão é o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, o qual vale a transcrição:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, muito embora seja garantida a terceiro a reparação do dano por prejuízo ocasionado por uma lei inconstitucional, verifica-se que, na prática atual, tem-se atribuído, em muitos casos, efeito *ex nunc* a declarações de inconstitucionalidade de leis, sob o argumento de que, se a indenização de fato ocorresse, o princípio da segurança jurídica seria afetado.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PESSOAL DO LEGISLADOR

Muito embora não exista texto legal com a previsão de responsabilização pessoal do agente político por seus atos inconstitucionais no exercício da função política, especialmente no que tange às leis inconstitucionais, muitos autores entendem que o legislador seria obrigado, de forma solidária com a Administração Pública, a reparar os danos causados a outrem³³.

Paulo: Saraiva, 2009. p. 125.

32 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

33 COMIN, Fernando da Silva. **O ato político indenizável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

A ideia de responsabilidade civil relacionada aos agentes públicos, em geral, até existe, porém, só resta obrigatória a prestação de indenização por esses agentes se for comprovada culpa ou dolo do servidor público.³⁴

É certo que no Brasil existe previsão constitucional que legitima o Estado a propor ação regressiva contra o agente público que causou o dano, a fim de que, em ação que terá como parte passiva o agente e ativa o Estado, este indenize o que a Administração Pública teve que restituir para liquidar o prejuízo de terceiro.³⁵

A pessoa lesada pode, ainda, propor ação judicial contra o Estado e, simultaneamente, contra o autor do ato lesivo, no caso desse trabalho, em desfavor do agente político autor da lei inconstitucional.³⁶

Aliás, sobre o assunto, Marçal Justen Filho³⁷ manifesta-se da seguinte forma:

Não há obstáculo a que o particular lesado promova a responsabilização civil do Estado concomitantemente com a do agente estatal. Não é possível conhecer a existência de litisconsórcio necessário, mas a situação tende à um litisconsórcio passivo unitário – na acepção de que a decisão condenatória ou absolutória tenderá a ser idêntica para ambos.

Contrapondo o supracitado autor, Lucas Rocha Furtado³⁸ entende que o particular só pode propor ação contra o Estado, e não contra o agente público, como pessoa física:

O particular que busque reparação pelo dano sofrido em razão da atuação de agente público não pode demandar diretamente contra este. Pelos atos ou omissões, imputáveis aos agentes públicos respondem as pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado prestadoras de serviço público.

Todavia, quando se fala de uma lei inconstitucional é quase que impossível comprovar dolo ou culpa do agente político na elaboração do ato. Até porque, como visto no segundo capítulo da presente pesquisa, uma Lei não é analisada apenas por um agente estatal, mas por vários

34 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*, tomo II. 11. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 284.

35 CAHALL, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 212.

36 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1121.

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 826.

38 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1013.

agentes, e desfila, inclusive, pelas comissões de constituição e justiça formadas nas casas do Congresso Nacional.

Além do mais, outro óbice à responsabilização pessoal do legislador em face de seus atos inconstitucionais, é a imunidade parlamentar prevista no artigo 53, *caput*, da CRFB/1988.

Aliás, a imunidade material teria o poder, segundo alguns autores, de encobrir e tornar impossível a responsabilização *in persona* do agente político. Alexandre de Moraes³⁹ ensina que:

A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parlamentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade desta inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares.

Assim, mostra-se praticamente impossível a responsabilização pessoal do legislador no Brasil, de forma que apenas o Estado responderá pelos prejuízos causados por leis inconstitucionais, inclusive há dificuldades de propositura de ação regressiva em face do legislador causador do dano diante das barreiras mencionadas.

6 UMA BREVE COMPARAÇÃO COM O DIREITO PORTUGUÊS

A Constituição da República de Portugal, elaborada por uma Assembleia Constituinte, assim como em nosso País, datada de 2 de abril de 1976, tem como pano de fundo a libertação de um regime ditatorial fascista que dominou o país europeu por aproximadamente quarenta anos.⁴⁰

No cenário jurídico de Portugal, a responsabilidade civil do Estado e de seus agentes pelo cometimento de dano a terceiros está prevista no artigo 22º de sua Carta Magna⁴¹:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.

39 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 403.

40 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 9.

41 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 17.

Ademais, o artigo 117º da Constituição Portuguesa⁴² prevê, ainda, especificamente a responsabilidade dos políticos, inclusive confirmando sua responsabilidade pessoal no âmbito civil, político e criminal:

Artigo 117º. 1. Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que praticarem no exercício de suas funções.

2. A lei dispõe sobre os deveres, responsabilidades e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos, as conseqüências do respectivo incumprimento, bem como sobre os respectivos direitos, regalias e imunidades.

3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato.

Dessa forma, percebe-se que a Responsabilidade Civil aplicada no direito português abrange, também, os próprios titulares de cargos do Poder Legislativo, sendo sua responsabilidade pessoal, subsidiária a do Estado, pelos danos causados e, inclusive, por omissões em suas funções, teoria ainda discutida e aceita por parte da doutrina brasileira.⁴³

Para a configuração da obrigação do Estado e do agente público causador do dano em indenizar outrem, deve estar provado e materializado o dano ou o prejuízo decorrente da função legislativa.⁴⁴

Sobre a previsão constitucional que estabelece o regime de Responsabilidade Civil do Estado Português e de seus agentes por atos praticados no âmbito político, Paulo Otero⁴⁵ ensina:

Por saber fica, no entanto, atendendo a que, em matéria de responsabilidade civil, o artigo 22.º estabelece um princípio de solidariedade entre a pessoa colectiva e o titular dos seus órgãos, funcionários e agentes, as situações em que, à luz da Constituição, existe responsabilidade pessoal.

Todavia, muito embora a Constituição de 1976 daquele país tenha expressamente em seu corpo o Regime de Responsabilidade Civil aplicável aos titulares de cargos políticos, o Decreto-Lei n. 48.051 de 21/11/1967 já previa o dever de indenizar independentemente de culpa,

42 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p.58.

43 OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. vol. 1: Identidade constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2010. p.114.

44 QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Editora Almedina: Coimbra/PT, 2004. p.206.

45 OTERO, Paulo. *Direito constitucional português: organização do poder político*. Vol. 2. Editora Almedina: Coimbra/PT, 2010.

desde que o ato ilícito fosse praticado no exercício da função pública.⁴⁶

À vista disso, a Constituição da República Portuguesa incluiu em seu texto os princípios abarcados pelo Decreto-Lei n. 48.051/67, o que propiciou ao particular maior proteção e segurança jurídica ante à danos causados pela Administração Pública.

Em uma análise ainda mais recente do tema em Portugal, a Lei n. 67/2007⁴⁷ aprovou o novo regime de Responsabilidade Civil Extracontratual de Portugal, que dispõe categoricamente sobre atos legislativos inconstitucionais e suas consequências no âmbito da Responsabilidade da Administração Pública e de seus agentes legislativos⁴⁸:

Artigo 15.º Responsabilidade no exercício da função Político-Legislativa

1 — O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado.

2 — A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso.

Nota-se, da análise do artigo supracitado, que, para a caracterização do dever de indenizar, deve existir o ato ilícito do legislador, que, no caso da lei inconstitucional, é a não observância dos parâmetros constitucionais para exercício de sua função.

Além disso, presume-se a culpa, no sentido de que o político sabia ou deveria saber que seu ato fora praticado fora dos ditames legais e, por isso, poderia produzir um dano; e, por fim, é necessário que exista o resultado, ou seja, o dano, a lesão ou o prejuízo ocorrido em desfavor do particular pelo ato legislativo inconstitucional.

46 QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública**. 2. ed. Editora Almedina: Coimbra/PT, 2004. p. 148.

47 PORTUGAL. Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/responsabilidade-civil>. Acesso em: 1º maio 2015.

48 COMIN, Fernando da Silva. **O ato político indenizável**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013. p. 119.

Em um estudo comparativo entre o tema no ordenamento jurídico português e brasileiro, que os dois países têm a Responsabilidade objetiva como base para o Regime de Responsabilidade Civil do Estado pelos atos inconstitucionais emanados pelo Poder Legislativo.

A dessemelhança está na aplicação prática, pois, no Brasil, o ato legislativo inconstitucional deve ser assim declarado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo este um pressuposto intrínseco para eventual indenização por danos decorrentes de tal ato ilícito.

Além do que, no Brasil, diferentemente do previsto no ordenamento jurídico português, a responsabilização pessoal do agente político por seus atos ilícitos ainda é uma teoria um tanto utópica, mesmo que defendida por muitos autores, como já fora demonstrado neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto analisar a Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos em sentido estrito, buscando-se seus principais aspectos, fundamentos e seu Regime de Responsabilidade no Brasil e, ainda, uma comparação com a Responsabilidade Civil Extracontratual no que tange aos atos legislativos em Portugal.

A importância do tema é evidente, uma vez que as leis são, em sua grande maioria, editadas pelo Poder Legislativo e alcançam a coletividade, salvo raros casos, e geram efeitos em todo território nacional. Dessa feita, torna-se necessária a discussão acerca da Responsabilidade Civil a ser aplicada nesses casos ao Estado.

Verificou-se que cabe, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria da responsabilidade objetiva, tanto diante de atos praticados na função pública dolosamente ou culposamente, pois a responsabilização estatal depende apenas da existência de um prejuízo decorrente de sua atuação.

Dessa forma, é o dano que demonstra a necessidade de reparação, independentemente de conduta lícita ou ilícita por parte do agente público.

O dano decorrente da lei inconstitucional, por relacionar-se diretamente com a responsabilidade objetiva, requer a existência de um dano material e, além disso, em razão da evolução doutrinária sobre o tema, a declaração de inconstitucionalidade expressa da lei.

Portanto, tratando-se de lei inconstitucional, que é equiparada a ato ilícito e causadora de dano, nasce a obrigação de o Estado reparar o prejuízo decorrente do ato comissivo a terceiro.

Por fim, diante da pesquisa sobre o tema, mostrou-se quase que impossível a responsabilização pessoal do legislador no Brasil, de forma que apenas o Estado responde pelos prejuízos causados por leis inconstitucionais, inclusive, as imunidades previstas na CRFB/1988 e analisadas nesta pesquisa geram dificuldade até mesmo para a propositura de ação regressiva.

A fim de realizar uma comparação do tema a nível internacional, buscou-se estudar a legislação portuguesa relacionada à Responsabilidade Civil do Estado em face de danos causados por leis inconstitucionais.

Ademais, o ordenamento jurídico português, diferentemente do previsto no ordenamento jurídico brasileiro, prevê que os próprios titulares de cargos do Poder Legislativo são responsabilizados subsidiariamente com o Estado pelos danos causados e, inclusive, por omissões em suas funções.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário n. 392.139/RJ**. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 26/4/2005. Disponível em: [ttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381020). Acesso em: 4 maio 2015.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

COMIN, Fernando da Silva. **O Ato político indenizável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**, tomo II. 11. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. vol. 1: Identidade constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. vol. 2: organização do poder político. Coimbra, Editora Almedina, 2010.

PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

PORTUGAL. **Constituição da república portuguesa**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública**. Editora Almedina: Coimbra – Portugal, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO

Lio Marcos Marin

*Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina
Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

Luiza Bonfante Keller

*Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Especialista em Direito Penal e Processual Penal*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Direitos Humanos. 1.1 Conceito de Direito Humano. 1.1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 1.2 Características dos Direitos Humanos. 1.3 Evolução Histórica dos Direitos Humanos. 2 Educação como Direito Humano. 2.1 Educação como Direito Fundamental nas Constituições brasileiras. 2.2 Educação como ferramenta de efetivação dos Direitos Fundamentais. Considerações finais.

RESUMO

O trabalho possui, em primeiro plano, como objeto de estudo os Direitos Humanos e Fundamentais e sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, trazendo um breve apanhado dos diplomas que regulamentam a matéria hodiernamente. Os Direitos Humanos são aqueles inerentes ao homem, segundo a concepção *jus naturalista*, essenciais, prioritários, intimamente ligados à dignidade humana, razão por que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Posteriormente, o artigo aborda o Direito Fundamental à educação,

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 243 - 264	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

apresentando sua topografia dentro do texto constitucional brasileiro, além das disposições atinentes à matéria no âmbito internacional. Considerando-se que a educação compõe o núcleo intangível de Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, busca-se, por fim, demonstrar que ela é uma ferramenta eficaz na implementação concreta desses direitos maiores, sem os quais o ser humano não possui uma vida digna. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a documental e bibliográfica, desenvolvendo-se o artigo em dois capítulos. Quanto à Metodologia, foi empregado o Método Indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Educação. Ferramenta. Efetivação.

ABSTRACT

The work has, in the foreground, as an object of study Human Rights and its legal provision in the Brazilian and international law, bringing a brief summary of qualifications governing the matter in our times. Human rights are those inherent in man, according to the conception jus naturalist, essential priority, closely linked to human dignity, reason underlying the democratic rule of law. Subsequently, the article discusses the fundamental right to education, with its topography within the Brazilian Constitutional text, and the provisions relating to the matter at the international level. Considering that education makes up the intangible core of Fundamental Rights in the Federal Constitution of 1988, seeks to finally demonstrate that it is an effective tool in the concrete implementation of these larger Rights, without which the human being does not have a dignified life. The research techniques used were the documents and literature, developing the article into two chapters. As for methodology, we used the Inductive Method.

KEYWORDS: Human Rights. Fundamental Rights. Education. Tool. Effective.

INTRODUÇÃO

O presente artigo terá como objeto o estudo do direito à educação, pelo viés de ferramenta Constitucional para a efetivação dos Direitos Humanos e dos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, abordar-se-á o papel que a educação desenvolve na vida do indivíduo e da sociedade, como agente transformador da realidade social da humanidade.

Buscar-se-á demonstrar que a educação é um poderoso instrumento de libertação da marginalidade, funcionando como a mola propulsora para a formação do homem e de uma sociedade mais igualitária e humana. Dessa forma, analisar-se-á a topografia do direito à educação, alocando-a no seio dos Direitos Humanos e Fundamentais e como pressuposto para a concretização destes.

Para tanto, o trabalho iniciar-se-á tratando do conceito e das características inerentes aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, a fim de esclarecer a importância e a magnitude destes dentro do ordenamento jurídico internacional.

A seguir, será apresentado um apanhado da evolução histórica dos Direitos Humanos, que, na modernidade, teve seu início com a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215, e seu grande ápice com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Delinear-se-á, da mesma forma, o caminho percorrido pelo Direito Fundamental à educação no seio das Constituições brasileiras e a evolução do tema, tratado inicialmente com pequena magnitude no ordenamento jurídico do País.

Por fim, analisar-se-á o direito à educação, como Direito Humano e Fundamental, e o seu papel de concretizador das previsões normativas sobre aqueles, à medida que é ferramenta imprescindível na busca pela dignidade humana.

A escolha do tema baseou-se na necessidade de uma análise pragmática sobre a efetivação dos Direitos Humanos por meio da educação, que é pilar fundamental na busca pela realização de uma vida digna. Os princípios esculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem,

de 1948, assim como aqueles previstos na Constituição da República de 1988, carecem de meios de efetivação ainda nos dias atuais, mesmo que amplamente protegidos por uma gama de tratados e convenções que os proclamem e assegurem.

O problema que se coloca diante de toda a sociedade moderna engloba, inclusive, um sentido político, pois não trata da análise sobre o fundamento ou a natureza dos Direitos Humanos e Fundamentais, mas de quais os modos mais seguros para garanti-los, impedindo que, apesar da existência de solenes declarações e diplomas, eles sejam continuamente violados.

1 DIREITOS HUMANOS

1.1 CONCEITO DE DIREITO HUMANO

Segundo o conceito de André Carvalho Ramos, os Direitos Humanos são “um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade” (2002, p. 11). Nota-se, portanto, a ampla ligação dos Direitos Humanos com o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Os Direitos Humanos podem ser compreendidos nas dimensões subjetiva e objetiva. Na primeira, enfatiza-se o viés do sujeito portador de prerrogativas reconhecidas e suscetíveis de imposição coativa, enquanto que, pela perspectiva objetiva, os Direitos Humanos são parte integrante da própria noção de Estado Democrático de Direito, pois se referem ao modo como o Estado os consagra, organiza e implementa.

De acordo com a concepção *jus naturalista*, os direitos humanos são naturais, inatos e universais, ou seja, não decorrem da vontade do homem, mas de uma ordem natural não escrita, superior ao homem, razão por que também são chamados de “direitos naturais”. Segundo Alexandre de Moraes:

A teoria jus naturalista fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais

não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens. (2013, p. 15)

Assim, segundo essa corrente doutrinária, os Direitos Humanos são inatos, de modo que cabe ao Estado apenas a tarefa de os reconhecer por meio da positivação destes em seus ordenamentos jurídicos. Da mesma forma, os Direitos Humanos são universais à medida que todos os seres humanos têm direito a eles, sem discriminações, apenas em razão da condição de ser humano.

