
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



n. 4, set./dez. 2004

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 2, n. 4, set./dez. 2004

Atuação

Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andrey Cunha Amorim

Guido Feuser

Pedro Roberto Decomain

Rui Carlos Kolb Schiffler

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

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

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

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint, CRB 384

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação
Catarinense do Ministério Público. - v. 2, n. 4, (set./dez. 2004) -
Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 -

Quadrimestral

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

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: Lúcia Anilda Miguel

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

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

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



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Ary Capella Neto

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Francisco Bissoli Filho

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Gunther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jaco Bruning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarielli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Representantes da Segunda Instância

Paulo Roberto Speck

Nelson Fernando Mendes

Representantes da Primeira Instância

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Narcísio Geraldino Rodrigues

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Secretário

Sandro José Neis

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Coordenadoria de Recursos

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Walkyria Ruicir Danielski



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Márcia Aguiar Arend – *Coordenadora*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Alexandre Herculano de Abreu – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Fábio de Souza Trajano – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Durval da Silva Amorim – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Ernani Guetten de Almeida – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antônio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Francisco de Assis Felipe – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Galvani Alberton – *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1º Secretária

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

2º Secretário

Fabiano David Baldissarelli

Diretor Financeiro

Onofre José Carvalho Agostini

Diretor de Patrimônio

Ary Capella Neto

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Andrey Cunha Amorim

Conselho Fiscal

Ivens José Thives de Carvalho

Jorge Orofino da Luz Fontes

Abel Antunes de Mello

Carlos Henrique Fernandes

César Augusto Grubba

SUMÁRIO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ação Civil Pública - Art. 461 do CPC 11

Alexandre Herculano Abreu e Elisiane Kiel

Cabimento da Ação Civil Pública em Matéria Acidentária – A Existência
ou não de Interesses Protegidos pelo Ministério Público 19

Júlio César Bernardes

DIREITO DO CONSUMIDOR

A Responsabilidade Civil das Agências de
Turismo nas Relações de Consumo 45

Priscilla de Oliveira Remor

A Competência nas Ações Coletivas do CDC 71

Renato Franco de Almeida, Paulo Calmon

Nogueira da Gama e Aline Bayerl Coelho

DIREITO PENAL

Estupro, Atentado Violento ao Pudor e a Majorante Prevista
no Art. 9º, da Lei 8.072/90 87

João José Leal

Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia 101

Paulo César Busato

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

A Responsabilidade Penal dos Desenvolvedores de Software
Aplicativo para Uso em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal 129

Márcia Aguiar Arend

A Impossibilidade da Concessão de Parcelamento Tributário em Casos de Fraude	141
<u>Marina Luz de Andrade d'Eça Neves</u>	

Da Impossibilidade de Extensão dos Efeitos Penais da Lei Federal nº 10.684/2003 (Refis Federal) para o Caso de Parcelamento pelo Revigorar Instituído pela Lei Estadual nº 12.646/2003	151
<u>Ivo Silveira Filho</u>	

ESTATUTO DO IDOSO

Tropeços Criminais do Estatuto do Idoso	157
<u>Marcelo Gomes Silva</u>	

PEÇAS PROCESSUAIS

Tema: Poderes Investigatórios do Ministério Público. Informações prestadas pelo Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina, Pedro Sérgio Steil, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3329 (STF)	163
---	-----

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ART. 461 DO CPC

Alexandre Herculano Abreul

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de
Apoio Operacional do Meio Ambiente – SC*

Elisiane Kiel

Acadêmica de Direito

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Objeto da Ação Civil Pública – 3 A Aplicação do art. 461 do CPC nas obrigações de fazer e não fazer – 4 Multa diária contra o agente administrativo responsável pelos atos concretos de cumprimento da decisão judicial – 5 Conclusão – 6 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

Com o intuito de dar praticidade ao art. 461 do CPC, aplicando-o a peça processual da Ação Civil Pública, o Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente fez um estudo com a finalidade de ampliar os limites do art. 5º, XXXV, da CF, delineando maiores poderes ao juiz, para tentar inibir o descumprimento dos provimentos mandamentais. Inicialmente adentramos no campo do objeto da Ação Civil Pública, tema principal deste artigo, conceituando, para um melhor esclarecimento, as Obrigações de Fazer e de Não Fazer, a aplicação do art. 461 do CPC, e como último tópico referimo-nos à multa, medida coercitiva mais utilizada, prevista nos arts. 14, parágrafo único, e 461, § 4º e 5º, do CPC.

2 Objeto da Ação Civil Pública

O direito brasileiro sempre foi riquíssimo em seu sistema de proteção dos direitos transindividuais e dos direitos individuais, cada qual com um processo diferenciado. A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) regula as ações tendentes à tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive infração à ordem econômica.

O art. 3º da Lei nº 7347/85 destaca o objeto da Ação Civil Pública: “a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Nesse campo, interessa mais ao nosso estudo o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, esses nada mais seriam do que deveres da parte e seus procuradores, com o dito no art. 14, V, do CPC e seu parágrafo único:

[...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, “Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade de conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

É de suma importância a clareza de que provimentos mandamentais poderiam ser as sentenças condenatórias, os despachos, as decisões interlocutórias, ou seja, uma medida coercitiva prevista genericamente para qualquer caso de obrigações de fazer e de não fazer. Ainda reafirmando essa postura do cumprimento das obrigações, o art. 461 do CPC declara:

[...] Na Ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Isso fica, principalmente evidenciando seu parágrafo 5º,

[...] Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Essa ação, prevista no art. 461, é condenatória, com eficácia executivo-mandamental, pois autoriza a emissão de mandado de execução do mérito e ainda impõe uma multa, com caráter apenas inibitório, para evitar que o requerido desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica (seja ela de fazer ou não fazer).

3 A Aplicação do art. 461 do CPC nas Obrigações de Fazer e de Não-Fazer

As Obrigações de Fazer e Não Fazer estão vinculadas ao nosso Código Civil, na parte geral das obrigações, e como afirma o jurista Silvio Rodrigues:

[...] a obrigação de fazer ocorre quando o devedor se vincula a determinado comportamento, consistente em praticar um ato, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma vantagem para o credor. Pode esta constar de um trabalho físico ou intelectual, como também a prática de um ato jurídico.¹

Já a Obrigação de Não Fazer simplesmente seria aquela em que o “devedor” assume um compromisso de se abster da realização de um ato, sendo essa obrigação considerada negativa, paralelamente à obrigação de fazer que é positiva.

O Código de Processo Civil, por seu processo de execução, sustenta no dispositivo 461, § 5º, a eficiência da execução das sentenças, dando uma certa liberdade ao juiz, devidamente interpretado à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF, jamais deixando de aplicar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. O certo é que o juiz, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis, pode adotar as medidas executivas que forem mais adequadas ao caso concreto,

1 RODRIGUES, S. Direito Civil - Parte Geral das Obrigações, V. 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

assegurando o direito. Não se pode deixar de relacioná-lo ao art. 14 do CPC, que está intimamente ligado, pois esse prevê uma sanção processual a quem deixar de cumprir um provimento mandamental, o juiz, com esses dispositivos que lhe conferem poderes indeterminados, pode adotar medidas executivas não previstas em lei (sub-rogatórias e coercitivas) nas ações tendentes ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, e essa intervenção pode ser utilizada não somente nas execuções disciplinadas pelo CPC mas também as que tenham o CPC como fonte subsidiária.

4 Multa diária contra o agente administrativo responsável pelos atos concretos de cumprimento da decisão judicial

A multa é o instrumento que mais tem sido utilizado para se punir o descumprimento de decisão judicial, podendo ser tanto aplicada a pessoas jurídicas como a pessoas físicas. Tratando-se de pessoa jurídica de Direito Público, o que tem se observado é que essa medida quase não surte efeito, pois a multa geralmente incide sobre o patrimônio do Poder Público e não do agente administrativo que acaba se omitindo no cumprimento da decisão mandamental, causando embaraço ao próprio Poder Judiciário que vê suas decisões serem ignoradas, para a perplexidade do jurisdicionado, gerando uma sensação de impunidade e desrespeito a um Poder Constituído.

Nesse passo, entendemos que a solução para esse imbróglio é a aplicação da multa diária contra o próprio agente administrativo, pessoa física, responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita, tendo como base para essa argumentação o próprio art. 461, § 5º, do CPC, uma vez que esse confere ao juiz poderes para determinar as medidas que julgar necessárias para a prestação de uma obrigação de fazer ou não fazer. Sendo assim, como afirma o Doutor em Direito pela PUC-SP Professor Marcelo Lima Guerra:

[...], a multa diária contra terceiro em processo de execução, de cuja ação ou omissão dependa, diretamente, a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação', na terminologia do Código, sendo medida eficaz para a obtenção dessa mesma tutela específica, à luz de dados da situação concreta, estaria abrangida pela indeterminação daquele dispositivo, vale dizer, estaria incluída no âmbito dos poderes indeterminados que tal dis-

positivo legal reconhece ao juiz. Neste sentido o TRF da 2ª Região, em louvável decisão da lavra do Magistrado e processualista Ricardo Perlingeiro, assim se pronunciou: ‘3.Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisdição, registrando que a aplicação de *astreintes* à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeita ao regime do precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver a responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada’ (AgIn 97.02.29066-0-RJ, rel. Juiz Federal convocado Ricardo Perlingeiro).²

Ora, como se sabe, a multa diária é um dos instrumentos processuais utilizados para inibir o descumprimento de ordem judicial, podendo ser utilizado qualquer outro instrumento desde que inserido no âmbito dos poderes judiciais, daí utilizando-se *ex officio* do art. 461, *caput*, e seus parágrafos, do CPC.

Reforçando a utilidade dessa medida, segue abaixo entendimento jurisprudencial:

RECURSO ESPECIAL Nº 201.378-SP(99/0005215-3)

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

RECTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO E OUTROS

RECDO: DINA DELARA E OUTROS

ADVOGADO: ANTÔNIO MARMO PETRERE E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER, MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). FIXAÇÃO DE OFÍCIO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (IPERGS), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes desta Corte.

2 GERRA, M. Aspectos polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois – Execução de Sentença em Mandado de Segurança. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002 p.651.

Recurso conhecido e provido

E, também, decisão interlocutória:

Mandado de Segurança nº 2003.005177-5, da Capital

Relator: Dês. César Abreu

[...] O descumprimento de ordem judicial, liminar ou definitiva, de caráter pessoal do agente, torna razoável dirigir-se contra este as medidas coercitivas pertinentes, com fixação, inclusive, de multa pecuniária diária (STJ, Suspensão de Segurança n. 1.164).

A falta de norma específica, na lei do mandado de segurança, assegurando a realização prática da liminar não deve ser vista como um empecilho à adoção de medida de caráter coercitivo, como a aqui propugnada. Serve de fonte de referência a disciplina do art. 461 do CPC, considerada medida de apoio e de resguardo à eficácia das decisões judiciais, portanto, que transcende os limites do código em que se insere. Esse dispositivo, afirma o Min. Fernando Gonçalves, chega ao código num momento de abertura para uma grande plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões (Resp 451.109-RS). Assim, seja por aplicação direta do art. 5º, XXXV da CFRB/88, seja por aplicação subsidiária dos § 4º e 5º do art. 461 do CPC, o certo é que o juiz, diante da insistência da autoridade coatora em não cumprir o que restou determinado na decisão liminar, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis, pode adotar as medidas executivas que se revelarem mais adequadas ao caso concreto, a fim de assegurar a realização prática do direito líquido e certo reivindicado.

5 Conclusão

Tendo em vista que a Ação Civil Pública, na maioria das vezes, reveste-se de caráter mandamental, o art. 461 do CPC ganha sua importância, pois, toda vez que a parte responsável descumprir uma obrigação de fazer ou não fazer, esse artigo propõe ao juiz uma liberdade maior para oferecer medidas necessárias

tentando assegurar o resultado prático do que é pedido na Ação Civil Pública ou em qualquer outra ação de caráter mandamental, a fim de que tais decisões judiciais não fiquem à *mercê* das partes, inculindo nessas, psicologicamente falando, a necessidade de efetivar o provimento mandamental.

6 Referências

- BRASIL. *Constituição Federal da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Código Processual Civil Comentado*. Organização e comentários dos textos, notas remissivas e índices por Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nylson Paim de Abreu Filho. 4.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, Vol. 2.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública – Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella, ALVIM, Eduardo Arruda, WAMBIER, Teresa Alvim Wambier. *Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA ACIDENTÁRIA – A EXISTÊNCIA OU NÃO DE INTERESSES PROTEGIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Júlio César Bernardes

Bacharel em Direito

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares – 2 Objeto de tutela da ação civil pública: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Distinções necessárias – 3 Aspectos relevantes do meio ambiente do trabalho – 4 Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação civil pública de cunho acidentário – 5 Considerações finais – 6 Referências.

1 Considerações preliminares

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado originou-se da preocupação dos povos de impedir a degradação dos ecossistemas. Os recursos gerados pela natureza são imprescindíveis para o desenvolvimento da humanidade, refletindo diretamente na saúde, na integridade corporal e mesmo nos efeitos morais da sociedade. Com a finalidade de elevar a tutela desse bem no cenário internacional, surgiu, em 1972, na cidade de Estocolmo, a Declaração do Meio Ambiente, a qual foi adotada pela Conferência das Nações Unidas.

Agregado ao conceito de meio ambiente, sendo uma de suas ramificações, encontramos o meio ambiente do trabalho, definido como o local em que se

realiza a prestação de serviços e aquele destinado ao descanso do trabalhador. A qualidade de vida do ambiente de trabalho atinge valores essenciais no zelo à saúde, à higiene e à segurança das pessoas envolvidas nesse ambiente, que, muitas vezes, tem como característica a insalubridade e as atividades penosas.

No Brasil, obteve destaque a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a qual rege a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e outros interesses difusos e coletivos. Essa se mostrou grandiosa ao esculpir sua processualística e ao definir os legitimados para sua propositura. A proteção ao meio ambiente, antes só reivindicada por raras ações individuais, mudou drasticamente. Vale lembrar que inicialmente a ação tinha por escopo tutelar o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (incisos I a III do art. 1º) e, só após a promulgação da Lei nº 8.078/90, passou a incorporar todas as formas de interesses difusos e coletivos, por meio da inserção do inciso IV, implementando a vontade do legislador constituinte.

O tema nodal da pesquisa que ora se apresenta é a legitimidade do Ministério Público para propositura da ação civil pública em matéria acidentária, especificamente, no campo do meio ambiente do trabalho, delineando a existência de interesses tutelados por essa nobre instituição. Para alcançar esse objetivo, utilizaremos os preceitos constitucionais e as respectivas legislações que compreendem o assunto, acrescentando o posicionamento da doutrina e jurisprudência. Com isso, verificaremos se as oposições levantadas por esses, importam na ilegitimidade do Ministério Público como autor das referidas ações.

A doutrina caminha no sentido da existência de legitimidade do *parquet* para propor a comentada ação, porém, os julgados ainda são conflitantes acerca do tema proposto como também da competência para decidir sobre a questão ora em voga. Assim, encontraremos sustentações de ambas as partes.

Dessa feita, a pesquisa sobre esse assunto pode trazer contribuições teóricas, como a confirmação geral sobre a existência de interesses protegidos pelo Ministério Público no ajuizamento de ação civil pública em matéria acidentária, e, por consequência, a resolução de pontos obscuros que ainda persistem na matéria.

Inicialmente, no título II, faremos uma abordagem dos interesses tutelados pela lei de ação civil pública, delineando, para isso, conceitos e características basilares das diversas classes de interesses coletivos. Esse tópico será proveitoso no sentido de vislumbrar o meio ambiente do trabalho nas diversas classes de

interesses metaindividuais, evidenciando a possibilidade de ação civil pública quanto à matéria acidentária.

Por seu turno, no título III, serão expostas, de maneira concisa, as principais características do meio ambiente do trabalho, sua definição, abrangência e relação com os acidentes de trabalho. Nessa parte de nossa construção, utilizaremos dos conceitos firmados no título II, evidenciando a incidência das diversas classes de interesses no meio ambiente de trabalho.

O título IV será dedicado a uma exposição dos fundamentos que declinam para a possibilidade jurídica da ação civil pública para prevenção de acidentes do trabalho e a respectiva legitimidade do Ministério Público para ajuizá-las. Ainda, nesse tópico, demonstraremos nosso posicionamento à respeito do conflito de atribuição entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Estadual para propor essa demanda. Tema de nossa pesquisa, esse tópico mostrará o posicionamento atual da matéria concedendo ao leitor a oportunidade de verificar a presente discussão.

Essa parte do trabalho é imprescindível tendo em vista haver julgados que não reconhecem a legitimidade do Ministério Público Estadual para o ajuizamento de ação civil pública, objetivando a tutela do meio ambiente do trabalho. Dessa forma, o título IV servirá como remate da sustentação jurídica acerca da legitimidade ativa da instituição ministerial nesses feitos.

2 Objeto de tutela da ação civil pública: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Distinções necessárias

A ação civil pública tem por escopo tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com o intuito de melhor distingui-los, passaremos a expor as características essenciais de cada um. Essa passagem sobre os interesses metaindividuais será uma exposição rápida, com o fim de situar o leitor, primeiramente, no tópico em que faremos uma abordagem do meio ambiente do trabalho como objeto da ação civil pública e, posteriormente, no tópico que fundamenta a legitimidade do Ministério Público nesses feitos. Importante precisar essa gama de interesses para, em cada caso, encontrarmos os titulares do pleito.

Os interesses difusos são aqueles de natureza indivisível, tendo por titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Enquadram gru-

pos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. O objeto do interesse, como anteriormente apresentado, é indivisível. A título de exemplo, temos o meio ambiente, o qual não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade.

A Lei nº 8.078/90¹, relativa à proteção do consumidor, a qual é aplicada subsidiariamente à ação civil pública em geral², dá, no art. 81, parágrafo único, I, a definição de interesses difusos³, no seguinte molde: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Os direitos difusos são direitos transindividuais que não pertencem a uma pessoa determinada nem a um grupo claramente delimitado, mas concorrentemente a uma pluralidade de sujeitos.⁴

Essa indeterminação quanto aos seus sujeitos o faz distinguir-se dos demais, ocasionando um desvio do esquema tradicional, visto que a tutela não pode mais ter por base a titularidade, e sim a relevância do interesse social. Essa indeterminação de sujeitos deriva, em boa parte, do fato de não existir um vínculo jurídico capaz de agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região ou de consumirem certo produto, de viverem na mesma comu-

1 BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. *Código Civil*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 576-600.

2 Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. *Op cit.*, p.357.

3 Por influência do denominador comum, *interesses metaindividuais*, parte da doutrina entende que os termos *coletivo* e *difuso* são sinônimos. Contudo, filiamo-nos a Rodolfo Camargo Mancuso, o qual entende que interesses difusos e coletivos são espécies do gênero interesses metaindividuais. Tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa. Sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo *maior* do que o interesse coletivo, visto que, aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta maior amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma *relação base*, a um *vínculo jurídico*, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos. No segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 77-78.

4 TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos: em Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 294.

nidade etc. A indeterminação de sujeitos também se mostra quanto à natureza da lesão decorrente de dano aos interesses difusos, podendo ser disseminada por um número indefinido de pessoas como, por exemplo, a exploração predatória da Amazônia. Logo, os direitos difusos estão no extremo dos direitos individuais, os quais possuem como premissa a capacidade de exigir, exercitável por seu titular, em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida.⁵

Outro traço peculiar dos interesses difusos é a indivisibilidade do objeto no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos. Essa característica surge do fato de os interesses difusos apresentarem uma estrutura própria, pois, como não possuem contornos definidos numa norma (como os direitos individuais), nem estão aglutinados em grupos bem delineados (como os interesses coletivos), resulta que sua existência não é afetada, nem alterada, pelo fato de virem a ser exercidos ou não.⁶

Dessa feita, podemos destacar as seguintes peculiaridades que diferenciam os interesses difusos: a) falta de vínculo associativo entre os lesados ou potencialmente lesados; b) o alcance de uma cadeia abstrata, indeterminada e aberta, de indivíduos; c) o encontro de danos que repercutem a todos indistintamente; d) união entre os interessados ou potencialmente interessados em decorrência de fatos; e e) indivisibilidade dos direitos ou interesses.

Já os interesses coletivos são aqueles que compreendem uma coleção determinada ou determinável de pessoas. São interesses indivisíveis de um grupo reunido por uma relação jurídica. Como observamos, existe semelhança entre os interesses coletivos e os interesses difusos, porém sua diferença está na origem, pois os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto que os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Da mesma forma, podem confundir-se os interesses coletivos com os interesses individuais homogêneos já que ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas, entretanto, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis e supõem origem de fato comum.

Do ponto de vista legal, a Lei nº 8.078/90⁷, no inciso II, parágrafo único, do art. 81, define interesse coletivo nos seguintes termos: “II – interesses ou direitos

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p 85-88.

6 *Idem.* p. 90.

7 *Op cit.*, p. 576-600.

coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Conforme as definições acima, podemos abstrair as seguintes características sobre os interesses coletivos: a) são interesses ou direitos transindividuais, uma vez que se manifestam em razão da própria coletividade; b) abrangem uma quantidade de pessoas determinada ou determinável; c) há um vínculo associativo (relação base) entre os interessados ou entre esses e a parte contrária; e d) indivisibilidade dos direitos ou interesses.⁸

Não deixando de serem coletivos em sentido *lato*, os interesses individuais homogêneos são aqueles que têm origem comum. São compostos por integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, originados da mesma circunstância de fato.

O interesse individual homogêneo pode ser patrimonial ou extrapatrimonial conforme objeto sobre o qual incida. Contudo, casos ocorrem em que um determinado direito seja, a um só tempo, patrimonial e extrapatrimonial, dependendo do ponto de vista que se emprega na análise, como, por exemplo, no caso dos alimentos, haja vista que o alimentante não necessita dessa importância para sua subsistência, tendo a faculdade de utilizá-la da maneira que bem entender, ao contrário do alimentando. Por outro lado, existem bens jurídicos, como a cidadania e à moralidade pública, que importam a toda coletividade, adquirindo o direito individual homogêneo, um notável caráter social, não possuindo, dessa forma, valor econômico, ainda que se analise o caso na sua individualidade.

Acerca da importância desses direitos, assevera Paulo de Tarso Brandão:

Sob outro prisma, é impossível deixar-se de considerar que, em determinadas situações, embora não exista uma relação jurídica-base entre as pessoas que tenham tido lesados certos interesses e ainda que sejam elas perfeitamente identificadas ou identificáveis, a lesão decorrente de uma causa comum pode ser de tal ordem que a busca da tutela

8 No mesmo sentido: BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública: um instrumento de defesa da cidadania – da necessidade de (re)pensar sua teoria geral*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Florianópolis, fevereiro de 1996. p. 84.

de forma individual determine a cada um suportar custas que simplesmente inviabilize a demanda; em outras situações, a parte lesada, considerando as suas possibilidades ou as do autor da lesão, encontra-se em “desvantagem estratégica” em relação a esta; e/ou, ainda, que a necessidade das demandas individualizadas são um fator constante de sobrecarga do sistema judiciário e, conseqüentemente, um elemento da demora na prestação jurisdicional.⁹

Por seu turno, João Batista de Almeida¹⁰ sustenta que a via própria para o pleito de direitos individuais homogêneos é a ação civil coletiva, disciplinada nos arts. 91 a 100 do CDC¹¹, reservando-se a ação civil pública para os interesses difusos e coletivos. Entretanto, a jurisprudência vem entendendo que tais direitos, quando socialmente relevantes, merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteados em sede de ação civil pública.¹²

Diferenciadas cada uma das classes de interesses metaindividuais, podemos dar continuidade ao estudo do tema proposto, delimitando a matéria ao meio ambiente do trabalho. Sendo esse um direito que também pertence a todos, passaremos a expor os caracteres que o legitimam como direito fundamental, tendo o cuidado de apreciá-lo nas referidas classes de interesses.

9 *Idem*, p. 87.

10 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001. p. 33.

11 Art 91. Os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

Parágrafo único. (Vetado). *Op cit.*, p. 595.

12 PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL.

Ementa: 1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem e a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido (STJ, 5ª T., Resp 96.002.9908-01/SE, Rel. Min. Edson Vidgal, j. 24.11.1998, v. un., publ. RDC 32/2740). In: ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. *Op. cit.*, p. 33.

3 Aspectos relevantes do meio ambiente do trabalho

Para bem compreendermos a amplitude de incidência da ação civil pública nas lides acidentárias, especificaremos nosso estudo, abordando as peculiaridades do meio ambiente do trabalho.

A pesquisa do meio ambiente do trabalho tem como marco inicial os primórdios do século XVIII, com o lançamento do primeiro estudo avaliando as doenças relacionadas ao trabalho, elaborado pelo médico Bernardino Romazzini, o qual estabeleceu um nexo de causalidade entre diversos grupos de profissões.¹³

Ainda no século XVIII, a Revolução Industrial associada aos modelos de produção em que prevaleciam a busca incessante do lucro e a desvalorização do homem como ser humano, aumentou a incidência de doenças relacionadas ao trabalho como também os acidentes de trabalho.

Contudo, os míseros salários e as condições insalubres de trabalho serviram de incentivo para que os operários realizassem greves e outras manifestações, as quais ocasionaram inclusive mortes.

Em 1946, com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), materializou-se o ideal de uniformizar o tratamento concedido por vários países às relações obreiras.

Feito esse breve esboço histórico, cabe a nós destacar que existe certa dificuldade de conceituar precisamente o meio ambiente do trabalho, havendo consenso, por parte da doutrina, que o citado conceito está correlacionado com o ambiente da prestação de serviço, ou seja, com o estabelecimento da empresa.

Como ensina José Afonso da Silva, meio ambiente compreende três aspectos: I- *artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e de equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano); II – *cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora, artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural), pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III-

13 DE CASTRO, Flávia Pimenta. Tendências no tratamento jurídico da saúde do trabalhador. *Em pauta* – Revista do TRT da 15ª R., São Paulo: Campinas, LTr, n. 15, p. 113-127, jan/jun, 2001. p. 115.

natural ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações dessas com o ambiente físico que ocupam.¹⁴

Conciliando a definição do ilustre professor, a doutrina de Direito Ambiental considera o ambiente de trabalho como parte *integrante do regime sistemático do meio ambiente*. Corroborando esse diapasão, encontramos o art. 200, inciso VIII, de nossa Constituição da República que diz: “Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”¹⁵

Dessa forma, meio ambiente do trabalho é o local onde se desenvolve a prestação dos serviços e também o local destinado ao descanso do trabalhador, que deverá ter condições de higiene básicas, regras de segurança aptas a preservar a integridade física e a saúde das pessoas envolvidas no trabalho, com o domínio, o controle, o reconhecimento e a avaliação dos riscos concretos ou potenciais existentes, assim considerados agentes químicos, físicos e biológicos.¹⁶

A boa manutenção da qualidade de vida do ambiente de trabalho reflete diretamente na saúde daqueles que passam várias horas do dia executando tarefas que muitas vezes são penosas. Vejamos a grande incidência de doenças ocupacionais, tal como a LER, hoje considerada como um dos maiores problemas de saúde relacionados ao trabalho.¹⁷

De outra parte, não podemos esquecer que a prevenção dos acidentes de trabalho também repercute no meio ambiente do trabalho e, nessa seqüência, necessário se torna conceituar acidente de trabalho. Para isso, trazemos à tona as lições de José de Oliveira:

Integram o conceito de acidente o fato lesivo à saúde física ou mental, o nexa causal entre este e o trabalho e a

14 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 3.

15 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

16 VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena Avila. *Uma breve abordagem sobre o meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, v. 37, n. 71, p. 349-351, 2001, p. 350. Suplemento trabalhista.

17 LER, terminologia mais usual para se referir às Lesões por Esforços Repetitivos, constitui um complexo de doenças envolvendo músculos, tendões e nervos dos membros superiores, causadas pela utilização incorreta desses membros. DE CASTRO, Flávia Pimenta. *Tendências no tratamento jurídico da saúde do trabalhador*. Op. cit., p.117.

redução da capacidade laborativa. A lesão é caracterizada pelo dano físico-anatômico ou mesmo psíquico. A perturbação funcional implica dano fisiológico ou psíquico nem sempre aparente, relacionada com órgãos ou funções específicas. Já a doença se caracteriza pelo estado mórbido de perturbação da saúde física ou mental, com sintomas específicos em cada caso.¹⁸

Não obstante, as estatísticas oficiais denunciam que os números de acidentes do trabalho e de doenças profissionais e do trabalho são alarmantes, dando ênfase entre essas, as doenças da coluna, silicose, intoxicação por chumbo e o manuseio de agrotóxicos na agricultura.¹⁹

Por conta disso, o Brasil está entre os recordistas mundiais em acidentes do trabalho, ficando distante até mesmo de países da América Latina, como a Argentina.²⁰

A atribuição de fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho é do Ministério do Trabalho e Emprego e de outros órgãos governamentais a ela vinculados. Porém, mesmo existindo legislação acerca do assunto (Lei nº 6514/77 e Portaria 3214/78), na prática, muitos percalços existem para a efetividade de um ambiente de trabalho seguro e salubre.

Assim sendo, quando o Estado não desempenha seu papel no campo administrativo, resta buscar a solução pela via judicial.

Do ponto de vista do interesse, o meio ambiente do trabalho pode incidir em diversas classes, conforme o caso, a lesão pode afetar apenas o indivíduo, um grupo determinado de trabalhadores ou o interesse de toda a sociedade.

À luz do Direito do Trabalho, podemos vislumbrar a existência de direitos difusos nos casos em que a conduta, comissiva ou omissiva, venha a lesar os interesses de uma cadeia indeterminada de sujeitos, transcendendo o âmbito de incidência dos interesses individuais.

À guisa de exemplo, citamos a hipótese de um movimento grevista

18 OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho – teoria, prática e jurisprudência*. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1.

19 MELO, Raimundo Simão de. *Segurança e meio ambiente do trabalho: uma questão de ordem pública*. Revista de Direito do Trabalho - Genises, Curitiba, v. 7, n. 37, p. 48-54, Jan. 1996, p. 48

20 MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente do trabalho: Prevenção e reparação*. Juízo competente. O trabalho: encarte do trabalho em Revista, Curitiba, n. 4, p.81-87, jun. 1997, p.82.

deflagrado pelo sindicato profissional dos serviços considerados essenciais e inadiáveis (Lei nº 7783/89, art. 11), cuja paralisação possa acarretar danos sensíveis à sociedade²¹. No mesmo raciocínio, imaginemos um empregador que, por utilizar produto tóxico em sua atividade, coloque em risco não só a saúde de seus empregados como também de toda a comunidade que mantenha algum tipo de contato com a empresa.²²

No que tange aos interesses coletivos e individuais homogêneos no âmbito trabalhista, a definição sustentada pelo código consumerista deve sofrer a necessária adaptação ao direito material e processual do trabalho, sob pena de desvirtuar a orientação contida no art. 769 da CLT, desrespeitando, por conseqüência, esse ramo especializado do direito²³. Como bem alerta o ilustre professor Ives Gandra da Silva Martins Filho:

Enquanto sob a ótica meramente processual civilista os interesses individuais homogêneos possuem como pedra de toque para distingui-los dos coletivos o fato de possibilitarem o ajuizamento de ações individuais pelos lesados, já sob o prisma trabalhista tal elemento distintivo inexistiria, pois também os interesses coletivos se revestem da mesma possibilidade jurídica (Consolidação das Leis do trabalho, art. 195, §2º, 2 872, parágrafo único)²⁴.

No mesmo sentido, ensina Raimundo Simão de Melo:

Tendo em vista tais nuanças, próprias do Processo Laboral, é que propusemos como elemento diferenciador dos interesses coletivos frente aos individuais homogêneos o fato

21 Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. PARÁGRAFO ÚNICO. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. DOU 29.06.89. CLT. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.189.

22 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. A tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. Revista do TRT 8ª R., Belém, v. 34, n. 66, p. 47-56, Jan./jun., 2001. p.53.

23 Art.769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. DOU 9.5.1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. CLT. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 188-189.

24 *Apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil trabalhista*. O trabalho: encarte do trabalho em Revista, Curitiba, n. 4, p.87-95, jun. 1997, p.90.

de, nos primeiros, a prática lesiva se estender no tempo, isto é, constituir procedimento genérico e continuativo da empresa, enquanto, nos segundos, sua origem ser fixa no tempo, consistente em ato genérico, mas isolado, atingindo alguns ou todos os que compunham a categoria no momento dado. Assim, como exemplo de interesse coletivo lesado teríamos o do descuido continuado do meio ambiente de trabalho, que afeta, potencialmente todos os empregados da empresa; quanto a interesses individuais homogêneos, teríamos o exemplo da demissão coletiva num dado momento, atingindo um grupo concreto e identificável de empregados.²⁵

Nesse contexto, a solução para esses conflitos pode ser buscada tanto pelo trabalhador diretamente envolvido na lide como também pelos legitimados para promover a defesa coletiva, entidades sindicais e o Ministério Público, como veremos em seguida.

4 Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação civil pública de cunho acidentário

Como há aqueles que acreditam que não existe legitimidade por parte do Ministério Público, principalmente o estadual, para propor ação civil pública em sede de conflito acidentário, passaremos a discorrer sobre esse assunto.

Por observância à norma fundamental, não podemos silenciar com tal entendimento, visto que o próprio fundamento da legitimidade do Ministério Público, para atuar em tais ações, deriva do texto constitucional.

Ao raiar da Constituição da República de 1988, o Ministério Público mudou a posição de mero órgão do Poder Executivo para instituição permanente, autônoma, independente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais, conforme preceitua o artigo 127 da nossa atual Constituição da República.

²⁵ *Idem.*

Inviável será reconhecer que os acidentes ocorridos, ou que porventura venham a ocorrer no ambiente de trabalho, afetem apenas os interesses individuais daqueles trabalhadores vítimas dessas fatalidades.

A violenta ocorrência dos acidentes de trabalho, notada pelos números oficiais de mortes por acidente de trabalho, atinge diretamente a vida de cada cidadão. Se de um lado lhe retira a força de trabalho, que é sua primordial condição de existência, de outro lhe obriga a pagar mais contribuições sociais, para custear a previdência social, nos termos do art 195 da CF/88, cujos recursos, ainda assim, não são hábeis para suprir, de forma apropriada, a demanda para um amparo merecedor de seus segurados. Dessa forma, compreendemos que a saúde do trabalhador é questão de saúde pública e a tutela do meio ambiente de trabalho é imprescindível para a defesa da sociedade.

Por conta disso, o interesse tutelado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, objetivando ao cumprimento das normas de segurança do trabalho, é público, haja vista que o impedimento da proliferação de acidentes e doenças laborativas interessa a toda sociedade e não apenas aos empregados atuais ou futuros de uma determinada empresa.

Com a leitura dos artigos 127 e 129 da Carta Magna, verificamos o dever do Ministério Público de zelar pela tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como bem explica o jurista Hugo Nigro Mazzilli:

Destina-se o Ministério Público à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis: em última análise, trata-se do zelo do interesse público. O Ministério Público atua quando: a) haja indisponibilidade do interesse, seja parcial ou absoluta; b) convenha à coletividade como um todo a defesa de qualquer interesse, disponível ou não. O interesse público usualmente é visto como o interesse de que é titular o Estado, em contraposição com o interesse privado, de que é titular o cidadão.²⁶

A despeito da definição de interesses indisponíveis, importa-nos considerar, nos moldes de José Cretella Júnior, como sendo a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício. Por conseguinte, diante dessa “indisponibilidade”, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe

26 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21.

pretensão, mas não a respectiva ação assecuratória. Por esse motivo, segundo o referido jurista,

a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas.²⁷

Por seu turno, o meio ambiente se consagra como um direito subjetivo público, no aspecto de ser cabível a todos pleitear o direito de defesa contra atos lesivos ao meio ambiente.²⁸ Esse direito subjetivo poderá ser exercido a título individual, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXXIII, da CF²⁹. Porém, não se trata de um interesse exclusivamente individual, mas, sim, de um interesse difuso ambiental.

Não obstante, o artigo 170, VI, da Constituição da República de 1988³⁰ determina que a ordem econômica, entre outros princípios, deve observar a defesa do meio ambiente. Trata-se de um princípio constitucional impositivo que consolida o artigo 225, permitindo que esse caracterize o meio ambiente como patrimônio de toda coletividade, estabelecendo tarefas ao Poder Público e à sociedade de proteger o meio ambiente.

Outros textos legais protegem os interesses difusos, a própria Carta da República ressalta a função institucional do MP, em seu art. 129, III, qual seja, “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”. No mesmo sentido, a Lei nº 6.368/81³¹, em seu art. 14, §1º, dispõe que:

27 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 339.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*. 3. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 282.

29 Art. 5º LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. *Op. cit.*

30 Art.170,VI – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre existência digna, conforme os ditames da justiça social, observará os seguintes princípios: [...]

VI – defesa do meio ambiente. *Idem.*

O Ministério Público da União e dos estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. O art. 25 da Lei nº 8.625/93³² expressa que compete ao parquet, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis [...]: IV – promover o inquérito civil e a ação civil publica, na forma da lei.

Silva Pacheco salienta que essa característica funcional do representante do *parquet* esta implícita na lei:

A prioridade do Ministério Público para a propositura da ação e das medidas cautelares convenientes esta implícita na própria Lei, quando estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”.³³

Aliás, no que toca ao Ministério Público, ao contrário dos demais legitimados para ação civil pública, o interesse de agir é presumido em ações que visam a tutelar os interesses metaindividuais, dentre esses mencionamos o meio ambiente do trabalho. O fundamento está no fato de o Ministério Público ter como um de seus primados a defesa da coletividade, conforme preceitua nossa Carta Magna e as leis que se aplicam à espécie.³⁴

A saber, o interesse de agir deve ser definido pela lei ou pelo sistema jurídico, pois, embora no art. 3º do CPC conste apenas o termo *interesse*, não o qualificando, entendemos, assim como Arruda Alvim, que o interesse que autori-

31 BRASIL. Lei 6368, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providencias. Regulamentada pelo Decreto n. 99274, de 6-61990. *Interesses difusos e coletivos*. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves De Siqueira. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 138-148,.

32 BRASIL. Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério público dos estados e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br/legisla.htm>. Acessado em 31 jul 2003.

33 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: RT, 1990. p. 280.

34 CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Edições Paloma, 2001. p. 34.

za a propositura ou a contestação de uma ação é o interesse legítimo de natureza econômica ou moral, tal como o qualificava o art. 2º do Código de 1939, e não todo e qualquer interesse.³⁵ O interesse processual está não só na *utilidade* mas também na *necessidade* do processo como instrumento apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, porque a tutela jurisdicional jamais é concedida sem uma necessidade.