Salienta-se, entretanto, que, consoante assevera Ivana Mussi Gabriel, “o jusnaturalismo constitui uma corrente de pensamento jurídico abrangente, que se manifesta, de forma diferente em cada momento histórico”. (2012, p. 102)

Por outro lado, segundo a perspectiva positivista, os Direitos Humanos são aqueles positivos e indiferentes a elementos axiológicos, que se encontram previstos, expressamente, em uma ordem normativa, como produtos de um sistema jurídico oficial.

Os autores que se filiam a essa posição fundamentam a existência dos Direitos Humanos na ordem normativa, como legítima manifestação da soberania popular. Assim, somente são considerados Direitos Humanos aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado.

Percebe-se, portanto, que, conforme o entendimento, os Direitos Humanos não são naturais, nem inatos, nem universais, visto que são criados pela sociedade política, representada pelo Estado, o que enfatiza a segurança jurídica, no propósito de conferir maior estabilidade na tutela dos bens considerados primordiais à dignidade humana. Nesse sentido, prescreve Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Positivados e judicializados, esses direitos adquirem um estágio e institucionalização importante para a sua promoção e efetivação. Estes Direitos Humanos, positivados em uma ordem jurídica internacional ou nacional (constitucional), justificar-se-iam em princípios morais prévios. Justificados sobre a base destes princípios morais, os direitos humanos são, em última análise, direitos morais, de tal forma que os conflitos que envolvam estes direitos são, em última instância, conflitos morais. (2007, p.126/127)

No tocante ao tema, a Declaração dos Direitos Humanos, de 10/12/1948, proclama a necessidade essencial dos Direitos Humanos serem “protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Importante destacar, entretanto, que qualquer que seja a perspectiva adotada para a fundamentação dos Direitos Humanos não se pode ignorar que eles decorrem de uma evolução histórica da humanidade, porque nasceram em circunstâncias de luta da humanidade por novas liberdades, de forma gradual, dentro de um processo longo de criação.

Assim, a necessidade de interligação das duas teorias para a plena eficácia dos Direitos Humanos foi exposta na Declaração dos Direitos Humanos, de 10/12/1948, que estabeleceu que “a necessidade da compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”.

1.1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na doutrina, os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são, por vezes, usados, indistintamente, como sinônimos. Em outros casos, contudo, faz-se referência aos dois vocábulos separadamente.

Conforme a primeira perspectiva, a ampliação e transformação dos Direitos Fundamentais do homem no envolver histórico propiciou o surgimento de várias expressões para designá-los, tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas, conforme assevera Alexandre de Moraes (2013, p. 21).

Dessa forma, os Direitos Humanos seriam aqueles fundamentais da pessoa humana, considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário, no que corresponde a sua própria natureza. Eles devem ser reconhecidos e respeitados por todos os poderes e as autoridades, inclusive as normas jurídicas positivadas, cedendo apenas ante as exigências do bem comum.

Por outro lado, pelo prisma da diferenciação entre as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, Ivana Mussi Gabriel esclarece que enquanto o rol de Direitos Humanos está previsto em declarações e tratados internacionais, os Direitos Fundamentais representam os Direitos Humanos positivados pela Constituição de um Estado nacional. Entretanto, assevera a autora que:

Pelo exposto, verifica-se, seguramente, que os direitos humanos e os direitos fundamentais não são distintos pelo conteúdo, porque ambos preconizam a proteção do ser humano; o critério de diferenciação, para alguns doutrinadores estaria nos documentos, ou seja, a Constituição para os direitos fundamentais e as declarações e tratados internacionais para os direitos humanos. (2012, p. 105)

No mesmo sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior esclarece que os Direitos Fundamentais, uma vez hospedados na ordem interna de um Estado, cumprem uma função normativa, prescrevendo direitos que podem, inclusive, ser alcançados pela via judicial. De outra banda, os Direitos Humanos, por sua vez, recebem assento, de regra, nas declarações e convenções internacionais e recuperam a ideia de direitos naturais do ser humano. (2009, p. 23-24).

Ora, partindo-se da premissa de que um mesmo direito pode ser contemplado pela Constituição de um Estado e também por uma declaração ou um tratado internacional, seria inútil a manutenção da distinção formal entre as expressões, à medida que ambas englobam um conjunto de direitos fundamentais ao alcance da dignidade humana.

Dessa forma, no presente trabalho, adotaremos a posição segundo a qual as expressões possuem apenas uma diferenciação formal, referente ao documento na qual estão dispostos os direitos fundamentais ao ser humano, visto que se reconhece a sua imprescindibilidade na consecução da dignidade da vida humana.

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina reconhece determinadas características dos Direitos Humanos, colocando-os em uma posição de superioridade em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, tais como: his-

toricidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, complementariedade, indivisibilidade e efetividade.

De certo há outras notas determinantes no conceito dos Direitos Humanos, entretanto, a título exemplificativo, serão abordados apenas os anteriormente referidos.

Os Direitos Humanos são considerados históricos, pois se manifestam nos diferentes momentos da história, geralmente, em resposta à violação de determinada liberdade.

Segundo prescreve Norberto Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (1992, p. 5)

A inalienabilidade é característica que impede que os Direitos Humanos sejam transferidos, a título oneroso ou gratuito, pois a ordem jurídica os confere a todos os seres humanos, de modo que dele não se pode desfazer.

Considerando-se que não se esvaem pelo decurso do tempo, podendo sempre ser exigíveis em face daquele que o viola, os Direitos Humanos são imprescritíveis.

Os Direitos Humanos também não podem ser objeto de renúncia, uma vez que é possível que não sejam exercidos, mas jamais poderão ser renunciados.

A inviolabilidade, nos dizeres de Alexandre de Moraes, se refere a “impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal” (2013, p. 22).

A universalidade dos direitos humanos decorre do fato de que todos os seres humanos a eles têm direito, sem discriminações, visto que são sujeitos com capacidade para exercê-los, pela simples qualidade de ser Homem.

Os Direitos Humanos são, ainda, dotados de complementariedade, pois não devem ser interpretados isoladamente, mas em conjunto

com a finalidade e os alcances previstos pelo legislador. Dessa forma, segundo Ivana Mussi Gabriel, “os direitos econômicos, sociais e culturais não excluem ou negam as liberdades públicas; ao contrário, a elas se somam.” (2012, p. 117).

A indivisibilidade dos Direitos Humanos, por seu turno, relaciona-se à unidade do seu conteúdo, que não pode ser cindido, o que indica a necessidade de respeito a todas as categorias de Direitos Humanos.

Por fim, a característica da efetividade representa o vínculo de realização e concretização de que são dotados os Direitos Humanos desde sua concepção no ordenamento jurídico.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O forte desenvolvimento das declarações de Direitos Humanos se deu a partir do terceiro quarto do século XVIII, segundo preleciona Alexandre de Moraes. (2013, p. 7).

Conforme o autor, os mais importantes antecedentes históricos das declarações de Direitos Humanos encontram-se na Inglaterra onde, primeiramente, pode-se citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215; a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701.

O século XVIII costuma ser denominado de século das luzes, pois os pensadores da época estavam convencidos de que emergiam dos séculos de obscuridade e ignorância, para um novo período, marcado por novos ideais e um desejo de realização, no qual reinava o Estado Liberal.

Dessa forma, na evolução dos Direitos Humanos, encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, que originou a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Nesse período, há também, no seio internacional, a elaboração simultânea das primeiras declarações amplas sobre Direitos Humanos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. Entre inúmeras e importantes previsões, pode-se destacar a

proteção aos seguintes Direitos Humanos: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, reserva legal, legalidade, anterioridade penal, presunção de inocência, livre manifestação do pensamento e liberdade religiosa.

A positivação dos Direitos Humanos, no século XX, ganhou mais força pela proteção internacional destes como uma resposta frontal diante dos acontecimentos históricos anteriores, como as guerras mundiais e o holocausto. Dessa forma, o início do século trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe na Constituição Mexicana, de 1917, e na Constituição de Weimer, de 1919.

Esta última estabelecia, em sua Parte II, os Direitos e Deveres Fundamentais, enquanto os tradicionais direitos e as garantias individuais eram previstos na Seção I. A próxima Seção trazia os direitos relacionados à vida social, de modo que a Seção III era responsável por abarcar os direitos relacionados à religião e às Igrejas. Na Seção IV, encontravam-se os direitos de educação e ensino e, por fim, na Seção V, os direitos referentes à vida econômica.

Seguindo o ritmo de ampliação dos Direitos Humanos, foi firmada, em 10 de dezembro de 1948, na França, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama a existência dos direitos fundamentais e é o mais importante marco na positivação desses direitos.

Pode-se afirmar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem representou uma consciência histórica de que a humanidade possui os seus próprios valores fundamentais, com uma proteção de alcance universal, com um aparato internacional de salvaguarda de direitos dos Homens, e não dos Estados.

Nesse sentido, Norberto Bobbio esclarece que a Declaração Universal dos Direitos do Homem “favoreceu a emergência, embora débil, tênue e obstaculizada, do indivíduo, no interior de um espaço antes reservado exclusivamente aos Estados soberanos.” (1992, p. 5).

O documento, a partir de sua aprovação, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional, no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais.

2 EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

No decorrer da evolução histórica mundial, o direito à educação foi sendo reconhecido e disciplinado em diversos tratados internacionais, sedimentando-se como Direito Humano.

Nesse sentido, recorda-se a definição anteriormente adotada de que “Direitos Humanos” é expressão reservada àqueles direitos que foram declarados em documentos internacionais, enquanto que “Direitos Fundamentais” referem-se aos Direitos Humanos reconhecidos na esfera interior de determinado Estado, geralmente, dentro de sua Constituição. Ambos, entretanto, referem-se a direitos essenciais à formação da dignidade da pessoa humana e formação de uma sociedade justa e solidária.

Entre os vários documentos de âmbito internacional que reconheceram o Direito Humano à educação, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece, em seu artigo XXVI:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução deverá ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

A Convenção sobre os Direitos da Criança também reconhece a educação como Direitos Humanos, no seu art. 28, como se denota:

Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e tendo, nomeadamente, em vista assegurar progressivamente o exercício desse direito na base da igualdade de oportunidades:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e gratuito para todos;
- b) encorajam a organização de diferentes sistemas de ensino secundário, geral e profissional, tornam estes públicos e acessíveis a todas as crianças e tomam medidas adequadas,

tais como a introdução da gratuidade do ensino e a oferta de auxílio financeiro em caso de necessidade;

c) tornam o ensino superior acessível a todos, em função das capacidades de cada um, por todos os meios adequados;

d) tornam a informação e a orientação escolar e profissional públicas e acessíveis para todas as crianças;

e) tomam medidas para encorajar a frequência escolar regular e a redução das taxas de abandono escolar.

O texto ainda estabelece que o Estado tem a obrigação de encorajar a organização de diferentes sistemas de ensino acessíveis a todos, em função das capacidades de cada um. Ainda, prescreve que, para garantir o respeito por esse direito, os Estados devem promover e encorajar a cooperação internacional.

Consoante a Convenção mencionada, a educação deve estar voltada para a promoção do desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e suas aptidões mentais e físicas na medida das duas potencialidades e para o preparo da criança para a vida em uma sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos.

Dentro da clássica divisão geracional dos Direitos Humanos (primeira, segunda e terceira gerações), segundo esclarece Adriano Aranão, “o direito à educação figura entre os de segunda geração, os chamados direitos sociais” (2007, p. 17).

Entretanto, apesar de ser enquadrado como de segunda geração, o direito à educação é pressuposto para a obtenção de todos os demais Direitos Humanos, visto que é ela que permite às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. Nesse sentido, a ausência de educação em uma sociedade é o principal obstáculo à construção da cidadania plena.

O direito à educação impõe ao Poder Público uma obrigação de prestação positiva, de fazer, pois deverá criar condições objetivas que propiciem aos titulares desse direito o acesso pleno ao sistema educacional.

2.1 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A educação pública brasileira, efetivamente, teve início com a chegada, ao Brasil, dos padres jesuítas, em 1549, trazidos ao País pelo primeiro Governador-Geral, Tomé de Souza, e chefiados pelo Padre Manoel da Nóbrega, segundo prescreve Monica Sifuentes (2009, p. 85). Os jesuítas agiram com rapidez, estabelecendo-se, primeiramente, no litoral e, depois, adentrando nas aldeias indígenas, fundando conventos e colégios educacionais. Por, aproximadamente, dois séculos foram os únicos educadores no Brasil.

No ano de 1808, a chegada de Dom João VI ao Brasil modificou a política educacional que o governo de Portugal adotava em relação ao Brasil. Com o objetivo de prover as necessidades criadas com a transferência da Corte Portuguesa para o País, foram criadas instituições culturais que deram novo impulso à educação, rompendo a tradição do ensino excessivamente literário vigente na época dos jesuítas.

Nos ditames de Monica Sifuentes, com a Proclamação da Independência e com a fundação do Império no Brasil, novas propostas para a educação popular surgiram e, no âmbito infraconstitucional, uma Lei de 1822 estabelecia que fossem criadas escolas primárias em todas as cidades, vilas e povoados e escolas secundárias nas cidades e vilas mais populosas (2009, p. 90).

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, trouxe disposições específicas sobre a educação, como a obrigatoriedade da gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos, no seu artigo 179, parágrafo XXXII.

Por outro lado, a Constituição da República de 1891 pouco dispôs a respeito da educação, estabelecendo as competências legislativa e material dos Estados e do Distrito Federal sobre o tema. Além disso, estabeleceu a laicidade do ensino público no País, em seu artigo 72, parágrafo 6º.

Contudo, a gratuidade e a obrigatoriedade da instrução primária não foram recepcionadas pelo texto da Constituição Republicana de 1891, de modo a acentuar o papel secundário do Poder Público em relação ao ensino, que incumbia primordialmente à iniciativa privada.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, embora de curta duração, introduziu em seu texto diversos preceitos de natureza social. A ênfase na participação dos Estados-Membros na implementação da educação, já delineada pela Constituição de 1891, deu-se por meio da vinculação de impostos para essa finalidade: para a União e os Municípios, nunca menos de 10%, e, para os Estados e Distrito Federal, 20%, conforme disposição do artigo 156. Quanto ao ensino fundamental, a Constituição Republicana de 1934 apresentou grande avanço em relação àquela anteriormente vigente, dispondo sobre o Plano Nacional de Educação, a ser instituído por Lei Federal, em respeito às seguintes normas:

- a) ensino primário integral gratuito e de freqüência obrigatória extensivo aos adultos;
- b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;
- c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;
- d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;
- e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso;

Atribuiu, ainda, a Constituição Republicana de 1934 a responsabilidade pela educação aos poderes públicos e à família, cumprindo a esses proporcioná-la de modo que possibilitassem eficientes fatores da vida moral e econômica da nação e desenvolvessem, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana, de acordo com o que dispunha seu artigo 149.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, adotou alguns dos principais pontos defendidos na Constituição anterior, mantendo o caráter gratuito e compulsório do ensino primário e se preocupando, sobretudo, com a instrução vocacional e pré-vocacional, nos moldes do previsto no artigo 130.

Até o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, a situação do ensino no País não sofreu grandes mudanças. Com a nova Constituição, foram fixadas as bases para um novo sistema educacional, como dispôs o artigo 5º, o que levou à

elaboração de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Nota-se, portanto, que, apesar de trazer vários princípios de cunho social, no âmbito da educação, o texto constitucional de 1946 não apresentou nenhuma norma autoaplicável, uma vez que deixou o encargo à legislação infraconstitucional que viesse a ser editada.

Dessa forma, definiu a educação como direito de todos, a ser ministrada no lar e na escola, sendo o ensino livre à iniciativa popular (artigos 166 e 168).

O Constituinte de 1967 manteve maior parte dos dispositivos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 e acrescentou outros, como a extensão do ensino primário dos 7 (sete) aos 14 (quatorze) anos, nos estabelecimentos oficiais, e a gratuidade do ensino oficial posterior ao primário, para os que não tivessem recursos e demonstrassem o aproveitamento, conforme regulamentavam os artigos 167 a 169.

Embora a Constituição de 1967 tenha apenas incluído alguns dispositivos no tocante ao tema da educação, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, pela primeira vez, utilizou-se da fórmula de que a educação é direito de todos e um “dever do Estado”, como se observa da leitura do seu artigo 176:

A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

Nos ditames de Monica Sifuentes, “até o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia ainda, [...] nenhum instrumento de sua exigibilidade [...]” (2009, p. 126-127).