Cabe aduzir que o Código de Defesa do consumidor, em seu art. 110, tratou de inserir no art. 1º da Lei nº 7347/85³⁶ o inciso IV, o qual torna cabível a utilização do presente instrumento processual para a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, reforçando o entendimento de que o poder constituinte originário, na parte final do inciso III do art. 129 da Constituição da República, orientou-se na direção de uma interpretação extensiva e não restritiva da referida norma.³⁷

Nesse momento, torna-se imprescindível diferenciar o interesse público em suas duas ramificações. Com acerto, não se pode confundir o interesse do bem geral, ora denominado *interesse público primário*, com o interesse da administração definido como *interesse público secundário*. Disso resulta, por ve-

35 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 1. Ed., São Paulo: RT, v. I, 2000. p. 411.

36 BRASIL. Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos (vetado) e dá outras providências. *Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2000.

37 Ressaltando a importância da integração do Código de defesa do consumidor com a lei de ação civil pública discorre José Marcelo Menezes Vigliar: “Toda a doutrina destaca a importância da integração existente entre a Lei nº 8.078/90 e a Lei nº 7.347/85. Contudo, de forma expressa aquela operou uma importante derrogação nesta, deixando bem claro dois fatores, que se me apresentam indiscutíveis: a) há a necessidade de proporcionar uma maior tutela aos interesses transindividuais; assim, quanto mais forem os mecanismos e quanto mais forem os legitimados e quanto mais se proporcionar a atuação conjunta dos legitimados, mais resguardados restarão os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; b) assim como já vinha se posicionando a doutrina (3) e a jurisprudência, de forma absolutamente coerente com as finalidades da sistemática das demandas coletivas, há que se verificar que não constitui tarefa correta fragmentar a legitimação do Ministério Público entre os seus vários Ministérios Públicos, porque, como venho de dizer, o legislador e o intérprete devem estar atentos à vontade da Constituição Federal que, antes de apresentar a estrutura do Ministério Público, disse de sua missão institucional, ou seja, o quanto foi gravado no art. 127 daquela Carta Política.” *Inquérito civil e ação civil pública para a prevenção de acidentes do trabalho: recente posição do Supremo Tribunal Federal*. p. 7. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em 31 jul. 2003.

zes, que o interesse primário pode não coincidir com o interesse secundário. Ao Ministério Público cabe sempre zelar pelo primeiro interesse, identificado como interesse social, da coletividade e mesmo interesses difusos. Apreciando o interesse público em sentido *lato*, encontraremos o interesse individual homogêneo, como também, o interesse coletivo, e o interesse público secundário pode coincidir com o interesse público ora defendido pela nobre instituição.³⁸

Oportuno trazer à baila a lição do eminente constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, o qual, divagando a respeito da legitimidade do Ministério Público, em ação civil pública tendo como objeto os interesses difusos, trouxe o exemplo do direito comparado, demonstrando que, mesmo nos países que mais avançado se encontra esse instituto, ainda assim o seu cabimento é excepcional e depende de requisitos.

No direito inglês, por exemplo, encontramos a *relactor action*, por cujo intermédio se permite sejam legitimados para agir em nome próprio, ou da coletividade, tanto um indivíduo como uma associação privada. Dois ingredientes básicos, contudo, se fazem necessários: a) o *General Attorney* (equivalente ao nosso Ministério Público) ter-se mantido inerte; b) uma autorização dada ao indivíduo ou associação pelo próprio *General Attorney*, a fim de que possam agir em nome da coletividade. No direito americano, encontramos a *class actions*. Também por esta via, chega-se a permitir a legitimação de um indivíduo ou de uma associação, desde que, contudo, demonstrarem ser adequados representantes da categoria ofendida. De outra parte, o responsável pelo controle da legitimidade ativa, ou seja, do adequado representante, não é mais como na *relactor action* o *General Attorney*, porém o próprio juiz.³⁹

Em suma, seja o interesse violado difuso, seja coletivo ou individual homogêneo, haverá por parte do Ministério Público legitimidade para defender os direi-

38 “Ainda que muito criticada a expressão “interesse público” por sua imprecisão, parece-nos preferível à enumeração falha, porque casuística de outros textos que, na busca de cobrir todo campo de atuação ministerial, elencam interesses sociais, interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, interesses coletivos, difusos, transindividuais, etc. Sem a pretensão de dar a última palavra sobre o problema, entendemos de distinguir entre as diversas formas de interesse: a contraposição mais usual do interesse público (de que o Estado é titular) ao interesse privado (de que é titular o cidadão), na verdade exprime apenas uma faceta do que seja o interesse público. Entretanto se usado em sentido lato, a expressão mais abrangente ainda é a do interesses público, que, no dizer de Renato Alesse, compreende o interesse público primário e secundário.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43.

39 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 430 e 431.

tos afrontados, pois estará em disputa a tutela de interesses socialmente relevantes, caracterizados como interesse público primário, conforme se extrai dos artigos 127 e 129, III, da CF/88. Sobre o tema em apreço, encontramos o presente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil publica em defesa de interesses individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 3ª T., Resp 58682/MG, Rel. Min. Carelos Alberto Menezes Direito, j. 08.10.1996, v. un., publ. DJ 16.12.1996, p. 50 864).⁴⁰

Porém, ainda há controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, a respeito da legitimidade para propor a ação civil pública versando sobre os feitos acidentários. Alguns compreendem, diante da norma constitucional esculpida no art. 109, I, que a Vara de Acidentes do Trabalho é competente para julgamento de ação civil pública movida em face da empregadora, objetivando o cumprimento das normas relativas à segurança e à medicina do trabalho, por se tratar de matéria tipicamente acidentária, mesmo que dotada de caráter preventivo e, assim, a legitimidade ativa ficaria por conta do Ministério Público Estadual. Nesse diapasão:

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de cumprimento de normas regulamentadoras de higiene e segurança do trabalho, uma vez que presente o interesse difuso e coletivo, que não se confunde com interesses individuais e homogê-

40 In: ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. Op. cit., p. 33.

neos. (ap. s/ rev. 512.815,8ª Câm., Rel. Juiz Ruy Coppola, j. em 7.5.1998).⁴¹

Embora não haja freqüência de acórdãos acerca desse tema, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, forçoso concluir, com a análise do julgado infra, que o entendimento desse egrégio Tribunal caminha nesse sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROPOSITURA EM DEFESA DE INTERESSE DE TRABALHADORES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DE OPERÁRIOS DE OBRA, CUJA EXECUÇÃO INATENDIA A LEGISLAÇÃO ACERCA DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E INDISPONÍVEIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º. DA LEI N. 7.347, DE 24.07.85 E ARTIGO 129, E III, DA CF. APELO IMPROVIDO.

1 - À comunidade brasileira interessa, não há negar, a prevenção de acidentes do trabalho, sobretudo diante das estatísticas que demonstram os estarrecedores prejuízos físicos e econômicos que sofre o trabalhador nacional, sobretudo o operário da construção civil, sem contar as astronômicas somas em dinheiro despendidas pelo Estado para o custeio da infortunística.

2 - Sendo assim, inescandivelmente relevante é admitir a legitimidade ativa-concorrente e o interesse do Ministério Público para, através da ação civil pública, no âmbito do Poder Judiciário, implementar provimentos tendentes a coibir, prevenir ou inviabilizar práticas da atividade econômica que submetam grupo de trabalhadores a riscos à sua saúde e segurança, como sucede em obras da construção civil operadas ao largo da legislação pertinente.

3 - Dessarte, na conformidade dos permissivos contidos nos artigos 1º da Lei n. 7.347/85 e 129, III, da CF tem o Ministério Público legitimção extraordinária para a propositura de demanda coletiva a fim de tutelar direitos individuais homogêneos, quando indisponíveis, ou, quan-

41 No mesmo sentido, ainda: AI 510.677, TJSP, 9ª Câm., Rel. Juiz Eros Piceli, j. em 4.2.1998; ap. c/ rev. 529.281, TJSP, 7ª Câm., Rel. Juiz Américo Angélico, j. em 20.10.1998; ap. s/ rev. 529.933, TJSP, 6ª Câm., Rel. Juiz Lino Machado, j. em 10.11.1998 etc.).

do disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente relevância social (art. 7o., XXII, da CF), como sucede na hipótese suso mencionada. (Apelação cível n. 88.071372-1 (45.171), da Capital. Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Data da decisão 17/09/1997)

Por outro lado, a corrente contrária enfatiza que a legitimidade ativa está com o Ministério Público do Trabalho, alegando esses, que a Lei Orgânica do Ministério Público reserva ao Ministério Público do Trabalho a legitimação para a propositura da ação civil pública no âmbito da justiça especial, não podendo esse órgão atuar na Justiça comum. Reforçando a argumentação, salienta o artigo 83, inciso III, da Lei nº 75, de 20 de maio de 1993, que “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da justiça do Trabalho: [...] III – Promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; [...]”⁴²

Aplicando o raciocínio acima, encontramos as presentes decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”.

A matéria relativa ao fornecimento de protetores auriculares, anotação da CTPS, efetivação de depósitos fundiários, instalações sanitárias adequadas e apresentação de atestados de saúde ocupacionais está inserida no âmbito de proteção dos direitos difusos, seja porque não é possível identificar precisamente os trabalhadores envolvidos, seja porque de interesse social, sendo, ainda, o Ministério Público do Trabalho parte ativa legítima para ajuizar a ação civil pública destinada a proteger referidos direitos, diante do que dispõe o art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93. (Acórdão-2ªT-Nº 00325/99 TRT/SC/RO-V 5635/99 Relator Telmo Joaquim Nunes)⁴³

42 BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <www.senado.gov.br/legisla.htm>. Acessado em 31 jul 2003.

43 Também: Acórdão-2ªT-Nº 11504/2000 TRT/SC/RO-V 1140/2000, Relator Gilmar Cavalheri; Ac.-2ªT-Nº 09990/2002 TRT/SC/RO-V-A 10791/2001, Redator Designado Graciano Ricardo Barboza Petrone; Acórdão-3ªT-Nº 09151/98 TRT/SC/RO-V 555/98, Relator Nilton Rogério Neves.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

A ação civil pública vem referida na Carta Magna e confere ao MP legitimidade para promovê-la (art. 129, III) e, genericamente pode versar sobre qualquer interesse difuso ou coletivo (inciso IV, art. 1º, Lei 7347/85, com redação dada pela Lei 8078/90). No campo das relações de trabalho ao MP do trabalho compete promover dita ação no âmbito da Justiça do Trabalho para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 83, III, lei complementar nº 75/93). O dito interesse coletivo é o transindividual de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, § única, da Lei 7347/85). Os indivíduos, nesta categoria, não necessitam ser determinados, mas são determináveis. Por exemplo os moradores de um condomínio, os internos de uma instituição, os empregados de uma empresa. A indivisibilidade do direito consiste em afirmar que o quinhão de cada um não pode ser determinado e, por isto, merece proteção como um todo, que ao grupo pertence, abstraindo-se a situação individual de cada integrante. Por exemplo o direito ao reconhecimento dos contratos de trabalho, o direito a um meio ambiente laboral salutar, o direito à saúde e à medicina do trabalho. Casos individuais podem e devem ser apontados na causa de pedir, como ilustrativos, sem que, com isto, a ação caracterize desvio de finalidade quanto a seu objeto próprio. Recurso Ordinário a que se dá provimento para anular a decisão de origem que extinguiu o feito sem julgamento de mérito por carência da ação, ao declarar a ilegitimidade ativa do Parquet do trabalho. (Decisão 014080/2002-SPAJ do Processo 01645-1998-005-15-00-2 REO publicado em 08/04/2002. Juiz Relator Luiz Felipe Bruno Lobo).

Contudo, achamos por bem entender que a legitimação para propor ação civil pública, objetivando a prevenção de acidentes de trabalho, por tratar-se de meio ambiente do trabalho, espécie do gênero meio ambiente, seria atribuição de ambas as instituições, ou seja, legitimação concorrente.

Com efeito, aplicando-se a regra do art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85, a qual admite o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União,

do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a referida Lei, observamos que a legitimidade é concorrente cabendo tanto ao Ministério Público do Trabalho propor a ação civil pública na justiça especial como também ao Ministério Público Estadual propor o referido instrumento na justiça comum estadual, existindo a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre as duas instituições ministeriais. Essa solução ampliaria a tutela do meio ambiente de trabalho, precisamente, na prevenção dos acidentes de trabalho, visto que a atribuição para ajuizar a ação civil pública de cunho acidentário ficaria a cargo de ambas as instituições, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Estadual.

5 Considerações finais

Como ressaltamos no decorrer do texto, o meio ambiente de trabalho pode ser evidenciado pela lesão aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Contudo, é certo que os acidentes de trabalho repercutem diretamente na sociedade, seja pelo abalo moral que as lesões causam, seja pelo aumento de gastos com a previdência social. Assim, definimos o meio ambiente da trabalho como sendo um interesse social, público ou ainda difuso por serem interesses indisponíveis, indivisíveis e de sujeitos indeterminados (com relação aos danos refletidos na sociedade). Na seara trabalhista, podemos vislumbrar a ocorrência de interesses difusos nos casos em que a conduta, comissiva ou omissiva, venha a lesar os interesses de uma cadeia indeterminada de sujeitos, transcendendo o âmbito de incidência dos interesse individuais.

Por sua vez, como o meio ambiente de trabalho configura-se como espécie do gênero meio ambiente e sendo a ação civil pública o instrumento processual adequado para tutelar os interesses coletivos *lato sensu*, resta concluir que nada mais sensato do que utilizar essa ação com o intuito de prevenir a ocorrência de acidentes do trabalho.

Cabe a nós aduzir que o Código de Defesa do consumidor, em seu art. 110, tratou de inserir no art. 1º da Lei nº 7347/85 o inciso IV, o qual torna cabível a utilização do presente instrumento para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ratificando o entendimento de que o poder constituinte originário, na parte final do inciso III do art. 129 da Constituição da República, orientou-se na direção de uma interpretação extensiva e não restritiva da referida norma.

Com a leitura do texto constitucional, artigos 127 e 129, vamos verificar a legitimidade do Ministério Público para propor a ação ora em comento, pois ele tem o dever de zelar pela tutela dos interesses difusos e coletivos. A nobre instituição destina-se à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em última análise, trata-se do zelo do interesse público. Nesse diapasão, o Ministério Público deve atuar quando houver indisponibilidade do interesse, seja parcial ou absoluto; e, ainda, quando convenha à coletividade a defesa de qualquer interesse, indisponível ou não.

Por fim, ainda há controvérsias a respeito de quem teria a legitimidade para ajuizar a presente ação civil pública de cunho acidentário, se o Ministério Público Estadual ou o Ministério Público do Trabalho.

Entendemos que a legitimação estaria atribuída para ambas instituições, ou seja, legitimação concorrente, por se tratar de meio ambiente do trabalho, espécie do gênero meio ambiente. Aplicando-se o dispositivo do art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85, a qual admite o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, percebemos que a legitimidade é concorrente cabendo tanto ao Ministério Público do Trabalho propor a ação civil pública na justiça especial quanto ao Ministério Público Estadual propor o referido instrumento na justiça comum estadual, existindo a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre as duas instituições ministeriais.

6 Referências

- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.
- ALVIN, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, v. I, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ação civil trabalhista*. O trabalho: encarte do trabalho em Revista, Curitiba, n. 4, p.87-95, jun. 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. DOU 9.5.1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. CLT. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 188-189.

- BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Lei 6368, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. Regulamentada pelo Decreto n. 99274, de 6-61990. *Interesses difusos e coletivos*. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves De Siqueira. 2. ed. Atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p.138-148.
- BRASIL. Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos (vetado) e dá outras providências. *Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2000.
- BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. DOU 29.06.89. CLT. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 188-189.
- BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. *Código Civil*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p.576-600. BRASIL. Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério público dos estados e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br/legisla.htm>. Acessado em 31 jul 2003.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <www.senado.gov.br/legisla.htm>. Acessado em 31 jul 2003.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. A tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. Revista do TRT 8ª R., Belém, v. 34, n. 66, p. 47-56, Jan/jun, 2001.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública: um instrumento de defesa da cidadania – da necessidade de (re)pensar sua teoria geral*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Florianópolis, fevereiro de 1996,
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 282.
- CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Edições Paloma, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

- DE CASTRO, Flávia Pimenta. Tendências no tratamento jurídico da saúde do trabalhador. *Em pauta* – Revista do TRT da 15ª R., São Paulo: Campinas, LTr, n. 15, p. 113-127, jan/jun, 2001. p. 115.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MELO, Raimundo Simão de. *Segurança e meio ambiente do trabalho: uma questão de ordem pública*. Revista de Direito do Trabalho - Genises, Curitiba, v. 7, n. 37, p. 48-54, Jan. 1996.
- MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente do trabalho: Prevenção e reparação. Juízo competente*. O trabalho: encarte do trabalho em Revista, Curitiba, n. 4, p. 81-87, jun. 1997.
- OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho – teoria, pratica e jurisprudência*. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: RT, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos: em Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de janeiro: Renovar, 1999.
- VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena Avila. *Uma breve abordagem sobre o meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, v. 37, n. 71, p. 349-351, 2001, p. 350. Suplemento trabalhista.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Inquérito civil e ação civil pública para a prevenção de acidentes do trabalho: recente posição do supremo Tribunal Federal*. p. 7 Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/justitia/doutrinas_civeis.htm>. Acesso em 31 jul. 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE TURISMO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Priscilla de Oliveira Remor

*Estagiária do MPSC junto ao Centro de Apoio
Operacional de Defesa do Consumidor*

Introdução

As relações de consumo são regidas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. A necessidade de um código para regulamentar a relação entre fornecedores de produtos e serviços e os consumidores fundamenta-se na fragilidade e vulnerabilidade do consumidor.

No caso específico das agências de turismo, como fornecedoras do serviço “pacote turístico”, a questão gira em torno de ser a agência responsável pelos danos ocasionados pelos defeitos dos serviços intermediados, como hotéis, empresa aérea, *tours* e restaurantes, sendo considerados verdadeiros prepostos dela, na forma do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor, muitas vezes, vê-se impossibilitado de exigir o ressarcimento de seus danos diretamente dos prepostos, uma vez que a prestação do serviço geralmente se dá em local distante de sua residência, sendo imprescindível, desse modo, a responsabilização da agência para o efetivo amparo do consumidor/turista.

A problemática se dá, então, na responsabilização do fornecedor e na proteção adequada e eficaz do consumidor lesado.

A pesquisa do tema em questão é de extrema relevância, por se tratar de um novo direito que deve ser cada vez mais difundido e posto em prática, pois envolve uma coletividade de consumidores que, muitas vezes, tem seus direitos lesados e não vêem a efetiva reparação a que tem direito.

O objetivo geral da pesquisa é analisar e discutir a responsabilidade civil objetiva das agências de turismo, ao venderem pacotes fechados, no caso de ocorrer lesão ao direito do consumidor. Como objetivos específicos, serão verificadas a) a relação de consumo entre a agência de viagem e o turista/consumidor; b) a responsabilidade civil nas relações de consumo; e c) a possibilidade de responsabilização das agências de turismo ante o dano causado por prepostos por ela contratados ou autorizados e verificação do posicionamento majoritário a respeito do assunto.

Dividiu-se, para tanto, o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda as relações de consumo em geral, visando expor o surgimento e a necessidade de um Código Protetivo do Consumidor e sua estreita relação com a Constituição Federal de 1988 bem como os conceitos de consumidor e fornecedor, juntamente com os principais princípios trazidos pelo código, como a boa-fé objetiva, a vulnerabilidade, a transparência e a garantia de adequação.

O segundo capítulo trata dos direitos básicos do consumidor, instituídos pelo art. 6º do Código, como a proteção à saúde e à segurança; a educação para o consumo; a livre escolha e igualdade nas contratações; o direito à informação; a garantia contra a publicidade enganosa e abusiva; a proteção contratual; o acesso à justiça; a inversão do ônus da prova em favor do consumidor; e a efetiva prevenção e reparação de danos oriundos das relações de consumo.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, englobando a responsabilidade pelo fato do serviço – acidente de consumo; a responsabilidade por vício do serviço; as excludentes de responsabilidade; o papel das agências de turismo; a tendência atual do STJ; o direito de regresso; e o projeto de Lei nº 5.120-C/01, em trâmite no Congresso Nacional que visa à isenção de responsabilidade das agências de turismo diante do consumidor lesado.

1 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil de que trata o Código de Defesa do Consumidor é a objetiva, de acordo com seu artigo 6º, que traz, entre os direitos básicos, o da obrigação de indenizar o consumidor pelos danos sofridos e o do dever de segurança, já explanados no capítulo anterior.

“[...] a responsabilidade estabelecida no CDC é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva” (CAVALIERIFILHO, 2003, p. 39).

Quando o fornecedor coloca no mercado de consumo um produto ou serviço, está sujeito à responsabilização objetiva, independentemente de culpa, por todos os danos que puderem vir a sofrer os consumidores, seja por fato – acidente de consumo – ou por vício, artigos 12/14 e 18/20 do CDC, respectivamente.

Marcelo Kokke Gomes (2001, p. 40) bem doutrina:

A teoria objetiva prescinde de culpa. O dever de reparação baseia-se no dano causado e em sua relação com a atividade desenvolvida pelo agente. As atividades são lícitas, a necessidade de sua existência faz com que sejam aceitos pela sociedade os danos que provocam, entretanto, as vítimas não devem ser deixadas ao léu. A prova de culpa do agente, na realidade, inviabilizaria a reparação do dano, aumentando mesmo os seus suplícios, [...]. A teoria objetiva confere certeza à reparação do dano, atendendo ao próprio resultado danoso da ação e não da culpabilidade desta.

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes (2001, p. 115) explanam ter a responsabilidade dos fornecedores, baseada na ausência de culpa, introduzido uma nova fase na economia brasileira, já que os fornecedores terão que abranger, em suas previsões, esse novo elemento gerador de custos.

Na responsabilidade objetiva, o consumidor deve provar o dano e o nexo causal para ter seu direito assegurado.

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito da

prova de culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha que provar. Ao contrário, cabe-lhe provar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se contudo que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando ‘for verossímil a alegação’ ou quando o consumidor for ‘hipossuficiente’, sempre de acordo com ‘as regras ordinárias de experiência’ (art. 6º, VIII). Recorde-se, por último, que o consumidor não precisa provar o defeito (art. 12, §3º, II) (BENJAMIN *in* BENJAMIN *et. al.*, 1991, p. 59).

Considerando que o presente trabalho trata da responsabilidade das agências de turismo, e o fato de essas prestarem ao consumidor um serviço, será delineada a responsabilidade oriunda de fato e vícios se atendo aos ocasionados pelos serviços expostos no mercado de consumo.

1.1 Responsabilidade pelo fato do serviço – acidente de consumo

A responsabilidade ocasionada por defeitos nos serviços é trazida pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido. [...] (BRASIL, 2003, p. 16).

Ocorre defeito do serviço quando este possui um vício que o torne inadequado, e este vício gere outros danos ao patrimônio jurídico e moral do consumidor, como é o caso de um consumidor que não tem seu cartão aceito em algum estabelecimento por ter a fatura vencido, quando na verdade ela já foi paga, ou um alagamento na residência ocasionado por uma pia entupida consertada por encanador dias antes. O defeito vai além do serviço e atinge o patrimônio jurídico

e/ou moral do consumidor (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 180-183).

Podemos dizer que em casos de turismo, os defeitos previstos no art. 14 podem ocorrer desde acidentes no transporte, como, por exemplo, a queda de um avião, a batida de um transporte de turismo, intoxicação alimentar no restaurante do hotel e outros (FEUZ, 2003, p. 103).

O defeito do serviço pode ser de prestação – quando se manifesta no ato da prestação do serviço, um desvio do padrão de qualidade –, de concepção – surgido na formulação do serviço, na escolha de seus métodos e na fixação de seu conteúdo –, e de comercialização – no caso de informações insuficientes ou inadequadas (BENJAMIN *in* BENJAMIN *et. al*, 1991, p. 79).

Zelmo Denari (GRINOVER *et al*, 2001, p. 174), a respeito do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor afirma que “[...] além dos *defeitos intrínsecos*, o dispositivo responsabiliza os prestadores de serviço pelos *defeitos extrínsecos* quando os respectivos contratos de prestação de serviços ou os meios publicitários não prestam informações claras e precisas a respeito da fruição”.

Quando se fala de responsabilidade objetiva do fornecedor em relação aos serviços,

Responsabilizam-se independentemente da apuração de culpa todos os fornecedores de serviços, quer imediatos como mediatos, solidariamente, pelos danos ocasionados aos consumidores em função de defeito na prestação do serviço ou por incompletude nas informações acerca da segurança na execução ou fruição (ARRUDAALVIM, 1995, p. 137).

Quando o defeito é causado por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos dos serviços, temos como um ótimo exemplo o de uma pessoa que vai até uma agência de viagens e fecha um pacote com roteiro completo de viagens, incluindo passagens, categoria determinada de hotéis, visitas a museus e shows, excursões com transporte incluso etc. e, ao chegar ao destino, depara-se com categoria inferior de hotel, paga pelas visitas aos museus e shows, não consegue fazer as excursões por falta de reserva, paga mais cara a passagem de volta por falta de marcação com 72h de antecedência, da qual não fora avisado etc. Os prejuízos sofridos são imensos e evidentes, inclusive com pagamentos efetuados em dobro (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 184-185).

Desse modo, o serviço será defeituoso quando não proporcionar a segurança que o consumidor legitimamente espera, em relação ao modo de seu forne-

cimento, ao resultado, aos riscos e à época em que foram fornecidos (ATHENIENSE, 2002, p. 56).

1.2 Responsabilidade por vício do serviço

O art. 20 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2003, p. 19) estabelece a responsabilidade do fornecedor pelos vícios dos serviços:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Em relação aos vícios de qualidade dos serviços por inadequação, o Código se restringiu a traçar linhas gerais a serem adaptadas ao caso concreto, sempre de acordo com os princípios da vulnerabilidade e da garantia de adequação (BENJAMIN *in* BENJAMIN *et. al*, 1991, p. 105), já tratados no 1º capítulo do presente trabalho.

A responsabilidade por vício de qualidade se impõe àquele que presta o serviço, não importando a sua culpa, de seus prepostos, de seus auxiliares ou representantes. O fornecedor responderá igualmente, em quaisquer dos casos, exemplo disso é o caso dos contratos de viagem turística executado por auxiliares (MARQUES, 1995, p. 417).

Rizzatto Nunes (2000, p. 271) explana a respeito da solidariedade:

Ainda que a norma [art. 20 do CDC] esteja tratando de fornecedor direto, isso não ilide a responsabilidade dos demais que indiretamente tenham participado da relação. Não só porque há normas expressas nesse sentido (art. 34 e §§ 1º e 2º do art. 25) mas também em especial pela necessária e legal solidariedade existente entre todos os partícipes do ciclo de produção que geraram o dano (cf. o parágrafo único do art. 7º), e, ainda mais, pelo fato de que, dependendo do tipo de serviço prestado, o fornecedor se utiliza necessariamente de serviços e produtos de terceiros.

Sérgio Cavaliéri Filho (2003, p.496), num mesmo sentido, “[...] há responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, [...] podendo o consumidor, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra todos ou contra aquele que mais lhe for conveniente”.

De acordo com o artigo em comento, há vício, no serviço prestado, quando houver diversidade em relação à oferta ou mensagem publicitária e sua execução, aludindo o dispositivo, inclusive, aos vícios de quantidade mesmo sem referência expressa (DENARI *in* GRINOVER *et. al.*, 2001, p. 192).

De acordo com Roberto Senise Lisboa (2001, p. 213-214), os vícios de informações dos serviços podem ser pela diversidade entre a informação e o resultado, entre a publicidade e o serviço oferecido; ou pela omissão sobre a quantidade, a qualidade, os prazos de validade, o preço, a composição, a garantia, as origens e os riscos.

A respeito dos vícios de informação, Cláudia Lima Marques (1995, p. 419) salienta que

[...] esta novidade do CDC será especialmente utilizada em se tratando de contratos de viagem turística ou contratos denominados de ‘organização de viagens turísticas’, nos quais a oferta é feita pela agência de turismo e a prestação de serviços é executada por outras pessoas, consideradas juridicamente como seus ‘auxiliares’ no país ou na cidade para onde o consumidor se deslocou.

Quando ocorrer vício no serviço, o consumidor tem as alternativas do artigo 20, incisos I, II e III, à sua escolha e, além delas, poderão, ser devidas as perdas e danos, se devidamente provados, assim como o nexo de causalidade entre estes e o vício (ARRUDA ALVIM, 1995, p. 158).

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*In BENJAMIN et. al*, 1991, p. 107) bem salienta em relação às opções do consumidor e em relação às perdas e aos danos que

[...] qualquer que seja a opção escolhida, sempre tem direito a perdas e danos, desde que comprovados. Mesmo no abatimento proporcional do preço, já que tal pode se dar levando em consideração unicamente a depreciação do próprio bem de consumo (produto ou serviço). Não inibe esse raciocínio o fato de que só o inciso III prevê, expressamente, o pagamento de perdas e danos. É que o princípio, embora repetido no inciso III, tem assento também na parte geral do código (art. 6º, VI), informando, por conseguinte, toda a parte especial e servindo, em particular, para preencher as omissões do legislador.

Nas perdas e danos poderá estar incluído o dano moral, que será tratado a seguir.

1.3 Dano moral no vício do serviço

O dano moral é inegável, quando se trata de fato do serviço, já que, de modo geral, sempre será abalada a esfera psíquica do consumidor quando houver acidente de consumo.

Já, em relação ao dano moral, no vício dos serviços, há uma certa divergência doutrinária e jurisprudencial, haja vista que nem sempre que o consumidor constata um vício na prestação de determinado serviço haverá dano extrapatrimonial, isso dependerá do caso concreto.

Simone Hegele Bolson (2002, p. 141) bem afirma que o vício do serviço – seja por inadequação ou por quantidade – pode ocasionar danos morais, autorizado pelo artigo 6º, inciso VI, do CDC:

O dano moral poderá advir dos vícios dos produtos ou serviços quando esses atingirem os direitos de personalidade do homem consumidor, conquanto a ocorrência de dano patrimonial seja a mais comum, justamente porque, *a priori*, os vícios dos produtos e serviços atingiram o bolso do consumidor (esfera econômica) [...]

Tem-se a caracterização do dano moral quando a pessoa vê seu íntimo abalado, quando lhe é causado algum tipo de aborrecimento, humilhação, vergonha etc. No caso específico dos contratos de turismo, há o dano moral quando o serviço não é prestado adequadamente, pois, mesmo não ocorrendo um acidente de consumo, ao agredir a expectativa legítima do consumidor, ele verá frustrado seu maior objetivo, ao realizar a viagem turística, que é o de lazer e diversão. Desse modo, deve o consumidor ser efetivamente reparado por danos morais sempre que houver vício ou defeito (FEUZ, 2003, p. 110-111).

Nesse sentido, vejamos as seguintes decisões do STJ, de 13 de agosto de 2001:

Recurso Especial n.º 304.738 – SP

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA DE TURISMO. PACOTE TURÍSTICO. SERVIÇO PRESTADO COM DEFICIÊNCIA. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias.

II – A indenização por danos morais, como se tem salientado, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros.

III - Certo é que o ocorrido não representou desconforto ou perturbação de maior monta. E que não se deve deferir a indenização por dano moral por qualquer contrariedade. Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, o descaso e a negligência com que se houve, em desrespeito ao direito dos que com ela contrataram (BRASIL, 2004a, não

paginado, grifo nosso).

Recurso Especial n.º 305.566 – DF

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. **DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.**

I – Nos termos da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor.

II – Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do atraso do vôo, cabível é o pedido de indenização por danos morais.

III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (BRASIL, 2004b, não paginado, grifo nosso).

Tal entendimento foi trazido, também, por unanimidade, pela jurisprudência do STJ em RESP n.º 328182/RS de 2002, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que versava sobre vício de qualidade, falta de informação, má execução dos serviços de traslado e hotel contratado através de agência de turismo:

Recurso Especial n.º 328182/RS.

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍCIO DE QUALIDADE. ART. 20, CDC. VIAGEM TURÍSTICA. DANO MATERIALE DANO MORAL. DISTINÇÃO. OPÇÃO DO CONSUMIDOR. ADEQUAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Na prestação de serviços de viagem turística, o descon-

forto, o abalo, o aborrecimento e a desproporção entre o lazer esperado e o obtido não se incluem entre os danos materiais, mas pertencem à esfera moral de cada um dos viajantes, devendo a esse título ser ressarcidos.

II - Os danos materiais, que sabidamente se distinguem dos morais, devem recompor estritamente o dispêndio do consumidor efetuado em razão da prestação de serviços deficiente, sem o caráter de punir o fornecedor.

III - O direito de opção mencionado no art. 20, I a III do Código de Defesa do Consumidor, relaciona-se com a suficiência da reparação do dano, não devendo afrontar nem a proporcionalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado, nem o princípio que veda o enriquecimento indevido (BRASIL, 2004c, não paginado).

A ação foi proposta com intuito de ver ressarcidas despesas pela má execução dos serviços, já que o traslado e o hotel não condiziam com o que fora contratado através da agência, o que acarretou gastos extraordinários.

1.4 Excludentes de responsabilidade

As excludentes de responsabilidade são as do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (2003, p. 16):

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Tais excludentes deverão ser utilizadas tanto quando se tratar de vício – artigo 20 CDC – ou defeito – artigo 14 CDC – dos serviços, apesar da localização.

De acordo com tal entendimento estão Roberto Senise Lisboa (2001, p. 265), que dá ao tópico de seu livro referente ao assunto o título “Excludentes de responsabilidade objetiva pelo fato e pelo vício”; Marcelo Kokke Gomes (2001, p. 197), que diz que deve ser conjugada a excludente de acordo com as peculiaridades

específicas e com a responsabilidade – por vício ou por fato – à qual se relaciona; e Rizzatto Nunes (2000, p. 287), quando afirma que as excludentes aproveitam para o artigo 20, por analogia, aplicar “[...] uma vez que este não prevê as saídas para a proteção do direito do fornecedor. Mas, claro, elas são óbvias e decorrem da regra geral da responsabilidade objetiva estabelecida no CDC”.

Em relação à adoção de novas técnicas, a prestação de serviços deve ocorrer de acordo com a devida segurança que validamente se espera. Se, na época em que foi fornecido, não estiver de acordo com os padrões de segurança, será considerado defeituoso. Diferentemente ocorre em relação à qualidade, que pode ser melhor ou pior sem tornar o produto defeituoso, desde que não influa negativamente no padrão de segurança legitimamente esperado (ARRUDA ALVIM, 1995, p. 138).

Rizzatto Nunes (2000, p. 192) considera que o § 2º do artigo 14 está deslocado, pois:

É regra que deveria estar no art. 20, uma vez que a hipótese aventada da ‘adoção de novas técnica’ em detrimento de serviço mais antigo pode apenas gerar vício. Ou, em outras palavras, a regra salvaguarda somente o vício eventual dos serviços executados com técnicas menos modernas. Defeito, conforme já comentamos, se ocorrer, independerá de ser a tecnologia mais ou menos moderna.

A norma somente poderia, como pode, excetuar problema por avanço tecnológico em caso de vício, não de defeito. Repita-se, com ou sem outro serviço executados com nova e melhor técnica, havendo acidente de consumo – e, assim, defeito –, haverá responsabilidade em indenizar.

Para que ocorra a excludente de responsabilidade disposta no artigo 14, § 3º, inciso I, do Código Protetivo, deve o fornecedor comprovar que seu serviço era dotado de toda segurança que legitimamente se espera e que não havia defeitos juridicamente relevantes. Só assim conseguirá romper o nexo de causalidade entre o serviço e o dano produzido (GOMES, 2001, p. 212).

Se o produto ou serviço não é defeituoso, e o ônus dessa prova é do fornecedor, não haverá também relação de causalidade entre o dano e a atividade do fornecedor. O dano terá ocorrido de outra causa não imputável ao fabricante do produto ou ao prestador do serviço. Há igualmente, aqui, uma presunção que milita contra o fornecedor, ao qual caberá ilidi-la (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 484).

Para que haja exclusão de responsabilidade por culpa de terceiro ou do consumidor, deve ela ser exclusiva. Se tiver a mínima participação do fornecedor, a responsabilidade será inteiramente sua, mesmo que o consumidor participe culposamente na produção do dano (GOMES, 2001, p. 208-209).

Rizzatto Nunes (2000, p. 196-197) expõe, em relação à culpa exclusiva de terceiro, que

Se a pessoa que causou o dano pertencer ao ciclo de produção do serviço – porque serviço também tem seu ciclo de produção –, executado pelo prestador responsável, tal como seu empregado, seu preposto ou seu representante autônomo, ele continua respondendo. Essa hipótese, a par de passível de ser estabelecida por interpretação do sistema de responsabilidade estatuída, tem, conforme já observamos, correspondência na regra do art. 34 (‘O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos’), bem como naquelas outras também já apontadas do parágrafo único do art. 7º e nos §§ 1º e 2º do art. 25.

Alguns autores como Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Alvim, James Marins, Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pae Moraes e Arystóbulo de Oliveira Freitas incluem, ainda, dentre as excludentes de responsabilidade, o caso fortuito e a força maior, uma vez que entendem não ser taxativo o rol de excludentes, dada a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Civil (LISBOA, 2001, p. 269).

Zelmo Denari (*In GRINOVER et. al*, 2001, p. 171) considera o caso fortuito e a força maior como excludentes apenas quando se instalam após o ingresso formal no mercado de consumo:

[...] quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto [serviço] no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto [serviço], uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto [serviço] se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos.

Para a caracterização da força maior e do caso fortuito, deve haver a inevitabilidade e a imprevisibilidade como requisitos fundamentais de existência, a fim de não violar o princípio da responsabilidade civil objetiva (BONATO, DAL PAI MORAES, 2001, p. 122).

1.5 O papel das agências de turismo

A agência de turismo, como fornecedora do serviço “pacote turístico”, deve ser considerada responsável pelos danos ocasionados pela má prestação de quaisquer um dos serviços contratados, já que é a intermediária da relação de consumo e o consumidor, ao contratar seus serviços, está aderindo a outros intermediados por ela.

Segundo Cláudia Lima Marques (1995, p. 126-127),

[...] a relação contratual do consumidor é com a agência de viagem, podendo exigir desta a qualidade e a adequação da prestação de todos os serviços que adquiriu no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores seus prepostos fossem. [...] tratando-se de um contrato de organização de viagens, responsabilizam a agência de viagens pela conduta de qualquer prestador de serviços envolvido na viagem turística, prestador este que é considerado um ‘auxiliar’ da agência(...) foi o reconhecimento pela jurisprudência de uma nova responsabilidade (própria e solidária) para as agências de viagens, as quais comercializam os chamados “pacotes turísticos” e passam por responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por eles escolhidos e previamente contratados.