Nesse sentido, nota-se que nenhum outro direito social, de todos os previstos na Constituição da República de 1988, recebeu tratamento tão cuidadoso como o referente à educação.

No Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, já se encontra consagrado o tratamento da educação como um direito social. Mais à frente, no Capítulo – Da educação, da cultura e do desporto, o artigo 205 contém uma declaração essencial que eleva a educação ao nível de Direito Fundamental, como se verifica:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Constituição da República de 1988 declara, ainda, que o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Tal assertiva importa no reconhecimento de que a educação é um direito plenamente eficaz e de aplicação imediata, ou seja, trata-se de um direito que é exigível judicialmente caso não seja devidamente prestado pela Administração Pública. Dessa forma, a educação fundamental foi elevada à categoria de serviço público essencial, devendo o Poder Público fornecê-lo a todos.

2.2 A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante explanado anteriormente, o direito fundamental à educação encontra-se previsto, como direito social, na Constituição da República de 1988, no seu artigo 6º, enquanto que os artigos 205 a 214 da Carta Magna apresentam os contornos constitucionais do direito à educação.

Nesse contexto, é irrefutável que os direitos sociais, entre os quais se alinha o direito à educação, apresentam-se como verdadeiros direitos fundamentais destinados a assegurar os demais direitos e a concretizar o sistema de liberdades constitucionais.

No entendimento de Adriano Aranão, a realização da dignidade da pessoa humana exige o asseguramento do mínimo existencial para todos os indivíduos, o qual é composto por 3 (três) ordens de direitos: “1) *status negativus libertatis*; 2) *status positivus libertatis*; e 3) *status positivus socialis*” (2007, p. 19). Ainda segundo o autor, o *status negativus libertatis* compreende as liberdades públicas, enquanto que o *status positivus libertatis* se relaciona com a entrega de prestações de serviço público para a defesa dos direitos fundamentais. Por seu turno, o *status positivus socialis* está afeto às prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos, sociais e para a seguridade social.

O direito fundamental à educação deve ser analisado, sobremaneira, sob seu aspecto material, caracterizado pela consecução dos seus fins para a concretização do Estado Democrático de Direito, previsto pela Constituição da República de 1988. Verifica-se que, no plano formal, o direito à educação está amplamente assegurado pela Carta Magna e pela legislação ordinária, enquanto que, no plano material, a situação não é a mesma.

Segundo dados constantes no relatório “De olho nas metas”, referente ao ano de 2011, do projeto “Todos pela Educação” (movimento da sociedade civil destinado a contribuir para a garantia do direito à educação para todas as crianças e os jovens no País), as taxas de acesso à pré-escola permanecem em patamares muito abaixo daqueles estabelecidos pelas metas do Programa. Na região Norte do Brasil, por exemplo, apenas 69% das crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos têm acesso aos sistemas de ensino.

Ainda segundo o mesmo relatório, o Estado com menor oferta de educação às crianças daquela faixa etária é Rondônia, onde apenas 57% dessa população está matriculada na escola.

Além dos objetivos expressamente previstos no artigo 205 da Constituição da República de 1988, a educação também deve instrumentar a satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, visando à realização da dignidade da pessoa humana.

Segundo preleciona Adriano Aranão:

Verifica-se que a educação, no Estado Democrático de Direito, deve propiciar dignidade da pessoa humana e cidadania plena, estando a serviço da realização do indivíduo. O homem só é verdadeiramente livre se for capaz de conhecer e conceber o projeto próprio. De nada adianta a liberdade jurídica se não há liberdade material. (2009, p. 23)

Na seara dos gastos públicos, conforme constante no relatório do movimento “Todos pela Educação”, verificou-se que os gastos com a educação básica no Brasil ainda estão atrasados em relação aos de outros países, apesar do avanço e das discrepâncias internacionais.

No ano de 2008, enquanto o País aplicou cerca de 5,3% do seu Produto Interno Bruto em educação, alguns países investiram acima de 7% na área, sem grande participação da iniciativa privada. Como

exemplo, cita-se a Noruega, onde o desembolso público atingiu 7,2% do Produto Interno Bruto do país.

A classificação da educação como direito público subjetivo, nos moldes do previsto na Constituição da República de 1988, estabeleceu uma limitação ao poder estatal em benefício da sociedade, à medida que foram firmadas garantias protetoras desse direito, não só jurídicas como também políticas.

Conforme preleciona Monica Sifuentes:

Tem-se comumente definido o direito público subjetivo como o poder de exigir, que o titular do direito exerce em direção àquele com o qual entra em relação jurídica. [...] surge o direito subjetivo quando o sujeito ativo, investido em uma situação jurídica, entra em uma relação jurídica com outro sujeito (passivo), em virtude dos poderes e deveres que emanam de sua situação jurídica, exigindo dele o seu direito. (2009, p. 68)

Assim, o direito subjetivo passa a ser público quando o indivíduo encontra no outro polo da relação jurídica o Estado e passa a exigir dele prestações positivas ou negativas.

Nessa seara, o Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atua fortemente na garantia do acesso à educação, pelo manejo de instrumentos processuais e na atuação direta junto à comunidade.

O Ministério Público é uma poderosa instituição que zela pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República de 1988, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, a propósito da efetivação do direito à educação, o papel dos Poderes Executivo e Legislativo, que devem fornecer meios efetivos de acesso ao ensino, coordenando políticas públicas que suplantam as competências legislativas, de modo a cumprir as suas missões constitucionais.

Segundo Adriano Aranhã, citando Paulo Freire, a educação é uma forma de intervenção no mundo, que implica tanto o esforço da reprodução da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento (2007, p. 25). Dessa forma, a educação deve formar cidadãos conscientes

do seu papel na concretização da dignidade da pessoa humana e da cidadania plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou realizar uma análise sobre o Direito Fundamental e Humano à educação, como forma de implementação dos demais direitos assegurados na Constituição da República de 1988 e nos documentos e tratados internacionais sobre o tema,

Para isso, foram abordados os conceitos e as definições de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, a fim de se tratar sobre a evolução histórica do direito à educação na ordem jurídica interna. Nesse aspecto, foram realizadas incursões nas disposições sobre o ensino no Brasil, no decorrer de todas as Constituições existentes, na história do País, verificando-se a evolução do tema dentro da normativa vigente em cada período.

No capítulo inicial, cuidou-se de delinear o conceito e as características dos Direitos Humanos, apresentando-se, ainda, a diferenciação terminológica existente entre as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”. Sobre o tema, percebeu-se que a diferenciação baseia-se apenas em uma questão formal, visto que o primeiro vernáculo relaciona-se aos direitos primordiais e essenciais colocados em documentos e tratados internacionais, enquanto que a segunda nomenclatura é utilizada para nomear a mesma classe de direitos na ordem jurídica interna de um país.

Posteriormente, alocando o direito à educação como Direito Humano e, mais à frente, como Direito Fundamental, realizou-se uma análise da previsão normativa do tema, apontando-se os principais diplomas que tratam da matéria em âmbito internacional e nacional.

Por fim, buscou-se demonstrar a utilidade da educação como ferramenta para a efetivação dos demais direitos fundamentais e na formação e consolidação do Estado Democrático de Direito e na concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, percebe-se que, no plano material, a educação ainda está longe de produzir os seus fins constitucionais, quais sejam, os de realizar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, propiciando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades sociais e regionais e promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade.

REFERÊNCIAS

ARANÃO, Adriano. Direito à Educação: A educação como direito fundamental na Constituição federal de 1988. **LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. LEX: Brasília, 2007. p. 5-28.

BALERA, Wagner. A interpretação dos Direitos Humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. p. 362-380.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro e 1891)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 dez. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez.2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Legitimação Discursiva dos Direitos Humanos. **Direitos Fundamentais e Justiça.** HS: Porto Alegre, 2011. p. 124-159.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABRIEL, Ivana Mussi. Educação e Efetividade: uma exigência constitucional. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas.** Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional: Manaus, 2012. p. 95-140.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005. p. 53-101.

KRELL, Andreas J. Realização dos Direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa.** Senado Federal: Brasília, 1999. p. 239-260.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1988.** Estratégias de positivação e Exigibilidade judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

SIFUENTES, Mônica. **Direito Fundamental à educação.** A aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André Carvalho. **Processo internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNICEF. **Convenção dos Direitos das Crianças**. Disponível em <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 6 jan. 2015.

A COAUTORIA (DES) NECESSÁRIA ENTRE A PESSOA FÍSICA E A JURÍDICA PARA A CRIMINALIZAÇÃO AMBIENTAL

Nicole Cascaes

Assistente de Promotoria MPSC

Pós-Graduada em Direito Ambiental pelo UNINTER

SUMÁRIO

Introdução. 1 Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. 1.1 Evolução. 1.2 A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas no Direito Brasileiro. 1.3 A Responsabilidade Penal Ambiental das Pessoas Jurídicas segundo a Normatização Brasileira. 2 Concurso de Pessoas (Física e Jurídica) nas Ações Penais Ambientais. 2.1 Entendimentos Doutrinários. 2.2 O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. 2.3 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais.

RESUMO

O estudo aqui abordado visa a precipuamente compreender a necessidade, ou não, da exigência de imputação simultânea da pessoa física e jurídica para a condenação criminal desta última por crimes contra o meio ambiente. Busca-se, por meio da análise de doutrinas e julgados nacionais, o entendimento do instituto da responsabilização penal da pessoa jurídica e a forma como se procedeu à recepção daquele pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito dos crimes ambientais. Tal conhecimento permite uma assimilação mais profunda do “princípio da coautoria necessária” entre a pessoa física e jurídica,

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 265 - 284	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

princípio este até então concebido pela doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça como requisito indispensável à imputação penal das pessoas jurídicas por delitos ofensivos ao meio ambiente, mas que, na visão do Supremo Tribunal Federal, não deve ser assim considerado. Feitas essas apreciações, constata-se que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, atribua-se o mesmo fato delituoso à pessoa física, e o entendimento contrário e anteriormente majoritário apenas limita a eficácia dessa norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa jurídica. Crime ambiental. Responsabilização concomitante.

ABSTRACT

This study primary goal is the understanding of the necessity or not for simultaneous imputation against a natural and a legal person for the criminal conviction of the last one for environmental crimes. Through the analysis of national doctrine and court decisions, this study aims to fully comprehend the institute of a company's criminal liability and the way Brazilian law system incorporated it, especially when it involves crimes against the environment. Such knowledge allows to fully understand the *principle of necessary co-authorship* between a natural person e a legal person, principle until now conceived by the doctrine and the Brazilian Superior Court of Justice as an indispensable requirement for the criminal imputation of legal entities for environmental crimes, which for the Federal Supreme Court of Brazil does not have to be taken into consideration. After this analysis it is possible to determine that the article 225, third paragraph, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 allows the penalization of the legal person without the need to charge the natural person for the same criminal fact, considering that the opposite - and previously majority - understanding only limits the efficiency of this constitutional law.

KEYWORDS: Legal entity. Environmental crime. Concomitant accountability.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar a possibilidade legal de penalização de pessoa moral pelo cometimento de delitos ambientais sem a necessidade da condenação concomitante da pessoa física responsável pela administração/gerência da empresa.

A expressão “pessoa moral” deve ser compreendida aqui como sinônimo do termo “pessoa jurídica”, representando, portanto, os sujeitos fictícios (públicos ou privados) criados com finalidades específicas, sejam elas econômicas ou não, e que sejam titulares de direitos e obrigações perante a sociedade e os entes públicos.

Com esse enfoque e utilizando-se de procedimentos técnicos bibliográficos e jurisprudenciais, buscar-se-á inicialmente apresentar um breve histórico do instituto da responsabilização penal das pessoas morais.

Deve-se registrar que o referido tema apresenta-se como um forte e inevitável movimento jurídico mundial para o controle de infrações cometidas pelas pessoas coletivas.

Observa-se, assim, a crescente preocupação com a responsabilidade penal dos entes morais a partir do processo de industrialização ocorrido no Século XIX, preocupação esta que, desde o ano de 1929, passou a ser pauta de inúmeros congressos internacionais de Direito Penal, proporcionando a recepção do instituto em grande parte dos países industrializados.

Ocorre que o acolhimento desse instituto, em alguns locais, não se deu de forma pacífica, como foi o caso do Brasil, em que a doutrina tradicional reconhece somente a pessoa física como sujeito ativo do crime, em decorrência da aplicação do princípio da responsabilidade penal pessoal e na máxima *societas delinquere non potest*.

As dificuldades inicialmente encontradas para o enquadramento da apenação das pessoas jurídicas na legislação nacional não foram suficientes para impedir o reconhecimento do tema na esfera ambiental. Considerando que as pessoas coletivas são as maiores fontes de poluição e de degradação do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 previu de forma expressa, em seu art. 225, § 3º, a sujeição das pessoas jurídicas, às sanções penais e administrativas.

E ainda, de modo a dar eficácia ao referido dispositivo constitucional, a Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, confirmou, em seu art. 3º, a possibilidade de apenação das pessoas jurídicas, 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.

Nesse viés, passa-se a demonstrar que a doutrina e a jurisprudência nacional relacionam requisitos para a aceitação da criminalização das pessoas coletivas, tais como: o “princípio da coautoria necessária” entre a pessoa física e jurídica, o qual considera impossível a imputação de crime ambiental isoladamente à pessoa moral, fazendo-se obrigatória a imputação simultânea dessas duas.

A adoção do princípio da coautoria necessária, na área do meio ambiente, foi recepcionada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pela doutrina que, até o ano de 2015, considerava-o indispensável à criminalização das pessoas jurídicas por infrações ambientais.

De forma oposta, em julgamento inédito o Supremo Tribunal Federal analisou detalhadamente o tema decidindo o caso no sentido de permitir a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, condene-se a pessoa física pelo mesmo fato delituoso.

1 RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

1.1 EVOLUÇÃO

A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma tendência mundial, com vistas ao controle dos delitos econômicos e dos negócios.

E essa preocupação com a pessoa coletiva, na dogmática penal, teve origem, segundo Stadler¹, com o advento do processo de industrialização, no século XIX, em razão da influência e do monopólio que aqueles passaram a ter sobre os meios de produção da economia.

O mesmo doutrinador² registra ainda a continuidade dessa preo-

1 STADLER, Edson. *Direito penal ambiental & a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 62.

2 Id, 2003. p. 62.

cupação, no período seguinte, entre as duas guerras mundiais, principalmente como forma de estabelecer sanções às pessoas coletivas pelo não cumprimento das ordenações estatais e, por consequência, propiciar ao cidadão um adequado convívio social.

E foi, a partir do ano de 1929, especificamente no 2º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, que a discussão a respeito da responsabilização penal das pessoas coletivas passou a ser objeto de inúmeras diretrizes internacionais, as quais forneceram os subsídios necessários à elaboração das legislações correlatas nos mais diversos locais, como registra Stadler³.

Nesse sentido, Diógenes Júnior⁴ demonstra objetivamente como se procedeu à introdução desse tema nas normatizações de alguns países, como se verifica abaixo:

[...] A Noruega, pela Lei de 13 de março de 1981, emendada pela Lei de 15 de abril de 1983 (art.80), adotou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em Portugal a doutrina, majoritariamente, nega a responsabilização penal da pessoa jurídica. Apesar de, no início a jurisprudência ter acompanhado a doutrina, hoje ela passou a admitir plenamente. No que tange à legislação temos o Decreto-Lei 28/84, onde o mesmo somente afasta a responsabilidade penal do ente coletivo se a pessoa física tiver agido exclusivamente em seu próprio interesse, sem qualquer conexão com os interesses da pessoa jurídica. Com relação à França podemos afirmar que a mesma adotou, desde 1992 a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apesar de serem chamadas pessoas morais. No Canadá e em alguns Códigos Penais da Austrália, a regra geral é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Essa responsabilidade se estabelece de duas formas: a) por fato de outrem; b) por ela mesma. Neste caso exigindo que: 1) as pessoas cometam crime com vontade criminosa; 2) no espectro de suas funções como agente da pessoa moral; 3) Com a suficiente posição hierárquica na pessoa jurídica, para que entre em vigor o princípio do alter ego. Venezuela adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei penal ambiental de 1992. Na Grã-Bretanha, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente. Na prática, entretanto, a punibilidade se restringe às violações à economia, ao meio ambiente, à saúde pública e à segurança

3 Id, 2003. p. 62-64.

4 DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Apontamentos gerais acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, julho de 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11740&revista_caderno=3>. Acesso em: 27 dez. 2014.

e higiene no trabalho. As doutrinas inglesas, holandesas e americanas já avançaram a passos largos, passando a enxergar que se a pessoa jurídica é capaz de contratar, tem também capacidade para, criminosamente, descumprir o contratado. Vale ressaltar que, do mesmo modo como nos outros países do common Law, vigora nos Estados Unidos, desde a promulgação do Código Penal de Nova York, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo ainda mais amplo que na Inglaterra, admitindo-se a modalidade de infração culposa quando praticada por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha auferido proveito com o ato. Na Holanda, há a previsão da responsabilidade penal do ente jurídico, que foi introduzida no país pela Lei de Delitos Econômicos de 1950, uma vez que o Código Penal Holandês de 1881, não previa qualquer punição para as pessoas morais. Apesar de a doutrina italiana tecer severas críticas com relação ao sistema adotado pelo país, na Itália vigora o princípio da responsabilidade individual, admitindo-se nos casos de pecuniária a responsabilidade subsidiária das pessoas jurídicas, ressalvando-se que tal responsabilidade é de caráter civil. Com relação à Alemanha vigora o princípio *societas delinquere non potest* desde a derrogação da legislação econômica estabelecida pelas potências de ocupação após a II Guerra Mundial, que permitia a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pode ser imposta somente sanções de índole administrativa. No território espanhol não se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, apesar de se prever a aplicação de medidas acessórias de segurança, em caso de, quando eventualmente auxiliarem na disponibilização de meios para a prática de um delito de pessoa física. Na Suíça, somente os representantes das empresas é que podem ser culpados por um fato delituoso, é o que está previsto nos arts. 172 e 326 do Código Penal Suíço. Por fim, no Japão, reconhece-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência norte americana, baseando-se na teoria de Gierk sobre a real responsabilidade dos entes coletivos e na analogia que o direito anglo-americano faz com a responsabilidade delituosa das pessoas jurídicas no direito civil.

É preciso observar que, embora os penalistas mais ortodoxos não consigam admitir a responsabilização penal da pessoa jurídica pela incompatibilidade com o sistema penal codificado na Europa continental e na América Latina, os países que adotaram o sistema do *common law* não encararam dificuldades para a adoção dessa imputação. Sirvinskas⁵ explica que isso se dá justamente por seus estudos jurídicos estarem

5 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

fundados essencialmente em precedentes jurisprudenciais.

Constata-se, dessa forma, que, por meio da evolução industrial, os países se viram compelidos a normatizar de alguma forma a atuação das pessoas jurídicas, a fim de obrigá-las a arcar com as consequências negativas de suas atividades.

Alguns locais, todavia, tiveram mais dificuldades para inserir a responsabilização criminal das pessoas coletivas em seus preceitos legais, pois necessitaram readaptar as suas interpretações do sistema jurídico-penal. E a República Federativa do Brasil é um desses locais, como se observará a seguir.

1.2 A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Por pessoa jurídica entende-se “a formação orgânica investida de direito pela ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos, sejam eles de natureza econômica ou não”, conceito elaborado por Sirvinskas⁶.

O que se questiona, todavia, é se essas pessoas fictícias são dotadas de capacidade penal e se possuem consciência e vontade autônomas para uma responsabilização criminal isolada.

Costa Júnior e Milaré⁷ explicam que, para a doutrina tradicional, em aplicação ao princípio da responsabilidade penal pessoal e na máxima *societas delinquere non potest*, somente a pessoa física poderá ser sujeito ativo do crime.

Essa doutrina se baseia na “teoria da ficção” criada por Savigny e que afirma que as pessoas jurídicas são entes fictícios, abstratos, desprovidos de consciência, vontade e finalidade próprias e que, portanto, não podem cometer crimes, como esclarece Sirvinskas⁸.

Em oposição à antiga doutrina, instaurou-se um entendimento mais pragmático, que teve como precursor Otto Gierke, o qual defende a possibilidade de responsabilização penal de empresas e sociedades,

6 Id. 2011. p. 93.

7 COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. **Direito penal ambiental**: comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 8.

8 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93.

em razão de vantagens ilícitas que eventualmente possam ter no exercício de suas atividades. Sobre esse novo entendimento, Costa Júnior e Milaré⁹ esclarecem:

Trata-se, pois, de reprimir, ao lado dos ilícitos individuais, também aqueles que constituem expressão de determinada política de empresa. Assim, por exemplo, quando para produzir a mais baixo custo, frauda na confecção do produto, ou então, para tornar ao campo da nossa obra, não se preocupa em construir instalações que evitem danos ao ambiente, casos típicos de *custo social*. Dessas premissas surge nova orientação jurisprudencial, doutrinária e legislativa destinada a configurar formas de responsabilidade penal peculiares às empresas e às sociedades.

Refere-se à aplicação pura da “teoria da realidade”, que, consoante Sirvinskas¹⁰, reconhece a capacidade e a vontade própria das pessoas morais, exteriorizada pela soma das vontades de seus sócios ou dirigentes. E, por tais motivos, aceitam a possibilidade de delinquência das pessoas jurídicas.

Seguindo essa evolução, a estrutura penal brasileira admitiu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988, quando da prática de atos lesivos à ordem econômica e financeira e contra a economia popular, e quando praticarem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (artigos 173, § 5º, e 225, §3º, respectivamente).

A efetividade à responsabilização das pessoas morais por delitos ambientais se deu, entretanto, após o decurso de dez anos da promulgação da Carta Magna de 1988, com a vigência da Lei dos Crimes Ambientais – Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

A regulamentação da criminalização das empresas e sociedades por delitos econômicos e financeiros ou contra a economia popular, por outro lado, não foi realizada até o presente momento, ficando inócuo o preceito constitucional correspondente. Isso porque o parágrafo quinto do artigo 173 da Constituição Federal trouxe à tona um preceito de eficácia limitada e, portanto, necessita de regulamentação de norma infraconstitucional para que alcance eficácia plena.

9 COSTA JÚNIOR, Paulo José da; Milaré, Édis. **Direito penal ambiental**: comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 11.

10 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93.

Deve-se registrar, porém, que, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, a questão da responsabilização penal dos entes coletivos sob a ótica normativa brasileira não encontrou total aceitação da doutrina e da jurisprudência nacional.

Doutrinadores como Mirabete e Fabbrini¹¹, além de Greco¹², rechaçam os preceitos constitucionais acima citados por entenderem que eles se contrapõem aos ditames constitucionais previstos nos artigos 5º, incisos XLV e XLVI, os quais exprimem os princípios da responsabilidade penal pessoal e da individualização da pena, nesta ordem.

Além disso, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas trazida pelo artigo terceiro da Lei Federal n. 9.605/98 apresenta falhas quanto a sua operacionalização.

Nota-se que, enquanto nossa matéria processual encontra-se prevista apenas em três artigos da citada norma (artigos 26, 27 e 28), países como a França acrescentaram ao próprio Código Penal um novo título detalhando de forma completa e minuciosa a viabilidade da imputação penal das pessoas morais, como bem aponta Freitas¹³.

Stadler¹⁴ pondera, entretanto, que “a responsabilidade penal dos entes coletivos não pode ser entendida à luz da responsabilidade penal tradicional, baseada na culpa, na responsabilidade individual, subjetiva, mas deve ser entendida à luz de uma responsabilidade social”.

E foi em reconhecimento a essa responsabilidade social das pessoas jurídicas que a jurisprudência nacional passou a acatar a possibilidade de imputação criminal dos entes coletivos, como se observa do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵, abaixo transcrito:

[...] A responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo decorrente de uma opção eminentemente política, conforme referido, depende, logicamente, de uma modificação

11 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, arts. 1º a 120 do CP. 1 vol. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107-109.

12 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 168-174.

13 FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Direito ambiental em evolução** n. 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 83.

14 STADLER, Edson. **Direito penal ambiental & a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 80.

15 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 610.114**, do Rio Grande do Norte. Relator Ministro Gilson Dipp, da Quinta Turma. Julgado em 17/11/2005. Publicado em 19/12/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1791281&num_registro=200302100870&data=20051219&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 jan. 2015.

da dogmática penal clássica pra sua implementação e aplicação.

A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras, assim, na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

Ocorre que a mesma ciência que atribui personalidade à pessoa jurídica deve ser capaz de atribuir-lhe responsabilidade penal.

É incabível, de fato, aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico, com bem ressalta Fernando Galvão.

Indaga-se de que forma a pessoa jurídica seria capaz de realizar uma ação com relevância penal.

Tudo depende, logicamente, da atuação de seus administradores, se realizada em proveito próprio ou do ente coletivo.

Explica Germano da Silva que *“a autoria da pessoa jurídica deriva da capacidade jurídica de ter causado um resultado voluntariamente em com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Esta é ação penalmente relevante.”* Assim, se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal, tal como ocorre na esfera cível.

A questão da culpabilidade, por exemplo, deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. [...]

1.3 A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DAS PESSOAS JURÍDICAS SEGUNDO A NORMATIZAÇÃO BRASILEIRA

As pessoas coletivas são inequivocamente as principais poluentes e degradadoras do meio ambiente, pois atuam em grandes escalas com atividades potencialmente poluidoras, gerando descartes ambientalmente negativos.

Por essa razão, observou-se a necessidade iminente de uma maior responsabilização ambiental das pessoas jurídicas. Ocorre que a repressão civil e administrativa dessas entidades poluentes não foi o suficiente para coibir as suas práticas ambientalmente ilegais. Importa registrar

que tal fato ocorre mesmo com a aplicação, no campo civil, da reparação independente de culpa ou dolo do infrator, a chamada responsabilidade objetiva, a qual é considerada extremamente rígida.

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 3º, introduziu no mundo jurídico nacional a responsabilização penal das pessoas jurídicas ao prever que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A Lei dos Crimes Ambientais, ao regulamentar essa nova possibilidade de responsabilização das pessoas coletivas, acrescentou dois requisitos para a sua efetivação. A primeira condicionante apresentada pelo artigo terceiro da norma citada é de que a infração tenha sido cometida: a) por decisão de seu representante legal; b) por decisão contratual; e c) por decisão de órgão colegiado. E, como segundo requisito apresentado pelo artigo, há a necessidade de que o ato tenha sido praticado no “interesse” ou “benefício” da pessoa jurídica.

A Norma Penal Ambiental procurou, ainda, estabelecer sanções compatíveis com a natureza das pessoas morais, elencando expressamente, em seus artigos 21 a 24, as formas de aplicação das penas de multa, de restrição de direitos, de prestação de serviços à comunidade e de decretação da sua liquidação forçada, tudo isso sem prejuízo da possibilidade da desconsideração do próprio ente (artigo 4º do referido dispositivo).

Uma questão que gerou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais é a hipótese de incursão das pessoas jurídicas de “direito público” pela prática de crimes ambientais.

Entretanto, atualmente prevalece o entendimento da indistinção da modalidade da pessoa jurídica, que, sendo de natureza pública ou privada, deve ser responsabilizada por ilícitos penais ambientais.

Nesse sentido, em decisão recente proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal n. 0000574-90.2009.404.7200¹⁶, demonstrou-se detalhadamente a fundamentação

16 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, *Apelação Criminal n. 0000574-90.2009.404.7200*, Sétima Turma. Relatora: Salise Monteiro Sanchotene. Publicado na data de 17/7/2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 22 jan. 2015.

para a aceitação jurisprudencial da responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público, como se percebe da ementa abaixo:

CRIME AMBIENTAL. ART. 48 DA LEI 9.605/98. RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DESVINCULADA DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. FACTIBILIDADE DE FIGURAR COMO RÉU. IMPEDIR/DIFICULTAR REGENERAÇÃO DE VEGETAÇÃO. DE-SÍGNIO AUTÔNOMO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO. CULPABILIDADE E MOTIVOS. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. REDUÇÃO DA MULTA. [...] 2. A responsabilização criminal de pessoa jurídica de direito público encontra farto suporte jurídico, decorrente: 2.1) do princípio da legalidade, na medida em que, ao atribuir a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas pela prática de ilícito ambiental, o art. 225, § 3º da CF e o art. 3º da Lei 9.605/98 não fizeram distinção alguma entre as pessoas de direito público e as de direito privado; 2.2) das regras de hermenêutica jurídica, tendo em vista a orientação de que não compete ao intérprete distinguir o texto legal quando, podendo, o legislador não o fez; 2.3) do princípio da isonomia, porquanto não se justifica tal isenção em detrimento das pessoas jurídicas de direito privado, precipuamente levando em conta que é obrigação constitucional dos entes públicos a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2.4) do princípio da eficiência, eis que o meio ambiente será melhor salvaguardado se os entes públicos puderem, também, ser responsabilizados criminalmente, mormente porque não é incomum que tais entidades atuem como sujeitos ativos de delitos ambientais; 2.5) do fato de que, embora tenham sido criadas para defender o interesse público, as entidades em tela muitas vezes cometem arbitrariedades, devendo existir instrumento apto a coibir agressões a direitos que deveriam ser, por aqueles mesmos, garantidos; 2.6) da possibilidade de aplicação de pena, em simetria ao que ocorre na esfera cível, isto é, imposição de pagamento em pecúnia ao ente público, assegurada ação regressiva contra a pessoa física que causou o dano. [...] (Grifei)

Isso posto, depreende-se que, embora a legislação penal ambiental em nosso País seja ainda muito limitada, a doutrina e a jurisprudência nacional têm tornado efetiva a aplicação do preceito constitucional do artigo 225, § 3º, por meio da adoção de princípios do direito penal e das regras de hermenêutica jurídica.

2 CONCURSO DE PESSOAS (FÍSICA E JURÍDICA) NAS AÇÕES PENAIS AMBIENTAIS

3.1 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Segundo o “princípio da coautoria necessária”, entre a pessoa física e jurídica não é possível a imputação de crime ambiental isoladamente à pessoa jurídica, fazendo-se obrigatória a imputação simultânea dessas duas. Trata-se do conhecido sistema de dupla imputação ou sistema de imputação paralela, defendido por Sirvinskas¹⁷ como imprescindível à condenação penal ambiental.

Adotando a mesma opinião, Milaré¹⁸ sustenta que a disposição do artigo 3º e seu parágrafo único da Lei n. 9.605/1998 é que prevê a responsabilização necessária entre pessoa jurídica e pessoas físicas, autora, coautoras e partícipes dos crimes ambientais. Explica o doutrinador que “é certo que a empresa, *sponte sua*, não pode cometer delitos. Isso só é possível por meio de uma pessoa natural. Todo ato delituoso só pode ser praticado por meio do homem (*nullum crimen sine actio humana*)”.

E, ainda, sem destoar do entendimento acima descrito, Rodrigues¹⁹, em sua recente obra *Direito Ambiental Esquemático*, também considera a aplicação da teoria da dupla imputação como pressuposto para o apenamento do ente moral.

Nota-se, portanto, que a doutrina nacional tem retirado de julgados proferidos nos últimos anos, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, a indicação da existência de um pressuposto para a condenação das pessoas jurídicas por crimes ambientais, o já citado sistema da dupla imputação penal.

2.2 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça passou a analisar a questão da obrigatoriedade da responsabilização concomitante dos entes coletivos com

17 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

18 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 987.

19 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 347.

os seus respectivos administradores, nos crimes de natureza ambiental, a partir do ano de 2005, quando, no julgamento do Recurso Especial n. 610.114²⁰, proposto pelo Ministério Público Federal em face do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendeu-se que “a denúncia da pessoa jurídica só poderá ser efetivada depois de identificadas as pessoas físicas que, atuando em seu nome e proveito, tenham participado do evento delituoso”.

Segundo o Ministro Relator do referido julgamento, Gilson Dipp, a atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa, razão pela qual não se compreende a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física. Respalhando a adoção desse posicionamento, o aludido relator discorre no seguinte sentido:

E não obstante o entendimento doutrinário e jurisprudencial firmados no sentido de que o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública “podendo o Ministério Público, com **dominus litis**, aditar a denúncia, até a sentença final, para inclusão de novos réus, ou ainda oferecer nova denúncia, a qualquer temp” (STF, HC 71.538/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/03/96), é certo que, relativamente aos delitos ambientais - para os quais o art. 3º da Lei 9.605/98 deixa clara a vinculação da responsabilidade da pessoa jurídica à atuação de seus administradores, quando agem no interesse da sociedade - faz-se necessária a descrição da participação de seus representantes legais ou contratuais ou de seu órgão colegiado na inicial acusatória.

Nesse contexto, entendo que a denúncia da pessoa jurídica só poderá ser efetivada depois de identificadas as pessoas físicas que, atuando em seu nome e proveito, tenham participado do evento delituoso.

A identificação da atuação das pessoas físicas é importante como forma de verificar se a decisão danosa ao meio-ambiente partiu do centro de decisão da sociedade ou de ação isolada de um simples empregado, para o qual a pessoa jurídica poderia responder por delito culposos (*culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*), recebendo penalidades menos severas daquelas impostas a título de dolo direto ou eventual, advindos da atuação do centro de decisão da empresa.