Um pacote turístico abrange uma cadeia de fornecedores, na qual um número indeterminado de agentes está vinculado a uma parte específica da prestação, compreende não só a viagem em si, mas hospedagem, alimentação, traslados, seguro, excursões e visitas etc. O consumidor adere a esse pacote que já está previamente constituído, decorrendo daí a total responsabilidade das agências de turismo (CABRAL, 2002, não paginado).

Dando suporte a tal entendimento, vale citar os seguintes artigos do Código Protetivo (BRASIL, 2003, p. 13-23, grifo nosso):

Art. 7º [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 23. A ignorância do fornecedor **sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços** não o exime de responsabilidade.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos **responderão solidariamente** pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes **autônomos**.

A responsabilidade das agências de turismo envolve a garantia de qualidade dos hotéis, do transporte e da alimentação oferecidos, e o consumidor que se sentir lesado em seus direitos e expectativas poderá ingressar em juízo contra a agência que vendeu o pacote turístico e, ainda, contra toda a cadeia de fornecedores envolvida, em demanda fundada em responsabilidade solidária e objetiva, de modo a reequilibrar os direitos do consumidor diante do fornecedor, no mercado de consumo (CARVALHO, 1999, não paginado).

Wander Marotta (2001, p. 221) bem explana a respeito:

[...] segundo a norma, tanto quem vende – intermedeia – quanto quem organiza – opera – a excursão é responsável pelo que vende; agentes outros do contrato são ou ‘prepostos’, *stricto sensu*, ou ‘representantes autônomos’, o que, no caso, é desimportante, visto que ignorar o fornecedor os defeitos do serviço ou produto de seu representante, ou ‘agente vinculado’, não lhe exclui a responsabilidade.

A solidariedade legal imposta pelo Código de Defesa do Consumidor a torna indivisível, devendo o consumidor ver seus danos – materiais ou morais – ressarcidos sem repartição de responsabilidade, não importando o ajuste celebrado, por tratar-se de um contrato de adesão, devendo a agência ser responsabilizada pela atuação dos outros fornecedores que representa (ATHENIENSE, 2001, p. 241).

Notadamente, pela posição dos doutrinadores exposta acima, cumpre à

agência que vende o pacote turístico o risco pela eleição e pela qualidade do estabelecimento prestador dos serviços hoteleiros, de transporte, de alimentação, que sejam ofertados ao consumidor, até porque o risco da atividade econômica é do fornecedor, e não do consumidor.

E, ainda, segundo a Deliberação Normativa nº 161/85 (BRASIL, 2002, não paginado) da Embratur, em seu Anexo I, itens 1.2, 1.3 e 2.2:

1.2 A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por eles contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência. [...]

1.3 A agência de turismo é responsável: a) pelo transporte, hospedagem, refeições, translados, passeios locais e demais serviços turísticos, quando incluídos no programa da viagem ou excursão; b) pelo transporte e garantia das bagagens dos participantes [...]

2.2 Cumprir o programa de viagem ou excursão, na forma em que foi acordado, bem como nas condições previstas em qualquer oferta ou divulgação do programa de viagem ou excursão, especialmente as referentes: a) aos serviços oferecidos;

Os contratos de turismo fazem jus a peculiar zelo, seja pelo aceção social e econômica já alcançada, seja pelas características especiais que os revestem. É inerente a tais contratos a expectativa de realização plena de lazer, cultura, diversão e prazer, além da obrigação de resultado em virtude da transferência das preocupações da responsabilidade da organização da viagem e todos os eventos que a compõem, obrigando, assim, o fornecedor ao resultado útil e o consumidor somente ao pagamento de um valor (SPODE, 2000, p. 142).

Apesar de a doutrina majoritária e a jurisprudência se posicionarem no sentido de responsabilização dos agentes e operadores de turismo,

[...] conflitos nesse campo são inúmeros, não sendo infrequente a tentativa do operador de turismo de se exonerar de qualquer responsabilidade, derivada da má prestação

ou inexecução dos serviços por ele próprio recomendados – como se o problema fosse sempre de terceiros: a empresa aérea que não embarcou o passageiro em virtude da prática de *overbook* (confirmação de reservas de assentos em número superior à lotação do avião) ou que permitiu o extravio das malas; o hotel que não honrou as reservas; os espetáculos que não puderam ser assistidos por ausência de confirmação nas reservas (TEPEDINO, 1998, p. 94).

Paulo R. Roque Khouri (2002, p. 180-181) tem uma posição diferente em relação à responsabilização das agências de turismo. Para ele, a responsabilização deve se dar somente àquele que introduziu o serviço no mercado, e não à prestadora do serviço de representação/intermediação. A agência deve responder apenas pelo fato de seu serviço e não pelo de outrem.

Tal posicionamento, a nosso sentir, não merece prosperar, pois fere os princípios basilares do Código Protetivo e dificulta o ressarcimento do consumidor lesado que se utilizou da agência de turismo a fim de garantir uma viagem tranqüila.

Por todo o exposto, deve-se concluir que tem a agência de turismo responsabilidade ante os consumidores que dela se utilizarem para contratar serviços, não tendo fundamento legal as inúmeras tentativas de exoneração de responsabilidade pelo fornecedor.

1.5.1 Tendência atual do STJ

Conforme demonstrado, a doutrina é clara com relação à responsabilização das agências de turismo, confirmando tal responsabilidade o Supremo Tribunal de Justiça assim tem decidido:

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 512.271/RJ.

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Pacote turístico. Ingressos para evento esportivo. Código de Defesa do Consumidor. Prazo decadencial. Denúnciação à lide. Precedentes da Corte.

1. O acórdão recorrido está em perfeita harmonia com o entendimento desta Corte no sentido de que “a ação de indenização pela falta de entrega dos ingressos para a final da Copa do Mundo, incluídos no pacote turístico comprado

pelos autores, está subordinada ao prazo de cinco anos previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não ao do art. 26 do mesmo Código' (REsp nº 435.830-RJ, 3ª Turma, da minha relatoria, DJ de 10-03-03)" (fl. 533).

2. Inexistindo "qualquer avença devidamente instrumentalizada entre os denunciante e denunciadas", não se admite a denúncia à lide.

3. As alegações da agravante no sentido de que a responsabilidade pela não-entrega dos ingressos seria de terceira empresa deverão ser feitas em sede própria, já que assegurado o direito de regresso. **A argumentação de que existiria prova do contrato enseja reexame de matéria probatória, inviável em sede de recurso especial.**

4. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2004d, não paginado, grifo nosso).

O recurso em questão, interposto pela agência, foi rejeitado por unanimidade. Tratava-se de ação pelo não-fornecimento de ingressos para os jogos da segunda etapa da Copa do Mundo de 1998, conforme avençado entre o consumidor e a agência de turismo. O acórdão já ementado possuía a seguinte disposição: "Havendo pluralidade de prestações de serviços, são todos eles solidariamente responsáveis pelo cumprimento da avença. Danos morais caracterizados, a exigirem a devida reparação [...]" (BRASIL, 2004d, não paginado).

Em Recurso Especial nº 435.830 – RJ, publicado no Diário Oficial da União, em 10/03/2003, não provido por unanimidade, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito salienta, em seu voto, com relação a falta de entrega de ingressos para o final da copa de 98:

Para o acórdão recorrido o contrato estabeleceu, efetivamente a entrega dos ingressos para a final, com ou sem o Brasil, não havendo falar em fato de terceiro porque a empresa assim considerada pela ré era a detentora da distribuição em nome da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, havendo, no caso, a responsabilidade solidária da ré, nos termos do art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2004e, não paginado).

A Ministra Nancy Andrighi também estava de acordo com a responsabilização das agências de Turismo e negou provimento ao Recurso Especial nº 278.893 – DF – interposto por operadora de turismo que queria ver-se livre de responsa-

bilidade perante o fornecedor.

Tratava-se de ação concernente a não-disponibilização de ingressos referentes ao jogo inaugural da Copa de 98, entre o Brasil e a Escócia. E, conforme decisão já perpetrada pelo acórdão recorrido, “Responde a operadora de turismo pelo dano moral causado ao cliente que adquiriu pacote turístico visando assistir a abertura da Copa do mundo, na França, e se viu impedido de assistir ao jogo porque a ré não disponibilizou os ingressos” (BRASIL, 2004f, não paginado).

No Recurso Especial nº 291.384 – RJ, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação.

A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada.

Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos. Recurso não conhecido (BRASIL, 2004g, não paginado).

O acórdão se referia a ação de danos morais e materiais para o ressarcimento de prejuízos ocasionados por naufrágio de embarcação, programada na viagem de turismo, em que os passageiros tiveram que se jogar ao mar sem qualquer proteção, como coletes salva-vidas, sendo resgatados por embarcação que passava pelo local. A agência tentou se esquivar da responsabilidade, alegando que a embarcação não pertencia a sua empresa, mas não obteve sucesso, já que, por unanimidade, os ministros decidiram pela responsabilidade solidária da agência de turismo.

Na decisão acima, o ministro traz como precedente o Recurso Especial nº 287.849 – SP, em que também é o relator, vejamos:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens.

- Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.

- A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC.

- A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.

Recursos conhecidos e providos em parte (BRASIL, 2004h, não paginado, grifo nosso).

Nesse caso, o consumidor ficou tetraplégico quando bateu sua cabeça no piso da piscina do hotel, contratado pela agência de viagens, que se encontrava vazia, sem nenhum aviso, cobertura ou obstáculo.

No relatório do acórdão, o ministro dispõe:

Nem se argumente, como quis a empresa de turismo (fl.170 – 1º volume) que deveria ser excluída da relação processual, ou seja, que o autor seria carecedor em relação a ela. Foi ela que, tendo como objeto social a exploração do turismo (fl. 177 – 1º volume), escolheu mal o hotel, notadamente em se considerando que se tratava de excursão de jovens.

O Ministro Aldir Passarinho Júnior votou de acordo com o relator:

Quanto a responsabilidade da agência, em função da explicitação de que se tratava de um pacote turístico, entendido que ela existe, porque há a responsabilidade pela culpa *in iligendo*. Se o pacote da agência compreende a prestação de serviços por terceiros, seja no transporte, seja no hotel, restaurantes, e outros que possam acontecer, a agência tem, efetivamente, sua co-participação nessa prestação de serviço, ainda que o defeito dessa prestação, na hipótese dos autos, advinha da rede hoteleira, em função do acidente ocorrido na piscina.

Assim, por todo o exposto doutrinaria e jurisprudencialmente, tem-se a agência de turismo como responsável pelos acidentes e vícios dos serviços que intermedeia com a venda dos chamados pacotes turísticos.

1.6 O direito de regresso

O direito de regresso está disposto no artigo 13, parágrafo único, do Cód-

go de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Art. 13. [...] Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso” (BRASIL, 2003, p. 16).

Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 494-495) demonstra ser o direito de regresso uma conseqüência natural da solidariedade existente entre os fornecedores e salienta:

O fato de ter o legislador, talvez por desatenção, inserido o dispositivo que trata do direito de regresso como parágrafo único do artigo que cuida da responsabilidade subsidiária do comerciante (art. 13) não deve levar ao entendimento de que a sua aplicação fica limitada aos casos de solidariedade entre o comerciante e o fabricante, produtor ou importador. Neste ponto há consenso entre todos os consumeristas do Código no sentido de ter sido infeliz a localização do dispositivo. Na realidade ele é aplicável a todo o caso de solidariedade, possibilitando ao devedor que satisfaz a obrigação voltar-se contra os coobrigados.

A norma do artigo 13 serve para todas as hipóteses em que um dos fornecedores co-responsáveis pagar ao consumidor a verba indenizatória, independentemente de se tratar de indenização referente a defeito ou vício (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 177).

Como nem sempre quem paga causou o dano sozinho, ou nem sequer causou o dano, o código trouxe o direito de regresso, para que o fornecedor possa receber de volta aquilo que antecipou ao consumidor. Numa apropriada sub-rogação do crédito, vindo o antigo devedor a se tornar credor (BENJAMIN *in BENJAMIN et. al*, 1991, p. 75).

Sobre o tema, Roberto Senise Lisboa (2001, p. 240) explana:

A responsabilidade perante o consumidor é [...] solidária, por expressa disposição legal (art. 7.º, par. ún., da Lei 8.078/90), viabilizando-se em prol do fornecedor que proceder ao pagamento da indenização o direito de regresso em face dos demais fornecedores que participaram para o fato. [...] Sendo pertinente a ação de regresso, receberá o demandante a indenização do outro fornecedor, de acordo com o grau de sua participação para a ocorrência do dano em desfavor do consumidor.

O fornecedor que efetuar o ressarcimento ao consumidor tem direito a requerê-lo posteriormente dos verdadeiros responsáveis, integral ou parcialmente, de acordo com sua efetiva participação no evento danoso (GOMES, 2001, p. 81).

Cláudia Lima Marques (1995, p. 445, grifos da autora), com relação à responsabilidade dos fornecedores entre si, elucida:

A natureza da responsabilidade é então novamente *subjetiva*, nos moldes tradicionais, com toda dificuldade de prova que isso significa. Parece-nos que na inclusão da possibilidade de exercer o direito de regresso contra o verdadeiro causador do dano, em norma de ordem pública do CDC, afasta as estipulações contratuais entre fornecedores de renúncia à este direito. A *ratio* da norma do CDC, em uma das poucas passagens que invade o regime das relações comerciais entre os fornecedores, é assegurar que seu ideal de socialização de custos sociais da produção funcione [...].

Ainda sobre o tema, o Código veda a denúncia à lide: “Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único, deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide” (BRASIL, 2003, p. 44).

O disposto no artigo 88 do CDC visa a economia processual, ao consentir ser a ação de regresso intentada nos mesmos autos, e ainda vedar o prolongamento do processo com ação paralela, ao proibir a denúncia da lide. Está também vedado o chamamento ao processo, mesmo sem expressa previsão, pois a norma pretende impedir a aglutinação de ações indiretas no mesmo feito (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 178).

1.7 Projeto de Lei nº 5.120-C/01 em trâmite no Congresso Nacional

O Projeto de Lei nº 5.120-C/01, de autoria do deputado Alex Canziani, em trâmite no Congresso Nacional, visa impedir a responsabilização das agências de turismo, desrespeitando o Código de Defesa do Consumidor. Vejamos alguns artigos que ferem o Código Protetivo:

Art. 11. As relações contratuais entre as Agências de Turismo e os consumidores obedecem, naquilo que não conflite com esta Lei, ao disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro

de 1990, e na legislação civil vigente e serão objeto de contratos escritos, contratos de adesão, de condições gerais ou de condições específicas para determinadas viagens.

Art. 13. A Agência de Viagens vendedora de serviços turísticos de terceiros, incluindo os comercializados pelas operadoras turísticas, é mera intermediária desses serviços e não responde pela sua prestação e execução.

Art. 14. Ressalvados os casos de comprovada força maior, razão técnica ou expressa responsabilidade legal de outras entidades, a Agência de Viagens e Turismo promotora e organizadora de serviços turísticos será a responsável pela prestação efetiva dos mencionados serviços, por sua liquidação junto aos prestadores dos serviços e pelo reembolso devido aos consumidores por serviços não prestados na forma e extensão contratadas, assegurado o correspondente direito de regresso contra seus contratados.

Art. 15. As Agências de Viagens e Turismo não respondem diretamente por atos e fatos decorrentes da participação de prestadores de serviços específicos cujas atividades estejam sujeitas a legislação especial ou tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, ou dependam de autorização, permissão ou concessão.

Tal projeto viola a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que determina que o Estado promoverá a defesa do consumidor, pois isentará de responsabilidades a agência de turismo, pelo não-cumprimento ou pela má execução dos serviços intermediados por ela.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), com apoio da Associação Férias Vivas, está fazendo campanha contra o projeto e alertar os consumidores da supressão de suas garantias (IDEC, 2004, não paginado).

Luciana Rodrigues Atheniense (2002, p. 144-145) salienta que

O turista/consumidor lesado não pode ficar à mercê dos interesses de determinados grupos poderosos que, através de projetos e regulamentações internas, buscam esquivar-se de suas responsabilidades perante produtos/serviços que oferecem e prometem aos seus clientes. É inadmissível, portanto, deparar-se com ‘normas e projetos’ que podem frustrar a expectativa do turista/consumidor em ser ressarcido pelos seus direitos legítimos, ocasionados pela má exe-

ção dos serviços/produtos oferecidos e, sobretudo, prometidos pelas Agências de Viagem.

Esse projeto é uma tentativa de subtração da responsabilidade que o poder judiciário vem reconhecendo em prol do consumidor lesado. Essas decisões são uma conquista que devem ser preservadas. No caso de aprovação do projeto, a agência vai se ver livre da preocupação de eleger um serviço de transporte, de hotel etc., que possua qualidade e excelência, e, com isso, o consumidor vai ter suas garantias suprimidas (FÉRIAS VIVAS, 2004, não paginado).

Considerações Finais

O Código de Defesa do Consumidor teve seu surgimento vinculado à massificação da sociedade e do grande poder exercido pelos fornecedores sobre os consumidores, que viam seus direitos podados pelo capitalismo exacerbado. Com isso, o sistema protetivo instaurou uma série de mecanismos com o fim de garantir o efetivo amparo ao consumidor, como a responsabilidade civil objetiva, que exige apenas prova do dano e do nexa causal, facilitando os meios de os consumidores comprovarem a violação de seus direitos em juízo.

A relação entre as agências de turismo e os turistas/consumidores dos seus serviços, chamados pacotes turísticos, é de consumo, conforme o disposto no Código Protetivo, e, como fornecedora, a agência possui o dever de ressarcir eventuais vícios ou danos ocasionados na prestação desses serviços, já que a responsabilidade imposta pelo código é objetiva, e todos os fornecedores da cadeia de consumo respondem solidariamente.

As agências de turismo são remuneradas, para prestarem ao consumidor um serviço, ofertam pacotes determinados e atraem os consumidores com a proposta de livrá-los das preocupações com a organização da viagem, ficando claro com isso tanto o interesse econômico das agências na prestação de tal serviço, quanto o do consumidor de transferir tais encargos – conseqüentemente a responsabilidade deve ser a solidária. Prova disso é a vasta doutrina e jurisprudência trazida neste trabalho.

Conforme demonstrado, a pesquisa alcançou seu objetivo de confirmar a responsabilização das agências sempre que os serviços ofertados ao consumidor se demonstrarem inadequados, em virtude da aplicação do princípio da solidariedade previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Referências

- ARRUDA ALVIM, Theresa e Eduardo; MARINS, James. *Código do consumidor Comentado*. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tiragem. São Paulo: RT, 1995.
- ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. *Responsabilidade solidária das agências de viagens e operadoras de turismo segundo o Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/90*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 37, ano 10, jan./mar., 2001.
- ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. *A responsabilidade jurídica das agências de viagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e *et. al.* *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coordenação Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do Consumidor e o Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BONATTO, Cláudio; DAL PAI MORAES, Paulo Valério. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Principiologia, Conceitos e Contratos Atuais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lex: legislação federal, Brasília: Ministério da justiça, 2003.
- _____. Deliberação Normativa nº 161/85, de 9 de agosto de 1985. Ministério da Indústria e do Comércio. Empresa Brasileira de Turismo – Embratur. Disponível em: <<http://www.turismo.gov.br>>. Acesso em 13/11/2002.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 304.738 – SP, da 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJU: 13/08/2001, p. 167. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 305.566 – DF, da 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJU: 13/08/2001, p. 167. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 328.182 – RS, da 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU: 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004c.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 512.271 – RJ, da 3ª Turma, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU: 15/12/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004d.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 435.830 – RJ, da 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJU: 04/11/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004e.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 278.893 – DF, da 3ª Turma, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU: 10/03/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004f.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 291.384 – RJ, da 4ª Turma, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU: 19/09/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004g.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 287.849 – SP, da 4ª Turma, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU: 13/08/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02/08/2004h.
- CABRAL, Érico de Pina. *O pacote turístico e a responsabilidade da agência de viagem*. Revista da AGMP Janeiro-abril 2002. Disponível em: <http://www.agmp.org.br>. Acesso em 24/09/2003.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=654>>. Acesso em 02/10/2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed., ver., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FÉRIAS VIVAS. *Projeto de lei vai na contramão da defesa do consumidor e isenta agências de turismo de responsabilidade*. 27 de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.feriasvivas.org.br/v4/imprensa/release270104.htm>>. Acesso em 05/03/2004.
- FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do Consumidor nos Contratos de Turismo: Código de defesa do consumidor aplicado ao turismo*. Bauru, SP: Edipro, 2003.
- GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- IDEC. *Agências de viagem tentam fugir do CDC: associação de consumidores apóia campanha do Idec*. Idec em Ação online, 19 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.idec.org.br/emacao_listar.asp>. Acesso em 05/03/2004.
- KHOURI, Paulo R. Roque. *Contratos e responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2001.
- MAROTTA, Wander. *Indenização por dano moral nos serviços de turismo*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 37, ano 10, jan./mar., 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. V. 1. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1995.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (art. 1ª a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SPODE, Guinther. *Turismo e o consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 35, ano 9, jul./set., 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil nos contratos de turismo*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 26, abr./jun., 1998.

A COMPETÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS DO CDC

Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça – MG

Paulo Calmon Nogueira da Gama
Promotor de Justiça – MG

Aline Bayerl Coelho
Advogada – MG

1 Introdução

A defesa dos interesses/direitos transindividuais ou metaindividuais¹, com a chegada – verdadeira necessidade – do Estado Democrático de Direito, ganhou foros de cidadania. Atualmente, portanto, é fecunda a doutrina pátria bem como a resposta firme e, na maioria das vezes, acertada da jurisprudência na defesa de interesses que, há bem pouco tempo, era impensável no Direito brasileiro.

Com a aparição de novos interesses/direitos, fez-se mister o surgimento de novas formas de proteção, sendo incumbência da Ciência Processual adequar os institutos do Direito processual clássico – inspirado ainda em princípios e institutos surgidos no século XVIII – para a defesa desses direitos coletivos.

1 Para o presente estudo, utilizar-se-ão as expressões *transindividuais* e *metaindividuais* em sentidos distintos, significando aquela a que *ultrapassa* os interesses dos indivíduos, e esta a que representa interesses fora dos individualmente considerados. Assim, seriam *transindividuais* os interesses individuais homogêneos, enquanto *metaindividuais*, os difusos e coletivos, em razão de sua indivisibilidade.

Para tanto, foram editadas algumas leis, ao longo dos anos, que previram a defesa de alguns direitos coletivos *lato sensu*. Porém, é de se colocar em evidência a aparição das Leis nºs 7.347/85 – que instituiu a Ação Civil Pública – e 8.078/90 – que instituiu o Código de Defesa do Consumidor –, que, de seu turno, além dos aspectos materiais, deu maior desenvolvimento à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo.

Não obstante a inegável importância que esses diplomas legais possuem hoje no cenário jurídico nacional – como verdadeiras concretizações do Estado Democrático de Direito no aspecto processual –, muita celeuma foi criada durante os anos das respectivas aplicações, mormente no tocante ao redimensionamento de velhos institutos processuais que tiveram que ser readaptados à nova realidade das demandas coletivas, em razão, obviamente, da natureza dos novos interesses/direitos perseguidos no bojo da relação jurídica processual.

Dentre as muitas divergências que ainda causam os textos legislativos mencionados, a *competência* para apreciação e julgamento das demandas propostas pelo rito processual instituído no Cap. II do Tít. III do CDC, entendemos, merece melhor reflexão, seja da doutrina, seja da jurisprudência.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo precípua a análise da *competência* instituída para as chamadas *ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*, que, a nosso sentir e apesar da dicção legal, possui semelhanças com aquela tratada pela Lei nº 7.347/85, mormente após o advento da Medida Provisória nº 2.180, como se tentará demonstrar na seqüência.

2 Ação Civil Pública e Ação Coletiva

Sem embargo da ocorrência de semelhança no que toca à competência, as ações sob comento – civil pública e coletiva – possuem particularidades que as distinguem, o que, por corolário, ensejará diverso tratamento interpretativo.

Consoante melhor doutrina, a denominação dada às ações é reminiscência do período *imanentista* da teoria do processo, segundo o qual para cada direito existe uma ação específica (*legis actiones*). (VIGLIAR, 2001, p. 400-16).

Não obstante o acerto da afirmação, é cediço que os procedimentos são criados ante a necessidade de concretização dos direitos materiais, daí a aparição de diversos ritos processuais especiais que instrumentalizam a efetivação dos

direitos de fundo, afinal, *processo* é meio de realização material da função jurisdicional do Estado.

É o que ocorre, a nosso aviso, com o procedimento previsto no Cap. II do Tít. III do CDC (arts. 91 *usque* 100), que prevê as *ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*.

Ao contrário do que ocorre na Lei de Ação Civil Pública (LACP) – art. 3º –, a ação coletiva prevista no CDC tem por objeto imediato do pedido tão-somente a condenação do Réu – única providência jurisdicional admitida nessa seara – ao pagamento de quantia – objeto mediato –, que deverá ser apurada em seu *quantum* no respectivo processo de liquidação (arts. 91 e 95 CDC).

Tem-se, pois, que o âmbito de abrangência da primeira (ACP) é maior que o da segunda, no momento em que aquela serve como instrumento à satisfação não só de condenação à determinada quantia, porém, e ainda, à condenação referente a obrigações de fazer ou não fazer.

Mesmo que perfunctoriamente, somente por esse ponto, vislumbram-se, cabalmente, diferenças intrínsecas entre uma e outra, que dão ensejo a tratamento diverso, no particular.

Ademais, somente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública tornou-se instrumento eficaz, também, à defesa dos interesses individuais homogêneos, o que, antes do Código consumerista, consistia clara impossibilidade jurídica da demanda (cf. art. 21 LACP, posteriormente alterado pelo art. 117 do CDC).

Por outro lado, parece ser entendimento sedimentado doutrinariamente o fato de que a Ação Coletiva somente poderá servir de instrumento à defesa de interesses consumeristas, ao passo que a ACP, à de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.²

A condenação em ação civil pública ou coletiva por lesão ao consumidor só poderá ter como objeto o dano global e diretamente considerado (p. ex., o dano decorrente da aquisição em si do produto defeituoso ou impróprio para os fins a que se destina, ou sua substituição ou a respectiva indeniza-

2 No particular, entendemos que a MP 2.180, que amputou a expressão “*a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”, do inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, é inconstitucional por malferir o art. 5º, XXXV, bem como o art. 129, III, todos da CF/88.

ção). A tutela coletiva não poderá alcançar danos individuais diferenciados e variáveis caso a caso, de indivíduo para indivíduo (p. ex., danos emergentes e lucros cessantes). (MAZZILI, 2001, p. 150).

À guisa de ilustração, as diferenças sumariamente comentadas ensejam, a nosso ver, diferenças ontológicas entre as ações em cotejo, o que, no que concerne à competência do juízo, traduzir-se-á em ponto de aproximação, desde que se dê interpretação consentânea aos seus objetivos.

3 Competência na Ação Civil Pública

Consoante dispõe o art. 2º da LACP, as Ações Cíveis Públicas serão proposta no foro onde ocorrer ou deva ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional, portanto, absoluta, para o conhecimento e julgamento da demanda.

Já em seu parágrafo único – introduzido pela MP 2.180 –, dispõe a Lei que a propositura da ação prevenirá a *jurisdição* (*rectius*: competência) do juízo para as demais demandas que sejam idênticas. (MAZZILI, 2001, p. 150).

Da assertiva pode-se inferir que se definirá o juízo competente, para o conhecimento e julgamento das Ações Cíveis Públicas, não pelos elementos subjetivos da demanda – domicílio do autor ou do réu –, todavia, por seu elemento objetivo, qual seja, o *fattispecie* que ensejou o surgimento do objeto litigioso: o dano.

Temos, assim, que os objetivos da norma jurídica, ao determinar a competência do juízo do local do dano, são claros: a *prevalência da importância da res iudicium deducta sobre as partes em lide e a facilidade na colheita de provas*.

Ocorre o primeiro em razão de se cogitar, em regra, nos processos coletivos, de interesses que não dizem respeito ao indivíduo, como ser *atomizado* (MIAILLE, 1994: *passim*), mas como membro de uma sociedade, cujos interesses – interesses sociais –, em um Estado Democrático de Direito, sobrepujam os meramente individuais.

Por outro lado, a definição do local do dano, como determinação da competência do juízo, tem por fim, sob o aspecto prático, a facilitação na colheita de provas, visto que o Juiz estará mais perto – e, por consequência, terá maior facilidade em sua captação e seu entendimento – dos indícios oriundos da probabilidade da ocorrência do dano e dos vestígios deixados pelo dano efetivamente causado, surgentes da conduta delitiva. (LEONEL, 2002, p. 220).

Daí que, com a introdução do parágrafo único ao art. 2º pela MP 2.180, se os efeitos do dano (potencial ou efetivo) transbordarem dos limites de uma comarca, ou até mesmo de um Estado-membro, competente será – nas Ações Cíveis Públicas, repise-se – aquele juízo onde ocorrer a primeira citação válida, segundo as regras insertas no Código de Processo Civil sobre prevenção (art. 219).

Entretanto, ao lançar escólios sobre a matéria, afirma **Mazzilli** (2001, p. 211) que:

Se os danos se estenderem a mais de um foro mas não chegarem a ter caráter estadual ou nacional, o inquérito civil deverá ser instaurado e a ação civil pública proposta seguindo os critérios da prevenção; se os danos se estenderem ao território estadual, ou nacional, o inquérito civil deverá ser instaurado e a **ação civil pública** proposta na respectiva Capital. (*g.n.*)

Com a vênia devida ao ilustrado Mestre, pensamos que tal raciocínio não possui supedâneo legal. De efeito, na Lei (LACP), não há norma jurídica que franqueie tal entendimento. Isso porque, mormente após a inserção do parágrafo único no art. 2º da Lei nº 7.347/85, é explícita a determinação da competência pela prevenção – que deverá subsidiar-se nas normas processuais gerais previstas no CPC sobre tal instituto – entre as comarcas envolvidas no evento danoso. Ademais, não existe texto legal expresso que determine a competência de outro juízo – que não o prevento –, em casos de dano cujo âmbito seja regional ou nacional (nem mesmo há previsão de dano de âmbito regional ou nacional), acolhendo a assertiva do jurista paulistano, ao contrário do que ocorre com o CDC, em seu art. 93, em que resta clara a determinação legal da competência do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, em casos de dano cujo âmbito seja regional ou nacional, respectivamente, o que, demonstrar-se-á, não pode ser interpretado, também, de forma estritamente literal.

Frise-se que, em se tratando de Ação Civil Pública, em hipótese alguma, não importando a dimensão que os efeitos do dano possam alcançar, será competente o foro da Capital do Estado ou o Distrito Federal, e sim, como dito, o juízo, dentre somente as comarcas envolvidas, que primeiro realizar citação válida, simplesmente por inexistir norma jurídica que de forma diversa o preveja, e, ao revés, haver comando legal que assim o determine.

Dessa forma, um dano ambiental que envolva os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro – como recentemente de fato ocorreu –, competente será o juízo

da comarca que primeiro realizou a citação válida para o conhecimento e julgamento da Ação Civil Pública eventualmente proposta, independentemente do Estado a que pertença tal comarca, não havendo que se falar em competência da Comarca da Capital de uma das entidades federadas, caso não esteja envolvida pelos efeitos do dano. E mesmo nesse caso – de ser a Comarca da Capital de um dos Estados ou de ambos atingida pelos efeitos danosos –, essa somente será sede do juízo competente se citação válida foi realizada antes de qualquer outro, o que a tornará *preventiva*.

Não calha a argumentação segundo a qual a norma aplicável à espécie seria o CDC; a uma, porquanto o disposto no art. 93 do *Codex* consumerista somente poderá ser aplicado em se tratando de relações jurídicas materiais de consumo; a duas, porque na LACP há norma, como visto, que trata expressamente da competência nessas ações, não sendo lícito argumentar, portanto, com o artigo 21 da mesma LACP, haja vista que a incidência desse somente ocorrerá *no que for cabível*.

De qualquer forma, fazendo uma pequena digressão, em se tratando de relações jurídicas de consumo, cujo objeto imediato do pedido seja a condenação ao pagamento de determinada quantia, aplicável, aí sim, o CDC, mais especificamente o seu art. 93, no que concerne à competência, em razão do princípio da especialidade, ficando afastada a incidência da Lei de Ação Civil Pública.

De efeito, sendo o Código de Defesa do Consumidor lei posterior e especial no cotejo com a norma que instituiu a Ação Civil Pública, pensamos que aquela derogou esta no que diz respeito à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nas relações jurídicas de consumo. Isso porquanto, segundo os ditames do parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), lei posterior – acrescentamos, de mesma ou superior hierarquia – derrogará anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava esta.

Insta frisar, entretanto, como dissemos, que a inaplicabilidade da LACP somente ocorrerá quando se pleitear a condenação do Réu ao pagamento de determinada quantia. *A contrario sensu*, quando o pedido imediato da demanda for a condenação em obrigação de fazer ou não fazer será perfeitamente viável a utilização da Ação Civil Pública, consoante determina o artigo 83 do CDC.

Assim, tratando-se de relação jurídica material de consumo, aplicável sempre o CDC, devidamente subsidiado pela LACP e pelo CPC – nessa ordem – naquilo em que for omissis. Dessa forma, inapropriada a utilização de Ação Civil Pública

quando se tratar de violação a direito consumerista, ressalvado o que dissemos *supra*.

Tal raciocínio ficará mais patente no que diz respeito à competência, pois, como afirmado, não há na LACP, ao contrário do que ocorre no CDC, determinação daquela em razão do âmbito alcançado pelos efeitos do dano.

Em suma, forçoso admitir que, em se tratando de Ação Civil Pública, nos casos de competência concorrente entre dois ou mais juízos, determinar-se-á aquela pela prevenção em quaisquer casos, não havendo de se cogitar da amplitude dos efeitos do dano perpetrado.

4 Competência nas Ações Coletivas

Sem embargo, nas Ações Coletivas previstas no CDC, repete o legislador ser o dano causado o critério legitimador da competência do juízo, porém com algumas nuances, *verbis*:

Art. 93 – Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Divergindo do entendimento amplamente majoritário, tanto em doutrina como em jurisprudência, algumas observações buscaremos fazer sobre o preceito legal transcrito, com vistas ao melhor tratamento hermenêutico que, a nosso sentir, o dispositivo exige.

4.1 Competência em caso de dano em âmbito local

Consoante o dispositivo transcrito, ressalvada a competência da Justiça Federal, será competente para o conhecimento e julgamento da Ação Coletiva a

Justiça local do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Tecendo comentários ao inciso I do art. 93 do CDC, assevera a Prof^ª **Grinover** (1995, p. 808):

Quando de âmbito local, a competência territorial é do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (inc. I do art. 93).

Será o caso de danos mais restritos, em razão da circulação limitada de produtos ou da prestação de serviços circunscritos, os quais atingirão pessoas residentes num determinado local.

Sem embargo, parece-nos que, mesmo nos casos de dano em âmbito local, algumas ressalvas se impõem.

De efeito, a interpretação literal do preceptivo insculpido no inciso I do art. 93 do CDC poderá levar o intérprete à conclusão de que, transbordando os efeitos do dano dos limites de determinada comarca e alcançando outra, competente será o foro da Capital do Estado.

Não obstante, tendo em vista que a eleição pela lei do local da ocorrência ou da possibilidade de ocorrência do dano tem por escopo, dentre outros, maior aproximação do Juiz aos vestígios do dano causado, bem como a facilidade na colheita de sua prova, pensamos que será aplicável, por subsidiariedade, a norma insculpida no parágrafo único do art. 2^o da LACP.

Assim, ocorrido o dano consumerista cujos efeitos ultrapassem as fronteiras de determinada comarca, alcançando outra ou outras, a determinação da competência será realizada pela prevenção, ou seja, competente será o juízo que primeiro realizar citação válida no processo (art. 219 CPC).

Urge ressaltar, entretanto, que, aqui, estamos tratando de dano de âmbito local cujos efeitos, não obstante, transbordaram dos limites de uma única comarca, alcançando outras. Em outras palavras, não estamos tratando de dano onde os respectivos efeitos ganharam foros de regionalidade ou nacionalidade, hipóteses expressamente previstas no inciso II do artigo sob comento.

Daí, com acerto no tocante à Ação Coletiva, **Mazzilli** (2001, p. 211) assevera que não será qualquer dano que ultrapasse os limites da comarca que ensejará a competência do juízo da Capital do Estado para conhecer e julgar ações coletivas.

Assim, nas ações civis públicas ou coletivas, quando o dano ou a ameaça de dano ocorra ou deva ocorrer em mais

de uma comarca, mas sem que tenha o caráter estadual ou nacional, a prevenção será o critério de determinação da competência.

Com efeito, pensamos, na linha do raciocínio acima exposto, que, para que seja determinada a competência da Capital do Estado, o dano deverá ganhar foro de regionalidade e, evidentemente, o fato de serem atingidas uma, duas ou três comarcas não caracterizará tal aspecto, resolvendo-se, nesse caso, pelas regras da Lei de Ação Civil Pública (art. 2º, parágrafo único), combinada com o Código de Processo Civil (art. 219), a competência concorrente, quais sejam, as regras que prevêm a prevenção.

Em um caso concreto, poderemos imaginar um dano consumerista cujos efeitos restrinjam-se a duas comarcas contíguas, cuja localização diste quilômetros da Capital do Estado. Conseqüentemente, seguindo o disposto no inciso I do art. 93 do CDC, com a subsidiariedade da LACP e do CPC, competente será o juízo que primeiro realizou a citação válida para o processamento e julgamento da demanda.

Assim, em compêndio, para o dano de âmbito local cujos efeitos atinjam mais de uma localidade (comarca), sem que possuam dimensão de regionalidade, a determinação da competência restará condicionada à prevenção do juízo que primeiro realizou a citação válida no processo.

4.2 Competência em caso de dano em âmbito regional ou nacional

Em verdade, a par das observações que fizemos quanto ao inciso I do art. 93 do CDC – competência em caso de dano em âmbito local –, a grande celeuma reside efetivamente no inciso II do mesmo preceptivo consumerista, daí tentarmos nos deter mais profundamente nesse particular.

Com efeito, assevera **Grinover** (1995: 551-2) sobre o inciso ora estudado:

Cabe, aqui, uma observação: o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, sendo o dano de âmbito nacional, a competência territorial será sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de

defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.

Na 7ª edição da referida obra, a ilustre Professora paulistana ratifica seu posicionamento, reconhecendo, porém, a existência de alguns arestos em divergência com suas lições doutrinárias.

De seu turno, **Mazzilli** (2001, p. 211-2) adere à posição majoritária quando ensina que:

Nos termos dessa disciplina, portanto, e ressalvada a competência da Justiça Federal, os danos de âmbito nacional ou regional em matéria de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos serão apurados perante a Justiça estadual, em ação proposta no foro do local do dano; se os danos forem regionais, no foro da Capital do Estado; se nacionais, no foro do Distrito Federal, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil nos casos de competência concorrente.

Sem embargo, primeiramente, deve ser dispensado tratamento diverso quanto ao dano de âmbito regional e o de âmbito nacional, e estamos que ousando divergir do entendimento majoritário, a despeito de sua mais alta autoridade.

4.2.1 Competência em caso de dano em âmbito regional

No particular, tratando-se de dano cujos efeitos sejam de âmbito regional, aplicável o que foi dito quanto ao dano de âmbito local.

Com efeito, somente será competente para conhecimento e julgamento da demanda coletiva a Capital do Estado, quando os efeitos produzidos pelo dano consumerista ganharem foros de regionalidade, independentemente de se a comarca da Capital do Estado sofreu ou não tais efeitos, visto que, nessa hipótese, ante o número razoável de comarcas atingidas por aqueles efeitos, traduzir-se-á em interesse da sociedade do Estado a resolução do conflito, importando em que a Capital seja sede da demanda em face da relevância configurada pelo vulto do dano.

Dessa forma, lícito afirmar que a grandeza do dano fará a distinção entre a incidência do inciso I ou do II (âmbito regional) do art. 93 do CDC, para que ocorra a primeira hipótese (dano de âmbito local), independe o número de localidades atingidas – desde que o dano não ganhe interesse estadual –, a competência será definida pela prevenção, havendo juízos concorrentes; já para que ocorra a hipótese do inciso II (dano de âmbito regional), mister se faz que o dano (*rectius*: os seus efeitos) seja de tal grandeza que interesse à maioria significativa da população do Estado-membro.³

Com esse raciocínio, cremos que resta evidente que o Juiz da Capital – em caso de interesse regional – não terá dificuldades na colheita de provas – mesmo que o Município, Capital do Estado, não tenha sido atingido pelos efeitos do dano –, com tal exegese, o escopo legal de facilitação naquela colheita não restará prejudicado.

4.2.2 Competência em caso de dano em âmbito nacional

Em se tratando de dano cujos efeitos sejam de âmbito nacional, a solução para a concorrência de competências não será a mesma das hipóteses de dano de dimensão regional, explanada no tópico anterior.

De efeito, o fato de efeitos danosos ultrapassarem os limites territoriais de um Estado-membro, alcançando outro ou outros, contíguos ou não, não dará ensejo, a nosso sentir, à competência do foro do Distrito Federal para o conhecimento e julgamento da demanda coletiva, consoante as lições doutrinárias acima transcritas.

E mais.

Nem mesmo quando os efeitos do dano tiverem amplitude tal que atinja todos ou quase todos os Estados da Federação – incluindo o Distrito Federal – a competência será deste, como Capital da República, para o conhecimento e julgamento de eventual demanda coletiva.

3 Para a definição do que seja dano cujos efeitos possuam âmbito regional, poderá ser aplicada a norma do § 1º do art. 82 do CDC: *§ 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.*

Inexiste, *in casu*, a simetria vislumbrada pela maioria dos autores.

Assim, é possível forjarmos exemplos para melhor elucidação: a) determinados produtos comercializados ou serviços prestados no chamado *eixo Rio-São Paulo* que venham a causar danos às populações desses Estados, cujos efeitos ficaram restritos aos limites dos mesmos; em um segundo exemplo: b) os mesmos produtos ou serviços foram comercializados ou prestados em todo território nacional, causando os mesmos danos antes mencionados, agora por todo país.

Em ambas as hipóteses, entendemos que, não atingindo os efeitos do dano âmbito nacional (exemplo “a”), ou, mesmo que tal amplitude seja alcançada por tais efeitos (exemplo “b”), a solução para a concorrência entre juízos competentes será a mesma: *definir-se-á o juízo competente pelo critério da prevenção, qual seja, o primeiro a realizar citação válida no processo coletivo (art. 219 CPC).*

Tal raciocínio tem por fundamento a inexistência de hierarquia entre as entidades federadas – Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º e 19, III da CF/88).

Explicamos.

A competência nas Ações Coletivas será, ressalvada a da Justiça Federal, da Justiça local.

Pois bem.

Por tal expressão, entende-se a justiça estadual comum que, por exclusão, deterá competência para as causas não previstas na Constituição Federal como de competência da Justiça federal, comum ou especializada (art. 109 CF/88).

Em consequência, havendo dano de âmbito nacional e não sendo hipótese prevista dentro na competência da Justiça federal, caberá à Justiça local do foro da Capital de cada Estado ou do Distrito Federal que tenha sido atingido pelo evento danoso o processamento e julgamento da demanda coletiva.

Ora, os critérios de determinação de competência (*ratione materiae, loci, personae* etc.) dos Juízos Estaduais são de mesma equivalência aos do Juízo Distrital, cada qual tem seu *âmbito ordinário de incidência* coincidente com os seus próprios limites territoriais. Na hipótese *extraordinária* de dano nacional, de competência da Justiça local, qualquer capital de Estado ou o Distrito Federal estará, em igualdade de condições, apta(o) a conhecer e julgar a causa.

Ou seja, para não dificultar a defesa do Réu, determina o CDC – havendo diversas demandas coletivas propostas – a concentração em um, e tão-somente um, foro, que poderá ser o da Capital estadual ou o do Distrito Federal, cuja decisão proferida terá efeitos em todo território nacional.

Para o desate da questão, a própria lei determina a utilização das *regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente*, qual seja, também nesse caso, a prevenção, haja vista não ocorrer relação hierárquica entre as Justiças locais dos Estados e a do Distrito Federal.

Daí que, existindo diversas demandas já propostas, definir-se-á a competência da Justiça local no foro da Capital do Estado – ou no do Distrito Federal, se este for atingido pelos efeitos do dano e houver demanda coletiva aí proposta – em que tenha havido a primeira citação válida (art. 219 CPC).

Raciocínio diverso – como o esposado pela doutrina majoritária – levará a uma hierarquia entre as entidades federadas inexistente (hierarquia inexistente ou entidades federadas inexistentes) no texto constitucional, malferindo-o.

Com efeito, dispõe o inciso III do art. 19 da Constituição Federal ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar preferências entre si.

Em comentário ao referido inciso, **Moraes** (2003, p. 286) assevera que:

Criar preferências entre si – como corolário desse princípio, [...], sendo a federação uma associação de Estados, que se encontram no mesmo plano, não há que se falar em relação de súdito para soberano, de poder reciprocamente.

Dessarte, pois, a Lei Federal (CDC), como produto da competência legislativa da União, não poderá criar distinções entre as entidades federadas, dando preferência, seja de que espécie for, ao Distrito Federal.

Via de conseqüência, impõe-se uma exegese da norma infraconstitucional que não implique violação do texto maior, sendo dever do exegeta optar por uma interpretação que mais aproveite o texto da lei, pois a sua concordância com as cláusulas constitucionais deve ser presumida.

Lado outro, ademais, sob o aspecto prático, não convence o argumento segundo o qual a competência será sempre do foro do Distrito Federal, em casos de dano de âmbito nacional, para facilitar a plenitude de defesa, pois que, em regra, acontece do Réu não ter representação jurídica na Capital da República,

sendo sua assessoria jurídica situada na sede da empresa.

A outro giro, sendo a concorrência de competências definida pela prevenção, ensejará maior facilidade na colheita de prova pelo Juiz, pois sua comarca – da Capital – estará sofrendo os efeitos da conduta danosa, concretizando, assim, o objetivo precípua da Lei quando determina ser competente para a demanda o foro do local do dano.

Como seria possível facilitar a colheita de prova pelo Magistrado se, *v. g.*, fosse definida a competência do Distrito Federal em quaisquer casos, mesmos naqueles em que a Capital da República não tenha sofrido os efeitos da conduta danosa?

Em últimas conseqüências, a tese majoritária pode nos levar a determinados absurdos como aquele em que haja demandas propostas em todos ou quase todos Estados, à exceção do Distrito Federal, porém, a se seguir o raciocínio da maioria, este – o foro do Distrito Federal – seria o competente para a apreciação e julgamento da demanda.

A nosso aviso, portanto, a interpretação mais viável – seja sob o aspecto teórico da inconstitucionalidade, seja sob o prático da facilitação na colheita de prova – seria aquela segundo a qual, ao se referir aos Estados e ao Distrito Federal, a norma legal quis tão-somente discriminar, e não hierarquizar, as entidades federadas que possuem Justiça local – o que não ocorre com os Municípios que, não obstante entidades federadas (art. 18 CF/88), não possuem Poder Judiciário –, como, amiúde, ocorre no texto constitucional e em leis infraconstitucionais.

Dessarte, para uma interpretação consentânea com os princípios da *Nova Hermenêutica* bem como pela necessidade de se adequarem os princípios e normas do processo civil liberal-burguês às demandas coletivas *lato sensu* – verdadeiras ações sociais dirimentes de desigualdades –, devemos, ademais, sobrepor o *interesse social* como primeiro critério definidor da competência em litígios desse jaez.⁴

Somente assim, entendemos, poder-se-á chegar ao equilíbrio exigido pelo texto legal, em que a determinação da competência do foro da Capital do Estado

4 Entretanto, não podemos esquecer o efeito contrário. Cf.: Norberto BOBBIO, *As Ideologias e o Poder em Crise*, p. 33: “Constato, entretanto, que não foi retomada a referência que fiz à sociedade policrática, ou seja, ao aspecto negativo do pluralismo que consiste não na impotência do Estado, mas na prepotência do grupo sobre o indivíduo.”

e do Distrito Federal não ficará em divergência com a aplicabilidade de dispositivo constitucional (art. 19, III CF/88), bem como da parte final do inciso II do artigo 93 do CDC, posto concorrerem, em tom de igualdade, aquelas entidades federadas pela competência para conhecimento e julgamento das demandas coletivas, exsurgindo como critério técnico definidor a prevenção, pela primeira citação válida realizada.

5 Conclusão

À guisa de conclusão, ousamos asseverar que, muito mais que uma defesa plena – que na realidade em nada será prejudicada –, traduzir-se-á em concretização do Estado Democrático de Direito, sob o aspecto processual, a preocupação, que necessita ser constante, na satisfação dos interesses sociais postos em litígios nas demandas coletivas, pois que somente assim poderemos almejar a realização efetiva de uma democracia material com o preenchimento, em todas as suas dimensões, do princípio do acesso à Justiça.

Ademais, viceja a necessidade de preenchimento axiológico da expressão *Estado Democrático de Direito*, no sentido de que as normas legais produzidas deverão ter como limite os fatos que lhes ensejam a existência, direcionadas pelos valores predominantes à época de sua produção, assim como de sua interpretação, o que lhes poderá cambiar o comando.

Com efeito, sobrepuja a importância dos interesses sociais em detrimento daqueles individuais ou públicos hodiernamente, e assim entendemos que as normas jurídicas devem ser interpretadas.

6 Referências

- BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 240 p.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. 1 v.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária,

1995. 730 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 462 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1109 p.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 576 p.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330 p.

MILARÉ, Edis (Org.) *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 846 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1^o a 54)*. São Paulo: Saraiva, 20 p.

ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/90

João José Leal

*Promotor de Justiça aposentado
e Professor da Univali – SC*

1 Introdução

Dos crimes contra os costumes, definidos no Título VI do CP, os autores da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos, que aqui será referida pela sigla LCH) selecionaram os dois mais graves para atribuir-lhes o rótulo legal da hediondez. Em consequência, o estupro (art. 213) e o atentado violento ao pudor (art. 214), tentados ou consumados, são as duas únicas infrações contra os costumes que integram o rol sinistros dos crimes hediondos (art. 1º, incisos V e VI, da LCH).

São crimes indiscutivelmente graves, cujo cometimento, em regra, suscita um forte sentimento de repulsa e, por isso, o juízo de censura será quase sempre acentuado em relação ao autor de tais condutas contra a liberdade sexual. No entanto, há casos de crime de estupro e, principalmente, de atentado violento ao pudor em que a gravidade da conduta não se apresentará de forma tão acentuada e o rótulo da hediondez poderá se revelar indevido e demasiadamente rigoroso.

Aliás, já escrevemos anteriormente que o legislador de 1990, cometeu sério equívoco ao destacar alguns tipos penais mais graves, para classificá-los como infrações obrigatória e necessariamente hediondas. É que o caráter de

hediondez desses delitos decorre principalmente de certas circunstâncias ou conseqüências do crime em concreto. Trata-se, portanto, de critério puramente formal, que utilizou um procedimento de mera colagem e que criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado: *de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas com o rótulo da hediondez absolutamente obrigatória*. Conforme já escrevemos em trabalho anterior, entendemos que esse conceito meramente formal de crime hediondo contraria, não somente a lógica jurídica mas também a própria natureza das coisas.¹

Neste trabalho, pretendemos analisar uma das muitas questões polêmicas criadas pela LCH: *a incidência da causa de aumento, prevista em seu art. 9º, nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor*.

2 Aumento e equiparação das penas mínimas e máximas para os tipos básicos

Esses dois crimes tiveram suas penas mínimas aumentadas, respectivamente, *de três e dois para seis anos e as máximas de oito e sete para dez anos de reclusão* (art. 6º da LCH). Com a nova lei, igualou-se a reprimenda cominada ao estupro e ao atentado violento ao pudor, o que não seria tão grave, pois são crimes da mesma espécie e, principalmente, porque não se pode afirmar que o estupro seja necessariamente mais grave que o atentado violento ao pudor e vice-versa. A experiência mostra que as circunstâncias presentes em cada um desses crimes é que darão a medida certa para se aferir, de forma casuística, qual deles é o mais grave. Por isso, a igualdade de reprimenda teria sido uma medida razoável e compreensível se a pena mínima do crime de estupro tivesse sido aumentada, de forma razoável, em mais um ano ou permanecido no mesmo patamar de três anos de reclusão estabelecido pelo legislador de 40.

Não se pode concordar é com a solução adotada pela LCH, que exagerou na exasperação da pena. É preciso reconhecer que, no tocante ao atentado violento ao pudor, a elevação da reprimenda mínima de dois para seis anos representou um despropositado salto em direção ao direito penal da severidade. Isto é

1 LEAL, João José. *Crimes Hediondos. A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 37 e segs.

profundamente lamentável.

Na verdade, nem sempre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor serão substancialmente hediondos. Ao dar-lhes o rótulo compulsório da hediondez e aumentar-lhes, de forma desmedida, as quantidades mínima e máxima de pena cominada para cada uma dessas infrações contra a liberdade sexual em suas formas básicas ou qualificadas, a LCH trouxe consigo uma pauta sancionadora que se torna contraditoriamente mais severa e grave se comparada àquela adotada pelo CP de 1940.

À luz da concepção punitiva contemporânea, seria um absurdo admitir que a conduta de apalpar ou beijar alguém à força,² ou a mera contemplação lasciva, após o agente ter cortado o vestido da vítima que dormia,³ entendidas pela jurisprudência como caracterizadoras do tipo penal descrito no art. 214 do CP, merecem a pena mínima de seis anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado. Mantido este entendimento jurisprudencial para as hipóteses em análise, a reprimenda mínima a ser obrigatoriamente aplicada revela-se demasiadamente severa, se comparada com a punição prevista para outros crimes tão ou mais graves, definidos no CP ou em leis especiais. Compare-se, por exemplo, com a pena mínima de um ano de detenção cominada para o homicídio culposo, mesmo quando praticado mediante gravíssima imprudência e geradora de graves consequências sociais; ou com a pena mínima de seis anos de reclusão, prevista para o homicídio doloso simples.

3 Aumento das penas cominadas para as formas qualificadas e severidade punitiva

Com a nova lei, as formas qualificadas pelo resultado também tiveram suas penas aumentadas: no caso de resultar lesão corporal grave, a pena passou a ser de oito a doze anos e, no caso de morte da vítima, de 12 a 25 anos de reclusão (art. 223 e seu parágrafo único do CP, com a nova redação dada pelo art. 60 da Lei Anti-Seqüestro). De modo geral, a preocupação básica foi a de elevar os limites mínimos. Tratando-se de formas qualificadas, nas quais sempre estará presente um resultado material grave, compreende-se que o legislador de

2 TJRS, ACr 25.661, RT 533/400.

3 TACrSP, Emb. Infr., JTACrSP, 66/58.

90 tenha considerado necessária a majoração da carga punitiva, medida que se insere no contexto global da proposta legislativa de endurecer o nosso sistema punitivo.

Num exame comparativo, ainda uma vez mais, verifica-se que o remendo legislativo foi impertinente. É que as sanções cominadas para as formas simples do estupro e do atentado violento ao pudor (seis anos no mínimo) aparecem proporcionalmente muito mais rigorosas do que as previstas para as formas qualificadas pelo resultado lesão grave (oito anos) ou morte da vítima (12 anos).

4 Forma simples, qualificada ou com violência ficta é crime hediondo

A hermenêutica dos tribunais caminhou por trilhas sinuosas e de incerteza jurídica. Após rejeitar o caráter de hediondez para as formas básicas desses dois tipos penais contra os costumes, encontra-se pacificado o entendimento de que tanto as formas simples quanto as qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor são efetivamente crimes hediondos de conformidade com a LCH.

No STJ, reiteradas decisões perfilham esse entendimento jurisprudencial, cuja síntese pode ser assim formulada: *o art. 1º, incisos V e VI, da Lei 8.072/90, considera crime hediondo os tipos penais estabelecidos nos arts. 213 e 214 e em suas combinações com as hipóteses previstas no art. 223 e seu parágrafo único.*⁴

Com as decisões mais recentes, eventuais divergências naquela Corte foram superadas e consolidada está a posição de que as formas simples e as qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor, com violência real, são crimes hediondos.⁵

O STF também já decidiu que “o crime de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Cod. Penal, art. 214, quanto na qualificada, Código Penal, art. 223, caput e par. Único, é hediondo, ex-vi do disposto na Lei 8.072/90” (HC 81.411-SC, 2ª Turma, rel. min. Carlos Velloso). Em outra decisão da mesma

4 RT 745/527 e 746/553.

5 REsp 556.318-MG, rel. min. José Arnaldo Fonseca, DJU 09.12.03, p. 338; REsp 521700-RS, rel. min. Félix Fischer, DJU 01.12.03, p. 396; HC 29.083-CE, rel. min. José Arnaldo Fonseca, DJU 28.10.03, p. 323; REsp 515.004-PR, rel. min. Laurita Vaz, DJU 13.10.03, p. 432 e REsp 311.317-SP, rel. min. Jorge Scartezini, DJU 29.09.03, p. 306.

turma da Suprema Corte, ficou decidido que “crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidade de crime hediondo”.⁶

Essa posição jurisprudencial encontra-se consolidada no STF, após decisão do Pleno, de 18.12.01, ao julgar o HC 81.288-SC e firmar o entendimento de que *o estupro e o atentado violento ao pudor, seja na forma simples ou básica, quanto na forma qualificada, são crimes hediondos*.

No tocante aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, *praticados com violência ficta*, a orientação inicial do STJ foi de considerar que essas modalidades *não se encontravam arroladas como crimes hediondos*, nos termos descritos nos incisos V e VI do art. 1º da LCH e, em consequência, concluir que “a eles não se aplica à restrição do art. 2º, § 1º (proibição de progressão de regime prisional), da mesma lei”.⁷ O mesmo tribunal superior reiterou esse entendimento em outras decisões, proclamando que *o atentado violento ao pudor e o estupro cometidos com presunção de violência não estavam enquadrados no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos*.⁸

Posteriormente, no entanto, o STJ mudou a orientação, que prevalece sem maior dissenso, para admitir que esses dois crimes contra a liberdade sexual, mesmo quando cometidos com violência presumida, constituem crimes hediondos.⁹

Essa posição é respaldada pelo STF. Além da decisão do Pleno acima mencionada (HC 81.288-SC), há decisões das turmas seguindo essa orientação para afirmar que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor cometidos com violência presumida são hediondos.¹⁰

O TJSC, desde os primeiros julgamentos sobre a matéria, adotou esse mesmo entendimento. As decisões em contrário, no sentido de que somente as

6 HC 81.317-SC, 2ª T., rel. min. Celso Mello. Ver, ainda: HC 82.235-5-SP, rel. min. Celso Mello, DJU 28.02.2003; HC 81.894-SP, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJU 20.09.2002; HC 82.098-PR, rel. min. Ellen Gracie, DJU 22.11.2002. p. 3).

7 HC 10.693-SP, DJU 13.02.2000, p. 53.

8 HC 12.694-SP, 5ª T., DJU 20.05.2001, p. 165; HC 14.773-SP, 5ª T., DJU 29.04.2001, p. 173; HC 18.323-SP, 5ª T., DJU 11.03.2002, p. 267; Resp 271.117-SC, 5ª T., DJU 08.11.2001, p. 245 Resp 295.648-RJ, 5ª T., DJU 08.10.2001, p. 241.

9 REsp 556.318-MG, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 09.12.2003, p. 333; REsp 515.004, rel. min. Laurita Vaz, DJU 13.10.2003, p. 432; REsp 505.575-RS, rel. min. Laurita Vaz, DJU 15.09.2003, p. 370.

10 HC 82.098-PR, rel. min. Ellen Gracie, j. 29.11.2002; HC 82.597, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 06.06.2003, p. 42 e HC 82.712-RJ, rel. min. Gilmar Mendes, DJU 27.06.03, p. 54.

formas qualificadas poderiam ser consideradas como infrações hediondas, ocorreram isoladamente. Durante os anos de 2002 e 2003, já fundamentadas na posição firmada pelo STF e STJ, inúmeras foram as decisões das duas Câmaras Criminais do Tribunal catarinense reiterando a disposição de que, no caso de estupro e de atentado violento ao pudor, *tanto a forma básica quanto a qualificada, com violência real ou presumida, constituem crimes hediondos*, nos termos da definição contida nos incisos V e VI do art. 1º da LCH.¹¹

Hoje, portanto, essa questão está consolidada e não comporta mais discussão, tanto nos Tribunais Superiores quanto no Tribunal de nosso Estado, e pode-se avançar nas demais Cortes estaduais.

5 Causa especial de aumento de pena para os crimes hediondos contra o patrimônio e a liberdade sexual

A proposta de positivar um *subsistema punitivo de maior* severidade, entretanto, não se restringiu apenas ao aumento dos marcos punitivos mínimo e máximo e de suas formas qualificadas pelo resultado. Por meio de seu art. 9º, a LCH instituiu uma nova causa de aumento: aumentou de metade o *quantum* das penas previstas para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (em suas formas qualificadas), de latrocínio, de extorsão com resultado morte e de extorsão mediante seqüestro (este na forma simples e em quaisquer das formas qualificadas), desde que, na prática de um desses crimes hediondos, esteja presente quaisquer das hipóteses descritas no art. 224 do CP. A majorante, acoimada de inconstitucional por Alberto Silva Franco, em sua monografia sobre a matéria¹², tem gerado seríssima controvérsia na jurisprudência e na doutrina.

Dispõe o art. 9º da LCH:

11 ACr 2003.000960-4, rel. Jorge Mussi, j. 23.09.2003; ACr 2003.016709-9, rel. Irineu João da Silva, j. 23.09.03; ACr 2003.009142-4, rel. Marques Torres, j. 16.09.2003; ACr 2003.010993-3, rel. Sérgio Paladino; ACr 2003.007635-2, rel. Torres Marques, j. 27.05.2003; ACr 2003.000154-9, rel. Sérgio Paladino; ACr 2003.004357-8, rel. Irineu João da Silva, j. 15.04.2003; ACr 2002. 022172-0, rel. Maurílio M. Leite, j. 11.003.2003; ACr 2002.020837-5, rel. Irineu João da Silva, j. 11.12.2002. Do Des. Jorge Mussi: ACr 2003.001122-6, j. 10.06.03. (www.tj.sc.gov.br Acesso: 29.02.2004).

12 Crimes Hediondos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 242.

As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º; 158, § 2º; 159 caput e seus § 1º, 2º e 3º; 213, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único; 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Com a nova disposição legal, praticado um desses cinco crimes hediondos contra vítima com idade de até 14 anos, alienada mental ou que não tenha qualquer condição de apresentar resistência, a pena será obrigatoriamente aumentada de metade. A nosso ver, a nova circunstância majorante, pelo destempero de seu rigor, contraria os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do *non bis in idem*. Contraria, também, princípios gerais que se encontram na base do sistema penal contemporâneo.

Além do rigor excessivo e inútil dessa majorante, o dispositivo em exame criou sérios problemas de conflito de normas penais e subverteu de forma grave o sistema legal punitivo. É que as circunstâncias geradoras da presunção de violência, previstas no referido art. 224 do CP, são situações fáticas específicas aos crimes contra os costumes. Assim, a simples conjunção carnal contra a ofendida não maior de 14 anos ou alienada mental caracteriza o crime de estupro e dispensa (porque presumida por lei) a prova efetiva da violência real ou de grave ameaça, circunstância esta elementar do tipo penal em referência. O mesmo vale para o crime de atentado violento ao pudor e, de modo geral, para os demais crimes sexuais tipificados no CP.

A doutrina e a jurisprudência entendem que o fato de não ser a ofendida maior de 14 anos ou alienada mental não conduz, de forma absolutamente necessária, à aceitação da violência presumida. A presunção legal, portanto, tem valor relativo, não prevalecendo nos casos de erro escusável. Assim, por exemplo, não haverá violência ficta se a complexão psicofísica excepcionalmente desenvolvida, ou sua evidente conduta lasciva, ou sexualmente liberada, justificar um eventual erro por parte do agente, quanto à efetiva idade da vítima. Isso tem evitado, na prática, condenações absurdas por estupro ou atentado violento ao pudor com base na regra da absoluta presunção legal de violência. Dessa forma, o fato de ter a ofendida 13 anos e dez meses ou menos de idade, ou ser portadora de determinado tipo de doença mental, por exemplo, não significa que a presunção de violência não possa ser afastada, em casos excepcionais e devidamente justificados.

Frise-se, no entanto, que os tribunais superiores da União e os tribunais estaduais de justiça, em regra e de forma razoável, têm respaldado a validade da norma que estabelece a presunção de violência. Esta somente tem sido afastada pela jurisprudência em casos realmente excepcionais, nos quais a condenação do acusado de um desses crimes contra a liberdade sexual represente a aceitação da regra há muito abolida da culpa objetiva.

Para dizer o mínimo, cremos que há uma indiscutível falta de lógica jurídica no mandamento contido no art. 9º da LCH, que transforma situações legais de presunção de violência, próprias dos crimes contra a liberdade sexual, em causa de aumento da pena aplicável a esses crimes e aos crimes de roubo, de extorsão e de extorsão mediante seqüestro. Em relação aos primeiros, o comando ali positivado infringe o princípio do *non bis in idem*; em relação aos crimes contra o patrimônio, o equívoco está no fato de que são infrações penais para as quais as referidas circunstâncias deixam de ter qualquer sentido.¹³ Na jurisprudência, desconhecemos não haver um caso sequer de crime contra o patrimônio rotulado de hediondo em que essa causa de aumento tenha sido admitida, o que demonstra a inutilidade do dispositivo.

6 Crimes de estupro e de atentado violento ao pudor: causa de aumento de dupla incidência e violação do princípio do *non bis in idem*

No tocante aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a análise, a interpretação e a aplicação do art. 9º tem gerado sérias dificuldades, divergências e desencontros. Uma questão parece pacificada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, após mais de dez anos de divergências: a majorante não incide nos casos de estupro e atentado cometidos mediante violência presumida, mas sem lesão corporal grave ou morte da vítima. Nessas hipóteses específicas, há consenso para se afirmar que o art. 9º em exame refere-se tão somente aos crimes de estupro e de atentado em suas combinações com o art. 223, *caput*, e parágrafo único do Código Penal. Em consequência, não poderá incidir o referido aumento de pena em relação ao estupro ou atentado praticado contra menor de 14 anos que não tenha sofrido lesão corporal grave ou morte. Trata-se de interpretação de pura lógica jurídica e que, por isso, não gera mais dúvida.

13 Ver a esse respeito, nossa obra *Crimes Hediondos*, acima citada, especialmente, p. 247-254.

Além disso, comprometido estaria o princípio do *non bis in idem* se a incidência dessa causa de aumento de pena foi admitida para os casos de estupro ou atentado com violência presumida, mas sem lesão grave ou morte. É que, se as circunstâncias fáticas previstas no art. 224 do CP, já constituem causas legais de presunção de violência desses dois crimes contra a liberdade sexual, como poderão ser também consideradas, ao mesmo tempo e para o mesmo caso concreto, como causa de aumento de pena?

Vejamos a hipótese de conjunção carnal mantida *sem violência grave*, contra uma menor de 12 anos de idade, ou contra uma mulher doente mental evidente, ou contra mulher que não teve a mínima condição de oferecer resistência. Essas três circunstâncias relacionadas com a vítima dos crimes de estupro ou de atentado ao pudor dispensam, por força da lei, a indagação da circunstância elementar desses dois tipos penais que é a violência real ou grave ameaça. Em face de uma dessas circunstâncias, a lei cria uma presunção de violência (alienação mental da ofendida, por exemplo), fazendo com que uma conduta normalmente atípica (manter, livremente e de comum acordo, relação sexual com mulher maior de 14 anos) se transforme num tipo penal grave, como é o caso do estupro e que exige, para sua configuração, o elemento da violência ou da grave ameaça real. Se essas três circunstâncias acima referidas, numa criação meramente jurídica, são consideradas pela lei positiva como elemento presumido (violência ou grave ameaça no ato sexual) do tipo penal, como podem funcionar também como causa de aumento de pena, para o mesmo caso concreto? Há aí um flagrante desrespeito à regra que proíbe a dupla incriminação pela mesma situação fática.¹⁴

7 Análise da jurisprudência sobre a aplicação do art. 9º da LCH

7.1 Introdução: orientação predominante

Com relação à causa de aumento em exame prevista no art. 9º da LCH, predomina o entendimento jurisprudencial de que sua incidência somente ocorre quando, do estupro ou atentado violento ao pudor, cometido contra vítima não maior de 14 anos, alienada mental ou impossibilitada de oferecer resistência,

14 Sobre a questão, ver: FRANCO, Alberto Silva, ob. cit., p. 242.

resultar lesão corporal grave ou a morte da vítima. Aí, então, segundo a leitura interpretativa das cortes estaduais e superiores de justiça, será admissível a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da LCH, que se refere expressamente às hipóteses do art. 224 e sua combinação com o art. 223 do CP. Isso, no entanto, eleva a pena a patamares muito severos e desaconselháveis do ponto de vista de uma Política Criminal verdadeiramente humanística.

7.2 Posição do TJSC sobre a matéria

Examinaremos a seguir a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa questão tão grave quanto polêmica.

O TJSC, desde o primeiro momento, admitiu que o estupro e o atentado violento ao pudor, em suas formas básicas ou qualificadas, com violência ou grave ameaça real ou presumida enquadravam-se na moldura do art. 1º, inciso VI, da LCH. Constituem, portanto, hipóteses indiscutíveis de tipos penais hediondos.

A partir desse entendimento mais rigoroso e no tocante à causa de aumento prevista no art. 9º da LCH, o caminho ficou aplainado para decidir que, em crime de atentado violento ao pudor, com vítima menor de 14 anos, incide a referida majorante, seja na forma do tipo simples, seja na forma do tipo qualificado.¹⁵

Entretanto, em decisão posterior, com acórdão da lavra do Des. Nilton Macedo Machado, ficou assentado que “o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/72, somente se aplicará em havendo lesão corporal grave ou morte, ante a expressa remissão ao art. 223, *caput*, e parágrafo único do Código Penal”.¹⁶

Decisões mais recentes seguiram esta orientação hermenêutica, ao reiterar que: “Segundo entendimento esposado por esta Corte, o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90, tem aplicação unicamente se do crime resulta lesão grave ou morte”.¹⁷

15 ACr nº 28.757, DJSC 29.09.1992. p. 13.

16 ACr 29.271, j. 17.05.1993.

17 ACr 2003.016071-0, rel. Sérgio Paladino, j. 02.09.03. Do mesmo relator, ver: ACr 2003.011416-5, j. 26.08.03; ACr 2003.003198-7, j. 22.04.03; ACr 2003.000411-4, j. 25.03.03. Da lavra do Des. Irineu João da Silva: ACr 2003.008708-7, j. 17.06.2003; ACr 2003.003901-5, j. 22.04.03 (www.tj.sc.gov.br . Acesso: 12.03.2004).

Por outro lado, em acórdão da lavra do Des. Maurílio Moreira Leite, ficou decidido que “nos crimes de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos, em que há violência presumida em razão do disposto no art. 224, ‘a’ do Código Penal, e esta integra o tipo penal, impossibilita a aplicação do aumento do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos pois constituiria *bis in idem*”.¹⁸ Embora não tenha sido exposto, o teor do acórdão parece indicar que a impossibilidade de aplicação da causa de aumento só ocorre no caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticado com violência ficta e desde que não resulte lesão corporal grave ou morte da vítima. Essa dedução decorre do teor das decisões do STJ trazidas pelo relator para o corpo do acórdão, com o fim de lastrear o julgamento proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal Catarinense.

Diante disso, podemos afirmar que o TJSC, atualmente, tem orientação jurisprudencial consolidada nos seguintes termos: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, nas formas básicas ou qualificada, com violência presumida ou real, são consideradas infrações hediondas; e, no caso de violência ficta (art. 224 e seus incisos, do CP), a causa de aumento prevista no art. 9º da LCH somente terá incidência se a infração for praticada mediante lesão corporal grave ou a morte da vítima.

7.3 Posição do STJ e do STF

Por sua vez, após divergências sobre a matéria, a jurisprudência do STJ reconheceu que a majorante em exame não afronta o princípio do *bis in idem*, mas somente é aplicável aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor com violência ficta (art. 224, incisos I a III, do CP), quando praticados na forma qualificada pelo resultado, “ante à expressa remissão da lei ao art. 223, caput, e parágrafo único do Código Penal, expressos quanto à exigência de lesão corporal grave ou morte”.¹⁹

Em decisões posteriores, o STJ reiterou essa posição hermenêutica, estabelecendo o seguinte sobre a matéria: o “acréscimo previsto no art. 9º, da LCH, em se tratando de estupro, só se aplica se houver lesão grave ou morte”,²⁰

18 ACr 2003.016712-9, j. 26.08.2003. Do mesmo relator e, no mesmo sentido, ver: ACr 02.012555-0 (www.tj.sc.gov.br. Acesso: 26.02.2003).

19 Resp 21.258-7-PR, Lex-JSTJ 41/947.

20 Resp 285.797-SP, 5ª T., DJU 28.05.01, p. 207; HC 14.945-SE, 6ª T., DJU 07.05.01, p. 161.

“incabível o aumento de pena previsto pelo artigo 9º da Lei nº 8072/90, nos crimes de estupro ou atentado sem lesão corporal grave ou morte, pois sua ocorrência implicaria em violação do princípio do *non bis idem*”²¹

8 Considerações finais

Com base no que ficou acima consignado, pode-se dizer que algumas conseqüências sérias e graves decorrem do etiquetamento dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor como infrações hediondas. A primeira delas diz respeito ao aumento das penas mínimas e máxima, seja para as formas simples, seja para as formas qualificadas. Resulta daí, em conseqüência, uma elevação, também, das penas aplicadas com base nas causas de aumento previstas no art. 226 e seus incisos do CP.

Nesse ponto, o endurecimento da resposta penal para os autores dessas duas infrações contra a liberdade sexual não constituiu exceção à filosofia penal que motivou o legislador de 90. Conforme já ressaltamos em trabalho anterior, os autores da LCH, inspirados nas idéias do Movimento da Lei e da Ordem, trabalharam com uma escala punitiva de maior severidade, comparativamente àquela adotada pelos autores do CP, e o resultado foi o aumento das penas mínimas da maioria das infrações penais que receberam o rótulo de crime hediondo.²²

Pode-se dizer que o art. 9º da LCH tem acarretado sério problema de interpretação e conseqüente aplicação aos casos concretos. No plano ôntico ou político-jurídico, deve-se indagar se era razoável, justo e, mesmo, necessário aumentar, de forma tão drástica, a pena prevista para esses crimes hediondos. No plano sistêmico, constata-se que o dispositivo legal agravador causou verdadeira confusão normativa, ao criar uma causa especial de aumento de pena por meio de norma penal extravagante, mas remetendo o intérprete a diversos dispositivos do CP.

Finalmente, no plano técnico-jurídico, foram criadas situações em que a pena mínima se iguala ou até ultrapassa o limite máximo de 30 anos previsto no

21 HC 31.356-RJ, 5ª T., DJU 16.02.2004, p. 283. Da mesma relatora, ver também: Resp 332.774-PR, DJU 15.12.03, p. 545.

22 *Crimes Hediondos*. p. 144.

CP e impede o juiz de exercer seu poder discricionário de aplicar e individualizar a pena (isso nos casos dos crimes de roubo, extorsão e de extorsão mediante seqüestro qualificados pelo resultado morte).

Na verdade, uma única circunstância fática (ser a vítima não maior de 14 anos, alienada mental ou estar impossibilitada de oferecer resistência), considerada como circunstância elementar de presunção de violência desses dois tipos criminais, passou a ser considerada também como circunstância legal de aumento de pena. Esse repique repressivo, a nosso ver, não é condenável apenas do ponto de vista da técnica legislativa, mas também de uma perspectiva constitucional-penal, quando se evidencia aí clara violação dos princípios da individualização da pena, da igualdade, da proporcionalidade e do *non bis in idem*.

E nunca seria demasiado lembrar a todos aqueles que trabalham com a hermenêutica e aplicação das normas do Direito Penal do Estado Democrático, o compromisso inafastável com os seus princípios fundamentais, agora insculpidos na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana dos Direitos Humanos.

TIPICIDADE MATERIAL, ABORTO E ANENCEFALIA

Paulo César Busato

Promotor de Justiça – PR

SUMÁRIO: Introdução – 1 O problema – 2 A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social – 3 O aborto e as hipóteses de justificacão – 4 A questão médica – 5 O conceito jurídico de morte e por exclusão, de vida – 6 A vida como bem jurídico-penalmente relevante – 7 A dimensão material da tipicidade – 8 A ausência do bem jurídico protegido, e logo, da tipicidade material, na interrupção da gestação do anencéfalo – Conclusões – Referências.

Introdução

Em recente decisão sob forma cautelar, o Ministro Marco Aurélio de Melo admitiu a realização de interrupção de gestação de anencéfalo¹, o que gerou intensa polêmica em todo o país, movimentando distintos setores da sociedade, trazendo à baila, muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas e de diversas outras ordens.

O panorama de intenso debate e os pontos de vista conflitivos, amplamente cobertos pela mídia, tornaram a questão penal apenas um detalhe, submersa

1 “O ministro **Marco Aurélio**, do Supremo Tribunal Federal, na arguição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde – consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, para sobrestar os processos e decisões

em meio a um emaranhado de argumentos de outras ordens, perturbando uma apreciação técnica e adequada da matéria.