20 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 610.114**, do Rio Grande do Norte. Relator Ministro Gilson Dipp, da Quinta Turma. Julgado em 17/11/2005. Publicado em 19/12/2005. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=610114&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 12 jan. 2015.

A ausência desses elementos, portanto, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória, por ausência dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

E, desde então, até o final de 2015, a Corte em comento tem se inclinado inclinou-se no sentido de tornar obrigatória a imputação concomitante da pessoa física que seja responsável juridicamente, gereencie, atue no nome da pessoa jurídica ou em seu benefício, quando se trata de delitos que maculem o meio ambiente.

Nesse sentido, relacionam-se os recentes julgamentos do Habeas Corpus n. 187.842, do Rio Grande do Sul, julgado em 17/9/2013; o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 37.293, de São Paulo, julgado em 2/5/2013; o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.593, de São Paulo, julgado em 4/9/2012; e os Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 856.864, do Paraná, julgado em 20/10/2011.

Foi, porém, uma decisão proferida por essa Corte Superior, anos antes das decisões acima elencadas, que seria objeto de recurso ao Supremo Tribunal Federal e que modificaria, de forma contundente, o posicionamento da Maior Instância do Poder Judiciário Nacional, sobre o tema em questão.

Trata-se do julgamento do Mandado de Segurança n. 16.696, do Paraná, ocorrido na data de 9 de fevereiro de 2006, que requisitou a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, determinando ainda o trancamento da ação penal relativamente à pessoa coletiva quando excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pela conduta criminosa. Tal decisão foi posteriormente revista como se analisará a seguir.

2.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até meados do ano de 2013, o Supremo Tribunal Federal já havia examinado diversos pedidos de Habeas Corpus no sentido de reconhecer a responsabilização criminal de administradores de pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes ambientais, com fundamento no disposto no artigo 2º da Lei n. 9.605/1998, como se observa dos julgamentos proferidos no Habeas Corpus n. 85.190 – publicado em 10/3/2006 -, n. 94.489

- publicado em 7/8/2009 - e n. 101.851 - publicado em 21/10/2010.

Contudo, foi em sede do Recurso Extraordinário n. 548.181²¹, julgado na data de 6 de agosto de 2013, mas publicado apenas em 30 de outubro de 2014 que o Pretório Excelso apreciou a questão da prescindibilidade da responsabilização concomitante da pessoa jurídica e do seu gestor/administrador em ações penais ambientais.

No caso em comento, o Ministério Público Federal recorreu da decisão emitida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança n. 16.696/PR, que requisitou, como condição da ação penal de responsabilização da pessoa jurídica, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, praticou o fato-crime e determinou o trancamento da ação penal em razão da exclusão da imputação aos dirigentes responsáveis pela conduta criminosa.

Analisando a situação descrita, a Ministra Relatora Rosa Weber, em seu voto, considerou plausível o argumento levantado pelo recorrente de que o condicionamento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça - da persecução penal da pessoa jurídica à identificação e persecução da pessoa física especificamente responsável pelo delito no âmbito da empresa - pode impactar na eficácia do princípio constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica em crime contra o meio ambiente.

Em detalhado exame do assunto, a Excelentíssima Ministra sustenta que o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça encontra-se assentado em bases teóricas da dogmática tradicional do Direito Penal, acabando por "afetar o disposto na norma albergada no § 3º do art. 225 da Lei Maior estabelecendo verdadeira condicionante [...] da responsabilização da pessoa jurídica nela não contida sequer de forma implícita".

Em defesa do seu posicionamento, a citada Ministra aponta que, em quantidade não desprezível de casos, torna-se impossível a identificação e respectiva imputação de um sujeito concreto pela infração penal, sendo que tal fato não pode impedir a responsabilização do ente

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 548.181**, do Paraná. Relatora Ministra Rosa Weber, da Primeira Turma. Julgado em 6/8/2013. Publicado em 30/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=548181&classe=%20RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipojulgamento=M>. Acesso em: 20 jan. 2015.

coletivo. Do contrário, possibilitar-se-ia a obtenção de lucros e vantagens pelos entes morais advindos da prática de fatos ilícitos no seu interesse.

Registra, ainda, que, em que pese o legislador ordinário não tenha estabelecido completamente os critérios de imputação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelo cometimento de infrações ambientais, cabe à doutrina e à jurisprudência o desenvolvimento desses critérios de modo a efetivar a norma constitucional já citada sem esvaziar, contudo, o mandamento da Carta Magna.

Colaciona-se, dessa forma, trecho do voto proferido pela Ministra Relatora:

[...] A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Mas esse esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas.

Conforme já referi, em não raras oportunidades as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

Mesmo porque, para as pessoas físicas, não há como pretender questionar a permanência do nexos de causalidade, nos moldes em que consagrado pela evolução da ciência penal tradicional, como condição de imputação de um ilícito penal.

Em resumo, a clivagem inerente ao funcionamento dos modernos conglomerados empresariais, em muitos casos, quase que impede a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física determinada.

Essa, exatamente, a *ratio essendi*, na minha visão, da norma constitucional que acolhe a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atividades lesivas ao meio ambiente. [...]

Acatando o voto da Ministra Relatora, o Superior Tribunal Federal inovou ao reconhecer que a Constituição Federal de 1988 (art. 225,

§ 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, atribua-se o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando para tanto que: 1) “fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberação ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária”; e 2) que a ação dita criminosa tenha se realizado no interesse ou em benefício da pessoa moral.

Observa-se, inclusive, que o julgamento acima detalhado já fundamentou recente decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Apelação Criminal n. 0000574-90.2009.404.7200, publicado em 17/7/2014), demonstrando que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal veio para alterar efetivamente o curso das ações penais ambientais especificamente quanto ao apenamento das pessoas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da implementação da responsabilidade penal das pessoas coletivas no âmbito ambiental ainda não é tema pacificado na doutrina nacional, embora os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Superiores reconheçam o instituto na grande maioria dos julgados e sem grandes conflitos jurídicos.

Todavia, é inegável a existência de lacunas normativas para o processamento e a condenação criminal dessas pessoas jurídicas, restando à doutrina e à jurisprudência a incumbência de elaborar as condições de aplicação prática dessa recente forma de responsabilização penal.

Sucedo que tal encargo transferido aos doutrinadores e juízos nacionais não pode transcender aos requisitos já dispostos na Carta Magna e na Lei própria, criando embaraços ainda maiores para a efetivação desse direito/obrigação.

Por conseguinte, a obrigatoriedade da imputação concomitante da pessoa jurídica e da pessoa jurídica física responsável por ela, para a aceitação da condenação criminal ambiental das pessoas morais, não apenas se trata de uma exigência inexistente em normas expressas como também atinge a eficácia do instituto, tornando-o, em diversas situações, inócuo e conseqüentemente legitimando os atos delituosos cometidos

por grandes corporações ao meio ambiente.

À vista disso, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 548.181 veio para tornar ativa a norma descrita no art. 225, § 3º, da Constituição Federal atual, possibilitando a condenação criminal de pessoas jurídicas pelos crimes ambientais por si praticados sem considerar inovações processuais que dificultam ainda mais a aplicação da valorosa norma constitucional.

REFERÊNCIAS

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; Milaré, Édís. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Apontamentos gerais acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, julho de 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11740&revista_caderno=3>. Acesso em: 27 dez. 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Direito ambiental em evolução** n. 3. Curitiba: Juruá, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, arts. 1º a 120 do CP. 1 vol. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

STADLER, Edson. **Direito penal ambiental & a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 610.114**, do Rio Grande do Norte. Relator Ministro Gilson Dipp, da Quinta Turma. Julgado em 17/11/2005. Publicado em 19/12/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&proces>

so=61011 4&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 12 jan. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 548.181**, do Paraná. Relatora Ministra Rosa Weber, da Primeira Turma. Julgado em 06/08/2013. Publicado em 30/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=548181&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, **Apelação Criminal n. 0000574-90.2009.404.7200**, Sétima Turma. Relatora: Salise Monteiro Sanchotene. Publicado na data de 17/7/2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 22 de jan. 2015.

A NOTA FISCAL DE PRODUTOR RURAL NA PRODUÇÃO DE LEITE E SUA CONTRIBUIÇÃO NO COMBATE À SONEGAÇÃO FISCAL E OUTRAS FRAUDES: UM ESTUDO DE CASO

Eraldo Antunes

Promotor de Justiça

Pós-Graduando em Planejamento e Gestão Tributária (UNOCHAPECÓ)

SUMÁRIO

Introdução. 1 A Origem da Nota Fiscal de Produtor Rural em Santa Catarina. 2 A Contribuição Previdenciária como Obrigação Tributária do Produtor Rural. 3 A Sonegação Fiscal e suas Consequências Penais. 3.1 A Sonegação Fiscal na Produção Rural. 4 Da Delegação do Estado aos Municípios sobre a Fiscalização da Nota do Produtor. 5 A Implantação do Projeto e os Resultados Produzidos. 6 A Nota do Produtor Rural na Produção de Leite como Inibidora da Prática de Outras Fraudes. Conclusão. Referências.

RESUMO

Este trabalho teve como base a experiência profissional relacionada ao combate à sonegação fiscal na produção de leite, implantada, no ano de 2009, pela Promotoria de Justiça da Comarca de São Lourenço do Oeste, que abrange o Município Sede e os de Jupia e Novo Horizonte,

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 22	p. 285 - 313	jan./jun. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

experiência posteriormente estendida aos demais Municípios filiados à Associação dos Municípios do Noroeste de Santa Catarina (AMNoroeste). As estimativas preliminares indicavam que, nesses Municípios, um percentual aproximado de 80% da produção de leite não recebia o necessário registro fiscal, pela emissão da nota de produtor rural. Os resultados coletados pela referida associação confirmaram a ocorrência de uma sonegação elevada na atividade. Por isso, este trabalho tem por pretensão alertar os órgãos competentes do Poder Público para dedicarem maior atenção à fiscalização não somente na produção de leite mas em todo o agronegócio, mediante a exigência da emissão da nota fiscal de produtor em toda a venda de produto extraído da propriedade rural, cuja providência vai contribuir para melhorar as finanças dos Estados e dos Municípios, assim como da Previdência Social, além de prestar importante auxílio no combate a muitas das fraudes descobertas recentemente na atividade leiteira.

PALAVRAS-CHAVE: Nota de produtor rural. Produção de leite. Sonegação fiscal. Fraudes.

ABSTRACT

This work was based on the professional experience gained in the fight against tax evasion in milk production, set in 2009 by the Prosecutor's Office of São Lourenço do Oeste, which covers the headquarters municipality together with the municipalities of Jupiá and Novo Horizonte, experience that was later extended to the other members of the Municipal Northwest Association of Santa Catarina (AMNoroeste). Preliminary estimates indicate that, in these municipalities, an approximate percentage of 80% of the milk produced did not receive the necessary tax registration by issuing the "Farmer's Tax Invoice" (NFP). The results collected by this Association confirmed the occurrence of a high evasion in the activity. Therefore, this work has the intention to alert the relevant government entities to devote greater attention to monitoring not only in milk production but throughout the agrobusiness, by requiring the issuance of the "Farmer's Tax Invoice" throughout the extracted product from sale of rural property, which providence will

help to improve the finances of the States and the Municipalities, as well as Social Security, and provides important aid in the combating many of the fraud recently discovered in the milk production.

KEYWORDS: Farmers note. Milk production. Tax evasion. Fraud.

INTRODUÇÃO

No exercício das atribuições que lhe são inerentes, a Promotoria de Justiça da Comarca de São Lourenço do Oeste, que abrange também os Municípios de Jupiá e de Novo Horizonte, constatou, por notícias informais, a ocorrência de um elevado índice de sonegação fiscal na produção de leite. Por isso e com o propósito de contribuir para o combate dessa conduta nociva ao erário, de forma direta e, indiretamente, à sociedade, no ano de 2009, foi iniciado um trabalho com tal finalidade, pois as estimativas preliminares indicavam que uma quantidade aproximada de 80% da produção de leite não estava sendo registrada em nota fiscal de produtor rural (informação verbal)¹. A acentuada sonegação ficou confirmada quando da análise dos resultados de questionários aplicados aos profissionais que prestaram a informação.

Com a comercialização clandestina de grande parte da produção de leite, a sonegação fiscal nas operações comerciais subsequentes com o mesmo produto também era acentuada, gerando grande prejuízo ao Estado de Santa Catarina e aos Municípios. Em razão disso, e da relevância da matéria, os municípios integrantes da AMNoroeste passaram a demonstrar interesse no assunto, o que levou a entidade referida a aderir à proposta da Promotoria, passando a atuar como parceira, o que contribuiu para que a iniciativa fosse estendida aos demais Municípios e ela filiados.

As informações preliminares indicavam a existência de produtores rurais que, apesar de possuírem enorme rebanho leiteiro, limitavam-se a emitir poucas notas fiscais por ano sobre as vendas realizadas, nas quais inseriam uma quantidade insignificante do produto, que

1 Informações prestadas, em 2009, por Jusane Trevisol, responsável pelo setor de controle e emissão do bloco de notas de produtor rural e pelo médico-veterinário Milton Kasper, ambos, na época, servidores da Prefeitura de São Lourenço do Oeste.

beirava o deboche, pois estava muito aquém do efetivamente vendido à agroindústria. Alguns deles apresentavam como justificativa para a pouca quantidade do produto inserida em notas de produtor o fato de a Previdência Social exigir somente uma nota fiscal de produtor por ano, para fins de comprovação da condição de segurado especial do titular do bloco de notas, o que se apresentava suficiente para lhe possibilitar a postulação, quando fosse o caso, da concessão dos benefícios previstos na legislação específica, a começar pelo direito de se aposentar com a idade inferior à do trabalhador urbano, no caso, sessenta anos, para os homens, e cinquenta e cinco, para as mulheres.

Essa singela exigência da Previdência Social e a ausência de uma efetiva fiscalização por parte do Estado e do Município, este por delegação recebida daquele, vinham permitindo, ainda que involuntariamente, a ocorrência de uma acentuada sonegação fiscal, em toda a atividade do chamado agronegócio, pelo não recolhimento de vários tributos. No caso da produção de leite, a sonegação maior concentrava-se no não recolhimento do ICMS pela agroindústria nas operações subsequentes. Embora o produtor rural esteja amparado pelo chamado diferimento que o isenta do pagamento desse tributo, ele não está livre de realizar o registro em nota fiscal de todos os produtos e animais que saem da sua propriedade com destino à agroindústria. Na comercialização do leite, a ausência do registro em nota fiscal pelo produtor rural fazia com que o produto fosse vendido informalmente e, indiretamente, desobrigava a empresa compradora a emitir a chamada contranota, uma providência necessária à confirmação da entrada do produto no estabelecimento da pessoa jurídica. Logo, nas operações subsequentes, a venda também ocorria na informalidade, levando a agroindústria a transformar em lucro ilícito o ICMS que deveria recolher à Fazenda Estadual.

Com a exigência apresentada ao produtor rural para emitir a nota fiscal e nela inserir a quantidade real de leite saída da sua propriedade, a agroindústria passou a ser forçada a registrar a entrada da efetiva quantidade adquirida do produtor mediante a emissão da contranota, além de fazer o necessário registro fiscal da saída desse produto nas operações subsequentes, gerando a necessidade do recolhimento do tributo estadual antes referido.

Pelo fato de a cadeia econômica do leite ter o seu início lá na propriedade rural, a solução que se apresentou mais indicada foi a

realização de um trabalho calçado na conscientização do produtor, na sua advertência sobre a obrigação legal na emissão da nota fiscal e de nela ter que inserir a real quantidade do produto que entrega à agroindústria. Com essa providência, os dutos da sonegação fiscal passaram a ser estancados no nascedouro, pois, com a emissão desse documento fiscal, as operações comerciais subsequentes com o mesmo produto tiveram que se submeter aos registros fiscais incidentes em cada operação, provocando, como consequência natural, o recolhimento de tributos.

Durante o período de acompanhamento evolutivo da produção leiteira e o seu registro fiscal, mediante a emissão da nota de produtor rural nos Municípios da AMNoroeste, surgiram notícias de investigações policiais no combate à prática de fraudes na produção de leite, cujas condutas infracionais também poderão ser inibidas com a emissão da nota fiscal de produtor rural, o que será objeto de algumas considerações neste trabalho.