É claro que o nível de comoção que provoca a realidade da interrupção de uma gestação põe em cheque a capacidade de ordenarmos o raciocínio. É nesse sentido, de ordem de pensamento, que se pensa contribuir com estas linhas. A pretensão é de fazer um recorte do tema e situar adequadamente a matéria penal dentro do âmbito que lhe compete, que não é mais do que a representação da *ultima ratio* de controle social. Quer dizer, é necessário ressaltar, antes de tudo, que o Direito penal só se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo (princípio de intervenção mínima). É partindo dessa premissa que pretendemos analisar a situação posta. Convém notar, pois, que não se propõe o abandono completo da intervenção jurídica, muito menos da intervenção do Estado por meios extrajurídicos na questão do aborto. O que se quer aqui é, simplesmente, interromper esses caminhos de discussão e seguir apenas a vertente penal, de modo a vislumbrar até que ponto ela ocupa, ou deve ocupar, algum lugar nessa discussão.

Assim, no âmbito penal, convém demarcar duas premissas básicas que *a priori* parecem estar orientadas para o problema. A primeira refere-se à aflição psicológica a que a gestante que constata que gera um anencéfalo é acometida, a qual parece ser permanente e crescente à medida que se aproxima o traumático final da gestação. Isso implica uma aflição de ordem moral comparável ou até superior a outras causas de justificação albergadas pela legislação brasileira. Instata que se trate, então, da possibilidade de reconhecimento de uma causa de justificação, ainda que supralegal. A segunda refere-se à adoção, própria de um regi-

não transitadas em julgado e para reconhecer “o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” e o “risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados” (Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – 8, *Diário da Justiça*, Seção 1, nº 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65)”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2. Na ação “a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, invocando o art. 1º da Lei 9.882 de 1999, propôs a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 54-DF), indicando como preceitos fundamentais descumpridos o artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), e os artigos 6º e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do poder público causador da lesão, os arts. 124, 126, *caput*, e 128 I e II, do Código Penal”. In VELLOSO, Carlos. “O aborto do feto anencefalo”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 4 de novembro de 2004. p. A3.

me democrático, de um Direito Penal mínimo, que obriga a pensar na proteção seletiva de bens jurídicos. É necessário cogitar se a vedação da interrupção da gestação de um anencéfalo efetivamente constitui uma ofensa grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento de um indivíduo na sociedade e, por via de consequência, se existe, nesse caso, tipicidade material.

1 O problema

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde protocolou no Supremo Tribunal Federal a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, pondo em tela de juízo a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Pretendia a referida ação que o Tribunal Constitucional do país reconhecesse expressamente o direito da mulher de interromper a gestação em situações dessa natureza, que se estendesse às hipóteses de anencefalia do produto da concepção, as causas de justificação para o aborto especificadas no Código Penal². O Min. Marco Aurélio Melo concedeu liminar, no dia 1º de julho de 2004, entendendo que “a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante”³. O Ministro reconheceu “a lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá”⁴. No dia 20 de outubro próximo passado, o Plenário do STF reuniu-se e cassou a liminar, por maioria. É que estava suspenso o julgamento do mérito (em virtude de vista dos autos ao Min. Carlos Ayres Britto) para a discussão da adequação do meio escolhido ADPF para o objetivo buscado. Entendeu-se, então, que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* se ainda estava pendente discussão sobre a própria legitimidade do veículo processual escolhido para a demanda.

Por trás da discussão técnica processual, late uma questão muito mais importante: os aspectos morais e jurídicos implicados na causa e que, certamente, ainda que não enfrentados neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de

2 VELLOSO, Carlos. “O aborto do feto anencéfalo”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 4 de novembro de 2004. p. A3.

3 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “A dor a mais”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004. p. A3.

4 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “A dor a mais”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004. p. A3.

diversos segmentos de nossa sociedade.

Ocorre que nosso Estado, ainda que laico, abriga uma vasta gama da população vinculada aos dogmas religiosos, em especial os do catolicismo. A interrupção da gestação é tratada pela religião católica de forma bastante rígida. A expressão legislativa relacionada ao aborto é evidente fruto dessa influência. Por essa razão, veio à tona, a reboque da discussão proposta ao STF, toda a questão relacionada ao aborto.

Porém, essa avalanche de conceitos e perspectivas relacionadas com o tema parece ter feito com que se perdesse o referencial central da questão, ou seja, se o Direito penal deve ou não regular a matéria relacionada com a interrupção da gestação de um anencéfalo. Uma correta visão da matéria deve retornar ao marco teórico apropriado para a discussão, pois, conforme comenta Silva Franco, “num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais”⁵.

O que se propõe neste breve ensaio é filtrar um pouco as questões tangenciais relacionadas com o tema, de modo a deixar livre o caminho para a avaliação penal.

2 A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social

O primeiro ponto a tratar é a busca das fontes da punibilidade do aborto. Sabe-se que a prática abortiva era comum entre os povos antigos. Notícia Nélon Hungria⁶ que inclusive “entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência”.

Os Gregos tampouco puniam essa prática. Enquanto “Licurgo e Sólon a proibiram, e Hipócrates, no seu famoso juramento declarava: «a nenhuma mulher darei substância abortiva» [...] Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse

5 FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 2.

6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 269.

adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarentas anos”⁷.

Nem mesmo o Direito Romano⁸, de início, estabelecia qualquer punição para o aborto. Só posteriormente “a *abactio partus* foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole”⁹. Finalmente, com o advento do cristianismo é que o império romano dobrou-se, por força da influência religiosa, a punir a prática de aborto¹⁰.

-
- 7 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 269-270. “Dissemos, pois, que os filhos devem nascer de pais na flor da idade. – É verdade. – Porventura não te parece também que o tempo médio da flor da idade é de vinte anos para a mulher, e de trinta para o homem? - E quais são os anos para cada um? – perguntou. – A mulher dará filhos à cidade começando aos vinte anos até aos quarenta; o homem, depois de ter ultrapassado a meta mais fogosa de sua vida, a partir de então pode gerar filhos à cidade até aos cinqüenta e cinco anos. – Portanto, se alguém mais velho do que estes, ou mais novo, se atirar à obra comum da geração, diremos que a sua falta não é pia nem justa, por ter dado à cidade um filho que, ainda que passe despercebido, nascerá sem ter sido gerado sob a proteção dos sacrifícios e das preces que recitam em cada casamento as sacerdotisas e sacerdotes e a cidade inteira, para que de pais bons nasçam filhos melhores, e, de pais úteis, filhos ainda mais úteis. Em vez disso, terá nascido à guarda das trevas e da terrível incontinência”. PLATÃO, *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003. pp. 155-156.
- 8 “O aborto nem sempre foi punido, pois antigamente era indiferente ao direito, sendo considerado o feto simples anexo ocasional do organismo materno, cujo destino a mulher podia livremente decidir. Nos primeiros tempos de Roma o aborto não era punido. Depois, sendo levado em consideração o direito de paternidade em sua defesa, começou a incriminação do aborto, justamente pela frustração da esperança do pai quanto à sua descendência”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. “Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estóica que *partus antequam edatur mulieris pars est ve viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *ius in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 270.
- 9 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 271.
- 10 Nogueira comenta que “foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. “Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

No período do direito canônico, a matéria mereceu intenso debate, ressuscitando a discussão sobre a sua punibilidade estar associada à aquisição da “alma” por parte do recém-nato¹¹.

Já nas primeiras codificações como a *Carolina*, cominava-se “a morte pela espada a quem fizesse abortar alguma mulher e ordenava a morte por afogamento da mulher que em si mesma provocasse aborto”¹².

Nota-se, pois, claramente a influência da religião católica na formulação da punibilidade do aborto. É possível contra-argumentar referindo que se trata de um comentário sobre as origens da sociedade ocidental, época em que a consciência a respeito da preservação da vida em formação carecia muito do conhecimento científico.

Porém, tampouco parece que as primeiras formulações jurídicas do Direito penal brasileiro, já em uma época muito mais próxima da nossa realidade, tenham determinado o perfil incriminador que hoje temos reservado para essa conduta.

Segundo refere Bitencourt, nosso Código Penal do Império (1830) previa a criminalização apenas do aborto praticado por terceiro e não do auto-aborto¹³. É bem verdade que o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante era punido, mas não a prática pela própria gestante, o que dá um indicativo de uma propensão à proteção do bem jurídico vida, sem desprezo completo da proposição de defesa dos interesses da própria gestante. A punição do auto-aborto aparece pela primeira vez no Código Penal de 1890¹⁴. O Código Penal de

11 “No começo da Idade Média, os teólogos disputaram em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São Basílio, porém, firmando-se na versão da *Vulgata*, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

12 “Quem, por meio de violência, ou ministrando substâncias ou beberagens, provocar uma mulher a abortar um feto vivo, se tal crime foi praticado dolosa e perseverantemente, será decapitado como homicida; e a mulher que em si mesma provocar aborto, seja afogada, ou de outro modo punida com a morte. Se, porém, a criança cujo aborto foi provocado ainda não era *viva*, consulte-se o parecer dos entendidos em direito”.

13 “O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o *aborto consentido* e o *aborto sofrido*, mas não o *auto-aborto*”. In BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. ed. v.2, São Paulo: Saraiva, 2003 p. 156.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. ed. v.2, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 156.

1940 - cuja parte especial vige até hoje - estabelece, como causas de exclusão da antijuridicidade, o aborto para salvar a vida da gestante (que pode ser considerado uma especialidade do estado de necessidade) e os casos em que a gravidez é resultado de estupro. Esta última forma de exclusão da antijuridicidade é reveladora de uma evidência: que o critério moral permeia a seleção das condutas justificadas relacionadas especificamente ao tema.

3 O aborto e as hipóteses de justificação

Antes de adentrar na discussão da questão, frise-se que se incursiona no tema das causas de justificação como mero exercício argumentativo. Trata-se de oferecer uma tese alternativa, já que a existência de uma justificação presume a existência de um tipo penal, coisa que somente se está admitindo, de momento, como uma hipótese. É de lembrar, porém, que a arguição proposta ao Supremo Tribunal Federal tem por escopo justamente a distensão das hipóteses de justificação para a conduta que realiza a interrupção da gestação, já admitida, por exemplo, em casos de gravidez resultante de estupro, de modo a alcançar os casos em que há diagnóstico de anencefalia do feto.

Salta aos olhos que a justificação do aborto em gravidez resultante de estupro visa a uma preservação que não se relaciona em absoluto com o bem jurídico vida nem obedece qualquer critério médico. Na verdade, trata-se da preservação da honra subjetiva da parturiente ou até mesmo de sua sanidade psicológica mediante o sacrifício de uma vida em gestação.

Afirma Hungria, sobre o aborto sentimental, que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”¹⁵. O autor lembra a lição de Binding, segundo o qual “seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra”¹⁶.

Entretanto, não se tem reconhecido, no âmbito forense, como igual proteção da sanidade psicológica da mulher, a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, ainda que seja evidente o sofrimento que se impinge à gestante pela

15 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

16 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

determinação de que o parto deva chegar a termo.

Na realidade, o fundamento pelo qual nosso Código não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade, nas hipóteses de anencefalia, deriva simplesmente da época de sua edição, quando a ciência médica ainda não avançara a ponto de oferecer um diagnóstico seguro sobre a inviabilidade fetal em casos de anencefalia. Basta ver os comentários dos tratadistas da época, quando cuidavam da questão do aborto relacionado com problemas clínicos do produto da concepção. Menciona Aníbal Bruno:

É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetido por sua vez à influência das infinitas condições que irão cercar a evolução do nôvo [sic] ser e imprimir-lhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual [...] Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sôbre [sic] tais incertezas o destino de um ser humano.¹⁷

No mesmo sentido, Néelson Hungria:

O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”. Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a incisiva lição de Von Franqué: “Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso

17 BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial, Tomo IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. pp. 174-175.

particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade. A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos”¹⁸.

Na verdade, o problema do chamado “aborto eugênico” se referia então às deformidades físicas e mentais que o feto poderia apresentar e, nesses casos, a defesa do aborto, em casos como tais, guardava simetria com o horror nazista de propostas de eliminação similares às Leis eugênicas então editadas. Nesse diapasão, a autorização do aborto se referia a uma situação em que não havia prognóstico de morte. É Magalhães Noronha quem comenta a “falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá *fatalidade* do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada”¹⁹.

Pois bem. A determinação legislativa taxativa de hipóteses de exclusão de antijuridicidade do aborto, contida no art. 128, com certeza já não reflete, do mesmo modo que à época de sua edição (1940), as aspirações da sociedade brasileira, nem a realidade do avanço científico. As hipóteses em questão estão restritas à gravidez resultante de estupro e à gestação que implica em risco de vida para a gestante. Ao tratar-se de uma causa especial de exclusão da antijuridicidade, a interpretação, em princípio, seria restritiva e não comportaria ampliação.

No entanto, convém ressaltar que, como de regra, o direito culmina pela absorção das razões sociais em constante e paulatina evolução. Temos assim que, uma vez já reconhecida social e tecnicamente, como circunstância que justifica a prática interruptiva da concepção, a hipótese em apreço já é contemplada no anteprojeto de nova parte especial do Código Penal que atualmente tramita como projeto no Congresso Nacional²⁰. A situação é, portanto, de conhecimento comum,

18 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp .313 e 314.

19 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988. p. 62.

20 “É perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156. O anteprojeto prevê, para a hipótese a seguinte redação: “Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésimo semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado”.

somente não figurando no mundo jurídico, dados os trâmites legislativos, que sempre vêm a reboque ou como resultado de um prévio posicionamento social.

A matéria já vem, inclusive, suscitando freqüentes comentários dos doutos, valendo citar passagem da recente obra de Paulo Lúcio Nogueira intitulada “Em Defesa da Vida”:

O médico Thomaz Rafael Gollop, em artigo bastante esclarecedor sobre o assunto, e com sua experiência no atendimento de mais de três mil casais em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, examina a questão do aborto eugênico sob o prisma médico e informa que «na área de minha especialidade, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão fornecem dados muito seguros sobre a saúde do feto nos casos de risco, nos quais, dado um quadro adverso, o casal deveria ter o direito de escolher livremente pela continuação ou interrupção da gravidez». (Boletim do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 12, jan., 1994). Informa o ilustre médico que “recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam da mesma forma. Houve uma revolução do pensamento médico, ditada por todo o tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade.” E acrescenta que “o que nós temos observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é a interrupção da gestação ainda que ela não seja legal em nosso meio”. E conclui, mencionando dois precedentes jurídicos da mais alta importância. “Em dezembro de 1992, o Juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou a interrupção de uma gestação na qual havia sido diagnosticada anencefalia. Em dezembro de 1993, entramos com ação e obtivemos do Juiz de Direito Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco autorização para interromper gravidez de 23 semanas em feto portador de acrania. A nosso ver, são essas demonstrações claras, onde o avanço da ciência médica procurou e obteve apoio e sensibilidade da classe jurídica.²¹

21 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 15-16.

Bitencourt refere justamente que “o Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30”²². Não são mais aceitáveis os critérios sociais ou científicos da época como parâmetro para os dias atuais. Afinal, continua Bitencourt, “passaram sessenta anos, e, desse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução da ciência médica”²³. A precisão dos diagnósticos clínicos atuais faz com que haja “condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extra-uterina”²⁴.

Códigos penais de edição mais moderna, como o espanhol, de 1995, já prevêem uma clara ampliação das hipóteses de exclusão da antijuridicidade no aborto, para incluir hipóteses, inclusive mais amplas, que a anencefalia²⁵, mantendo sempre a permissividade para a expulsão do feto gerado em situação de estupro.

As duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um anencéfalo, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher. A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas que produziram esta gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte.

Não há distinção possível no âmbito dessas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados.

O momento das causas de justificação, segundo Roxin, é justamente o espaço de contraposição entre os valores, “é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual os interesses individuais conflitantes ou necessidades so-

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 156.

23 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 156.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 156.

25 O artigo 417 bis do CP espanhol prevê o aborto eugenésico o embriopático: “art. 417 bis, 1, 3º: “Que se presuma que o feto deverá nascer com graves taras físicas ou psíquicas, sempre que o aborto se pratique dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação e que o parecer, expresso com anterioridade à prática do aborto, seja emitido por dois especialistas de centro o estabelecimento sanitário, público ou privado, cadastrado a estes efeitos, e distintos daquele sob cuja direção se pratique o aborto”.

ciais globais entram em choque com as individuais”²⁶. Aqui aparece a necessidade de sopesar a preponderância da pretensão individual contra o interesse coletivo, e mais ainda, expressa-se a proporcionalidade e a igualdade material, ao dotar de soluções igualitárias, do ponto de vista das exigências sociais, pretensões individuais equivalentes. Por isso, situações de idêntica aflição, como no caso, devem merecer idêntico tratamento de parte do direito, tratando-se ambas como situações justificadas.

Se não se pode fazê-lo, à míngua de previsão legal específica, cumpre reconhecer, na hipótese, uma situação de causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É que o direito, no tema da justificação, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas sim deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta deve ser considerada justificada perante o sistema de controle social. Essa fundamentação evidentemente guarda uma *ratio* eminentemente social e, por isso mesmo, configura um ponto sensível à evolução da sociedade em que se insere. Por isso, não se pode restringir o âmbito da justificação apenas a causas legais, senão que devem ser admitidas também causas supraleais de justificação. Nesse sentido, comenta Francisco de Assis Toledo²⁷:

As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal.

Analisando a situação da interrupção da gestação do anencéfalo, verificamos claramente que estamos diante de uma situação em que a evolução da ciência médica permite um diagnóstico de cem por cento de segurança a respeito da inviabilidade da sobrevivência do produto da concepção. Por outro lado, o

26 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema de Direito penal*. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 30.

27 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 171.

estágio de evolução da sociedade permite equiparar a aflição derivada desta gestação àquela sofrida pela gestante estuprada. Assim, transparece extrema dúvida a necessidade de reconhecimento da causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Porém, convém ressaltar ainda que, para o desenvolvimento do argumento em reconhecimento dessa causa excludente da ilicitude, parte-se da presunção, não aceita, senão por mero exercício argumentativo, que se está diante de um fato típico.

Em verdade, o tipo é questionável a partir dos próprios fundamentos de sua concepção. Da idéia mesma de aborto, se comparada com a realidade fática e principalmente médica da anencefalia.

4 A questão médica

Do ponto de vista médico, convém referir que, ainda que estejamos vivendo um momento de consideráveis avanços tecnológicos, que a indústria farmacêutica e a técnica médica tenham alcançado patamares exponencialmente mais importantes do que há poucas décadas atrás, é certo que ainda não chegamos à possibilidade de reversão de determinados quadros clínicos.

Em contrapartida, é certo que temos cada vez mais diagnósticos precisos, de modo a permitir à atividade médica uma considerável redução de riscos. No que tange à anencefalia, convém citar o estudo publicado na página do Comité Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón, na Argentina, onde se comenta que “o diagnóstico de anencefalia se realiza no útero com alto grau de certeza. Um estudo que combinou os resultados de seis instituições, detectou mais de 130 casos, sem nenhum diagnóstico falso positivo (em nenhum caso o diagnóstico pré-natal de anencefalia resultou equivocado)”²⁸.

Reconhecido isso, convém notar que essa mesma medicina, absolutamente avançada, concluiu que não é viável a geração de crianças anencéfalas, ou seja, que, sem a atividade do cérebro, separado do organismo da mãe, ao cabo do

28 Retirado do site do Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, em 30 de outubro de 2004.

período gestacional, o feto anencéfalo necessariamente fenece. “Desafortunadamente, não existe nenhum tratamento para a anencefalia. Devido à falta de desenvolvimento do encéfalo, aproximadamente 75% dos bebês nascem mortos e 25 por cento restante só logra sobreviver umas poucas horas, dias ou semanas”²⁹.

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevivência do feto anencéfalo. Esse perecimento deriva, exatamente, da falta de atividade cerebral.

A anencefalia é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, o ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça³⁰.

O anencéfalo, ao nascer, está em estado vegetativo, ou seja, sua respiração e batimento cardíaco estão associados ao tronco, que permite a ele essas ações mecânicas. Não há, entretanto, atividade cerebral propriamente dita, por falta do cérebro. Assim, esse ser está condenado perenemente a essa condição vegetativa, sem qualquer possibilidade de desenvolvimento dos sentidos, de uma vida, afinal, tal qual se espera.

E o perecimento do anencéfalo deriva da necessária interdependência entre o cérebro e o tronco. Quer dizer, ainda que o tronco produza determinadas funções essenciais como o batimento cardíaco e o movimento pulmonar (ademais de outros movimentos involuntários e às diversas funções anatomicamente associadas ao tronco), é certo que a permanência desse funcionamento depende de outras atividades que incumbem ao cérebro, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular que facilita a própria respiração. Sem essas aos poucos perece a própria atividade do tronco.

O cotidiano médico esbarra com situações desse tipo mais rotineiramente do que parece, pois não só o feto anencéfalo padece da falta de atividade cerebral,

29 Retirado do site <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, do Martin Memorial Health System, em 30 de outubro de 2004.

30 Retirado do site <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, do Martin Memorial Health System, em 30 de outubro de 2004.

como um sem número de vezes, enfermidades graves ou acidentes com resultados muito danosos podem levar pessoas, que a princípio não padecem de problemas congênitos, à cessação de atividades encefálicas. Há um grande volume de casos em que a medicina, por estar hoje dotada de recursos técnicos e aparelhos de alto grau de sofisticação, mesmo onde cessa a atividade cerebral de algum enfermo ou acidentado, consegue lograr mantê-lo com atividade cardiorrespiratória justamente por conta de medicamentos e aparelhos, até que o perecimento do tronco, derivado também da falta da atividade do cérebro, conduz à falência total.

Pois bem, essa situação, na prática, equivale à do anencéfalo à medida que ambos têm ativa a função cardiorrespiratória, porém inoperante a atividade encefálica completa, quer dizer, da inter-relação entre cérebro e tronco. Há, porém, pelo menos duas diferenças: a primeira, que o anencéfalo mantém a atividade cardiorrespiratória sem auxílio de aparelhos enquanto que a pessoa acidentada ou doente o faz pela intervenção desses; a segunda, que a pessoa acometida da enfermidade ou do acidente, um dia teve alguma atividade cerebral e fisicamente goza do órgão necessário para tanto, enquanto que o anencéfalo jamais teve essa atividade e tampouco pode vir a tê-la pela falta do órgão essencial para isso.

Daí deriva que, no jargão médico, já não se fala simplesmente em morte, senão em morte clínica e morte encefálica.

5 O conceito jurídico de morte e por exclusão, de vida

Pois bem. Como se sabe, muitas vezes o direito extrai alguns de seus conceitos das ciências naturais, outros das ciências sociais e outros ainda da experiência empírica. Outras tantas vezes, o direito estabelece seu próprio conceito a respeito de determinados objetos ou fatos, que não necessariamente coincide com o conceito comum.

Evidentemente, se o direito, e em especial, o Direito Penal, ocupa-se da proteção do bem jurídico vida, é necessário saber, antes de tudo, o que é vida para o direito e, em especial, para o Direito Penal.

Não há, no arcabouço jurídico, um conceito preciso sobre vida. Há conceitos a ela relacionados, como, por exemplo, o reconhecimento de personalidade jurídica e outros correlatos às sucessões no âmbito civil.

Porém, se não há precisão quanto à vida, sob um aspecto conceitual, esse

conceito jurídico se pode alcançar pela via da exclusão.

É que a Lei nº 9.434/97, que regula a matéria relativa ao transplante de órgãos, estabelece exigências para a doação de órgãos. Nesse sentido, o art. 16 da referida Lei é claro ao exigir:

A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

§ 1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia reconhecido no País.

A matéria foi regulamentada na Resolução nº 1.480 do Conselho Federal de Medicina, em 8 de agosto de 1997, na qual consta textualmente que “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial [...]”.

Ademais, a mesma resolução estabelece os critérios que deverão ser seguidos no protocolo de diagnose da morte encefálica são compostos de exames clínicos e complementares, referidos os clínicos à inércia respiratória e os complementares todos dirigidos à constatação da inatividade cerebral.

Art. 1º A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

[...]

Art. 4º Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

[...]

Art. 6º Os exames complementares a serem observados para constatação da morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou; b) ausência de atividade metabólica cerebral ou; c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Assim, para o caso de doador morto, a Lei citada estabelece a possibilidade de doação de órgãos, mediante o cumprimento de uma *conditio sine qua non*

que é o atestado de cessação de atividade encefálica do doador.

Logo, pode-se concluir que o sujeito é considerado morto quando sua passagem pelo protocolo não revela possibilidade de sobrevivência. Esse conceito clínico é albergado juridicamente para permitir o transplante de órgãos. Ou seja, ao atestarem os peritos a respeito da cessação da atividade cerebral, isso representa, na prática, não haver vida, ao menos do ponto de vista jurídico, já que o paciente perde o direito sobre seu próprio corpo, cedendo-o ao transplante de órgãos.

Morte, juridicamente falando, é, pois, a ausência de vida, representada esta pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções do encéfalo (tronco mais cérebro) e, por conseguinte, de todo o corpo humano. Havendo conceito jurídico de morte, é possível, por exclusão, denominar-se juridicamente vida, ainda que não haja uma absoluta coincidência entre o conceito médico de morte encefálica e a situação neurológica derivada da anencefalia³¹.

É bem verdade que o protocolo clínico que dá ensejo à possibilidade de transplante exige a comprovação da extinção também de atividade do tronco

31 Alberto Silva Franco, apoiado em lições médicas sustenta não haver coincidência absoluta entre a anencefalia e a falta de atividade do tronco cerebral, já que, a anencefalia apresenta alguns rudimentares reflexos do tronco, motivo pelo qual não cumpre com os critérios médicos e biológicos vigentes. Comenta o jurista: “A anencefalia, que significa a ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais, não corresponde no plano médico à morte cerebral, cujo sinal inequívoco *“reside na verificação da ausência de função total e definitiva do tronco cerebral”*. Embora esse esteja presente, nos fetos anencefálicos – o que permite em alguns casos a sobrevivência desses fetos, por tempo mínimo, fora do claustro materno – força é convir que as duas situações são similares *“A ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e a afetação definitiva do cérebro, no segundo, suprimem para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para a afirmação de que a vida, no primeiro caso, subsista como vida humana, isto é, como a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana”* (Patrick Vespieren, “Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética”, *La Vida Humana, Origen y Desarrollo*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989. p. 178)”. Porém, ainda assim, o professor paulista se inclina por admitir que uma eventual proteção à gestação de um anencéfalo não se traduz em proteger a vida, ao afirmar que “mulher, gestante de feto anencefálico, não tem em seu útero um ser vivo, mas sim carrega, em seus entranhas, um ser condenado irreversivelmente à morte. Impedi-la de antecipar o parto, significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à saúde física e psicológica”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 2.

cerebral. Poder-se-ia, então, argumentar que no anencéfalo essa atividade existe. Porém, é certo o perecimento dessa mesma atividade – do tronco - em cem por cento dos casos³² de anencefalia. Uma vez que essa atividade somente tem possibilidade de subsistir a partir de uma combinação com a atividade cerebral, é certo que perecerá também, no anencéfalo, em um limite temporal absolutamente curto. A única alternativa para fazer com que siga funcionando o tronco do anencéfalo sem a atividade encefálica é a adição de aparelhos e medicamentos em uma artificialidade semelhante àquela em que se coloca o enfermo ou acidentado cuja vida é mantida por aparelhos. Daí deriva que a situação clínica de ambos é absolutamente semelhante.

A morte do anencéfalo deriva justamente da falta de atividade cerebral, tal qual o doador de órgãos. Logo, se morte – para efeito da lei de doação de órgãos – é a cessação completa da atividade cerebral, vida é a existência, por ténue que seja, de atividade cerebral. O diagnóstico de anencefalia é, portanto, um diagnóstico a respeito da certeza da morte imediata ou, na melhor das hipóteses, iminente e que ademais equivale, precisamente, à morte diagnosticada pelo protocolo superado com vistas ao transplante. Tanto é assim, que a anencefalia é considerada, nos tratados médicos, como “uma deformação incompatível com a vida”³³.

6 A vida como bem jurídico-penalmente relevante

Essa vida, expressada como atividade cerebral, vida humana, portanto, é o bem jurídico mais importante de que se encarrega o Estado de proteger. Todo o ordenamento jurídico e, como parte dele, o jurídico-penal devem ser orientados no sentido da primazia da proteção do bem jurídico vida.

Evidentemente, ao ser o Direito penal o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para realizar sua tarefa de controle social, sendo a vida o

32 “A maior parte dos anencéfalos falecem durante os primeiros dias de vida. Menos del 50% sobrevive 24 horas. Em três estudos importantes, ou não sobreviveu nenhum dos bebês anencéfalos à primeira semana de vida, ou sobreviveu 5% ou 9%. Em quase nenhum dos estudos se acharam sobrevividas maiores de 2 meses”. retirado do site do Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, retirado em 30 de outubro de 2004.

33 PETERS, Gerd. *Neuropatología Clínica*. Trad. para o espanhol de J. Cervos-Navarro, Barcelona: Ediciones Toray, 1974. p. 296.

bem jurídico mais importante que existe, é normal esperar a regulação da proteção à vida pelo Direito Penal. É normal esperar-se inclusive que a proteção penal possa estender-se por toda a vida, pelo que há interesse na regulação penal com o emprego de normas incriminadoras até mesmo no âmbito da geração de vida.

Isso quiçá possa justificar a punibilidade do aborto, ainda que se possa discutir, como faz Alberto Silva Franco³⁴, sobre a autonomia da vontade da mulher ou sobre a trágica realidade que representa a larga cifra negra associada a essa espécie delitiva³⁵.

De qualquer sorte, é certo que a vida intra-uterina seguiria merecendo proteção do Estado, penal, inclusive, em hipóteses de aborto sem o consentimento da gestante.

A questão que se põe, em cuja discussão não se adentra aqui³⁶, é entre

34 “A antecipação do parto de feto anencefálico põe em discussão a questão maior do aborto e da flagrante inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, por desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de preservação da autonomia da vontade da mulher e do direito à saúde”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 2.

35 “E se tudo isso não bastasse, seria ainda de crescer-se a sua comprovada e altíssima cifra negra a demonstrar que mulheres de extratos sociais mais altos praticam o delito sem que sejam incomodadas pela lei penal, enquanto mulheres de condições menos favorecidas, porque apresentam seqüelas e são atendidas na rede de saúde pública, são incriminadas por aborto”. FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 2.

36 A esse efeito remete-se à obra de Paulo Lúcio Nogueira, *Em defesa da vida*, onde o autor comenta: “Tem havido uma campanha sistemática, inclusive através dos meios de comunicação, mormente a televisão, em favor da *descriminalização* do aborto, que é crime contra a vida em nossa legislação penal, por ser pacífico na ciência que a vida se inicia com a concepção. Aqueles que defendem o aborto se apegam aos seguintes argumentos: 1) A mulher tem o direito de dispor de *parte do seu corpo*. 2) Em nosso país há milhões de *menores marginalizados*. 3) Se querem punir o aborto, deveriam punir também a *esterilização* e os *meios anticoncepcionais*. 4) A liberação do aborto acabaria com os abortos clandestinos. 5) A ameaça penal é *inefcaz*. 6) O aborto limitaria a *natalidade*. 7) Se a mulher quer abortar e não pode, o *filho indesejado*. 8) O aborto contribui para evitar um *mal maior*, que seria a futura marginalização do menor. Tomando-se assim os referidos argumentos podemos, rebatê-los. 1) A mulher tem direito de dispor de *parte de seu corpo*, sabe-se que o feto é um ser humano em formação e não um simples apêndice ou parte da mãe. 2) Em nosso país há milhões de *menores marginalizados*, no dia em que o país contar com homens públicos que administrem corretamente nossas riquezas e prioridades sociais, os menores serão devidamente considerados, através de uma política séria e sadia. 3) Se o aborto é punido, deveriam punir também a *esterilização* e os *meios anticoncepcionais*, a questão é colocada em igualdade, mas trata-se de

ser ou não ser admissível, social e juridicamente, a prática abortiva por opção da gestante.

Assim, parece ser tranqüilamente admissível que o bem jurídico vida merece proteção penal desde o ventre contra possíveis ataques que se voltem contra ele e contra a vontade de quem o gera.

7 A dimensão material da tipicidade

É necessário lembrar que o Direito penal, nas palavras de Basileu Garcia³⁷, “é o conjunto de normas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança”. É, portanto, um instrumento de controle social.

Esse conjunto de normas que o Estado estabelece tem obviamente uma finalidade, que é tarefa do Direito Penal e que consiste na “proteção dos bens jurídicos e a salvaguarda da paz jurídica”³⁸.

O Direito Penal efetiva essa tarefa por meio da proteção seletiva de bens

assuntos bem diferentes. O aborto é crime contra a vida. A esterilização e os meios anticoncepcionais visam impedir a concepção de um ser e, portanto, devem ser incentivados. 4) A liberação do aborto acabaria com os *abortos clandestinos*. Países que toleram, admitem ou regulamentam o aborto têm demonstrado que os abortos clandestinos continuam sendo feitos. 5) A ameaça penal é *ineficaz*, aliás, isso não ocorre apenas com o aborto, mas com todos os demais crimes, dada a ineficiência dos órgãos policiais, ministeriais e judiciais. Mas não será pela falta de punição que iremos regulamentar os crimes que não são apurados, pois isso seria um absurdo. 6) O aborto limitaria a *natalidade*, mais eficazes que o aborto são a esterilização e os meios anticoncepcionais. 7) O *filho indesejado* já nasceria enjeitado e traumatizado, a afirmação poderia ter validade para o filho oriundo de um estupro ou ato violento, mas não de uma relação livre. E quantas mães existem que, apesar de não terem desejado engravidar, levaram a gravidez a bom termo, tendo filhos sadios, alegres e dispostos? 8) O aborto contribui para a futura marginalização do menor, dizem os defensores do aborto que “um país que não pode sustentar seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento”. Mas convém salientar que essa situação vergonhosa de nosso país deve ser debitada aos governantes. É muito mais cômodo pedir a regulamentação ou descriminalização do crime sob o argumento falso de se evitar dano maior do que trabalhar e enfrentar o mal já existente sanando suas feridas, pois é certo que se pode fazer alguma coisa se existe realmente intenção e disposição para trabalhar”. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

37 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 8.

38 WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 3.

jurídicos³⁹. Nesse sentido, Silva Sánchez⁴⁰ refere que “a exigência de que o Direito penal intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos(-penais) constitui uma garantia fundamental do Direito penal moderno”. Trata-se, segundo Silva Sánchez, de uma verdadeira “manifestação da confluência (não pacífica, mas tensa) de princípios garantísticos”.

Esses princípios garantistas expressos na proteção seletiva de bens jurídicos são, conforme sustenta Muñoz Conde⁴¹, justamente o princípio de legalidade e o princípio de intervenção mínima.

Wessels⁴² assevera que “a *missão do Direito penal* consiste em proteger os valores elementares fundamentais da vida em comum dentro da ordem social e em garantir a salvaguarda da paz jurídica”, acrescentando que “por bens jurídicos designam-se os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade, que, em virtude de seu especial significado para a sociedade, requerem proteção jurídica”.

Não é sem razão, portanto, que E. R. Zaffaroni⁴³ enfatiza que

o tipo penal não nasce ao acaso. Ele é, antes, produto de uma reflexão social, de uma construção lógica que parte da visão do bem a ser tutelado, passa pela norma - que é a

39 Para Roxin, o objetivo do Direito penal se resume na “proteção subsidiária de bens jurídicos” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 51. Assim também opina TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 13-14. Já tivemos oportunidade de subscrever idêntico posicionamento, ao tratar das funções e missões do Direito penal em BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 41 y ss.

40 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. p. 267.

41 Ao comentar a tipicidade, Muñoz Conde refere que “da ampla gama de comportamentos antijurídicos que se dão na realidade, o legislador seleciona – conforme o *princípio de intervenção mínima* – aqueles mais intoleráveis e mais lesivos para os bens jurídicos mais importantes e os ameaça com uma pena, descrevendo-os no preceito de uma norma penal, cumprindo assim, ademais, as exigências do princípio de legalidade ou de intervenção mínima”. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. pp. 253-254.

42 WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 3.

43 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. 6. ed. Ediar, Buenos Aires, 1991. pp. 382/383.

fórmula de proteção do bem-, e deságua no tipo legal, que nada mais é do que a descrição da conduta violadora da norma e que atinge ou expõe o bem tutelado a perigo.

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo⁴⁴ comenta:

Na construção originária de Beling (1906), o tipo tinha uma significação puramente formal, meramente seletiva, não implicando, ainda, um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido *formal*, um sentido *material*. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser *típica*, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

Não há tipicidade penal sem que a conduta seja materialmente típica, quer dizer, seja capaz de atingir ou expor a perigo o bem tutelado⁴⁵.

Assim, afirma Gonzalo Fernández⁴⁶:

aqueles casos onde, malgrado a tipicidade formal e apesar da plástica subsunção ao tipo da conduta, não medeia entretanto afetação ao bem jurídico protegido; [...] cremos que a conduta deve ser havida por *atípica* (inadequada ao tipo) e com isso se fecha a qualificação jurídico-penal, sem ingressar sequer em análises subseqüentes da anturidicidade e, muito menos, ao exame sobre a culpabilidade do sujeito.

Essa concepção, adequada aos princípios inspiradores das garantias próprias de um Estado democrático de Direito, obriga a suplantar definitivamente o

44 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.

45 Alguns autores, como Jescheck, sustentam, na hipótese de ausência do alcance do bem jurídico protegido como expressão material da norma, uma falta de “antijuridicidade material”. Nesse sentido, refere que “uma ação é antijurídica em um sentido material quando se atende ao menoscabo do bem jurídico protegido por la norma correspondente”. In JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 250.

46 FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 162.

conceito de tipo anódino e vazio, o “fantasma exangue” de Beling⁴⁷.

Conclui-se, do raciocínio doutrinário, que a tutela do bem jurídico assume importância capital no delineamento do tipo penal, de modo que, sem afetar o bem jurídico protegido, não há dimensão material da tipicidade e, desse modo, não há fato típico com relevância penal.

8 A ausência do bem jurídico protegido, e logo, da tipicidade material, na interrupção da gestação do anencéfalo

Daí se faz a necessária análise, no caso em apreço, a respeito do modo pelo qual a conduta possa atentar contra bem jurídico penalmente protegido.

A respeito, convém citar a inolvidável lição de Heleno Cláudio Fragoso⁴⁸:

Objeto substancial do crime é aquilo que a ação delituosa atinge; é o conteúdo material ou realístico da norma penal. Para que se chegue a conhecer essa realidade que a ação incriminada atinge, é indispensável, sem dúvida, partir de um exame do sentido da ordem jurídica em geral, e da ordem jurídico-penal em particular. Parece inegável que o legislador, ao ameaçar com a imposição de pena certa conduta, ou seja, ao estabelecer uma proibição ou um comando, visa determinar nos destinatários da norma um comportamento oposto àquele que incrimina. Como já se disse, com grande

47 Beling defendia uma concepção de tipo em que este refletia simplesmente o catálogo de condutas proibidas, sem qualquer consideração ao seu conteúdo, cuja valoração somente seria perpetrada nas seguintes categorias do delito. Afirmava Beling que “redz-se o atual Direito Penal a um *catálogo de tipos delitivos*. A antijuricidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação puníveis, mas concorre com elas, como característica externa, a “*Tipicidade*” (adequação ao catálogo)”. BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, pp. 37-38. Muñoz Conde explica que “o tipo, ao contrário do que pensava seu criador Ernst Beling, não é uma categoria neutra valorativamente, mas implica já uma seleção de comportamentos e, portanto, uma valoração (o típico é já, o relevante penalmente), não é menos certo, porém, que certas ações em si típicas carecem de relevância social ao ser comuns no âmbito social”. MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 257.

48 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. V. 1, PG, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. pp. 264/265.

propriedade, o preceito jurídico não visa pôr à prova a obediência dos súditos, mas evitar o que é proibido ou conseguir o que é imposto. A norma jurídica é apenas meio para determinado fim, que, a juízo do legislador, constitui um bem ou interesse da coletividade. Se determinada ação ou omissão é punível, é porque corresponde a um desvalor da vida social, constituindo um fato que leva ou expõe a perigo interesses importantes da vida coletiva, cuja tutela supõe-se exigir a ameaça da pena criminal [...].

Da lição de Fragoso deflui que não basta pensar na expressão formal da norma. Não basta pensar na proibição que ela encerra como algo cogente e ao mesmo tempo indiscutível. É necessário perscrutar a respeito dos valores que estão por trás da norma, no bem jurídico protegido e na capacidade da norma expressar essa proteção. É importante situar o bem jurídico como razão de ser da norma, como “um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”⁴⁹.

Ora, seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que o aborto – possível prática ilícita que decorreria da conduta não autorizada de interrupção da gravidez – tem por objetividade jurídica a proteção da vida do feto.

Na hipótese em apreço, trata-se da gestação de um feto anencéfalo, ou seja, sem cérebro. Trata-se de um ser destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, consoante a unânime opinião da ciência médica, justamente pela falta de atividade cerebral. A ausência de atividade cerebral é considerada, para fins jurídicos, o conceito legal de morte que ampara a possibilidade de iniciar-se o procedimento de retirada dos órgãos de doadores.

Morte e vida são antônimos, tanto do ponto de vista natural quanto jurídico. Se a falta de atividade cerebral representa morte, inclusive como conceito jurídico, e se morte é o contrário da vida, devemos concluir que não é possível proteger o bem jurídico vida onde ela não existe. É por isso que ao disparar em um cadáver, o agente comete o crime de vilipêndio de cadáver (contra o sentimento de respeito aos mortos) e não um homicídio (atentado contra a vida).

Se não há qualquer possibilidade de se falar em atividade cerebral e, portanto, em vida no quadro de anencefalia, não é possível pretender estender a proteção

49 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. V. 1, PG, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 265.

do tipo penal a casos que tais. Diante desse quadro dramático, é correto pensar que a conduta típica não encontra enquadramento no capítulo dos crimes contra a vida, iso porque o conceito médico de vida – e diga-se, outro parâmetro não pode ser tomado – consiste na existência de atividade cerebral, e não cardíaca.

Por lamentável que seja, não há o que preservar. A vida do feto é impossível, dada a anencefalia, daí porque, sendo a vida inviável, a interrupção da gestação é conduta que, a rigor, não atinge o bem jurídico visado pela norma penal, e, de consequência, não havendo bem jurídico a ser protegido, da mesma forma, não há tipicidade penal.

Cumprir destacar que, dentro das finalidades a que se propõe o Direito penal – de proteção seletiva de bens jurídicos –, não há porque fazer incidir a norma incriminadora. Do ponto de vista penal, não há aflição do bem jurídico protegido, do ponto de vista técnico, médico, não há vida assim compreendida e, do ponto de vista social, antes de causar repulsa, a interrupção da gravidez, na espécie, é compreensível e provoca a reflexão a respeito da mácula psicológica que representa para os pais levarem a cabo uma gravidez como essa, com a certeza de um final trágico. O Direito Penal não pode trabalhar com o escopo de, pela inflexibilidade, tornar-se cruel.

Aliás, como de regra, o direito culmina na absorção das razões sociais em constante e paulatina evolução. Temos assim que, uma vez já reconhecida social e tecnicamente, como circunstância que justifica a prática interruptiva da concepção, resta ao direito, como concreção de um sistema de controle social realmente coerente com as aspirações cidadãs, não mais que seguir essa mesma orientação.

Conclusões

Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o bem jurídico protegido em questão, com o que se cuida de fato materialmente atípico.

Não é possível caracterizar-se o aborto, porque esse é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há

vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico, não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal.

Deduz-se, pois, que a expulsão do ventre do feto anencéfalo é um indifferente penal.

Há mais. Ainda que assim não fosse, o gravame de ordem psicológica que a gestação de um feto inviável provoca na mãe é pelo menos igual, senão mais grave do que outras razões de ordem moral albergadas pela legislação brasileira.

A interrupção de gestação de anencéfalo já é admitida em outros países de legislação mais moderna. Nossa legislação de parte especial do Código Penal é de 1940 e responde a uma realidade da ciência médica contemporânea à sua edição.

Por outro lado, ao contrário da distância legislativa que se guarda em relação a países mais avançados, nossa sociedade, e com ela as exigências cidadãs, como efeito da intensa globalização de informações, já reclama um novo modelo de regulamentação jurídica da matéria. Se isso, por ora, não é possível, parece correto, no mínimo, admiti-lo sob a forma de uma causa suprallegal de exclusão da ilicitude.

Referências

- ARGENTINA. Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, em 30 de outubro de 2004. Acesso em 30 de outubro de 2004.
- BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial, Tomo IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, Martin Memorial Health System. Acesso em 30 de outubro de 2004.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. V. 1, PG, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. “Um Bom Começo”. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 1980.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5. ed. Granada: Comares, 2002.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “A dor a mais”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 29 de outubro de 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.
- PETERS, Gerd. *Neuropatología Clínica*. Trad. para o espanhol de J. Cervos-Navarro, Barcelona: Ediciones Toray, 1974.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema de Direito penal*. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VELLOSO, Carlos. “O aborto do feto anencéfalo”. *Folha de São Paulo*. Ed. do dia 4 de novembro de 2004.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. 6. ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS DESENVOLVEDORES DE SOFTWARE APLICATIVO PARA USO EM EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL¹

Márcia Aguiar Arend

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

1 Introdução

O tema que me foi proposto dialogar com os senhores, neste primeiro encontro entre o fisco estadual e os representantes das empresas credenciadas a desenvolver *software* aplicativo para uso em equipamento emissor de cupom fiscal, está relacionado às condutas ilícitas e defraudatórias praticadas pelos desenvolvedores de *softwares* e que permitam aos sujeitos passivos das obrigações tributárias possuir informação contábil e fiscal diversa daquela que é legalmente exigida pela fazenda pública.

Permito-me promover breve introdução, tendo por norte a necessidade de refletir-se sobre o ainda incipiente lastro doutrinal que caracteriza essa recente forma de produzir lesão e prejudicar direitos, a partir da utilização de computadores.

Crimes computacionais, crimes de informática, crimes de computador, crimes eletrônicos, crimes telemáticos, crimes informacionais, ciberdelitos, cibercrimes, entre outros. Há um nome mais certo para definir os atos lesivos praticados contra

1 Trabalho apresentado no 1º Encontro Estadual promovido pela Secretaria da Fazenda e os desenvolvedores de software aplicativo para Emissor de Cupom Fiscal ECF, realizado no dia 14 de janeiro de 2004, em Florianópolis

vítimas mediante a utilização de computadores ou programas de computador?

Não há, até o momento, consenso quanto ao *nomen juris* genérico dos delitos que ofendem interesses relativos ao uso, à propriedade, à segurança ou à funcionalidade de computadores e equipamentos periféricos (*hardwares*), redes de computadores e programas de computador (estes denominados *softwares*).

Dentre as inúmeras designações, vê-se que as mais utilizadas são crimes informáticos ou crimes de informática, e as expressões crimes telemáticos ou cibercrimes seriam mais adequadas para identificar infrações que atinjam redes de computadores, ou a própria *Internet*, ou que sejam executadas por meio dessas vias.

A Professora Ivete Senise Ferreira argumenta que

a informatização crescente das várias atividades desenvolvidas individual ou coletivamente na sociedade veio colocar novos instrumentos nas mãos dos criminosos, cujo alcance ainda não foi corretamente avaliado, pois surgem a cada dia novas modalidades de lesões aos mais variados bens e interesses que incumbe ao Estado tutelar, propiciando a formação de uma criminalidade específica da informática, cuja tendência é aumentar quantitativamente e, qualitativamente, aperfeiçoar os seus métodos de execução. (p. 207)

O Professor Klaus Tiedemann pontua “com a expressão ‘criminalidade mediante computadores’ alude-se a todos os atos antijurídicos segundo a lei penal vigente (ou socialmente nocivas e por isso penalizadas no futuro), realizados com o emprego de um equipamento automático de processamento de dados”.

Há hoje um consenso dos estudiosos desse tema, ao estabelecer a distinção de duas espécies de criminalidade informática, a praticada por meio do sistema de informática e, em especial, da *Internet*, a exemplo da fraude informática e dos demais crimes contemplados no Código Penal e na legislação penal especial (calúnia, estelionato, etc); e a praticada contra elementos de informática, das quais são exemplos a sabotagem informática, o furto de dados e a espionagem informática.

O fato é que a criminalidade informática, que surgiu no final do século XX, designa todas as formas de conduta ilegais realizadas mediante a utilização de um computador, conectado ou não a uma rede, e que comporta desde abusos nos sistemas de telecomunicação até a manipulação de caixas bancários e a pirataria de programas de computador.

2 O computador e a expansão da criminalidade

A expansão da criminalidade informática tem preocupado estudiosos e usuários no mundo inteiro e considerando-se a necessidade de definições para tratamento pelas legislações dos estados nacionais, a *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)* definiu o crime de computador como sendo “**qualquer comportamento ilegal, aéctico ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados**”, podendo implicar a manipulação de dados ou informações, a falsificação de programas, a sabotagem eletrônica, a espionagem virtual, a pirataria de programas e o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes.

A OECD, desde 1983, vem tentando propor soluções para a uniformização da legislação sobre *hacking* no mundo. Segundo ANTÔNIO CELSO GALDINO FRAGA, em 1986, a referida organização publicou o relatório denominado *Computer-Related Crime: Analysis of Legal Policy*, no qual abordou o problema da criminalidade informática e a necessidade de tipificação de certas condutas, como fraudes financeiras, falsificação documental, contratação de *software*, interceptação de comunicações telemáticas, entre outras.

3 As diversas modalidades criminosas em meio eletrônico

A doutrina jurídica afeta ao estudo dos crimes relacionados com o uso do computador informa o *modus operandi* comum dos delinqüentes, observando que a maioria dos praticantes adota, inclusive, a terminologia inglesa para sua identificação, e muitas expressões não encontram uma exata correspondência no vernáculo nacional. Dentre as usuais destacam-se:

a) Manipulação dos Dados (*Data Diddling*): a fraude é realizada pela transformação dos dados primários ou durante a sua inserção na memória. Geralmente, ocorre por intermédio de quem tem acesso à criação, ao transporte, à codificação, ao registro, ao exame e ao controle dos dados inseridos no computador.

b) Cavalo de Tróia (*Trojan Horse*): consiste na inserção sub-reptícia de instruções em um programa. Assim o computador segue funções não autorizadas, permitindo que o programa realize também os objetivos já projetados.

c) Técnica do Salame (*Salami Techniques*): é uma fraude em que se opera a subtração de pequena soma em uma enorme quantidade de créditos. O programa autoriza o crédito de todas as frações em favor de determinada conta, controlada pelo delinqüente.

d) Superzapping: implica o uso abusivo dos programas de utilidade, com o fim de modificar, alterar, causar danos a programas e arquivos, além de “pregar” (*inchiodare*) o sistema inteiro. O nome deriva do programa *Superzap*.. Houve registro dessa modalidade na Grécia: um jovem supervisor de um banco aumentou seu patrimônio com dinheiro proveniente dos clientes do banco. Em seguida, usou o *Superzap* para modificar o conteúdo do registro do lançamento do sistema e, sucessivamente, destruir os traços da sua fraude. O crime foi descoberto por acaso quando um cliente se lamentou por um débito.

e) Trap Doors ou Emergency Exit (alçapão, armadilha): na primeira experimentação de um novo programa, é deixada uma espécie de “abertura” no sistema. Essa abertura permite ao programador realizar eventuais correções no sistema, mas deveria ser eliminada na programação final. Não o fazendo, permite que o programador possa manipular o programa posteriormente. Um programador de sistema em um serviço de rotina descobriu essa armadilha, que permitia ao responsável pela instalação o acesso a uma parte da memória do computador, usando gratuitamente os seus dados.

f) Bomba Lógica (*Logic Bomb*): é inserido num outro programa um programa secreto ou de difícil identificação, que é ativado automaticamente ao verificar-se determinada condição ou sob determinada rechamada. A ativação permite o acesso, de outro modo não permitido, aos programas do sistema, alterando o conteúdo.

g) Ataque Assíncronico (*Asynchronous Attack*): o software não desenvolve contemporaneamente todas as operações preordenadas, mas age de modo assíncronico. Assim, é possível inserir-se nos intervalos para ter acesso ao software do sistema. Isso feito, o operador abusivo poderá mover-se no sistema nos momentos dos intervalos para finalidades ilícitas.

h) Scavenging (*Raccolta di Rifiuti* ou Coleta de Refugos): é proporcionado pela negligência do usuário. A coleta de informações é feita com a reutilização do material provisório lançado fora após o uso.

i) Data Leakage: consiste na remoção dos dados, ou sua cópia, efetuada por meio de instrumentos técnicos freqüentemente bem escondidos na máquina.

j) *Piggybacking and impersonation* (menino sobre as costas e imitação): com o *piggy back* inserem-se dados abusivamente na linha de comunicação entre o computador e o usuário, apossando-se do código de utilização, para operar contextualmente ou sucessivamente com finalidade pessoal.

O *impersonation* se verifica quando alguém não autorizado substitui abusivamente outro para operar em um sistema informático que lhe está vedado. Em 1984, três indivíduos reproduziram 1000 cópias de uma carta de crédito de um estudante, sacando 300 milhões de liras, por meio do sistema *off-line* de um banco, em várias cidades do norte da Itália. Desde então, o sistema Bancomat italiano passou a ser *on-line*.

k) *Simulation and Modeling*: verifica-se no caso em que um computador, por causa de sua notável capacidade simulativa ou elaborativa, venha sendo utilizado para a planificação de um esquema complexo de delito.

l) *Worm* (Verme): é um programa que se esconde na memória do computador com a função de recriar uma memória inativa e, por conseguinte, de escrevê-lo na memória do computador fino a que o sistema se bloqueia, entrando em *tilt*. O segmento reconstruído do programa permanece em comunicação com aquele do qual deriva. Em fevereiro do ano passado, surgiu o vírus Anna Kourkinova. O vírus vinha embutido em mensagens de *e-mail* que carregavam anexa a fotografia da tenista. O vírus, modalidade do *Worm* (Verme), era ativado quando se tentava abrir o anexo. O ataque aos computadores ocorreu por meio do *Outlook Express* da Microsoft, ele tinha a aptidão de escavar os dados, transmitia-se a todos os nomes do caderno de endereços de e-mail do usuário. Não causava danos aos computadores nem a seus arquivos eletrônicos, mas enviava tantas cópias de si mesmo para tantos computadores que a inundação de centenas de milhares de *e-mails* sobrecarregaram alguns sistemas de correio eletrônico a ponto de colapso. A velocidade com que se espalhou – afetando mais de um milhão de micros em menos de 24 horas - serviu de alerta sobre os perigos potenciais de viver num mundo em rede. Caso semelhante ocorreu em maio de 2001, com o vírus *Homepage*, que atingiu 10 mil computadores.

m) *Sabotagem*: é qualquer ação de distúrbio ou de danificação, realizada para obstaculizar o normal desenvolvimento de um trabalho. Distinguem-se a sabotagem física, lógica ou psicológica. A primeira acarreta a danificação física da fonte (*resource*), como a destruição do suporte magnético que contém os dados; a lógica tende à alteração ou à destruição dos dados com o fim de danificar o curso normal do trabalho; a psicológica visa à deterioração mental do con-

sumidor e é usada em uma fase preliminar de uma sucessiva sabotagem de outro gênero, ou de um outro tipo de crime.

4 Classificação dos crimes

Ainda não há consenso na classificação dos delitos de informática. Existem várias maneiras de conceituar tais condutas. A mais aceita é a defendida por HERVÉ CROZE e YVES BISMUTH, que distinguem duas categorias de crimes informáticos:

a) os crimes cometidos contra um sistema de informática, seja qual for a motivação do agente; e

b) os crimes cometidos contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema de informática.

Nos primeiros, temos o delito de informática propriamente dito, aparecendo o computador como meio e meta, podendo ser objetos de tais condutas o computador, seus periféricos, os dados ou o suporte lógico da máquina e as informações que guardar.

Nos segundos, o computador é apenas o meio de execução, para a consumação do crime-fim, sendo mais comuns nessa espécie as práticas ilícitas de natureza patrimonial, as que atentam contra a liberdade individual e contra o direito do autor.

Na doutrina brasileira, tem-se asseverado que os crimes informáticos podem ser puros (próprios) e impuros (impróprios). Serão puros ou próprios, no dizer de Damásio de Jesus, aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens não-computacionais ou diversos da informática.

Para Luiz Fávio Gomes, os crimes informáticos dividem-se em crimes contra o computador e crimes por meio do computador, em que este serve de instrumento para a produção da lesão ou o atingimento da *meta optata*. O uso indevido do computador ou de um sistema informático (em si um fato “tipificável”)

servirá de meio para a consumação do crime-fim. O crime de fraude eletrônica de cartões de crédito serve de exemplo.

5 A Ordem Tributária e o crime previsto no art. 2º, V, da Lei nº 8.137/90

Diz a Lei 8.137/90, em seu art. 2º, inciso V, que constitui crime utilizar ou divulgar programa de computador que permita aos sujeitos passivos das obrigações tributárias possuir informação contábil e fiscal diversa daquela que é legalmente exigida pela fazenda pública.

A criminalização dessa conduta é uma inovação trazida pela Lei 8.137/90. Embora no período compreendido entre o início da década de 90 do século XX e os dias que correm tenhamos assistido ao incremento das tecnologias na área da informática e já seja possível mesmo perceber um certo atraso da legislação penal em sede de crimes eletrônicos e crimes praticados pela rede mundial de computadores, produzindo novas e incríveis modalidades de danos e lesões, sem a corresponde previsão tipológica, o fato é que, em termos de proteção da ordem tributária continuamos dispondo desse artefato penal do limiar da década de 90 do século passado, tempo em que o legislador federal não podia supor que os computadores chegariam a ostentar a condição de agente duplo, ora a beneficiar a fazenda pública, ora a ser a máquina esfinge - ou é decifrada, ou então converte-se em devoradora dos créditos tributários pelas possibilidades de ocultação da verdade que ela enseja e facilita.

Não antevendo a potencialidade lesiva que os programas de computador poderiam causar, mediante a criação de espetaculares expedientes para defraudação em prejuízo da tributação e conseqüentemente em prejuízo da sociedade que é titular do direito à boa ordem tributária, o legislador acabou estipulando reprimenda penal bastante branda, a nosso sentir, para aqueles que utilizam ou divulgam programas aptos a permitir a oferta de informação contábil diversa daquela que o contribuinte deve manter para ser submetida à fiscalização fazendária.

Convém desde já esclarecer que o tipo penal sobre o qual vamos discorrer é de natureza formal, dispensando, portanto, para sua consumação, que o contribuinte efetivamente deixe de recolher tributos e mesmo que o contribuinte não seja flagrado usando o artefato eletrônico para ocultar a informação do fisco, o simples fato de produzir artefato capaz de se enquadrar na descrição da lei, já

perfectibiliza a conduta prevista no inciso V do art. 2º da Lei 8.137/90.

Voltando à definição, o tipo penal estabelece que “utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública”, constitui crime contra a ordem tributária, com previsão de 6 meses a 2 anos de pena de detenção.

A Lei nº 9.609/98 define em seu art. 1º o que deve ser entendido por programa de computador, elucidando, assim, a semântica adequada para tal elemento do tipo:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Desse modo, caso o sujeito passivo da obrigação tributária alcance o resultado consistente na evasão tributária mediante a utilização desse meio, terá realizado a conduta tipificada no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90, ou no art. 337-A do CP (conforme o objeto material sobre o qual recaia a conduta consista em um tributo, estritamente considerado, ou em uma contribuição social), sendo a conduta instrumental absorvida no concurso aparente de leis, mediante o critério da consumação.

Porém, caso o agente apenas realize a conduta instrumental apta a suprimir ou reduzir tributo, mediante a utilização ou a divulgação de programa de computador, mas sem que o sujeito passivo da obrigação tributária tenha dele se utilizado efetivamente, então o fato será tipificado (de forma subsidiária), no inc. V do art. 2º, que configura um tipo especial (devido à especialidade do meio) em relação ao tipo descrito no inc. I do mesmo dispositivo.

5.1 Sujeito Ativo do crime

A conduta consistente na utilização do programa pode ser realizada diretamente pelo sujeito passivo da obrigação tributária ou mediante preposto (autoria mediata). Além disso, o *software* também pode ser usado por profissional liberal

encarregado pela escrituração contábil do sujeito passivo da obrigação tributária, pois o crime não é classificado na modalidade própria (a qual exige uma característica especial do sujeito ativo). De igual importância e repercussão, sob o ponto de vista penal, é o domínio do fato “fraude do software do ECF pelos técnicos que têm credenciamento para manutenção e ou conserto do aparelho (onde fecham as aspas?). A consciência da ilicitude credenciará o técnico à condição de co-autor do crime de sonegação perpetrado pelo devedor tributário.

Importante ressaltar que o agente da conduta que realiza o verbo nuclear “divulgar” e que realiza essa ação pode ser tanto o fornecedor do produto (mesmo que o faça nas modalidades informal ou eventual) quanto o agente que leva a público o conhecimento sobre sua existência ou suas características.

5.2 Concurso de Agentes

A utilização como a divulgação do programa de processamento de dados podem ser condutas realizadas por mais de um agente. Podendo haver, conforme a habitualidade e o número de pessoas envolvidas no fornecimento do produto criminoso, a formação de quadrilha.

5.3 Elementos Objetivos do Tipo

Consiste, na modalidade de utilizar, não apenas na detenção do *software*, mas em seu emprego efetivo, pois neste caso a mera posse não configura elemento do tipo.

A divulgação do *software* é a comunicação de sua existência e finalidade e utilidade para outras pessoas, com a intenção de fornecimento. Consiste na divulgação comercial, ainda que eventual, com o fito mercantil.

O sujeito passivo da obrigação tributária pode ser o contribuinte ou responsável que, além da obrigação de recolher os tributos e as contribuições respectivas, deve manter escrituração contábil (e fiscal) das operações mercantis realizadas no exercício de sua atividade.

O tipo não se refere especificamente à espécie do objeto material sobre o qual recai a conduta, desse modo abrange todas as espécies tributárias, tributos

estritamente considerados, assim como as contribuições sociais. Portanto, seu âmbito de abrangência inclui a utilização do *software* que possibilite a escrita paralela com a finalidade de evasão, tanto de tributos quanto de contribuições.

Deve-se entender por informação contábil a escrituração fiscal exigida pela legislação tributária pertinente a cada espécie tributária, além da escrituração comercial. Conseqüentemente, há no tipo uma configuração estruturada em norma não penal, constituindo-se, portanto, em lei penal em branco.

O elemento normativo do tipo “Fazenda Pública” adotado na redação do tipo penal deve ser entendido como sendo o sujeito passivo da obrigação tributária, personificado, desse modo, na entidade tributante titular do crédito que possui, portanto, a capacidade para a arrecadação e a fiscalização tributária, também denominado, de forma genérica, como “Fisco”.

5.4 Elemento Subjetivo da Conduta

A divulgação deve ser orientada à finalidade comercial de modo a levar ao conhecimento de compradores e interessados, a existência e finalidade do produto, no caso *software* para ECF contendo burlas ao definido pelo fisco, com a viabilização para fornecimento.

A utilização deve visar a um sentido finalístico determinado, consistente na intenção de proporcionar condições para implementação de posterior evasão tributária, mediante a utilização do respectivo meio fraudulento (pois se trata de conduta instrumental, da forma semelhante à tipificada no inc. I do art. 2º).

5.5 Consumação e Tentativa

Já se relevou o fato de tratar-se de crime de natureza formal, porque se consuma com a execução da conduta, independentemente de eventual ocorrência (ou não) do resultado que orientou finalisticamente o comportamento (consistente na evasão tributária ou no fornecimento do produto a terceiro).

Há ainda que realçar tratar-se de crime de perigo abstrato (posto não ser necessária a verificação concreta da probabilidade de ocorrência do resultado visado pelo agente, que orientou teleologicamente a ação).

Há que relevar, também, o fato de que, conforme seja realizada a conduta, o crime pode se configurar na forma instantânea ou permanente, dependendo sempre da reiteração do agir do agente.

É claro que a habitualidade não é elementar do tipo e assim a realização de um único ato de execução já é suficiente para a configuração do crime (caracterizando crime instantâneo, embora produtor de efeitos permanentes).

5.6 Concurso de Agentes

Pode haver a responsabilização penal do desenvolvedor do *software* não apenas no inciso V do art. 2º da Lei 8.137/90, mas nas sanções do art. 1º da referenciada lei, caso o sujeito passivo da obrigação tributária, usuário do *software*, portanto, efetivamente suprimir ou reduzir o recolhimento do tributo por meio de fraudes resultantes da utilização do *software* então concebido para permitir a evasão criminosa do tributo. Desse modo, haverá concurso de agentes entre os produtores do software e os usuários.

A realização da conduta “utilizar” configura fato típico subsidiário ao descrito nos arts. 1º, *caput*, da Lei nº 8.137/90, e 337-A do CP, pois esse crime consuma-se com a ocorrência de eventual resultado, consistente na evasão proporcionada pela fraude decorrente da utilização do programa de processamento de dados (que é o instrumento ou meio fraudulento).

Referente ainda à modalidade da conduta “utilizar”, o tipo é especial em relação ao previsto no art. 2º, I, pois a fraude é perpetrada mediante a utilização de um meio específico, consistente no *software*, motivo pelo qual também não há concurso de crimes entre tais condutas, mas concurso aparente de leis, cuja solução decorre da aplicação do critério da especialidade.

6 Referências

BRASIL, Angela Bittencourt. *Informática jurídica: o ciberdireito*. Rio de Janeiro: edição da autora, 2000.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. *Crimes de informática*. In www.jus.com.br, acessado em 11.6.2003.

- EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.
- FERREIRA, Ivete Senize. *A Criminalidade Informática*, in *Direito e Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, Bauru (SP), Edipro, 2000).
- GATES, Bill. *A estrada do futuro*. Tradução de Beth Vieira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- GERMAN, Christiano. *O caminho do Brasil rumo à era da informação*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Atualidades criminais (1)*. In www.direitocriminal.com.br, 20.5.2003.
- GOODELL, Jeff. *O pirata eletrônico e o samurai: a verdadeira história de Kevin Mitnick e do homem que o caçou na estrada digital*. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRECO, Marco Aurélio & MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenadores). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: RT, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TIEDMANN Klaus. *Poder econômico e delito*. Traduzido por Amélia Mantilla Villegas, Barcelona, 1985, *apud* LUIZ GUILHERME MOREIRA PORTO – “Fraude Informática”, ob. coletiva Comércio Eletrônico, coordenadores Ronaldo Lemos da Silva Júnior e Ivo Waisberg, co-edição IASP e Ed. RT. S. Paulo
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LUCCA, Newton de & SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.
- ORWELL, George. 19. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.
- ROVER, Aires José Rover (organizador). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- SCHOUERI, Luís Eduardo (organizador). *Internet: o direito na era virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A DESNECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Marina Luz de Andrade d' Eça Neves
Assessora Jurídica do MPSC junto ao Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

O tema proposto é a questão do exaurimento do processo administrativo fiscal ser, ou não, condição de procedibilidade da ação penal pública incondicionada, nos crimes contra a ordem tributária, em razão de alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus*, decidirem que o Ministério Público está obrigado a aguardar o término do processo administrativo para oferecer denúncia pela prática de crimes tributários.

Ora, a Constituição Federal, no início, art. 2º, já, para demarcar a estrutura dos poderes, encampou: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Isso quer dizer claramente que os poderes, no exercício de suas atribuições próprias, não precisam de autorização, nem sequer consultar outros órgãos, quem dirá esperar decisão administrativa, para exercer suas prerrogativas constitucionais.

O procedimento administrativo de apuração de débitos fiscais não constitui condição de procedibilidade para instauração e prosseguimento da ação penal.

Como cita Cláudio Fonteles¹,

De assentar-se, pois que, nos delitos cogitados, a ação penal pública é incondicionada: o que significa dizer que – titular privativo de sua promoção (CF, art. 129, I) – pode o Ministério Público propô-la, independentemente de qualquer iniciativa condicionante da administração tributária – a qual, pelo contrário, está vinculada ao atendimento da requisição de documentos e informações que, para instruir eventual denúncia, por aquele lhe sejam endereçadas (LC 75, art 8º, II; Lei 8.625, art.26, I).

Esse é o entendimento, hoje, majoritário do STJ, que, nos HC 31333/PE² e HC 21930/RJ³, respectivamente, decidiu:

PROCESSO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. AÇÃO PENAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXAURIMENTO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO.

O procedimento administrativo de apuração de débitos fiscais não constitui condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, à vista da independência entre as instâncias civil, administrativa e criminal. Precedentes.

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.** IMPUTAÇÃO GENÉRICA. CRIME SOCIETÁRIO. ATIPICIDADE.

1. A instância penal, em se tratando de delito tributário, independe da instância administrativa. (grifo nosso)

A questão, há muito tempo, é discutida, ora fundamentando-se pelo art. 11,

-
- 1 FONTELES, Cláudio. *A Constituição do Crédito Tributário não é Condição Objetiva De Punibilidade aos Delitos Contra a Ordem Tributária*, Revista dos Tribunais, p. 492/497, 2fev.
 - 2 Publicado no DJ de 26 de abril de 2004. Relator Min. Paulo Medina, julgado em 16 de março de 2004.
 - 3 Publicado no DJ de 15 de dezembro de 2003. Relator Min. Hamilton Carvalhida, julgado em 21 de outubro de 2003.

§ 3º, da Lei nº 4.357/64⁴, que acabou por originar a Súmula 609 do STF⁵, ora pelo art 83⁶ da Lei nº 9.430/96, que tentou coibir a ação do Ministério Público por meio de uma condição para a ação penal pública incondicionada, relativa aos crimes contra a ordem tributária.

O art. 83 da citada Lei foi atacado pela ADIN nº 1.571-1⁷, que restou declarado constitucional, porém, com o epílogo que:

Não cabe entender que a norma do art. 83 da Lei nº 9.430/1996 coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, **pelos mais diversificados meios de sua ação**, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, **não ficando impedido de agir, desde logo**, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. O art. 83, da Lei nº 9.430/96, **não define condição de procedibilidade** para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público [...].

[...] A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, **em nada afetando a atuação do Ministério Público**. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. (grifo nosso).

Além do STF, na época, já decidir, no HC 75723-SP⁸, que o citado art. 83 da Lei nº 9.430/96 não restringiu a ação do Ministério Público.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REPRESENTAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO CURSO DA

4 Art. 11... § 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa. Lei nº 4.357 de 16 de julho de 1964.

5 É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

6 A representação fiscal, para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

7 Publicado em 30 de abril de 2004. Relator Min. Néri da Silveira, julgado em 10 de dezembro de 2003.

8 Publicado em 6 de fevereiro de 1998. Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 18 de novembro de 1997.

ACÇÃO PENAL: DECISÃO DEFINITIVA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. Lei 8.137, de 1990, artigos 1º, 2º e 14; Lei 8383, de 1991, artigo 98; Lei 9249, de 1995, art. 34; Lei 9430, de 1996, art. 83 e seu parágrafo único. I - A representação fiscal a que se refere o **art. 83, da Lei 9.430/96**, estabeleceu limites para os órgãos da administração fazendária, ao determinar que a remessa ao Ministério Público dos expedientes alusivos aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90, somente será feita após a conclusão do processo administrativo fiscal. **Todavia, não restringiu o citado dispositivo legal a ação do Ministério Público** (C.F., art. 129, I). II. - Precedente do STF: ADIn 1571-DF (medida cautelar), Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, 20.03.97.

A decisão administrativa enseja, inclusive, a convicção do *quantum* de tributo reduzido ou suprimido pelo contribuinte. Então se suas decisões fossem condição para a ação penal, aquelas teriam o poder de produzir extrajudicialmente coisa julgada, já que teoricamente todas as provas e ações já teriam sido exauridas, o que ainda levaria o Poder Judiciário a posição de órgão estatal inferior, levando-o a aceitar a interpretação e as deliberações das autoridades fazendárias.

Lembrando-se que tanto as autoridades fazendárias quanto os contribuintes socorrem-se do Judiciário para decisões finais sobre créditos tributários, já que é, na esfera penal que acontece a colheita exaustiva de provas pelos peritos, da Polícia Judiciária, do Ministério Público, das investigações policiais, das buscas e apreensões e de outros meios não colocados à disposição do órgão administrativo, (estou em dúvida com relação à colocação das vírgulas, “peritos da Polícia Judiciária, do Ministério Público, das investigações policiais ?) levando a mesma infração a largas e comprovadas provas de materialidade e autoria, bem como da antijuricidade e culpabilidade, fundamental nos delitos praticados com fraude.

O STJ, julgando o HC 16282/RJ⁹, consubstancia:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO, SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 83 DA LEI 9.430/96. AUTO DE INFRAÇÃO. PROPOSITURA DA ACÇÃO PENAL. **DESNECESSIDADE DO JULGAMENTO DO**

9 Publicado em 26 de abril de 2004, p. 181. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 23 de março de 2004.

CONTRIBUINTE NA VIA ADMINISTRATIVA.

CITAÇÃO EDITALÍCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DOS RÉUS. IMPROCEDÊNCIA.

1. Denúncia que descreve, adequadamente, fatos que, em tese, consubstanciam a prática de crime contra a ordem tributária.

Atendimento aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

2. O art. 83, da Lei 9.430/96 não criou qualquer condição de procedibilidade à atuação do Parquet. Precedentes do STJ.

3. A instância penal, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, independe da instância administrativa.
(grifo nosso)

É inaceitável que, nos casos de fraudes detectadas *primo oculi* pelo fisco e pelo Ministério Público como nos casos dos tipos penais previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, em que os sonegadores utilizam notas calçadas, vendas sem nota fiscal, uso de documentos falsos e escrituração de valores inferiores em livros e documentos, que o recurso administrativo tolha a propositura ou o andamento de uma ação penal calcada em provas fáticas, passíveis de condenação por práticas defraudatórias, conforme a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

A propósito, a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, hoje assim chamada, teve seu objeto jurídico tutelado modificado, já que antes era Lei dos Crimes de Sonegação Fiscal, para ampliar sua atuação, atingindo o interesse público da coletividade, ultra ou meta individual, merecendo um rigor maior na sua aplicação.

Nenhuma decisão que fira direito público ou privado poderá ser afastada do crivo do Poder Judiciário, como garante o art. 5º^o10, inciso XXXV, da CF/88, assim a própria sentença do julgador administrativo, por não ser **IMUTÁVEL**, está sujeita à reforma pelo Judiciário, desde que provocada pela Procuradoria-Geral do Estado ou Ministério Público na defesa da ordem tributária ou do patrimônio público, atribuição cometida a estes. (?)

Não existe dispositivo legal, com exceção das hipóteses previstas pelos

10 Art. 5º XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

artigos 93¹¹ e seus parágrafos do Código de Processo Penal e art. 116¹² do Código Penal, determinando que o Juiz Criminal, diante de provas exatas, com relação à autoria, antijuridicidade e culpabilidade, produzidas em inquérito policial e na ação penal, não possa exercer o *jus puniendi* diante de recurso administrativo público em andamento.

A Lei nº 8.137/90 dispõe de forma redundante, em seu art. 15¹³, que os crimes contra a ordem tributária, previstos no seu texto, são de ação penal pública.

Andréas Eisele afirma categoricamente que “A propositura da ação penal para a persecução de autores de fatos que configurem crimes contra a ordem tributária é pública incondicionada, eis que nenhuma exceção fora prevista.”¹⁴

Aliás, se os legisladores julgassem convincente e apropriado que a esfera administrativa fosse realmente um pressuposto para a deflagração da ação penal, teriam feito isso de uma forma clara, expressa e objetiva, retirando dos juristas qualquer possibilidade de argumentação contrária, já que o art. 83 da Lei nº 9.430/96 deixa luzente que a condição é para a representação, não proibindo a deflagração, pelo Ministério Público, da ação baseada em prova obtida por outra forma ou por ele requisitada à autoridade fiscal.

11 Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

12 Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

13 Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

14 Eisele, Andreas. *A Representação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, maio. 1999.

A propósito o STJ, no julgamento do HC 26697/SP¹⁵, assentou:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO. DISCUSSÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TÉRMINO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA PERSECUTIO CRIMINIS. **ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA INDEPENDENTES. VIA INADEQUADA. EXAME NECESSÁRIO E APROFUNDADO DAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.**

No plano de procedimento fiscal, a decisão dele esperada, pelo menos em princípio, **não produz o comprometimento da análise judicial precedente, sobretudo porque a falta de dispositivo legal impede a hipótese reducionista.**

A diversidade dos fatos e das avaliações sob os aspectos administrativo e penal, tendo finalidades disformes (aplicar multa e aplicar pena), compele-nos dizer que o convencimento de uma e de outra órbita possa sustentar-se por pilares aparentemente diferentes, onde a visualização da conduta e suas conseqüências perfaçam caminhos muitas vezes próprios e dicótomos.

O que vale ressaltar apenas, no primeiro momento, é a identificação do mesmo fato no sentido da autuação fiscal, sujeita ou não a discussões posteriores.

A esse aspecto, é preciso lembrar que **se houvesse qualquer subordinação da atividade penal em relação a procedimento fiscal, a lei o teria dito textualmente.** Ademais, o entendimento a favor da prejudicialidade, impedindo a seqüência natural da persecutio criminis, converte a atividade do contribuinte num poder contrário aos ditames do bom senso, **visto que o Estado estar-se-ia envolto a infundáveis polêmicas introdutórias com as quais se engessaria qualquer atividade punitiva. Seria, em verdade, um desestímulo ao intuito arrecadatório, pois, bastava a simples discussão administrativa para interromper, sabe lá por quanto tempo, a pretensão punitiva estatal.**

A superação dos óbices quanto ao entendimento da

15 Publicado no DJ de 15 de dezembro de 2003. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 25 de novembro de 2003.

prejudicialidade, haja vista que promove a indicação de ter ou não o contribuinte procedido com fraude, além de ter sonegado ao recolhimento do tributo devido, atraindo, e não há dúvida disso, o exame correspondente do material probatório.