1 A ORIGEM DA NOTA FISCAL DE PRODUTOR RURAL EM SANTA CATARINA

A implantação da nota fiscal de produtor rural, no Estado de Santa Catarina, aconteceu com o advento da Portaria n. 151, da Secretaria de Estado da Fazenda, publicada no Diário Oficial de 20/9/1985, cujo ato normativo recebeu a denominação de “norma de utilização da nota fiscal de produtor” e foi editado com base no art. 168, § 3º, do Regulamento do ICM-SC/1984, já revogado. Atualmente, a matéria está disciplinada no Anexo 6 do Regulamento do ICMS/SC, aprovado pelo Decreto Estadual n. 2.870, de 27/8/2001. Esse anexo traz, no art. 12, inciso I, o conceito de produtor rural como sendo “[...] a pessoa física que se dedique à produção agrícola, animal ou extrativa vegetal [...]”, acrescentando no seu art. 18, inciso I, que “Os produtores primários emitirão Nota Fiscal de Produtor: I - sempre que promoverem a saída de produtos primários ou extrativos vegetais.” Portanto, a emissão desse documento fiscal constitui-se numa obrigação imposta pela legislação estadual, ainda que o produtor esteja isento de realizar o recolhimento do tributo ICMS pela comercialização dos produtos extraídos da sua propriedade.

Ademais, o produtor de leite recebe outra benesse da legislação

estadual, pois lhe concede, no art. 19, inciso I e § único, do Anexo 06 do Regulamento do ICMS, a possibilidade de emitir uma única nota fiscal ao final de cada mês. Esse documento deve englobar todas as operações realizadas no período, anotadas na ficha de coleta de leite, conforme modelo oferecido pela Secretaria de Estado da Fazenda, em especial, a inserção da informação sobre a quantidade exata do leite que entregou à agroindústria, assim como o valor de mercado do produto. Pode o produtor responder pelo crime de sonegação fiscal, caso não emita o documento fiscal de sua responsabilidade ou nele insira informação falsa ou incompleta com o propósito de causar prejuízo ao erário estadual.

2 A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA IMEDIATA DO PRODUTOR RURAL

Além do conceito que lhe foi atribuído na legislação tributária estadual e da obrigação que esse conjunto de normas lhe impôs para emitir a nota fiscal pela venda dos produtos e animais que extrai da sua propriedade, o produtor rural também recebeu, na legislação previdenciária, um tratamento específico, sendo lá conceituado como **segurado especial**, nos termos do art. 12, inciso VII, letra “a”, da Lei n. 8.212/91, com redação trazida pela Lei 11.718/08. Nessa condição, ele está obrigado a contribuir para o sistema de seguridade social, conforme previsto no art. 195, § 8º, da Constituição Federal, com redação determinada pela EC n. 20/98. Por sua vez, a contribuição, conhecida popularmente como FUNRURAL, é representada pelo percentual de 2,3% sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, nos termos do art. 25, incisos I e II, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 10.256/01.

Ao cumprir sua obrigação legal na emissão da nota fiscal pela venda dos produtos e animais saídos da sua propriedade, o produtor rural reforça a arrecadação da Previdência Social, a fim de que esta possa lhe custear possíveis benefícios, quando fizer jus, além de contribuir para a formação do fundo destinado às indenizações por acidente de trabalho que pode beneficiá-lo. Outra parte do percentual recolhido irá para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural, o SENAR, cujo órgão tem por finalidade levar conhecimento técnico aos produtores e seus familiares, mediante a oferta de cursos, seminários e palestras para a

aplicação mais adequada dos recursos naturais e melhoria da capacidade produtiva da propriedade rural, aumentando a renda e a qualidade de vida da sua família.

Convém ressaltar que o valor correspondente ao percentual de 2,3% de recolhimento obrigatório por parte do produtor rural ao FUNRURAL, ainda sofre uma subdivisão em três partes. A maior delas, no percentual de 2%, vai para a Seguridade Social e tem por finalidade custear os benefícios previdenciários que serão concedidos a quem fizer jus. A segunda parte, no valor correspondente a 0,2%, é destinado ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), criado pela Lei n. 8.315, de 23/12/91, cuja alíquota foi fixada pelo art. 6º da Lei n. 9.528, de 10/12/97, com nova redação dada pelo art. 3º da Lei n. 10.256, de 9/7/2001. Já o valor representado pelo percentual restante de 0,1% destina-se ao financiamento dos benefícios concedidos por incapacidade laborativa provocada pelos riscos ambientais do trabalho, cuja base legal está no art. 25, inciso II, da Lei n. 8.212/91, com redação dada ao *caput* pela Lei n. 10.256, de 9/7/2001, e na regulamentação trazida pelo art. 200, incisos I e II, do Decreto Federal n. 3.048, de 6/5/99.

Esse percentual que o produtor rural está obrigado a recolher sobre o valor bruto inserido na nota fiscal é singelo, se comparado aos 8% (oito por cento) sobre a remuneração mensal que todo o trabalhador urbano deve destinar à Previdência Social. Além disso, o produtor rural ainda tem o conforto de não necessitar cuidar da parte burocrática para realizar o recolhimento do valor pertencente ao órgão previdenciário, pois essa obrigação a legislação transferiu para a agroindústria, a destinatária da produção, incumbindo a ela o dever de realizar o desconto do percentual de 2,3% sobre o valor da nota e, depois, providenciar o respectivo recolhimento à Previdência Social, conforme estabelece o art. 30, inciso III, da Lei n. 8.212/91, com redação da Lei 11.933/09, nestes termos:

Art. 30.

[...]

III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25 até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente de essas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento; (BRASIL, 2009).

O mesmo art. 30, § 7º, da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 11.718/08, também determina a emissão pela agroindústria da chamada *contranota* e sua entrega ao produtor rural, para que este tenha o documento fiscal sobre a operação realizada e depois possa comprovar o efetivo recolhimento da contribuição à Previdência Social.

Portanto, ainda que o produtor rural esteja obrigado pela legislação estadual que regulamenta o ICMS a emitir a nota fiscal pela venda dos produtos e animais extraídos da sua propriedade, ele está isento de realizar qualquer recolhimento desse tributo, mas não está imune ao recolhimento da contribuição previdenciária, o chamado FUNRURAL, no percentual antes referido. É essa, pois, a sua obrigação tributária imediata, sem olvidar as suas demais obrigações de natureza fiscal, como, por exemplo, as informações que deve prestar ao imposto de renda.

A singela exigência da Previdência Social para que o produtor rural apresente uma única nota fiscal emitida para cada ano de atividade e, assim, comprove a sua condição de segurado especial é também uma maneira de estimular, pela via oblíqua, que o produtor deixe de cumprir sua obrigação fiscal pelo registro de todos os produtos que extrai da sua propriedade para comercialização. De fato, se ele sabe que precisa de apenas uma nota por ano para comprovar o exercício da atividade rural, é óbvio que não vai se sentir cobrado para fazer o registro fiscal de tudo que comercializa. Portanto, a Previdência Social, ainda que involuntariamente, também contribui para a manutenção de um comportamento arredo dos produtores na emissão da nota fiscal pela comercialização de produtos agrícolas ao fazer-lhe uma exigência quase simbólica pela comprovação da sua condição de segurado especial.

Diante desse cenário, a sugestão para se reduzir essa conduta omissiva de uma parcela significativa de produtores rurais e, por consequência, aumentar a arrecadação da Previdência Social está na necessidade de se alterar a legislação para permitir que esse produtor possa almejar uma aposentadoria com um valor mais elevado, tomando como referência o montante de contribuição que ele fizer ao FUNRURAL, pois, atualmente, na condição de segurado especial, sua aposentadoria não pode ser superior a um salário mínimo.

A iniciativa ora proposta, que dependerá da atuação favorável do Congresso Nacional, além de criar a expectativa aos produtores rurais pela possibilidade de se aposentarem com valor acima de um salário

mínimo, provocará, certamente, um considerável aumento na arrecadação da Previdência Social, cujo órgão também sofre com a grande sonegação fiscal praticada no agronegócio. Com a palavra, os Senhores Parlamentares.

3 A SONEGAÇÃO FISCAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS

O tema relacionado à sonegação fiscal é tratado pelos doutrinadores como **evasão fiscal**. Também recebe os sinônimos de evasão tributária e fraude fiscal, e tem o propósito de diferenciá-la de outro conceito do Direito Tributário, a **elisão fiscal**. Na primeira, o estudo é dirigido à conduta do contribuinte, considerada ilícita pela lei, pois, como disse Dória (1977 apud DECOMAIN, 1994, p. 22), “[...] a expressão evasão fiscal, sinônima de fraude fiscal, deve ser reservada para exprimir a ação tendente a eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo devido”. Na segunda, ao contrário, o estudo volta-se aos benefícios que a lei tributária pode conceder. Assim sendo,

[...] a elisão fiscal, também conhecida como planejamento tributário, além de outras expressões havidas por sinônimas, caracteriza-se como conjunto de práticas envidadas por pessoas físicas ou jurídicas, destinadas ao planejamento e realização de suas atividades de tal forma a incidirem na menor tributação possível. (DECOMAIN, 1994, p 22).

Salienta-se que a sonegação fiscal ou fraude fiscal representa a conduta dolosa do contribuinte, pessoa física ou jurídica, com o propósito de enganar o erário para se eximir do cumprimento de uma obrigação tributária ou para realizar o pagamento de um tributo em valor muito aquém do que seria devido. Esse tipo de comportamento merece a necessária reprovação não somente no aspecto legal mas também no social, pois os valores que o contribuinte fraudador deixa de recolher aos cofres públicos irão provocar prejuízos indiretos à população no atendimento das suas necessidades, como por exemplo, no fornecimento de medicamentos, na internação hospitalar, nas áreas da educação e da segurança, entre outras.

Por isso, o combate a esse tipo de comportamento por parte dos órgãos competentes deve ser uma constante. Na sua doutrina, Decomain (1994) diz:

[...] seja como for, no nosso tempo e nas modernas ordenações estatais, a praga da evasão impõe medidas repressivas adequadas, por mais que se continue considerando como utópico qualquer pretensão de extirpá-la. [...] Concordamos em sustentar que a evasão tributária deve ser implacavelmente perseguida, mediante o aperfeiçoamento dos métodos destinados a localizá-la e investigá-la e mediante severa repressão, consistente em penalidades fortemente gravosas para o infrator, que sejam não só reparatorias como também exemplares. (VILLEGAS, 1974 apud DECOMAIN, 1994, p. 20).

A sonegação fiscal está conceituada como crime na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, mais precisamente no art. 1º, merecendo destaque para este estudo, as condutas elencadas nos incisos I a III, pois aplicáveis ao produtor rural e a quem com ele estiver em conluio, conforme transcrição que segue.

Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública [...];

Pena - seis (06) meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo. (BRASIL, 1965)

No ano de 1990, mais precisamente no dia 27 de dezembro, foi publicada a Lei n. 8.137, que definiu os Crimes contra a Ordem Tributária, prevendo, no art. 1º, *caput* e incisos I, II e V, estas condutas típicas:

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

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

[...]

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (BRASIL, 1990).

Sobre a coexistência dessas duas leis, a despeito de eventuais questionamentos acerca de possíveis conflitos entre elas, Decomain (1994) afirmou:

Com relação à Lei nº 4.729/65, cumpre observar, porém, que todos os tipos penais que nela se continham guardam consonância com outros encontráveis no bojo da Lei n. 8.137/90, em que pesem algumas diferenças que também serão abordadas em momento posterior. É possível, inclusive, estabelecer um paralelo entre os crimes previsto pela lei anterior e os dos artigos 1º e 2º da lei atual. (DECOMAIN, 1994, p. 26).

No caso do produtor rural, ainda que esteja isento do recolhimento do ICMS, pois sua obrigação fiscal restringe-se ao recolhimento da contribuição ao FUNRURAL, ele pode responder pelos crimes previstos nas duas leis ora referidas, uma vez que, na hipótese de deixar de emitir a nota fiscal de produtor ou nela inserir informações incompletas ou falseadas, sua conduta pode caracterizar uma das ações previstas nos tipos penais previstos nessas leis.

3.1 A SONEGAÇÃO FISCAL NA PRODUÇÃO RURAL

Apesar dos esforços realizados na elaboração da pesquisa, pouco material foi encontrado sobre o tema, dada a sua escassez. A propósito, na afirmação de Brugnaro, Del Bel Filho e Bacha (2003, p. 16), “A literatura sobre tributação na agropecuária é bastante escassa, restringindo-se à análise dos seguintes temas: evolução dos tipos de impostos incidentes sobre essa atividade, mudanças nas alíquotas e na sistemática de cobrança, a questão da bi-tributação e a sonegação”. Com esse cenário, a opção mais apropriada para a realização deste estudo foi a análise das diversas normas pesquisadas que, de uma ou outra forma, demonstraram ter alguma relação com o tema aqui tratado.

O trabalho desses autores foi publicado, em 2003, ou seja, há doze anos. Porém, constata-se que a matéria não recebeu a necessária atenção por parte do poder público. Eles também afirmaram que:

O setor agropecuário é caracterizado por sua elevada sonegação fiscal. Sonegação que ocorre em consequência da atual complexidade do sistema tributário brasileiro, que causa distorções nos diferentes setores produtivos, além da incapacidade/dificuldade de fiscalização por parte do estado, devido ao grande custo que essa fiscalização acarretaria, inviabilizando a execução da mesma. (BRUGNARO; DEL BEL FILHO; BACHA, 2003, p. 16).

No Estado de Santa Catarina, essa fiscalização é transferida aos Municípios mediante convênio de cooperação técnica e delegação de encargos, ocorrendo, assim, uma transferência de competência. A delegação é aceita por causa do interesse na ampliação do registro fiscal da produção rural, cuja consequência principal será o aumento do chamado *valor adicionado*, composto pela soma de todos os valores registrados nos vários segmentos da economia de cada Município, no caso, as atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços, além do que for produzido pelo chamado agronegócio, aí incluído, obviamente, o montante da produção de leite. Assim sendo, o valor servirá de base para o cálculo da parcela de retorno do ICMS, um tributo de competência estadual.

4 DA DELEGAÇÃO DO ESTADO AOS MUNICÍPIOS SOBRE A FISCALIZAÇÃO DA NOTA DE PRODUTOR

Embora a competência para disciplinar a matéria relacionada à emissão da nota fiscal do produtor rural seja do Estado, pois os produtos e animais que saem da propriedade rural mediante negociação com a agroindústria passam a ter circulação comercial e irão provocar, nas operações subsequentes, fatos geradores de ICMS, os Municípios, mediante a assinatura do convênio com a Secretaria de Estado da Fazenda, passaram a assumir o controle na confecção e distribuição de blocos de notas, assim como na fiscalização da emissão da nota fiscal de produtor rural. Essa parceria com o Estado interessa aos Municípios porque a emissão dessa nota, como já dito, irá compor o chamado **valor adicionado**, cujo montante será observado para o cálculo da participação de

cada Município na formação do volume de recursos arrecadados pelo Estado e servirá como referência para o cálculo da parcela de retorno do ICMS.

No caso presente, os convênios são reproduções da minuta aprovada no Processo Administrativo instaurado na Secretaria de Estado da Fazenda sob o n. 000416113/2010 e foram assinados com os seis Municípios integrantes da AMNoroeste, no caso, São Lourenço do Oeste, Jupiá, Novo Horizonte, Coronel Martins, Galvão e São Bernardino, conforme extratos dos seis convênios publicados no Diário Oficial do Estado de 13/7/2011. A validade deles é de sessenta meses, a contar da data dessa publicação, prorrogável por igual período, conforme previsão contida na Cláusula Nona, a qual está amparada no art. 120, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Estadual n. 381, de 7/5/2007.

Do convênio firmado com o Município de São Lourenço do Oeste faz-se oportuno destacar o conteúdo das Cláusulas **Primeira**, **Terceira** e **Quinta**, cuja transcrição é a que segue.

CLÁUSULA PRIMEIRA - do objeto

Constitui objeto do presente convênio a cooperação técnica e a delegação de encargos para difusão do Programa de Educação Fiscal no âmbito do MUNICÍPIO para a fiscalização e controle da emissão de notas fiscais de produtor pelo MUNICÍPIO, para o intercâmbio de informações e dados cadastrais, para o recebimento e processamento dos dados do movimento econômico [...]. (SÃO LOURENÇO DO OESTE, 2011).

[...]

CLÁUSULA TERCEIRA - das atribuições para fiscalização e controle da emissão de notas fiscais de produtor pelo Município

Para a consecução do objeto estabelecido nesta cláusula, constituem atribuições:

I - Do Estado:

- 1) autorizar a impressão de notas fiscais de produtor e ficha de coleta de produtos hortifrutigranjeiros isentos para distribuição aos produtores primários;
- 2) permitir o acesso ao banco de dados e demais materiais necessários à inscrição de novos produtores agropecuários no Cadastro de Produtor Primário - CPP;
- 3) permitir acesso ou cópia da legislação atualizada aplicável à matéria;

4) fornecer orientação e assistência necessárias, através de capacitação aos servidores envolvidos na função, com o objetivo da fiel execução das tarefas cometidas ao Município.

II - Do Município:

Destinar servidores públicos habilitados em número suficiente para o cumprimento dos serviços objeto deste convênio;

Cadastrar e manter atualizado as inscrições no Cadastro de Produtor Primário - CPP, inclusive com o cartão de identificação, mantendo-o atualizado, com a relação dos produtores estabelecidos no seu território;

Entregar Nota Fiscal de Produtor e Ficha de Coleta de Produtos Hortifrutigranjeiros Isentos, observadas as normas da legislação aplicável;

Prestar orientação aos produtores agropecuários sobre o uso da Nota Fiscal de Produtor;

Comunicar, imediatamente, ao Estado quaisquer irregularidades constatadas durante a execução das tarefas que lhe foram cometidas e permitir livre acesso à SEF nos casos de auditoria;

Prestar contas ao Estado, pelo menos uma vez por mês, mediante relatório específico ou arquivo eletrônico, das demais atividades desenvolvidas e do material que lhe foi fornecido;

Cumprir e fazer cumprir as normas da legislação tributária estadual;

Informar mensalmente à Secretaria de Estado da Fazenda os dados constantes das notas fiscais devolvidas pelos produtores primários em arquivo eletrônico ou por aplicativo disponibilizado pela SEF (conforme art. 174, do anexo I, do RICMS).

[...]

CLÁUSULA QUINTA - das atribuições para recebimento e processamento dos dados do movimento econômico

Para a consecução do objeto estabelecido nesta cláusula, constituem atribuições:

I - Do Estado:

Disponibilizar ao município acesso aos dados dos contribuintes e dos produtores primários que tenham influência na formação do índice de retorno do ICMS;

Exigir dos contribuintes a entrega da DIME com as informações necessárias à apuração do movimento econômico;

Delegar ao Município permissão para a emissão de comunicados com relação às omissões de DIME ou o preenchimento irregular;

Expedir intimações com o objetivo de disponibilizar ao Município, livros e documentos necessários à elaboração de recursos administrativos, respeitando-se os prazos previstos em normas à impetração destes.

II - Do Município:

Informar mensalmente ao Estado os valores constantes dos documentos fiscais emitidos pelos produtores primários do seu município, conforme disposto no art. 174, do Anexo 5, do RICMS- SC;

Garantir o sigilo fiscal exigido por lei no manuseio dos documentos e o processamento dos dados que lhe forem disponibilizados.

[...]

Amparados nesses convênios, muitos Municípios passaram a estimular os produtores rurais a emitirem a nota fiscal mediante a concessão de incentivos. Novo Horizonte, por exemplo, editou a Lei n. 408, de 16/12/2009, com a qual passou a prever (art. 4º, § 1º) a concessão de uma hora/máquina a cada R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) de leite produzido e registrado em nota de produtor. Jupiá, por sua vez, editou a Lei n. 405, de 28/12/2009, concedendo o subsídio de 70% da hora/máquina a cada três mil litros de leite produzido e registrado em nota (art. 1º e § 1º), além de outros incentivos. No ano seguinte, São Lourenço do Oeste aprovou a Lei n. 1.917, de 15/12/2010, que institui o Programa Municipal de Estímulo à Atividade Leiteira e concede subsídio de 50% do valor das sementes de pastagens para utilização nessa atividade, até o limite de dois hectares por produtor (art. 7º), além de subsídios na aquisição de sêmen (art. 14) para melhoria genética do rebanho, assim como a concessão gratuita de horas/máquina com base no volume de leite produzido e comercializado por ano (art. 24 e Anexo II). Essa norma também estabeleceu o critério de concessão de uma hora/máquina para cada volume de dez mil litros de leite produzidos, com o limite de concessão de seis horas por propriedade a cada ano.

Os muitos incentivos ofertados pelos Municípios aos produtores rurais permitem o despertar de questionamentos, mormente diante da demonstração antes apresentada, de que o produtor, mesmo com a emissão da nota fiscal pela venda dos produtos e animais, não realiza

qualquer recolhimento tributário ao Município onde sua propriedade rural está situada. A justificativa, porém, está no interesse mediato dos Municípios na composição do chamado *valor adicionado*, que será o referencial para o cálculo do retorno do ICMS, conforme já explicado alhures.

Além do interesse direto na melhoria da respectiva arrecadação, os Municípios também precisam estimular os produtores a permanecerem no exercício da atividade rural, pois, na esteira do aspecto social relacionado à manutenção de uma atividade remunerada, há outro não menos importante, que é a produção de alimentos à população.

Apesar dos muitos incentivos concedidos aos produtores rurais, a maioria dos Municípios ainda exerce uma fiscalização pífia relacionada à emissão da nota fiscal por esses produtores, ou seja, não faz as devidas cobranças para o necessário registro nesse tipo de documento fiscal de toda a produção extraída da propriedade. A propósito, cabe destacar que a conduta omissiva dos responsáveis pela fiscalização pode aproximar-se perigosamente da prevaricação, sem prejuízo da caracterização de outras infrações, havendo, por isso, a necessidade de mudança urgente desse tipo de comportamento e de mentalidade. Somente assim a sonegação fiscal na produção rural poderá sofrer uma redução significativa, além de contribuir para o aumento da arrecadação de cada Município, pela melhoria da parcela de retorno do ICMS.

5 A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO E OS RESULTADOS PRODUZIDOS

Os trabalhos iniciaram com a instauração de Inquérito Civil Público cujo objetivo era o de apurar a situação de cada Município integrante da Comarca de São Lourenço do Oeste e buscar subsídios para orientar as providências no combate à sonegação fiscal na produção de leite. Depois, com a adesão ao projeto da Associação dos Municípios do Noroeste Catarinense (AMNoroeste), essa providência foi estendida aos demais Municípios a ela filiados e integrantes de outras duas Comarcas vizinhas, Campo Erê e São Domingos, pois os representantes do Ministério Público nelas lotados também entenderam por aderir ao projeto.

Na sequência, com a colaboração fundamental da AMNoroeste,

foram realizadas audiências públicas em todos os Municípios de sua abrangência. Esta ação objetivava repassar informações e esclarecimentos aos interessados, em especial aos produtores rurais, sindicatos, transportadores de leite, representantes da agroindústria e, também, aos representantes dos Municípios com atuação nos setores encarregados pela emissão dos blocos de notas de produtor rural e das secretarias de fazenda, a fim de conscientizá-los e alertá-los em relação às consequências da não emissão da nota fiscal de produtor rural.

As audiências públicas aconteceram na primeira quinzena do mês de dezembro de 2009. Nelas também foram colhidas observações críticas, merecendo destaque a interpretação equivocada de algumas lideranças de que o produtor rural seria onerado injustamente com a exigência da emissão da nota fiscal por toda a venda de produto ou animais que saísse da propriedade, com enfoque especial na produção de leite, pois deveria contribuir com valor maior para a Previdência Social. Houve, inclusive, a sugestão para que a situação fosse deixada como estava.

Convém ressaltar que a alegação do aumento do ônus ao produtor pela necessidade do recolhimento de um valor maior à Previdência Social representou a síntese da preocupação da maioria dos produtores rurais que participaram daqueles atos, o que ensejou a necessidade de esclarecimento e advertência acerca da atitude mais recomendada, ou seja, que todos deveriam refletir sobre as consequências negativas da não emissão da nota de produtor rural, pois essa conduta omissiva causava grandes prejuízos ao erário pela não arrecadação de outros tributos, principalmente o ICMS decorrente das operações subsequentes de comercialização do produto, em especial o leite. Acrescenta-se, ainda, que os tributos que deixariam de ser arrecadados pela venda informal desse e de outros produtos agrícolas iriam se transformar em lucros ilícitos aos empresários que os adquiriam sem a necessária emissão dessa nota de produtor. Por essas e outras orientações, aqueles atos públicos tiveram importância fundamental na transmissão de informações aos interessados nas normas fiscais aplicáveis à atividade rural.

Com os esclarecimentos apresentados nesses atos, os quais tiveram o privilégio de contar com a participação da pessoa responsável pelo setor de bloco de produtor rural da Secretaria de Estado da Fazenda, os Municípios aderiram à proposta de assinatura de Termo de Ajustamento de Condutas (TAC), para fins de implantação de fiscalização

mais rigorosa e buscar o aumento do registro fiscal da produção de leite. Com a assinatura do referido documento com a Promotoria e em razão do compromisso que assumiram, os Municípios integrantes da Comarca de São Lourenço do Oeste realizaram a notificação pessoal de todos os produtores rurais com atuação na produção de leite para prevenir a possibilidade de eles alegarem, posteriormente, eventual desconhecimento das suas obrigações relacionadas à emissão da nota fiscal de produtor, entre as quais a de emitir uma nota fiscal a cada mês e nela inserir a quantidade total da produção de leite havida no período, assim como o preço de mercado do produto. Foram notificados, ainda, os transportadores de leite cadastrados em cada Município para que eles façam o registro em planilha própria da quantidade de leite coletada em cada propriedade rural, além de providenciar a entrega mensal dessas anotações à Secretaria de Fazenda Municipal para posterior cotejamento com as informações dos produtores.

Oportuno se torna dizer que os Municípios também aderiram à proposta da Promotoria pela notificação dos representantes legais das agroindústrias da região que adquiriam o leite *in natura* dos produtores residentes na Comarca, para que emitissem a chamada contranota e nela inserissem o número da nota fiscal de produtor rural, além da quantidade adquirida do produto e o preço praticado.

Outra providência pensada nos inquéritos civis - houve a instauração de um para cada Município - foi a de aproveitar a ferramenta criada pelo Governo Estado de Santa Catarina no intuito de fortalecer a proteção sanitária do rebanho bovino, mediante a implantação do sistema de colocação de brincos identificadores em cada cabeça de gado, cujo programa está sob o controle e gerenciamento da Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC). Essa empresa, então, montou um banco de dados contendo o registro do número de cabeças de gado de cada produtor rural, passando, assim, a ter as informações sobre a destinação econômica desses animais, se para corte ou para produção de leite; e a identificação da idade e o gênero, se macho ou fêmea, permitindo, por consequência, a obtenção de informação fidedigna quanto ao número de vacas leiteiras que cada produtor rural possui, o que permite a elaboração de estimativas bastante próximas da realidade sobre a quantidade de leite por ele produzida mensalmente.

Ao ser instada a respeito, a CIDASC forneceu a relação de todos

os proprietários de gado bovino residentes nos três Municípios da Comarca, cujo propósito foi o de verificar a quantidade de vacas aptas a produzir leite para fins de cotejamento (quando outras circunstâncias sugerissem a necessidade dessa providência) com os registros em nota de produtor da quantidade de leite produzida na propriedade e se o montante registrado teria harmonia com a estimativa de produção diária de cada vaca. Essa providência ainda não se apresentou necessária no desenvolvimento dos trabalhos, mas poderá ser utilizada em situações pontuais, na hipótese do surgimento de indícios que apontem a prática de sonegação fiscal pela não realização do registro integral da quantidade de leite extraída da propriedade geradora da suspeita.

Interessante se faz afirmar que as providências ora indicadas causaram repercussão positiva na emissão da nota de produtor relacionada à produção de leite, haja vista o aumento significativo da quantidade do produto que passou a ingressar na legalidade fiscal. Os dados colhidos pela AMNoroeste sobre o movimento econômico nos seis Municípios a ela filiados, conforme será adiante demonstrado, indicam com clareza que os trabalhos produziram resultados alvissareiros, pois contribuíram para impedir a ocorrência da sonegação de valores bastante expressivos.

A tabela a seguir, contendo a indicação de quantidade e valor, indica a evolução da produção de leite nos Municípios integrantes da AMNoroeste, no período de 2009 a 2013, registrados em nota fiscal de produtor rural.

Quadro 1: Demonstração de resultados colhidos nos Municípios filiados à AMNoroeste

São Lourenço do Oeste:					
Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	10.482.451	17.021.050	22.731.306	27.212.372	27.410.680
Valor	6.466.884,94	14.235.893,95	17.978.441,23	21.363.093,61	27.181.836,83
Jupia (Comarca de São Lourenço do Oeste):					
Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	5.026.277	6.928.082	7.550.975	8.416.662	8.816.087
Valor	2.993.714,25	4.668.956,62	5.965.610,69	6.627.223,90	8.233.837,49
Novo Horizonte (Comarca de São Lourenço do Oeste):					
Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	8.586.602	10.534.445	11.535.761	12.873.817	13.047.354
Valor	4.868.201,60	6.808.335,41	8.883.608,79	10.183.888,10	12.393.236,21
Coronel Martins (Comarca de São Domingos):					

Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	4.092.874	6.332.980	6.663.747	6.433.559	7.525.432
Valor	2.413.774,24	4.099.958,87	5.113.318,93	5.102.275,99	7.263.984,21
Galvão (Comarca de São Domingos):					
Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	5.407.034	7.528.231	8.928.014	9.709.074	10.263.069
Valor	3.228.107,87	5.039.109,83	7.217.565,82	7.768.350,88	9.796.886,59
São Bernardino (Comarca de Campo Erê):					
Período	2009	2010	2011	2012	2013
Litros	4.465.073	7.795.821	9.503.001	10.230.099	11.059.288
Valor	2.506.268,33	5.030.869,62	7.444.776,29	7.975.696,59	10.474.800,99

Fonte: Associação dos Municípios do Noroeste Catarinense (AMNoroeste)

Pelos dados informados na tabela acima, foi possível verificar que, no ano de 2009, o valor relacionado à produção de leite, registrado, em nota fiscal de produtor rural, nos seis Municípios da AMNoroeste, alcançou o montante de R\$ 22.476.951,23, enquanto que, no ano de 2013, saltou para R\$ 75.344.582,32, um aumento de R\$ 52.867.631,09. Desse valor saído da propriedade rural, deve ser levado em consideração o acréscimo pela agroindústria de um percentual de faturamento pelas operações de revenda do produto. No entanto, por se tratar de informação que o sigilo fiscal ampara, não há como se obterem dados precisos sobre o efetivo faturamento praticado pelas empresas de laticínio na comercialização do leite cru adquirido *in natura* ou mediante revenda como queijo. Por isso, ao se considerarem os custos operacionais dessas empresas, a obrigatoriedade pelo recolhimento do ICMS, que, dentro do Estado de Santa Catarina, está em 17%, além da possibilidade de perda de produto pela sua condição de perecível, sem olvidar, ainda, a necessidade de obtenção de lucro, pois sem isso as empresas não sobreviveriam, chegou-se, então, a uma estimativa empírica e modesta de faturamento no percentual não inferior a 50% sobre o valor da compra.

Por esse raciocínio, pode-se considerar, então, o acréscimo de 50% sobre o valor de R\$ 52.867.631,09, que foi o aumento havido no período de 2009 a 2013 referente ao registro da quantidade de leite em nota fiscal de produtor rural, nos Municípios filiados à AMNoroeste, o que corresponde ao montante de R\$ 26.433.815,54. Esse valor deve ser somado ao que lhe deu origem, alcançando, assim, o montante de R\$ 79.301.446,63, sobre o qual seria calculado o ICMS, em 17%, o que implicaria uma sonegação aproximada de R\$ 13.481.245,93. Como dito,

trata-se de uma estimativa, mas com números merecedores de observação, haja vista as evidências contundentes da ocorrência de sonegação fiscal na comercialização do leite, nos Municípios já referidos, no período em análise.

Na análise da situação específica de São Lourenço do Oeste, pode-se observar que os valores da produção de leite registrados em nota fiscal de produtor saltaram de R\$ 6.466.884,94, em 2009, para R\$ 27.181.836,83, em 2013, uma diferença acima de vinte milhões de reais, o que corresponde ao percentual superior a 420% de aumento na quantidade de leite registrada. Sobre a diferença de vinte milhões apurada nos períodos citados, há que se acrescentar, então, a estimativa de faturamento pela agroindústria, em 50%. Assim, o valor não registrado alcançaria um montante superior a trinta milhões de reais, sobre o qual deixaria de incidir o ICMS em 17%, que, transformado em valores, ultrapassaria a importância de R\$ 5.100.000,00, um valor estimado que seria sonegado pela agroindústria e transformar-se-ia em lucro ilícito para o empresário.

Nos registros do mesmo Município, foi possível colher dados surpreendentes sobre a mudança brusca de valores registrados já no ano seguinte após os trabalhos desenvolvidos nas audiências públicas. No ano de 2009, o montante auferido em nota fiscal de produtor rural foi de R\$ 6.466.884,94, enquanto que, em 2010, esse valor saltou para R\$ 14.235.893,95, um aumento superior a 220%. Ressalta-se que a alteração não foi consequência de aumento de produtividade ou a ocorrência de reajuste no preço do produto, mas, sim, um aumento da quantidade do produto registrada em nota fiscal, em face aos trabalhos iniciais realizados naquelas audiências públicas.