Seria, em outras palavras, um despropósito, num caminho tão diminuto, frear a possibilidade de o Estado ver discutido tema por demais intrincado, dependente, em todo caso, da atividade cognitiva plena. (grifo nosso).

Alastrando-se essas suspensões reiteradas de ações penais contra sonegadores, teremos um verdadeiro incentivo à prática de crimes contra a ordem tributária, levando vários contribuintes processados pelas mais diversas práticas defraudatórias contra o erário, a buscar guarida nos Conselhos de Contribuintes, com recursos puramente protelatórios para sobrestarem o andamento das ações penais.

Poder-se-ia até imaginar que contribuintes já condenados por crime de sonegação fiscal, com sentença ainda não transitada em julgado, viessem a recorrer administrativamente visando unicamente a trancar e retardar o prosseguimento da ação penal, da apelação ou até mesmo da execução da pena.

Ademais, o mesmo recurso apresentado pelo contribuinte ao órgão administrativo julgador pode ser juntado à ação penal, para formação da convicção do juiz, podendo ou não concordar este com a decisão daquele.

Sem esquecermos que mesmo suspensa a prescrição penal, não há como a Justiça Criminal acelerar o julgamento do recurso administrativo, que pode e habitualmente leva muitos anos, resultando na impunidade de sonegadores e no abrandamento da vontade de punir do Estado e da sociedade.

E não é difícil ocorrer que o mesmo réu que fora beneficiado pela suspensão do processo e da prescrição venha, após decisão administrativa condenatória e o andamento do processo, requerer a extinção da punibilidade, caso já decorrido o lapso prescricional, alegando que a prescrição não poderia ter sido suspensa por falta de previsão legal ou não utilização em espécie dos princípios dos artigos 116 do Código Penal e 93 do Código de Processo Penal, os quais prevêm essa modalidade.

Recentemente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina consolidou o entendimento da independência da esfera administrativa e penal, por meio do HC

2004.013052-0¹⁶:

HABEAS CORPUS. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, TENDO EM VISTA A INEXISTÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL EM QUE SE DISCUTE O DÉBITO TRIBUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA. **INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL**. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

O procedimento administrativo-fiscal não constitui pressuposto ou condição de procedibilidade da ação penal, ou de instauração de inquérito policial, para apurar o delito de sonegação fiscal' (STF – RHC – Rel. Xavier de Albuquerque – RT 549/433). (Franco, Alberto Silva; Ninno, Jefferson; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar, e Ninno, Wilson, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 7. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 663).

Por isso, deve ser estabelecido que não está o Ministério Público submetido ao término, ou ao resultado do processo administrativo, desde que o delito tributário revista-se de indícios fortes de autoria e materialidade. A única hipótese em que pode ser conveniente aguardar-se a decisão administrativa seria no que tange à discussão sobre a ocorrência do fato gerador do tributo ou qual Fisco (estadual, federal ou municipal) é credor daquele tributo. No mais, discutem-se em recurso administrativo temas que versem sobre o *quantum* lançado, forma de cálculo ou arguição de vícios formais, situações estas que não descaracterizam, em nenhuma circunstância, a ocorrência do crime. Assim, com exceção da não incidência de tributo, óbvio que pode ser a notificação fiscal anulada por outra razão, mas presentes todos os elementos constitutivos do tipo penal tributário, deve haver a deflagração da ação penal.

Este entendimento o próprio STJ define como firmado no RHC 13995/ES¹⁷:

16 *Habeas corpus* n. 2004.013052-0, de Blumenau. Julgado em 15 de junho de 2004. Relator: Des. Sérgio Paladino.

17 Publicado no DJ 15/9/03, p. 330. Relator Min Laurita Vaz. Julgado em 5/8/03.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA. INDÍCIOS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRECEDENTE DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...] que tem entendimento firmado quanto à absoluta independência entre as esferas administrativa e penal [...].

Ainda, segundo Andreas Eisele¹⁸, “nenhuma das hipóteses em que o Estado condiciona sua atuação na área criminal, o faz por incerteza da ocorrência do fato ou sua qualificação jurídica, pois tal é requisito para a própria atuação penal.”

Não deve ser esquecido que o que se busca na esfera criminal é a prova da ocorrência do fato criminoso, o que pode ser feito, inclusive, sem a notificação fiscal. O ato fiscal pode ser combatido administrativamente, mas a prova do crime tributário pode estar presente, independentemente de discussão em esfera não judicial. O *quantum* sonogado diz respeito ao credor do tributo, que deve reaver o seu crédito, na forma e nos termos da lei.

Certo que o exercício do recurso administrativo é um direito subjetivo do contribuinte, mas a dependência da instância administrativa, antes de tudo, é um incentivo à impunidade.

18 EISELE, Andreas. *A Representação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, p. 21-30, maio. 1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPARAÇÃO TOTAL DO DANO, COMO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95, EM SEDE DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Ivo Silveira Filho

Técnico do MPSC junto ao Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

No mundo real, a sociedade necessita sempre de respostas aos conflitos que decorrem das relações entre as pessoas, positivando o Estado regras para disciplinar essas relações. Como instrumento punitivo e reparador, o direito penal e o processual penal não fogem à regra.

No que concerne à política prisional, o Estado Brasileiro optou, observados os requisitos legais, pelo não encarceramento, podendo o estado juiz, pelas regras dos arts. 77 e seguintes do Código Penal, suspender *condicionalmente* as penas privativas de liberdade, dentro dos limites, preenchidos os requisitos e observadas as condições estabelecidas naquele código, e pela sentença.

Na mesma esteira, optou o legislador brasileiro, para os crimes considerados de menor lesividade, pela Suspensão *Condicional* do Processo, desde que oferecida pelo representante do Ministério Público, também dentro dos limites, preenchidos os requisitos e observadas as condições estabelecidas pela Lei nº 9.099/95 e pelo despacho que homologa a suspensão condicional do Processo.

Como inicialmente colocado, os conflitos que surgem das relações entre as pessoas é que necessitam de uma resposta pelo estado-juiz, e com este propósito é que estas reflexões trazem a tona a discussão sobre reparação do dano, como condição a ser implementada durante o período de prova, nos casos de processos suspensos condicionalmente referentes a débitos tributários parcela-

dos pelo fisco por período superior ao período de prova previsto no Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Da reparação do dano na Suspensão Condicional da Pena

No Código Penal, o legislador já contemplava a reparação do dano para a concessão da suspensão condicional da pena, igualmente, é uma das condições a serem cumpridas, desde que possível, por aquele beneficiado com a suspensão condicional da pena (*sursis* especial, art. 78, § 2º, do Código Penal), ou seja, o instituto é precursor da necessidade, para obter o benefício da suspensão do cumprimento da pena privativa de liberdade, do acusado/condenado de reparar o prejuízo causado, desde que tenha condições para tal.

Observa-se, desde a criação desse instituto, o despertar do Estado brasileiro para a desnecessidade do encarceramento, para o direito penal dar uma resposta à sociedade, como reprimenda aos condenados com penas privativas de liberdade não superiores a dois anos, observados requisitos como a reincidência, a culpabilidade e os antecedentes do condenados. Porém, os condenados por atos social e legalmente reprovados não pediriam simplesmente, a partir dessa opção pelo não encarceramento, para deixar de receber a sanção estatal.

Cuidou o legislador de estabelecer, no art. 78 do Código Penal, condições obrigatórias a serem observadas e cumpridas pelo condenado, e não as limitou, podendo o juiz especificar outras condições (art. 79 do CP), que a suspensão estará condicionada, as quais uma vez determinadas, deverão ser obrigatoriamente observadas e cumpridas, juntamente com todas as condições obrigatórias.

Dentro das condições obrigatórias, encontra-se elencada a reparação do dano, que deverá, como condição obrigatória, sempre ser observada e cumprida pelo condenado, salvo impossibilidade comprovada de não poder fazê-lo.

Da reparação do dano na Suspensão Condicional do Processo

Fruto do disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei nº 9.099/95, demonstrou, novamente e de forma mais contundente, a opção do Estado Brasilei-

ro, na esteira do direito anglo-saxão, pelo não encarceramento, pela reparação de prejuízos e danos e pela composição entre autor e réu.

Assim a Lei nº 9.099/95, na parte que trata dos Juizados Especiais Criminais, previu o instituto da suspensão do processo, nos casos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; presentes, também, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal favoráveis.

Aceita, pelo acusado e seu defensor, a proposta oferecida pelo Ministério Público, aquele terá que cumprir, durante o período de prova, certas **condições obrigatórias**, sendo uma delas a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Então, a reparação total do dano não é condição para a concessão da benesse legal, mais sim uma condição imposta para ser cumprida durante o período de prova, para então, após o transcurso desse período e cumprimento da reparação do dano, ser extinta a punibilidade. Importa o inadimplemento da reparação do dano, durante o período de prova, na revogação obrigatória da suspensão processual, ressalvada como já mencionado, a comprovação pelo acusado da impossibilidade de reparar, sendo ônus da prova incumbência do autor do fato (art. 89, § 3º, da Lei supracitada).

Pois, se diferente fosse, haveria uma discriminação em razão das condições econômicas, o que seria uma afronta ao disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis* “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...].*”

E esse tem sido o entendimento da jurisprudência. Em acórdão proferido pela Colenda Primeira Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal, da lavra do Juiz Pires Neto, entendeu-se que:

O sistema inovado pela Lei nº 9.099/95, permitindo o tratamento benevolente para determinadas situações, não autorizou, todavia, a dispensa da reparação do dano causado pelo crime, a não ser diante da demonstração da impossibilidade de fazê-lo (art. 89, § 1º, inc. I). É fora de dúvida que essa condição não pode ser dispensada sem que tenha sido demonstrada tal impossibilidade, não bastando, por razões óbvias, a simples alegação do autor da infração, desacompanhada de prova segura e convincente, para que a reparação do dano possa ser dispensada.

Então, salvo hipótese do art. 89, § 1º, I, a reparação dos danos é condição indispensável, a ser implementada durante o período de prova.

Do dano em sede de crimes contra a ordem tributária

O dano causado pelo contribuinte que reduz/suprime tributo, ou deixa de recolher valor de tributo descontado e declarado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, nada mais é que o valor que deveria ser recolhido, pela ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, que por manobras daquele que legalmente deve recolher aos cofres públicos e não o faz, além do prejuízo economicamente não mensurável, ou pelo menos de difícil mensuração, pelo aviltamento da ordem tributária.

Obviamente que a exigência de reparação dos danos a que se deve tratar é o valor do tributo não recolhido, além dos acréscimos legais devidos em razão do inadimplemento ou da fraude, para que os recursos possam reverter em favor da coletividade.

Os valores subtraídos do povo, assim entendida a gama de serviços que deixam de ser prestados em razão da sonegação, passam a enriquecer o contribuinte, não cabendo, dessa forma, a impossibilidade de reparar o dano prevista no art. 89, § 1º, I, do Código Penal, pois o dano provoca, sim, o enriquecimento ilícito do agente.

Da obrigação de reparação total do dano em sede de crimes contra a ordem tributária, durante o período de prova

Como já mencionado, a Suspensão Condicional da Pena do Código Penal e a Suspensão Condicional do Processo da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais descrevem igualmente a necessidade da reparação do dano, como condição a ser implementada, obrigatoriamente, durante o período da suspensão, para ao final desse, supridas todas as condições, inclusive a reparação dos danos, ser decretada a extinção da punibilidade.

Casuísticamente, observa-se que o Promotor de Justiça, quando oferece a denúncia por crimes contra a ordem tributária, pelas condutas descritas no artigo

2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, propõe conjuntamente, desde que presentes os requisitos legais, a suspensão condicional do processo, a qual uma vez aceita, como já sabido, obriga o então denunciado às condições obrigatórias e facultativas determinadas pelo juiz durante o período de prova.

Ocorre que, no mundo real, ao qual inicialmente nos referíamos, muitos mecanismos criados sobre uma lógica aritmética demonstram brechas que possibilitam a ocorrência de situações que podem, se indevidamente interpretadas, auferirem resultados diversos da intenção da lei.

Então vejamos, o contribuinte que, por um período determinado, deixa de recolher tributo declarado é notificado pela fazenda pública e, permanecendo na inadimplência, é representado ao Ministério Público, que o denuncia pela prática do tipo penal descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, que, observando estarem presentes os requisitos do art. 77 do Código Penal, conjuntamente oferece a proposta de Suspensão Condicional do Processo, suspensão que é homologada pelo juiz, acarretando para o acusado a necessidade de apresentar-se periodicamente e demonstrar ao juiz a sua condição de adimplência.

Esse contribuinte pleiteia, ao fisco estadual, o parcelamento, por exemplo, em 100 (cem parcelas) dos débitos fiscais referentes à(s) Notificação(ões) Fiscal(is) denunciada(s), que então é deferido e é pago religiosamente durante o período de prova, que é expressamente limitado pelo artigo 89 da Lei nº 9.099/95, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, período bastante inferior ao prazo do parcelamento concedido.

Pelo que se depreende do caso ilustrado, o contribuinte não deixou de demonstrar, durante o período de prova, a sua situação de adimplência, contudo, não está satisfeita, ao final do período de prova, a condição obrigatória de reparação do dano.

Obviamente, que a comprovação de adimplência do parcelamento, por parte do contribuinte, não consubstancia a implementação da condição.

Conclusão

Como inicialmente proposto, essas considerações buscam elucidar uma situação específica de parcelamento de débito fiscal superior ao período de prova, na hipótese da Suspensão Condicional do Processo da Lei nº 9.099/95, e não

podemos nos furtar de trazer uma conclusão, que, acredito humildemente, poderá responder a indagação.

Como já esclarecido, o contribuinte comprovadamente adimplente com o parcelamento, para efeito da reparação de dano provocado, objeto da denúncia, cujo processo foi suspenso, sob o compromisso de ser integralmente implementado durante o período de prova, não o realizou, cabendo, em consonância com o §4º do art. 89 da Lei 9.099/95, a revogação da Suspensão Condicional do Processo antes do término do período de prova, sob pena de ser decretada a extinção da punibilidade, e deverá a ação penal seguir os trâmites normais do processo penal.

TROPEÇOS CRIMINAIS DO ESTATUTO DO IDOSO

Marcelo Gomes Silva
Promotor de Justiça – SC

A Lei nº 10.471/03, conhecida como Estatuto do Idoso, dispôs, a partir do art. 96, sobre crimes em espécie praticados contra as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Quer parecer que o espírito do legislador foi de agravar as condutas delituosas já existentes no Código Penal bem como criar novos tipos que abarcassem todas as práticas ofensivas aos idosos.

Em alguns aspectos, o Estatuto acertou. Em outros, porém, a criação de novas condutas delitivas e, conseqüentemente, suas respectivas reprimendas, não levou em consideração as já existentes no Código Penal, resultando no abrandamento de algumas penas.

Vejamos alguns exemplos.

O art. 98 do Estatuto é assim descrito:

“Art. 98 - Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.”

A nova Lei criou um tipo especial de abandono. No Código Penal o fato é incriminado no art. 133 que assim prevê:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

Verifica-se, portanto, que o novo diploma excluiu as causas de aumento de pena. Pode-se imaginar a situação do filho que deixa de prover as necessidades básicas do seu pai, idoso, resultando em perigo de vida (lesão corporal de natureza grave). Aplicando-se a norma anterior ter-se-ia uma pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos, com um aumento de um terço. Agora, ela varia entre 6 (seis) meses e 3 (três) anos.

Por seu turno, o art. 99 do Estatuto assim dispõe:

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado.

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

O tipo é uma forma especial do crime de maus tratos previsto no art. 136 do Código Penal, cujas penas são, exatamente, as mesmas. Ou seja, não houve evolução nenhuma com o advento do novo diploma.

O equívoco apontado no art. 100, que assim prevê: “Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa”, encontra-se em seu inciso “V”: “recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público”.

Ocorre que a conduta já era descrita na Lei nº 7.347/85, que possui a seguinte redação:

“Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.”

Mais uma vez, a sanção anteriormente prevista teve redução no seu *quantum*.

Já o art. 102, assim dispõe:

“Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.”

O crime ora em comento assemelha-se ao de apropriação indébita do Código Penal, com a diferença que, na norma geral, ficou expressamente consignada a necessidade de o agente ter a posse do bem, enquanto no Estatuto ficou subentendida pela expressão “dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade”. Naturalmente que só tem capacidade para dar aplicação quem detém capacidade para tal.

No que toca à pena, tem-se que, no Código Penal, o art. 168 prevê:

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

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

§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente

recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Observe-se que a pena tornou-se mais leve para aqueles agentes que têm o idoso sob sua curatela, uma vez que o tipo não repetiu as causas de aumento descritas no parágrafo único do art. 168 do Código Penal. Ou seja, quando a regra aplicada era a do Código Penal, havia causas de aumento de pena, o que desapareceu com a Lei especial.

Tome-se o exemplo do curador de um idoso interditado. Em caso de cometimento de crime antes do advento do Estatuto, a pena era de 1 a 4 anos, com a causa de aumento de pena de um terço. Agora, a pena é somente a do *caput*, mais branda.

Também, nos arts. 106 e 107, houve prejuízo. Prevêm os tipos:

Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

[...]

Art. 108. Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A conduta já possuía enquadramento no Código Penal, mais precisamente em seu art. 173, que traz em seu tipo:

Art. 173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

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

Note-se, novamente, que nessa a pena tornou-se mais branda do que a já existente no Código Penal.

Citemos, ainda, o caso do art. 107, *in verbis*:

“Art. 107. Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Também nesse tipo especial de extorsão, a pena foi amenizada, uma vez que a prevista no art. 158 do Código Penal, assim dispõe:

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

Por fim, o art. 96 do Estatuto, que prevê a discriminação do idoso, não guarda correspondência com outro tipo do Código Penal. Porém, caso se analise o referido dispositivo com os previstos na Lei nº 7.716/83, que definem os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, vê-se que a discriminação contra o idoso é apenada de forma bem mais branda do que aquelas em razão de raça, religião etc.

Concluindo, trata-se de mais uma aberração legislativa, que, no incansável hábito de reformar pontualmente o direito penal, acabou por desproteger a pessoa maior de 60 anos.

PEÇAS PROCESSUAIS

**Tema: Poderes Investigatórios do Ministério
Público. Informações prestadas pelo
Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina,
Pedro Sérgio Steil¹, na Medida Cautelar em
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3329 (STF)**

Egrégio Supremo Tribunal Federal,
Senhor Ministro Relator,
Senhor Procurador-Geral da República,

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, nos Autos da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3329, em que é requerente a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL – BRASIL) e requeridos o Governador do Estado de Santa Catarina, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e o Corregedor-Geral do Ministério Público de Santa Catarina, atendendo ao contido no Ofício nº 3781/R, datado de 10 de novembro de 2004, vem apresentar as suas INFORMAÇÕES, expondo e, ao final, requerendo o que segue:

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL – BRASIL) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de concessão de Medi-

1 Informações elaboradas com a colaboração do Promotor de Justiça Francisco Bissoli Filho, Assessor do Procurador-Geral de Justiça.

da Cautelar, em relação à alínea *d* do inciso XVII do art. 82 e das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 83 da Lei Complementar nº 197, de 13 de julho de 2000, e da totalidade do Ato Conjunto nº 001/2004/PGJ/CGMP.

Após um longo arrazoado, em que procurou demonstrar a sua legitimidade ativa *ad causam*, a Requerente, em suma, alega que os dispositivos acima mencionados são incompatíveis com as normas dos arts. 2º; 5º, II e LIII; 22, I; 24, XI; 102, I, *a*; 129, I, III, VII, e VIII; e 144, §§ 1º, I, II e IV, e 4º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Requerente inicia a sua argumentação ressaltando que, mesmo que respaldada na legislação nacional, é possível, segundo precedentes dessa Corte, a decretação da inconstitucionalidade de norma do ordenamento jurídico estadual.

Prosseguindo, afirma a Requerente, escorada em precedentes jurisprudenciais e doutrinários, que os dispositivos mencionados estão eivados de inconstitucionalidade material, porque o legislador constituinte não teria dotado o Ministério Público de poderes investigatórios, mas, sim e tão-somente, de poderes de requisição e fiscalização da investigação policial, restringindo tais poderes investigatórios ao âmbito civil. A função de investigar as infrações penais, segundo a Requerente, teria sido atribuída, com exclusividade, às Polícias Federal, Civil e Militar, segundo o âmbito das suas competências.

Alega, ainda, a Requerente que o Ato Conjunto nº 001/2004/PGJ/CGMP estaria eivado de inconstitucionalidade formal, porquanto o Procurador-Geral de Justiça do Estado e o Corregedor-Geral do Ministério Público de Santa Catarina teriam usurpado a competência legislativa federal, uma vez que o referido Ato teria disposto sobre matéria processual, de competência exclusiva da União Federal (CRFB, art. 22, I), e sobre procedimento em matéria penal, também de competência da União Federal (CRFB, art. 24, XI), além de ter ferido, ainda, os princípios da legalidade (CRFB, art. 5º, II) e da separação dos poderes (CRFB, art. 2º), por já estarem em trâmite as ADIns nºs 3.301-DF e 3.309-DF, cujo controle da constitucionalidade cabe a esse Supremo Tribunal Federal e não ao Ministério Público.

Notificado, apresenta o Impetrado as suas informações, ressaltando que o Ofício nº 3781/R, expedido pela Relatoria, solicitando as presentes informações, deu entrada nesta Procuradoria-Geral de Justiça no dia 12 de novembro do corrente (sexta-feira).

É o relatório do que importa.

1 Quanto à legitimidade ativa *ad causam* da Requerente

Este Procurador-Geral de Justiça foi notificado para apresentar as suas informações acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade ora ajuizada, tendo recebido apenas cópia da Inicial.

O art. 103, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil confere legitimidade às entidades de classe de âmbito nacional para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Obviamente que essa legitimidade somente se verifica se compatível com os objetivos da entidade, devidamente comprovados por meio de estatuto próprio, regulamente registrado no Registro Civil. Tendo em vista que a Inicial veio desacompanhada de qualquer outro documento, espera-se do Órgão do Ministério Público que atuará no feito como *custos juris* a fiscalização dos aspectos formais relacionados à legitimidade ativa *ad causam* da Associação Requerente.

2 Algumas considerações sobre a atividade interpretativa da Constituição

A função mais importante do e. Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de qualquer outra, também da mais absoluta relevância, é dar sentido ao texto normativo inserido na Constituição, isto é, aos seus princípios e às suas regras. Se ao legislador constituinte originário ou derivado coube ou cabe produzir a norma constitucional, ao Supremo Tribunal Federal, considerada a Corte Constitucional da Nação, cabe dar sentido a essa norma, ou seja, fazer com que ela emerja da frieza do papel, portanto, mais distante das relações interpessoais, e passe a ser um instrumento de efetiva regulação dessas relações. Essa atividade de dar sentido à norma constitucional é o que se denomina interpretação, cabendo ser executada pelo Supremo Tribunal Federal em última instância.

O Supremo Tribunal Federal, sobretudo após o advento da atual Constituição Federal, tem sido chamado, cada vez mais, a falar sobre o sentido das normas constitucionais, sobre a sua vigência, validade e eficácia, especialmente em matérias da mais alta relevância. Instituída para atuar nos moldes de um Estado Democrático de Direito, essa Corte tem sabido, na medida do possível, dar as respostas às demandas que lhe são apresentadas e, mais uma vez, está sendo

indagada sobre a constitucionalidade de dispositivos contidos na legislação infra-constitucional e infralegal, agora relacionados às atividades investigativas do Ministério Público de Santa Catarina.

A atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, em face das suas características, especialmente no que diz respeito ao impacto nacional das suas decisões e ao seu caráter, via de regra, terminativo, produz, no seio social e das Instituições, um efeito incontestável, que pode melhorar ou piorar a realidade social, a qual não pode estar alheia a atividade interpretativa.

Tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público vivem momentos de extrema contradição. Se por um lado há críticas às duas Instituições, por outro, é inegável que uma e outra estão cada vez mais sendo requisitadas a se fazerem presentes na vida das pessoas. Se o Poder Judiciário busca aperfeiçoar-se e estruturar-se para cumprir as suas funções constitucionais, também o faz o Ministério Público. E esse aperfeiçoamento ocorre em absoluta consonância com a realidade social, isto é, com a demanda de serviço que é lançada sobre os ombros tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público. Muitos são os problemas e as demandas, aos quais não se podem fechar os olhos; deve-se procurar administrá-los e a eles corresponder à medida do possível, pois não se pode caminhar pelas trilhas do ideal. Este é sempre uma meta, não um meio. Assim, se o Poder Judiciário é surpreendido, todos os dias, com um número enorme de ações, de feitos, de pedidos de prestação jurisdicional, não pode ele virar as costas a essa demanda. Deve procurar geri-las, pois essa é a realidade do Poder Judiciário. Não pode o Poder Judiciário dizer: “isso não é comigo, não tenho a obrigação de dar essas respostas que me estão sendo solicitadas, nada posso fazer”. Deve, ao menos, indicar os caminhos para uma solução, senão para todos os problemas que lhe são apresentados, para os que forem possíveis. Assim também ocorre em relação ao Ministério Público. Com uma grande atuação na fase pré-processual, pois ao Ministério Público cabe, como órgão agente, especialmente a deflagração das ações penais e civis públicas, é sua atribuição preparar essas ações. As pessoas físicas e jurídicas comparecem todos os dias aos seus gabinetes ou protocolos noticiando verbalmente ou encaminhando representações ou notícias escritas de ilícitos penais ou civis. Além disso, o Ministério Público toma conhecimento, por diversas formas (meios de comunicação de massa, peças informativas etc.), de inúmeras ilegalidades. Diante de tantas ilegalidades, quer sejam aquelas provocadas por pessoas físicas e jurídicas, quer sejam chegadas ao seu conhecimento por outros meios, espera-se do Ministério Público a adoção de providências, ou, ao menos, uma manifestação, um encaminhamento.

O modelo tradicional de atuação do Ministério Público, ou seja, a formatação do Ministério Público no período anterior à vigência da atual Constituição Federal, espelhava uma Instituição mais passiva do que o modelo que se desenhou a partir da referida Constituição. É que essa Carta Magna, embora tenha erigido a Instituição à condição de *custos juris* (antigo *custos legis*), ou seja, embora lhe tenha conferido a função de guardião do ordenamento jurídico (e não apenas da lei), foi enfática ao formatá-la como uma Instituição com características predominantemente de órgão agente. Por isso, manteve-a na condição de titular da ação penal pública, mas conferiu-lhe exclusividade nessa atividade (CRFB, art. 129, I), sem prejuízo, evidentemente, da salutar ação penal privada subsidiária da pública, como antídoto contra eventual inércia institucional (CRFB, art. 5º, LIX). Também constitucionalizou o papel do Ministério Público como titular, embora não exclusivo, da ação civil pública (previsto anteriormente somente na legislação infraconstitucional), como, também, manifestou, expressamente, a possibilidade de a Instituição instaurar inquérito civil, tudo em proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CRFB, art. 129, III).

Em vigor a nova Carta Constitucional, passou o Ministério Público, não somente o de Santa Catarina mas também o Ministério Público da União e os dos demais Estados, a estruturar-se e a aperfeiçoar-se para corresponder aos anseios da Sociedade. Não se pode negar que a nova formatação da Instituição passou a ser sentida por todos os segmentos sociais, tanto do setor público quanto do privado.

A visão de membros do Ministério Público de gabinete, passivos, à espera do processo para atuar como *custos legis*, ou do inquérito policial para a formação da *opinio delicti*, foi gradativamente sendo substituída pela de agentes do Ministério Público, prontos para atuar, ou seja, motivados a serem verdadeiros promotores da prestação jurisdicional, fazendo com que as questões cíveis e penais da sua esfera de atribuição, sobretudo as de maior demanda social, passassem a ser solucionadas, quer seja por meio de termos de ajustamento de conduta, quer seja por meio de ações civis ou penais públicas aforadas perante o Poder Judiciário.

A realidade social foi se transformando, na justa medida, com a atuação do Ministério Público e, via de consequência, com as respostas efetivas do Poder Judiciário às ações civis ou penais por aquele ajuizadas.

Quando se fala em respostas às questões ou conflitos, há que falar em instrumentos. Se nos ativermos à ação judicial (civil ou penal) como instrumento de solução de conflitos, não podemos olvidar que toda ação carece de uma pre-

paração, ou seja, de elementos de prova ou indícios mínimos que dêem sustentação à sua deflagração, sob pena de produzirem-se efeitos deletérios na pessoa do demandado, em caso de ajuizamentos desprovidos de justa causa. À busca dos elementos de prova ou indícios destinados a dar justa causa à deflagração da ação civil ou penal pública dá-se o nome de investigação, que pode ocorrer nos âmbitos cível e penal ou criminal.

É justamente sobre as atividades investigativas criminais do Ministério Público que paira a polêmica. No que diz respeito à investigação civil, não há nenhuma insurgência, até porque a Constituição Federal foi expressa nesse sentido e porque não há outra Instituição que tenha funções concorrentes de realizar o inquérito civil. Já, no que toca à investigação criminal, em face da ausência de uma disposição literal da Constituição e do concurso funcional das instituições policiais, a polêmica está instalada, a ponto dos tribunais superiores estarem constantemente sendo chamados a se manifestarem a respeito.

Quando se fala em investigação criminal, deve-se reportar aos diversos sistemas existentes no mundo. A propósito do Direito Comparado, podemos destacar, basicamente, a existência de três sistemas de investigação criminal: um, cuja presidência da investigação está a cargo da Polícia Judiciária; outro, em que essa atividade compete ao Poder Judiciário, especialmente ao juiz de instrução; e um terceiro, em que cabe ao Ministério Público a apuração das infrações penais.

Na tradição brasileira, embora sem exclusividade, a investigação criminal esteve a cargo das instituições policiais. É o que se extrai da norma do art. 4º do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941):

Art. 4º A Polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (O grifo não está na versão original).

A atividade investigativa criminal, no entanto, sempre foi considerada uma atividade auxiliar, preparatória da ação penal, mas dispensável, se, por outro modo, o Ministério Público ou querelante obtivesse os indícios suficientes, a justa causa, para a deflagração da ação penal (CPP, art. 39, § 5º, 40 e 46, § 1º).

No período anterior à vigência da atual Constituição, em que o Ministério Público não detinha a formatação constitucional como órgão agente, encarrega-

do, com exclusividade, da propositura da ação penal pública, a atividade investigativa, na prática, ficava na esfera quase que exclusiva das instituições policiais. O Ministério Público, quando recebia eventual notícia de crime, exercia a sua função requisitória e aguardava, da Polícia, a realização das investigações, para, depois, exercer a *opinio delicti*, arquivando o inquérito policial ou oferecendo a respectiva denúncia. Isso era possível, pois a atuação do Ministério Público e da Polícia ocorria, sobretudo, em face da denominada criminalidade visível, que abrange a criminalidade comum ou convencional, ou seja, aquela normalmente praticada com violência ou de forma a ser possível fazer, sem muito esforço de raciocínio jurídico, um juízo acerca da sua ofensividade e, conseqüentemente, acerca da natureza criminal da conduta. Em outras palavras, a criminalidade visível ou comum congrega aquelas condutas que, de plano, são percebidas pelo homem comum como de natureza criminal, como, por exemplo, o homicídio, o furto, o roubo, o estupro, o estelionato etc.

Ocorre, no entanto, que, com a promulgação da atual Constituição Federal, em um contexto de maior consciência política da Sociedade, sobretudo dos operadores jurídicos, houve um alargamento dos direitos humanos fundamentais, quer sejam eles individuais, sociais ou transindividuais, quer sejam eles provenientes da denominada manipulação genética ou da bioengenharia, ou mesmo os decorrentes da realidade virtual. O clima posterior à queda do regime autoritário fez com que as pessoas em geral passassem a ter, também, uma maior consciência em relação ao papel do Estado e dos seus órgãos e os limites da autoridade. Aumentaram muito as reclamações sobre os abusos das autoridades policiais e de seus agentes, quer sejam civis, quer sejam militares.

Assim, alargou-se, também, a demanda relativa à prestação jurisdicional voltada à proteção desses direitos. Passou-se, então, à tentativa de um maior controle das condutas típicas lesivas de direitos fundamentais, que não estavam, até então, na pauta de prioridades dos órgãos encarregados do controle penal, ou seja, da criminalidade que se ousou denominar de criminalidade especializada, que abrange a criminalidade de *status* ou dos agentes do poder. Dentre esses órgãos, o Ministério Público e o Poder Judiciário, tendo em vista as suas naturezas jurídicas e as suas garantias constitucionais, foram os que procuraram envolver-se com mais intensidade no controle dessa criminalidade, de modo que, pessoas que antes passavam muito longe do banco dos réus começaram a freqüentá-lo, modificando, em parte, a sensação de injustiça e a concepção de que o Direito Penal é um instrumento de repressão, apenas, dos menos favorecidos. Isso não significa dizer que as instituições policiais não estivessem envolvidas no controle dessa criminalidade especi-

alizada. Ao contrário, o dia-a-dia tem demonstrado que a Polícia tem procurado, na medida do possível, preparar-se e, em trabalho conjunto com o Ministério Público e o Poder Judiciário, contrapor-se aos mais poderosos.

No entanto, como não houve um recuo da criminalidade convencional, a Polícia continua atuando, sempre de forma mais enfática, também contra essa criminalidade, que, por ser mais visível, tem exigido dela respostas mais imediatas e, também, ações mais visíveis, restando ao Ministério Público, em muitas situações, a investigação e a preparação das ações penais contra a criminalidade especializada, criando-se, na cultura popular e de muitos agentes públicos, que determinadas notícias ou representações devem ser encaminhadas diretamente ao Ministério Público, pois ele investigará e adotará as providências que se fazem necessárias. Não é prática, na maioria das cidades do interior dos Estados, o encaminhamento de notícias de crimes às Delegacias de Polícias ou o registro de boletins de ocorrência nelas, quando o fato versar, por exemplo, sobre improbidade administrativa ou sobre a sonegação fiscal. Tais fatos, via de regra, aportam inicialmente nas Promotorias de Justiça, que estão motivadas, preparadas ou se preparando para as respectivas investigações, de forma que, raramente o Ministério Público requisitará da Polícia as investigações nesses casos, pois isso não é viável, uma vez que, na maioria das vezes, as repartições policiais, especialmente as situadas no interior do Estado, não dispõem de estrutura, preparo e interesse para tal. A prática é que ele próprio, o Ministério Público, prepara a ação penal, buscando, por meio de investigação por ele realizada, os elementos ou indícios que se fazem necessários para o oferecimento da denúncia, requisitando documentos ou perícias, inquirindo testemunhas etc. Faz isso há muito tempo, sempre respeitando os direitos individuais e controlado pelos respectivos advogados, pelas pessoas eventualmente lesadas, pela Imprensa e, sobretudo, pelo Poder Judiciário, ao qual acorrem os que eventualmente se sentem prejudicados.

Fizeram-se tais considerações sobre a realidade na qual se encontram inseridos o Ministério Público e a investigação criminal por ele realizada, as quais têm total consonância com o que se disse inicialmente, pois a atividade interpretativa a ser exercida por esse e. Supremo Tribunal Federal não pode desconhecê-la. Não que essa e. Corte não conheça essa realidade, mas, como Requerido na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, este Procurador-Geral de Justiça não poderia deixar de descrevê-la, pois, sendo o Chefe do Ministério Público de Santa Catarina, tem sob cuja responsabilidade 40 (quarenta) Procuradores de Justiça e 267 (duzentos e sessenta e sete) Promotores de Justiça, distribuídos pelas 110 (cento e dez) Comarcas e pelos 297 (duzentos e noventa e sete) Muni-

cípios existentes no Estado de Santa Catarina à espera de uma solução para o questionamento que se apresentou na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, o qual tem a ver com o dia-a-dia de suas atividades funcionais.

Carlos Maximiliano, hermeneuta renomado e ex-membro dessa e. Corte, leciona que

[...] *Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

[...]

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. (Hermenêutica e aplicação do Direito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 9-10).

Luís Roberto Barroso, outro eminente hermeneuta e professor de Direito Constitucional, ressalta que há diversas espécies de interpretação: a gramatical, a histórica, a sistemática, a teleológica e a evolutiva. (Interpretação e aplicação da Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 126-46).

Ao analisar a postulação contida na Inicial, essa e. Corte lançará mão, dentre outras possíveis, certamente, das interpretações anteriormente mencionadas. Aliás, isso este Procurador-Geral de Justiça também fará, como subsídio à atividade final desse e. Tribunal. No entanto, embora cabíveis todos os métodos de interpretação antes citados, um deles não poderá ser relegado a segundo plano, ou seja, a interpretação evolutiva, pois é essa que possibilita dar à norma um sentido mais próximo à realidade atual, não à realidade de outra época, e não o sentido que o legislador queria à norma quando foi essa produzida.

Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a interpretação evolutiva, ressalta

[...] a prevalência, na moderna doutrina, da concepção *objetiva* da interpretação, pela qual se deve buscar, não a vontade do legislador histórico (a *mens legislatoris*), mas a vontade autônoma que emana da lei. O que é mais relevante não é o *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da cha-

mada interpretação evolutiva. (*Op. cit.* p. 143-4).

Esta Procuradoria-Geral de Justiça espera que esse e. Supremo Tribunal Federal, ao fazer a interpretação dos dispositivos relativos à atividade investigativa do Ministério Público, tenha em mente a situação em que se encontra a Instituição no ano de 2004, o seu papel na construção de um Estado Democrático de Direito, a sua essencialidade na administração da Justiça, a demanda social que, a exemplo do Poder Judiciário e de outras instituições, recaem sobre os seus ombros, a realidade atual do sistema policial brasileiro, a concepção e as expectativas que as pessoas em geral têm das instituições etc.

3 Da ausência de inconstitucionalidade material

3.1 Considerações iniciais

Passa-se, então, a refutar a tese de inconstitucionalidade material atribuída à alínea *d* do inciso XVII do art. 82 e às alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art. 83 da Lei Complementar nº 197, de 13 de julho de 2000, e à totalidade do Ato Conjunto nº 001/2004/PGJ/CGMP, pois, além da investigação criminal não ser atividade exclusiva da Polícia, essa atividade é também atribuição do Ministério Público, como decorrência do exercício da ação penal pública, do seu poder de requisição e do controle externo da atividade policial.