Na elaboração dos cálculos referentes à produção de leite, nos seis Municípios filiados à AMNoroeste, não foram consideradas, no mesmo período, as hipóteses de aumento de produtividade do leite em decorrência de melhoria genética do rebanho bovino, incremento na qualidade das pastagens ou ainda a ocorrência natural de reajuste no preço do produto. Porém, com o aumento observado entre o ano de 2009, em R\$ 22.476.951,23, e o ano de 2013, em R\$ 75.344.582,32, pode-se concluir pelo incremento de um percentual superior a 335%. Os números apresentados suplantam qualquer argumento relacionado aos itens antes citados que tenham por objetivo amenizar a ocorrência de sonegação fiscal na produção de leite.

Para prevenir que muitos recursos públicos sejam desviados pela sonegação fiscal não somente na produção de leite mas em todas as outras áreas do agronegócio, e, depois, venham fazer falta no atendimento de necessidades sociais impostas ao poder público, como na área da saúde, por exemplo, urge que providências sejam tomadas para se coibir essa prática nefasta não somente na produção de leite mas em todas as outras atividades rurais, tais como: na produção de grãos e na extração de madeira de reflorestamento, uma atividade, aliás, com indícios de sonegação fiscal bastante significativos e que está a merecer um estudo mais aprofundado.

6 A NOTA DE PRODUTOR RURAL NA PRODUÇÃO DE LEITE COMO INIBIDORA DA PRÁTICA DE OUTRAS FRAUDES

Embora o propósito principal deste trabalho tenha sido o de destacar com mais ênfase a ocorrência de sonegação fiscal na produção de leite e, por extensão, em todo o agronegócio, optou-se pela inserção deste tópico como forma de demonstrar que a emissão da nota fiscal de produtor rural tem um papel importante também no combate à prática de outras fraudes relacionadas à comercialização do citado produto.

Recentemente, o País foi surpreendido com notícias sobre a descoberta de fraudes no transporte e na comercialização de leite cru *in natura*, primeiro no Estado do Rio Grande do Sul, em 2013. Na sequência, em Santa Catarina, onde houve a deflagração de três operações denominadas de Leite Adulterado I, II e III. Aqui, as investigações culminaram na instauração de três ações penais de grande repercussão, as quais estão tramitando sem a camuflagem do chamado segredo de justiça. A primeira delas, na Comarca de Xaxim, com trinta e dois acusados, teve origem no Procedimento de Investigação Criminal (PIC), registrado no Sistema de Informação e Gestão (SIG), do Ministério Público de Santa Catarina, sob o número SIG 08.2014.00104757-9, recebendo o registro no Poder Judiciário sob o número SAJ 0010628-68.2014.8.24.0081. A segunda, na Comarca de Mondai, com dezesseis acusados, teve origem no Procedimento de Investigação Criminal (PIC), sob o n. SIG/MP 08.2013.00011636-1, recebendo no Poder Judiciário o número SAJ 0002934-02.2013.8.24.0043. Já a terceira e última, instaurada na Comarca de Quilombo, com vinte e um acusados, foi originada a partir do Proce-

dimento de Investigação Criminal (PIC), registrado sob o número SIG/MP 08.2014.00004082-4, recebendo, no Poder Judiciário, o número SAJ n. 0000876-59.2014.8.24.0053, havendo notícias recentes de que essa última ação penal teve a competência deslocada para a Comarca de Chapecó.

Nas apurações realizadas nas três Comarcas, foi verificado que os fraudadores agiam de forma semelhante, mediante a adição de produtos químicos para mascarar ou corrigir a má qualidade do leite transportado em caminhões-tanque ou armazenado nos laticínios, quando iniciado o processo de deterioração. Os produtos adicionados, pelo que ficou demonstrado pelas perícias, foram a **soda cáustica** (hidróxido de sódio); **água oxigenada** (peróxido de hidrogênio); **citrato de sódio, polifosfato** e até **formol**, todos reconhecidamente prejudiciais à saúde humana, sem olvidar a perda de propriedades nutricionais do leite adulterado.

Da análise dos fatos descritos nas denúncias subscritas pelos Promotores de Justiça e que iniciaram as ações penais nas Comarcas antes citadas, foi verificado que, na de Xaxim, as provas não indicaram o aumento artificial do volume de leite. Porém, nas de Mondaí e Quilombo, essa prática foi comprovada pela adição dos produtos químicos antes referidos. Já, no Rio Grande do Sul, o aumento artificial do volume de leite era forjado pela adição de uréia agrícola, a qual contém formol na sua composição, um produto tido como cancerígeno.

As fraudes descobertas, nos dois Estados do Sul antes citados, nos anos de 2013 e 2014, já haviam sido verificadas no Estado de Minas Gerais, na operação Ouro Branco, deflagrada no ano de 2007, nos Municípios de Passos e Uberaba. Lá, com as investigações realizadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, foi apurado que uma das cooperativas investigadas adicionava, diariamente, cerca de vinte mil litros de soro de leite ao volume de leite idôneo que recebia dos produtores. As provas produzidas naquela operação também encontraram outras substâncias químicas no leite, tais como: **soda cáustica, água oxigenada, ácido nítrico e citrato de sódio**.

Essas fraudes eram praticadas, inicialmente, pelos transportadores de leite, os quais procuravam mascarar ou manter artificialmente a qualidade do leite cujo processo de deterioração já estaria se iniciando em decorrência da perda da temperatura durante o transporte até a sede do laticínio receptor do produto ou por outras causas, fazendo uso de produtos considerados quimicamente como base, que é o caso da soda

cáustica e da água oxidada, por exemplo, os quais mascaram a acidez do leite. Depois, essa prática estendeu-se para os próprios laticínios, cujos empresários perceberam que também poderiam se beneficiar desse *modus operandi*, não somente para alongar artificialmente a validade do leite mas também para obterem lucro ilícito com o aumento fictício do volume desse produto mediante a adição de elementos químicos misturados com água e soro de queijo.

Caso houvesse a emissão da nota fiscal de produtor referente ao leite efetivamente coletado na propriedade rural, as fraudes apuradas nas investigações antes citadas encontrariam um forte obstáculo para prosseguirem, pois não haveria como o transportador ou mesmo o laticínio forçar um aumento artificial da quantidade do produto. Ou seja, uma singela atitude de natureza tributária por parte do produtor já seria suficiente para impedir a adulteração da quantidade do produto.

Indubitável é que os transportadores de leite que agiam ilicitamente adicionavam alguns dos produtos químicos supracitados com o propósito de atrasar o início do processo de acidez do produto, aumentando artificialmente sua vida útil. Tais atitudes decorrem da ausência de norma que exija a realização do transporte desse produto a granel em caminhões com tanques refrigerados, como ocorre, por exemplo, com o sistema utilizado pelos caminhões com câmeras frias transportadoras de frango congelado. A disciplina do transporte do leite a granel veio com a Instrução Normativa MAPA n. 51, de 18 de setembro de 2002, cujo Anexo VI disciplinou o transporte do leite cru a granel em caminhões com tanques isotérmicos, em vez de tanques refrigerados. Essa norma sofreu pequena alteração com a edição da Instrução Normativa MAPA n. 62, de 29 de dezembro de 2011, cujo Anexo IV trouxe esta regra:

2.1.1. O processo de coleta de Leite Cru Refrigerado a Granel consiste em recolher o produtor em caminhões com tanques isotérmicos construídos internamente de aço inoxidável, através de mangote flexível e bomba sanitária, acionada pela energia elétrica da propriedade rural, pelo sistema de transmissão do próprio caminhão, diretamente do tanque de refrigeração por expansão direta. (BRASIL, 2011).

Pelo exposto, nota-se que a referida norma estabeleceu a obrigatoriedade pela permanência do leite cru a granel na propriedade rural na forma refrigerada até ser coletado pelo caminhão, cujo tanque basta ser isotérmico, quando o ideal seria que também tivesse instalado um

sistema de refrigeração. Porém, como tal exigência não aconteceu, a norma referida criou uma perigosa lacuna que passou a ser utilizada de forma ilícita por alguns transportadores e uma pequena parcela de proprietários de laticínios, conforme revelaram as investigações, para adição de produtos químicos com o propósito inicial de disfarçar o início do processo de deterioração com a produção de acidez em decorrência da perda da temperatura ideal do produto durante o transporte. Nesse viés de análise, a conduta serviu de trampolim para que muitos infratores enveredassem para o aproveitamento dos produtos químicos já citados na prática dolosa de aumentar artificialmente a quantidade de leite transportada, iniciativa esta que certamente encontraria obstáculo para ser executada se toda a produção de leite saísse da propriedade de origem com o necessário registro representado pela emissão da nota fiscal de produtor rural.

CONCLUSÃO

Este estudo teve a pretensão de demonstrar, ainda que de forma singela, a ocorrência de uma acentuada sonegação fiscal na produção de leite nos Municípios integrantes da Comarca de São Lourenço do Oeste, cuja iniciativa foi estendida na sequência aos demais Municípios filiados à Associação de Municípios do Noroeste de Santa Catarina (AM-Noroeste). Os resultados obtidos confirmaram os indícios preliminares de que a sonegação somente na atividade leiteira na região era bastante significativa, prática esta que se estende, certamente, para outros ramos do agronegócio.

O cenário aqui exposto também tem o propósito de alertar os Municípios, pois eles têm a delegação do Estado de Santa Catarina para exercerem o controle e a fiscalização da emissão da nota fiscal de produtor sobre todos os produtos e animais que saem da propriedade rural e ingressam nas operações comerciais, para que procurem agir com maior eficiência na fiscalização não somente na produção de leite mas em toda a atividade do agronegócio, principalmente na produção de grãos em que há a prática comum de uma mesma nota de produtor servir de documento fiscal para muitas cargas de determinado produto que são transportadas no mesmo dia durante a colheita, na venda de animais e na extração de madeira de reflorestamento, um tópico, aliás,

que está a merecer estudos mais aprofundados e também uma atenção maior dos órgãos fiscalizadores dos Municípios e do Estado, haja vista a existência de indícios contundentes da ocorrência de sonegação fiscal bastante significativa nessa atividade econômica.

Outro aspecto relevante que este trabalho procurou destacar é a necessidade de revisão da legislação previdenciária para permitir que o produtor rural possa se aposentar com um valor acima do salário mínimo, que é a regra atual, tomando como referência a contribuição que ele faz ao FUNRURAL. Essa iniciativa, além contribuir significativamente com o aumento da arrecadação da Previdência Social, também servirá de estímulo ao produtor para emitir a nota fiscal de todos os produtos e animais que comercializar, haja vista que o percentual da sua contribuição ao citado fundo, em 2,3%, é singelo, se comparado com o valor da contribuição do trabalhador urbano, que está obrigado a recolher o percentual de 8%.

Por derradeiro, foi demonstrado que a emissão da nota fiscal de produtor rural oferece uma contribuição muito importante no combate a muitas das fraudes praticadas na adulteração do leite, principalmente nas relacionadas ao aumento artificial da quantidade do produto pela adição de produtos químicos prejudiciais à saúde humana. Caso o produto receba o devido registro fiscal na propriedade de origem, mediante a emissão da nota de produtor, ainda que esse documento seja emitido ao final de cada mês, como admite a legislação do Estado de Santa Catarina, não haverá como o transportador ou mesmo o laticínio aumentar fraudulentamente a quantidade do produto.

Para finalizar, faz-se oportuno registrar que muitos Prefeitos costumam visitar Brasília, às vezes até em caravanas, com o propósito de buscar recursos para o atendimento das suas atribuições legais e das necessidades dos seus municípios. Porém, não percebem que muitos dos recursos que buscam lá longe podem ser obtidos no próprio quintal, mediante a aplicação da legislação já existente que tem por finalidade combater a sonegação fiscal na atividade rural. Para tanto, há a necessidade de uma atuação de estadista e sem a preocupação com eventual desgaste político que possa repercutir na eleição seguinte.

REFERÊNCIAS

- AMNOROESTE. Associação dos Municípios do Noroeste Catarinense. **Resultado do Movimento Econômico**. Disponível em: <<http://amnoroeste.org.br/cms/pagina/ver/codMapaltem/54081>>. Acesso em: 17 mar. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- _____. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- _____. **Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991**. Dispões sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.
- _____. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- _____. **Lei 8.315, de 23 de dezembro de 1991**. Dispõe sobre a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), nos termos do art. 62, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8315.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- _____. **Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1997/9528.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- _____. **Lei 10.256, de 09 de julho de 2001**. Altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Fixou no art. 3º o valor da contribuição ao SENAR. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10256.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- _____. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Instrução Normativa n. 51, de 18 de setembro de 2002**. Fixou, no Anexo IV, as condições sob as quais o leite cru refrigerado deve ser coletado na propriedade rural e transportado a granel. Disponível em: <http://www.qualidadedoleite.com.br/hd/arquivos/IN51de2002_leitebnormas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Instrução Normativa n. 62, de 29 de dezembro de 2011**. Reiterou no anexo IV, conteúdo do anexo VI, da IN-MAPA n. 51, de 18 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.sindilat.com.br/gomanager/arquivos/IN62_2011%282%29.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRUGNARO, Ricardo; DEL BEL FILHO, Egmar; BACHA, Carlos José Caetano. **Avaliação da sonegação de impostos na agropecuária brasileira**. Disponível em: <<http://www.iea.sp.gov.br/out/publicacoes/pdf/asp-2-03-2.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a Ordem Tributária**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1994.

JUPIÁ. Câmara de Vereadores. **Lei n. 405, de 28 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre incentivos fiscais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.legislador.com.br/LegislatorWEB.ASP?WCI=LeiConsulta&ID=303&nrLeiDE=405&dtInicial=28/12/2009&dtFinal=30/12/2009&inEspecieLei=1&>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

MINAS GERAIS. Ministério Público Federal. **Operação Ouro Branco de-sarticula quadrilhas que adulteravam leite**. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/criminal/operacao-ouro-branco-desarticula-quadrilhas-que-adulteravam-leite>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SANTA CATARINA. Poder Executivo. **Decreto n. 2.870, de 27 de agosto de 2001, anexos 5 e 6**. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.legiscenter.com.br/minha_conta/bj_plus/direito_tributario/atos_legais_estaduais/santa_catarina/decretos/2001/decreto_2870_de_28-08-01.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. _____. Lei Complementar n. 381, de 07 de maio de 2007. Dispõe sobre o modelo de gestão e a estrutura organizacional da Administração Pública Estadual. Disponível em: <http://www.sea.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=40&Itemid=64&lang=brazilian_portuguese>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. **Portaria n. 151, publicada no Diário Oficial de 18 de setembro de 1985, republicada no DOE de 20 de setembro de 1985**. Aprova norma de utilização da nota fiscal de produtor. Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/portarias/1985/port_85_151.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. _____. **Convênio de Cooperação Técnica e Delegação de Encargos para a difusão do Programa de Educação Fiscal n. 06773/2011-3, firmado**

com o Município e São Lourenço do Oeste. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, n. 19.128, de 13 de julho de 2011.

_____. _____. **Convênio de Cooperação Técnica e Delegação de Encargos para a difusão do Programa de Educação Fiscal n. 06775/2011-0, firmado com o Município e Novo Horizonte.** Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, n. 19.128, de 13 de julho de 2011.

_____. _____. **Convênio de Cooperação Técnica e Delegação de Encargos para a difusão do Programa de Educação Fiscal n. 06775/2011-7, firmado com o Município e Jupiá.** Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, n. 19.128, de 13 de julho de 2011.

_____. Poder Judiciário. Comarca de Mondaí. Vara Única. **Ação Penal n. 0002934-02.2013.8.24.0043**, distribuída em 24 de outubro 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=170000PX70000&processo.foro=43>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. _____. Comarca de Xaxim - 2ª Vara. **Ação Penal n. 0010628-68.2014.8.24.0081**, distribuída em 04 de setembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2900017JR0000&processo.foro=81>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. _____. Comarca de Quilombo. Vara única. **Ação Penal n. 0000876-59.2014.8.24.0053**, distribuída em 03 de novembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0000IZA0000&processo.foro=53>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SÃO LOURENÇO DO OESTE. Câmara de Vereadores. **Lei n. 1.917, de 15 de dezembro de 2010.** Estabelece a Política municipal de apoio ao desenvolvimento da agricultura, institui no âmbito do município de São Lourenço do Oeste o programa municipal de estímulo à atividade leiteira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.legislador.com.br/LegislatorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=301&inEspecieLei=1&nrLei=1917&aaLei=2010&dsVerbete=>>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