Antes de contrapor-se a arguição de inconstitucionalidade levada a efeito pela Requerente, faz-se necessário lembrar que, há muito tempo, a Requerente busca, sem êxito, impingir em tais normas a mácula da inconstitucionalidade. Ao invés de somar as suas forças tão necessárias e importantes às forças do Ministério Público, para a obtenção de soluções para os graves problemas da criminalidade, sobretudo da criminalidade dos mais fortes, dos que assolam os cofres públicos ou que sonégam às escâncaras, está a Requerente, embora exercendo um direito legítimo, a perder tempo na busca do enfraquecimento das funções de outra Instituição que, assim como a Requerente, tem a missão constitucional de realizar o controle social.

Antiga, portanto, é essa tentativa, que não tem merecido o respaldo dos Tribunais Superiores, porquanto a pretensão da Requerente é totalmente dissonante da realidade social.

A pretensão inicialmente desenhada conta, no mundo jurídico, resumidamente, com os seguintes argumentos que objetivam dar-lhe sustentação, embora nem todos enunciados na Inicial: a) os regramentos constitucionais teriam determinado, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas instituições estatais atuantes na *persecutio criminis*, distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora concedida ao Ministério Público; b) o Ministério Público estaria impedido de realizar investigações criminais, porquanto inexistente previsão específica nesse sentido em nosso ordenamento jurídico; c) a Constituição da República somente autorizou o Ministério Público a realizar investigações de natureza civil e não criminal; d) ao Ministério Público cabe, tão-somente, a requisição e o acompanhamento do inquérito policial, mas não realizá-lo diretamente sem a direção da autoridade policial; e) a possibilidade do Ministério Público requisitar documentos e perícias, ouvir testemunhas etc. diz respeito apenas aos feitos de sua competência, tais como o inquérito civil e o processo administrativo que apure infração funcional de membro ou funcionário da instituição, por exemplo, e não a feitos de natureza criminal; f) o exercício do controle externo da atividade policial não significa a substituição da presidência da investigação, conferida a delegado de polícia de carreira; g) ao Ministério Público cabe, tão-somente, tomar ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora, não lhe sendo constitucionalmente assegurado produzir, *sozinho*, a investigação, denunciando a seguir quem considera autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz; h) o sistema processual penal não permite que qualquer instituição seja superpoderosa, pois foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, de tal modo que, se à polícia judiciária cabe elaborar e conduzir a investigação criminal supervisionada pelo Ministério Público e pelo juiz e se ao Poder Judiciário cabe presidir a instrução criminal com a supervisão das partes – Ministério Público e advogados –, não se permite ao Ministério Público produzir investigação criminal, isoladamente, sem qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que, nem ouvido precisa ser; i) a persecução criminal estaria dividida entre a polícia judiciária, a quem caberia investigar, o Ministério Público, a quem caberia promover a acusação, e o Poder Judiciário, a quem caberia julgar; i) é inadmissível “inventar” atribuição, ou competência, contrariando a Carta Magna.

Como se demonstrará, os argumentos acima transcritos são desprovidos da necessária e suficiente fundamentação jurídica, contrariando a realidade dos fatos e a situação em que as Instituições estão inseridas e os modelos recepcionados pelo legislador constituinte e infraconstitucional.

Para serem rebatidos os referidos argumentos, é importante iniciar dizendo que a investigação policial não é exclusividade da polícia judiciária bem como que esta não se confunde com aquela.

3.2 A investigação criminal como atividade não exclusiva da Polícia

Cumprido destacar, primeiramente, ao contrário do afirmado na Inicial, que o legislador, em nenhum momento, atribuiu à Polícia, com exclusividade, a função de realizar a investigação criminal. Aliás, antes mesmo da vigência da atual constituição, conforme já transcrito acima, as investigações criminais não eram exclusividade da Polícia Judiciária, conforme ressaltava o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal.

É importante mencionar, ainda, disposições contidas no Código de Processo Penal, que afastam a exclusividade das investigações criminais policiais, dentre elas o parágrafo único do art. 4º e o art. 47, que autorizam, expressamente, a realização de investigação criminal por outros órgãos.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida deste artigo não excluirá a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

[...]

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Como se vê, há normas abundantes afastando a exclusividade da atividade investigativa criminal da polícia judiciária.

Após a vigência da atual Constituição Federal, nenhuma norma foi introduzida no ordenamento jurídico que conferisse a exclusividade das investigações criminais à polícia judiciária. É o que se extrai da transcrição do texto contido no art. 144 da Constituição Federal, com as redações imprimidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (Os grifos não estão na versão original).

Como se vê, tanto no inciso I do § 1º quanto no § 4º do art. 144 da Constituição Federal, no que tange à apuração das infrações penais, não aparecem as palavras “com exclusividade”. Assim, no que diz respeito à apuração das infrações penais pela Polícia Federal, pela Polícia Civil ou mesmo pela Polícia Militar, não há exclusividade de função.

As palavras “com exclusividade” foram usadas pelo legislador constituinte, tão-somente, no item IV do § 1º do art. 144 acima transcrito, quando dispôs que cabe à Polícia Federal “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.” O mesmo não ocorreu em relação às funções de polícia judiciária a serem exercidas pelas Polícias Cíveis dos Estados.

Portanto, como é facilmente perceptível, o legislador constituinte distinguiu as duas atividades policiais, ou seja, como não poderia deixar de ser, deu tratamentos diferentes à função de polícia judiciária e à função de apuração das infrações penais, tanto que fez questão de mencionar, separadamente, tanto nos dispositivos relativos à Polícia Federal quanto nos que dizem respeito às Polícias Cíveis estaduais, tais atividades, atribuindo exclusividade, conforme já dito, somente à função de polícia judiciária da Polícia Federal, sem que essa exclusividade abrangesse a investigação criminal.

Essa distinção não foi efetuada por acaso. É que, efetivamente, uma coisa é a função de polícia judiciária e outra é a apuração de infrações penais. A polícia judiciária pode realizar a apuração de infrações penais (investigação criminal), mas a apuração de infrações penais não é atividade exclusiva da polícia judiciária. Por isso, far-se-ão, a seguir, algumas considerações com o objetivo de estabelecer as diferenças existentes entre a atividade investigativa e a polícia judiciária.

A atividade investigativa criminal é toda a atividade desenvolvida por agentes policiais, ou não, voltada à apuração das infrações penais. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, investigação é: “1. Ato ou efeito de investigar; busca, pesquisa. 2. Indagação minuciosa; indagação, inquirição.” (Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1133). Essa atividade de investigação, de busca, de pesquisa, de indagação minuciosa, de inquirição é algo que acompanha tudo o que o homem faz, pois esse está sempre em busca de algo, querendo descobrir o que está encoberto, pesquisar e entender os fatos e o universo que o cerca etc. Não é característica apenas de uma profissão ou atividade. A busca da verdade é inerente ao ser humano, pois é da essência dos seres dotados de inteligência ou capacidade cognitiva, não podendo ser subtraída de ninguém a faculdade de que-

rer saber e compreender as coisas e os fatos, nem mesmo os da esfera criminal.

Muitas áreas do conhecimento interessam-se pela conduta criminal, quer seja as do campo da abstração, quer seja as que dizem respeito a fatos concretos. Por exemplo, a Imprensa tem manifestado profundo interesse na compreensão e no esclarecimento de fatos de natureza criminal ocorridos no cotidiano das cidades ou mesmo do interior. Essa instituição tem realizado importantes investigações acerca de condutas criminosas. Os criminólogos, também, têm demonstrado profunda preocupação com o comportamento humano, procurando estudá-lo não apenas de forma abstrata, mas também concreta, observando os casos mais rumorosos e os históricos de criminosos.

Mas é o aparato de Justiça Criminal o que mais de perto trata do fenômeno criminal, pois está constitucional e legalmente investido da tarefa de controlá-lo. As respostas penais a serem endereçadas às condutas criminosas que são submetidas à apreciação das diversas agências do Sistema de Controle Penal – Poder Legislativo, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema de Execução de Penas – não podem prescindir da atividade de investigação criminal, pois todas essas agências estão comprometidas com a verdade, quer seja ela material ou real, quer seja ela formal ou processual. Em qualquer momento, desde a prática de eventual conduta típica até o cumprimento integral da pena, devem os operadores do Sistema de Controle Penal estarem atentos para a busca da verdade. Até mesmo após o cumprimento integral da pena ou da medida de segurança, interessa saber se os fatos ocorreram ou não como relatados nos autos, pois sempre é cabível eventual ação indenizatória em face de erro judiciário.

O Poder Legislativo investiga, sobretudo em termos abstratos, para verificar qual a legislação mais adequada para a realização da Justiça; a Polícia investiga para que o Ministério Público possa promover a acusação ou o arquivamento dos autos da maneira mais correta possível e baseada na verdade; o Ministério Público investiga para que possa formar a sua *opinio delicti*, oferecendo ao Poder Judiciário uma denúncia que contenha uma descrição dos fatos mais próxima possível daqueles que ocorreram ou promovendo o arquivamento dos autos, porque a verdade apurada não indica o cabimento de uma acusação; a Defesa investiga para que possa apresentar a versão dos fatos segundo a visão do Réu, realizando o contraditório e fazendo com que o convencimento do Ministério Público e do Poder Judiciário se aproxime da verdade real; o Poder Judiciário investiga para ter os elementos de prova que amparem com segurança e certeza a condenação ou a absolvição; a Defesa e o Sistema de Execução de Penas

continuam investigando, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, pois é possível a revisão criminal ou mesmo eventual ação indenizatória em caso de erro judiciário. Enfim, todos investigam e a todos deve ser permitido investigar, sob pena de malferir-se o princípio da busca da verdade real.

Como é facilmente perceptível, essa atividade não se presta, tão-somente, como entendem alguns, a dar justa causa à parte interessada e legitimada na propositura da ação penal pública ou privada. Portanto, não é uma atividade que se realiza apenas na fase pré-processual. É, na verdade, uma atividade que se realiza antes, durante e depois do processo penal. Não cabe, por isso, o que alguns têm afirmado, que à Polícia cabe investigar, ao Ministério Público, acusar e, ao Poder Judiciário, julgar.

Essa atividade tem por essência a busca da verdade, o esclarecimento, a apuração de um fato pretérito, para que, em relação a ele, possa haver a prestação da atividade jurisdicional justa e adequada à realidade, razão pela qual ninguém pode ter o seu monopólio. Não é uma atividade exclusivamente pública nem exclusivamente privada, pois é de todos. Qualquer pessoa pode praticar atos que visem à busca da verdade: a Imprensa, o ofendido, os seus familiares, os agentes públicos. Todavia, atos de força física, que constringam pessoas, somente os agentes públicos competentes podem praticá-los, sob pena de malferirem-se direitos e garantias individuais. Mas a atividade investigativa que visa apenas a apurar fatos e não a constringer pessoas não encontra óbices no ordenamento jurídico pátrio. E não poderia ser diferente, pois buscar a verdade é um direito fundamental da pessoa humana, ínsito à liberdade de consciência (CRFB, art. 5º, VI), que somente pode ser alcançada por meio da livre investigação.

No que toca aos agentes públicos, poder-se-ia dizer que, mais que uma prerrogativa, mais que um poder, a investigação é um dever, uma função de todos quantos acharem-se investidos da nobre função de pronunciar-se sobre as mazes do comportamento humano.

Se, por um lado, está afastada a tese de que da investigação criminal é atividade exclusiva da Polícia, por outro, há a necessidade de deixar-se claro, também, que a polícia judiciária não se confunde com a investigação criminal. Como já dito, as investigações criminais podem ser uma atividade da polícia judiciária – e normalmente o são –, mas esta não se confunde com aquela nem suas atividades se esgotam na investigação criminal.

Para entender-se o que é polícia judiciária, há que recorrer, primeiramente, ao conceito de polícia.

Os estudos contemporâneos e internacionalmente aceitos da Instituição policial dão conta de que a atividade policial é caracterizada, sobretudo e essencialmente, como uma atividade que compreende o uso ou a ameaça do uso de força física para regular as relações das pessoas no campo interno de um país.

David H. Bayley, cientista político e consultor da *Police Foundation*, Washington, D.C., e professor de Justiça Criminal na *State University Of New York*, Albany, define que se usa a palavra *polícia* para “se referir a pessoas autorizadas por um grupo para regular as relações interpessoais dentro deste grupo através da aplicação da força física”. (Padrões de Policiamento. Tradução de René Alexandre Belmonte. São Paulo: Edusp, 2001. p. 20).

Esse mesmo Autor expõe sobre as três partes essenciais do conceito de polícia – uso da força física, real ou por ameaça; o uso interno da força; e a autorização por um grupo – e conclui dizendo que “O Estado é o único tipo de comunidade capaz de criar uma força policial”. (*Op. cit.* p. 21).

Essa definição é muito importante para entender-se a função da polícia judiciária e as razões da sua existência. É que a atividade judiciária, embora não seja, necessariamente, uma atividade que requeira o emprego da força física, não pode dessa prescindir, sob pena de não alcançar-se a eficácia almejada e necessária das decisões e dos atos dos órgãos encarregados da prestação jurisdicional. Por isso, é extremamente necessária a existência de uma organização que possa auxiliar a Justiça na obtenção do seu desiderato. Essa instituição é a polícia judiciária, que é formada por agentes especialmente treinados para, com ou sem o emprego de armas, auxiliar no cumprimento das funções do aparato da Justiça Cível e Penal, como, por exemplo, na condução coercitiva, na realização de prisões, na condução de presos, na segurança das salas de audiências etc. Essa instituição, além de estar legitimada para o emprego da força física em prol da Justiça Cível e Penal, poderá exercer outras tarefas que não exijam, necessariamente, o emprego da força física, como, por exemplo, a expedição de documentos de identificação, a apuração de infrações penais etc., mas que, sem dúvida alguma, são úteis à realização da prestação jurisdicional. Tais atividades, quando não exigirem o emprego de força física, podem ser exercidas por outros órgãos públicos, porque, conforme já sustentado anteriormente, não são exclusivas da polícia judiciária.

As atividades da polícia judiciária, na organização política brasileira, estão a cargo da Polícia Federal, com exclusividade, em relação à Justiça da União, às Polícias Cíveis dos Estados, em relação às Justiças Estaduais, e as Polícias Milita-

res, em relação às Justiças Militares Estaduais.

Discorrendo sobre a polícia judiciária, Álvaro Lazzarini, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e profundo estudioso da organização e das atribuições policiais, afirma que “a polícia judiciária é a atividade policial que se desenvolve após a eclosão da infração penal, com o objetivo de auxiliar a Justiça Criminal, na atividade-fim desta, que é a aplicação da lei penal”. (A polícia de manutenção da ordem pública e a justiça. *In*: LAZZARINI, Álvaro *et alli*. *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 26).

Citando Carlos Consonni Folcieri, referido Autor distingue a *polícia de segurança da polícia judiciária*, sustentando que:

A polícia de segurança tem por objeto uma atribuição complexa geral e opera com uma vasta atividade de observação e de coerção para garantir a conservação do direito, dos bens e das instituições sociais. Ela é mantida pelo uso dos meios de execução e opera com procedimentos e métodos dinâmicos e com amplos poderes discricionários, pois age para impedir a violação da ordem e da segurança pública. A polícia judiciária, ao invés, tendo finalidade específica atinente à reintegração do direito violado, desenvolve de regra atividade preordenada àquela do órgão jurisdicional e é vinculada no exercício das suas funções à observância das rígidas normas estabelecidas pela lei processual penal. À função da polícia judiciária – que se concretiza em uma atividade voltada para a realização do escopo processual, bem que seja de natureza administrativa – não se pode, portanto recusar uma qualificação processual. De fato, dita polícia é ligada à administração da justiça penal de modo a constituir uma direta emanção dela, indiscutivelmente coordenada à esfera jurisdicional.

Em síntese, a polícia judiciária representa a força a serviço da Justiça. As atividades por ela desenvolvidas serão exclusivamente de polícia, quando estiver presente a necessidade do emprego da força ou da coerção, que é o que caracteriza a Polícia. A polícia judiciária pode ser exercida por qualquer organização policial, quer seja ela civil, quer seja militar, cabendo a lei disciplinar as respectivas atribuições. No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal atribuiu à Polícia Civil a tarefa, dentre outras e sem exclusividade, de exercer a função de polícia judiciária no âmbito dos Estados, ressalvada a polícia judiciária militar, que,

no âmbito de cada Estado, cabe à Polícia Militar. A mesma Constituição atribuiu à Polícia Federal a função de exercer, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União Federal.

Por isso, sempre que, no curso de qualquer investigação criminal ou civil, houver a necessidade do emprego da força física, deverá a autoridade investigante requisitar a polícia judiciária, pois somente a esta cabe o emprego de força em auxílio da Justiça.

Assim, se, por um lado, a investigação criminal não é exclusividade da polícia judiciária, por outro, quando houver a necessidade do emprego de força física ou da coerção no curso das investigações, há a necessidade de recorrer-se a essa polícia, pois o uso da força física estatal, no âmbito interno, é inerente às organizações policiais e a mais ninguém. É somente a Polícia que está autorizada a empregar a força física, em nome do Estado, no âmbito interno, salvo raras exceções de emprego das Forças Armadas, uma vez que a missão constitucional dessas é a defesa externa. Por essa razão, não pode vingar a alegação de que o Ministério Público quer transformar-se em Polícia, ou quer sair de arma em punho fazendo às vezes de delegado de polícia. A função de delegado é tão nobre quanto a de membro do Ministério Público, mas é função que somente pode ser exercida por quem tenha prestado o concurso para tal e esteja na respectiva carreira, pois é função policial.

O mesmo, contudo, não se pode dizer das investigações criminais, que, se não dependerem do emprego de força física, podem ser realizadas por outros órgãos da persecução criminal.

Se a atividade investigativa criminal não é exclusiva de ninguém e se ela pode ser realizada antes da deflagração da ação penal, durante o processo penal e mesmo depois da sentença penal condenatória, não há fundamento filosófico, político e jurídico para sustentar-se que a atividade investigativa criminal pré-processual é atribuição exclusiva da Polícia.

Tanto isso é verdade, que a legislação constitucional e infraconstitucional tem inúmeros exemplos de atribuição da atividade investigativa a outros órgãos públicos, que não à Polícia.

Extrai-se do art. 58, § 3º, da Constituição Federal:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas,

serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Consta do parágrafo único do art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979):

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Consta do parágrafo único do art. 18 da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993):

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

Consta do parágrafo único do art. 41 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993):

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Consta dos arts. 103 a 108 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências):

Art. 103. Nas vinte e quatro horas seguintes ao vencimento do dôbro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos (artigo 14, parágrafo único, V) o síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença

declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.

§ 1º Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, V), e quaisquer documentos, concluirá, se fôr caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal (Código de Processo Penal, art. 509).

§ 2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do inquérito judicial e as segundas vias serão juntas aos autos da falência.

Art. 104. Nos autos do inquérito judicial, os credores podem, dentro dos cinco dias seguintes ao da entrega da exposição do síndico, não só requerer o inquérito, caso o síndico o não tenha feito, mas ainda alegar e requerer o que entenderem conveniente à finalidade do inquérito pedido.

Art. 105. Findo o prazo do artigo anterior, os autos serão feitos, imediatamente, com vista ao representante do Ministério Público, para que, dentro de três dias, opinando sobre a exposição do síndico, as alegações dos credores e os requerimentos que hajam apresentado, alegue e requeira o que for conveniente à finalidade do inquérito, ainda que este não tenha sido requerido pelo síndico ou por credor.

Art. 106. Nos cinco dias seguintes, poderá o falido contestar as arguições contidas nos autos do inquérito e requerer o que entender conveniente.

Art. 107. Decorrido o prazo do artigo anterior, os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que, em quarenta e oito horas, deferirá ou não as provas requeridas, designando dia e hora para se realizarem as deferidas, dentro dos quinze dias seguintes, que não poderão ser ultrapassados, determinando expediente extraordinário, se necessário.

Art. 108. Se não houver provas a realizar ou realizadas as deferidas, os autos serão imediatamente feitos com vista ao representante do Ministério Público, que, no prazo de cinco dias, pedirá a sua apensação ao processo da falência ou

oferecerá denúncia contra o falido e outros responsáveis.

Parágrafo único. Se o representante do Ministério Público não oferecer denúncia, os autos permanecerão em cartório pelo prazo de três dias, durante os quais o síndico ou qualquer credor poderão oferecer queixa. (Os grifos não estão na redação original).

Esses são apenas alguns exemplos de situações em que outros órgãos públicos não policiais estão autorizados, legalmente, a procederem à investigação criminal, contrariando frontalmente a tese exposta na Inicial no sentido de que tal atividade é exclusiva da polícia.

Antônio Scarance Fernandes, eminente processualista penal e professor da Universidade de São Paulo, leciona:

O fato de ter sido afirmado que as polícias federal e estadual exercem função de polícia judiciária não significa a impossibilidade de que outros órgãos venham, em determinadas circunstâncias, quando autorizados pelo ordenamento jurídico, a apurar, direta ou indiretamente, fatos criminosos. Nesse sentido, realizam também atividades de investigação as Comissões Parlamentares de Inquérito; é muito comum a apuração indireta de crimes através de sindicâncias e processos administrativos. (O grifo não está na redação original). (*Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 251).

Outros autores, ao se pronunciarem acerca da existência de exclusividade da Polícia para a realização de investigações criminais, assim têm se posicionado:

O inquérito, de regra, é policial, isto é, é elaborado pela Polícia Judiciária. Todavia, o parágrafo único do art. 4º do CPP estabelece que ‘a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função’. Observa-se, desde modo, que o dispositivo invocado deixa entrever a existência de inquéritos extrapoliciais, isto é, elaborados por autoridades outras que não as policiais, inquéritos esses que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. 1. v. p. 178).

Diversos outros entendimentos há nesse mesmo sentido, sendo desnecessárias as respectivas transcrições.

Apreciando outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 1517-6) ajuizada pela Requerente em face da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (Repressão ao Crime Organizado), em que foi relator o Min. Maurício Corrêa, esse e. Supremo Tribunal Federal reconheceu explicitamente que a atividade de investigação criminal não é monopólio da polícia, *verbis*:

Competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho de tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária. (O grifo não está na redação original).

Portanto, está afastada a tese de que a investigação criminal é monopólio da Polícia.

Todavia, em que pesem as exceções existentes e a ausência de exclusividade da polícia para a realização da função investigativa criminal, não se pode desconsiderar que essa atividade, na realidade social atual, continua sendo predominantemente uma atividade realizada pela polícia judiciária, exercida, especialmente, pela Polícia Federal e pelas Polícias Cíveis, isso porque, ressalvadas determinadas infrações, conforme anteriormente já mencionado, as pessoas geralmente recorrem inicialmente à Polícia com a consciência de que essa tem a atribuição de investigar. E não poderia ser diferente. Não obstante, conforme inicialmente ressaltado, não se pode deixar de frisar que também já é do domínio do senso comum que determinadas investigações criminais são da esfera de outros órgãos públicos, como, por exemplo, as acima enumeradas.

3.3 A investigação criminal como atribuição também do Ministério Público

Se, por um lado, a atividade de investigação criminal não está restrita às instituições policiais, por outro, o Ministério Público é uma das instituições que não somente está constitucionalmente legitimada a procedê-la como tem total afinidade com essa atividade. Essa legitimidade decorre das normas constitucionais e infraconstitucionais em vigor.

No que tange à Constituição Federal, atribuí essa ao Ministério Público,

dentre outras, as seguintes funções:

Art. 127. 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.

[...]

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

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;

[...]

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;

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. (Os grifos não estão na redação original).

Referente à legislação infraconstitucional, é importante ressaltar a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público

da União), a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e a Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000, que contêm inúmeros dispositivos, todos compatíveis com as leis hierarquicamente superiores, que atribuem ao Ministério Público a função investigativa criminal.

Consta da Lei Complementar nº 75/93, aplicável, subsidiariamente, por força do disposto no art. 80 da Lei n 8.625/93, ao Ministério Público Estadual:

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial. (Os grifos não estão na redação original).

Consta da Lei nº 8.625/93:

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá :

I - Instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridade federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;[...]. (Os grifos não estão na redação original).

Consta da Lei Complementar Estadual nº 197/00:

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

IV - promover, privativamente, a ação penal pública;

[...]

VI - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, difusos e coletivos relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às minorias étnicas;
- d) a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas, fundacionais ou entidades privadas de que participem;
- e) a proteção de outros interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

[...]

XIV - 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;

[...]

XVII - exercer o controle externo da atividade policial, civil ou militar, podendo, dentre outras medidas administrativas e judiciais:

- a) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- b) ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade

de polícia judiciária, ou requisitá-los;

c) requisitar à autoridade competente a adoção de providências para sanar a omissão ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

d) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito sobre a omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial, determinando as diligências necessárias e a forma de sua realização, podendo acompanhá-las e também proceder diretamente a investigações, quando necessário;

e) acompanhar atividades investigatórias;

[...]

i) avocar inquérito policial em qualquer fase de sua elaboração e requisitar, a qualquer tempo, as diligências que se fizerem necessárias;

§ 1º O controle externo da atividade policial será exercido tendo em vista:

I - o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III - a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

IV - a indisponibilidade da persecução penal;

V - a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública;

VI - outros interesses, direitos e valores relacionados ao exercício da atividade policial.

§ 2º A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade policial estadual, deverá ser comunicada imediatamente ao membro do Ministério Público que tenha atribuição para apreciá-la, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da

prisão.

§ 3º Cabe ao Ministério Público receber notícia, representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade representativa de classe, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e na Constituição do Estado, dando-lhes andamento no prazo máximo de trinta dias.

[...]

Art. 83. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - tomar as medidas previstas nas alíneas do inciso anterior, quando se tratar de procedimentos administrativos preparatórios do inquérito civil;

III - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimento ou processo em que officie;

IV - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível, acompanhá-los e produzir provas;

V - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observando o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

VI - praticar atos administrativos executórios, de caráter pre-

paratório;

VII - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e medidas que adotar;

VIII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

IX - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

X - requerer ao órgão judicial competente:

a) a quebra de sigilo bancário e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, instrução de procedimento administrativo preparatório de inquérito civil ou de ação civil, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins;

b) a aplicação de penalidades por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;[...] (o grifo não está na redação original). (Os grifos não estão na versão original).

É importante destacar que a Constituição Federal remeteu expressamente às Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados (art. 128, § 5º e 129, VII e IX) a disciplina, dentre outras, sobre as atribuições de cada Ministério Público e sobre o controle externo da atividade policial, além de abrir uma porta para o exercício de outras funções que a eles podem ser conferidas, desde que compatíveis com as suas finalidades, vedadas, somente, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Assim, além de a Carta Constitucional ter permitido ao Ministério Público realizar atividades investigativas, são essas plenamente compatíveis com o regramento contido na legislação infraconstitucional.

E essa compatibilidade encontra respaldo, inclusive, no âmbito do Direito Comparado. Como é sabido, no mundo, há três sistemas de investigação criminal: 1) há países que atribuem à Polícia a investigação criminal (p. ex., a Inglaterra e os Estados Unidos); 2) há outros em que essa atribuição está a cargo do Poder Judiciário, isto é, de um juiz de instrução (p. ex., a Espanha); e 3) há, por fim,

outros em que as investigações criminais estão a cargo do Ministério Público (p. ex., a Itália, Portugal, a Alemanha, a Rússia, o Chile e a Argentina).

A tendência da maior parte dos países, sobretudo do continente europeu, é atribuir ao Ministério Público a presidência da investigação criminal. É importante que se diga que o *Corpus Juris*, legislação aprovada pelo Parlamento Europeu para vigorar na Comunidade Comum Européia, prevê as atividades investigativas criminais a cargo do Ministério Público, assim como o Código de Processo Penal Tipo para os países Iberos-Americanos.

Por outro lado, outros países, nos quais a tradição das investigações criminais sempre esteve a cargo da Polícia (Inglaterra, Estados Unidos) ou do Juiz de Instrução (Espanha), também estão promovendo, gradativamente, modificações na legislação, de modo a transferir tais atividades ao Ministério Público.

Mauro Fonseca Andrade, na obra *Ministério Público e sua Investigação Criminal*, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001, p. 136, ao abordar a investigação criminal no Direito Comparado, conclui:

Quando se passa ao exame do Direito Comparado, além de encontrarmos vários países que adotam a investigação ministerial como modelo, nota-se que até mesmo aqueles países que assim não procedem já estão a se converter a esse pensamento. Exemplo disso é a Inglaterra, Estônia e Espanha, onde a adoção da investigação criminal ministerial é tema de discussão doutrinária e legislativa.

Não há, assim, nenhum descompasso entre a legislação brasileira e os demais ordenamentos jurídicos.

A possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais é sustentada por diversos autores do Direito pátrio.

Hugo Nigro Mazzili, um dos maiores estudiosos da instituição do Ministério Público, sustenta, com suficiente clareza, a possibilidade de a Instituição realizar a investigação criminal, *verbis*:

A regra é a de que a investigação de crimes, na fase pré-processual, seja feita por meio da atividade da polícia judiciária. Por certo se inclui, entre as exceções à regra, a investigação de crimes por iniciativa ministerial nas investigações administrativas presididas por órgão do Ministério Público (art. 129, VI); outro exemplo, que na mesma linha deve ser

invocado, consiste nas diligências que órgão do Ministério Público venha a requisitar, ou de que venha a participar ou até mesmo que venha a dirigir, em face do próprio controle externo da atividade policial, conforme lhe seja cometido pela legislação complementar. (*Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 178-9).

Também Pinto Ferreira, em seus *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5, p. 147, é enfático:

O MP tem também a missão institucional de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para a sua instrução, na forma da lei complementar respectiva.

Nesta função também se inserem as investigações destinadas à coleta de elementos de convicção para a *opinio delicti*. Quando se tratar de procedimento administrativo em matéria cível, bastará a promoção do inquérito civil. Mas tal poder de solicitar informações e efetivar diligências não e restringe à esfera cível, porém ainda se destina a investigações criminais.

O saudoso Júlio Fabbrini Mirabete, na sua obra *Processo Penal*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 75, é convincente ao afirmar que “tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas”.

Outro aspecto que se mostra relevante é o disciplinamento da atividade investigativa do Ministério Público de Santa Catarina, ocorrida por meio do Ato nº 01/2004/PGJ/CGMP, desta Procuradoria-Geral de Justiça, em conjunto com a Corregedoria-Geral do Ministério Público, que tem por objetivo apenas orientar as atividades internas da Instituição, em face dos preceitos constitucionais e legais existentes, pois a Lei Complementar Estadual nº 197/00 – Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina - autoriza o Procurador-Geral de Justiça a “expedir recomendações, sem caráter normativo, aos órgãos do Ministério Público, para o desempenho de suas funções” (art. 18, X); e a “expedir instruções, resoluções e atos disciplinando as atividades administrativas dos membros do Ministério Público”. (art. 18, XI).

Com efeito, se nos reportarmos às razões da expedição do referido Ato, perceberemos que esta Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público o fizeram com a mais absoluta consonância com o ordenamento

jurídico brasileiro e catarinense. Além disso, constaram das considerações iniciais do Ato as razões da sua edição bem como orientações acerca da sua finalidade e aplicabilidade, *verbis*:

Considerando que o exercício da ação penal não depende exclusivamente de prévio inquérito policial;

Considerando o que dispõem o art. 26 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público -, o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União -, o art. 83, I e XVII, *d*, da Lei Complementar Estadual nº 197/00 – Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina - e o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal;

Considerando que o Brasil, como Estado-parte de Convenções Internacionais de Direitos Humanos e de outros instrumentos internacionais, comprometeu-se a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;

Considerando que os Estados-membros do Brasil devem, na defesa dos direitos humanos, priorizar a investigação e o combate aos delitos que ameacem ou impeçam a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a exemplo de tortura, execuções sumárias, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, corrupção etc;

Considerando que a atual realidade social está cada vez mais a exigir que o Ministério Público se posicione à frente das investigações criminais, sobretudo aquelas que apresentem um maior grau de complexidade ou de sofisticação no seu processo de execução ou em relação às quais tenha havido omissão ou insuperável deficiência da autoridade responsável pela investigação;

Considerando a necessidade de disciplinar, no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal - PIC;

Considerando a orientação expedida pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça no sentido de se uniformizar os procedimentos investigatórios criminais conduzidos pelo Ministério Público; e

Considerando a necessidade de efetivar-se o combate à

criminalidade, primando pelo resguardo do poder punitivo estatal,[...].

Portanto, assim como o Ato nº 01/2004/PGJ/CGMP está em consonância com a legislação infraconstitucional, esta também está em consonância com a Constituição da República. Não há inconstitucionalidade material a ser declarada.

Embora as transcrições do material normativo constitucional e infraconstitucional anteriormente efetuadas dêem conta de que está mais que evidente a possibilidade da realização de funções investigativas criminais pelo Ministério Público, há os que se apegam à literalidade de tais normas, para afirmar que, em nenhum momento, o legislador constituinte ou infraconstitucional teria atribuído expressamente tais funções à Instituição.

Nesse ponto, tanto a Lei Complementar nº 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União –, por meio do art. 8º, V, quanto a Lei Complementar Estadual nº 197/00 – Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina –, no seu art. 82, XVII, *d*, obediente ao mandamento constitucional contido no inciso VII do art. 129 da Constituição Federal, estabeleceram, expressamente, a possibilidade do Ministério Público realizar diretamente as investigações.

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;[...] (O grifo não está na versão original).

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

XVII – exercer o controle externo da atividade policial, civil ou militar, podendo, dentre outras medidas administrativas e judiciais:

[...]

d) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito sobre a omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial, determinando as diligências necessárias e a forma de sua realização, podendo acompanhá-las e tam-

bém preceder diretamente a investigações, quando necessário. (O grifo não está na redação original).

Para os que assim pensam, faz-se a seguinte exposição, para deixar evidenciado que, embora não tivesse o legislador efetivamente atribuído expressamente essa função ao Ministério Público, decorre ela de disposições que não deixam a menor dúvida a respeito dessa possibilidade.

Não obstante as transcrições acima realizadas, acrescenta-se que a possibilidade de o Ministério Público realizar atividades investigatórias criminais decorre de duas ordens de fundamentos jurídicos: a teoria dos poderes implícitos e o controle externo da atividade policial.

Embora tratados em itens distintos, a promoção da ação penal pública e o controle externo da atividade policial são funções intimamente relacionadas, isso porque, por ser privativa a ação penal pública do Ministério Público e sendo obrigatória a *opinio delicti*, haverá a Instituição que controlar o exercício da atividade policial, inclusive por meio da função requisitória, a fim de que não resulte prejudicada a *persecutio criminis*.

3.3.1 A teoria dos poderes implícitos como fundamento da função investigativa criminal do Ministério Público

Cabe ao Ministério Público, conforme já dito anteriormente, exercer, com exclusividade, a ação penal pública, ressalvada, evidentemente, a ação penal privada subsidiária da pública, em caso de inércia da Instituição.

A propositura da ação penal deve estar respaldada em justa causa, sob pena de constituir-se em coação ilegal e motivar o trancamento da ação penal por ordem de *habeas corpus* (CPP, art. 648, I). A justa causa é constituída pelos indícios, via de regra, colhidos durante a investigação criminal, que dão respaldo ao oferecimento da denúncia, em caso de ação penal pública, ou da queixa, se tratar-se de ação penal privada.

Não poderá o Ministério Público, com raras exceções, oferecer a denúncia sem que tenha justa causa para tal, ou seja, sem que haja indícios de prova. Se estiver diante de uma notícia de crime de ação penal pública, em relação ao qual não haja justa causa, deverá a Instituição proceder de forma a buscar os indícios que constituam a justa causa para o oferecimento da denúncia, requisitando da

autoridade policial a apuração dos fatos. Ocorre, no entanto, que, muitas vezes, a autoridade policial não responde à requisição, o que poderá ou não constituir prevaricação. Muitas vezes, a Polícia tem alegado falta de estrutura para responder a todas as requisições do Ministério Público, noutras, embora não o diga, não está treinada para a investigação de determinadas condutas, ficando o Ministério Público no aguardo da realização dessa investigação, enquanto não transcorrer o prazo prescricional. Todavia, o Ministério Público, se é o titular da ação penal pública, não pode ficar à mercê da Polícia, quer tenha essa ou não condições estruturais e treinamento para a realização das investigações. É aí que entra a possibilidade e a necessidade de o Ministério Público realizar a investigação criminal, sob pena de resultar prejudicado o exercício da ação penal pública.

A propósito, René Ariel Dotti, eminente professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná e ex-Secretário de Estado da Segurança Pública daquele Estado, com a propriedade de quem conhece as relações entre o Ministério Público e a Polícia, discorre sobre a possibilidade daquele transformar-se em refém da Polícia, *verbis*:

Este é um problema permanente e tortuoso não somente no campo das relações entre o Ministério Público e a Polícia como também no quadro dos interesses sociais. A *instrução preparatória* que seria o objetivo essencial do inquérito policial geralmente perde esse caráter quando a investigação é mal dirigida ou se extravia de rumo. Ao titular da ação penal se sobrepõe o titular do inquérito. Este deveria servir àquela porém a colisão de concepções em torno do fato delituoso, seus agentes e suas circunstâncias fazem de ambos os senhores os protagonistas principais de um litígio não declarado mas nem tanto encoberto a prenunciar o confronto entre o réu e a vítima. Em síntese: a denúncia que deveria transmitir a convicção pessoal do agente do *parquet*, extraída de um contrato direto com os meios de prova, se converte na síntese de uma *presunção de culpa* decorrente da leitura de peças de informação. E quantas vezes o registro do interrogatório, das declarações e dos depoimentos é uma ficção diante do que efetivamente foi dito pelo indiciado, pela vítima e pelas testemunhas? (*Ministério Público e Polícia Judiciária – Relações formais e desencontros materiais*, in *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 140-1).

Portanto, se o Ministério Público é, a teor do art. 129, I, da Constituição Federal, o titular privativo da ação penal pública, não pode ele ficar na dependência de outro órgão para exercê-la, caso contrário estaria transferida a outra Instituição, no caso à Polícia, a função de promoção da *persecutio criminis*, pois, se somente a essa couber a coleta dos indícios que constituem a justa causa e se sem esses não pode ser deflagrada a ação penal, então essa deflagração passa a ser apenas uma possibilidade condicionada à prática de atos por outro órgão que não o Ministério Público.

Assim, é fácil concluir que, se, por meio do art. 129, I, da Constituição Federal, foi atribuída ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública, a mesma regra, implicitamente, teria lhe atribuído, também, a função de buscar a justa causa, ou seja, os indícios que justifiquem a propositura da ação penal, quando se fizer necessário, até porque, o produto da investigação criminal se presta, sobretudo, para que o Ministério Público faça a *opinio delicti*, ou seja, para que possa fazer um juízo de acusação ou de arquivamento dos autos em face dos indícios apresentados.

Segundo a teoria dos poderes implícitos, os entes estatais, para cumprirem as suas atribuições ou competências, que são os fins ou as razões que os fazem existir, receberam os poderes necessários, que são os meios para que possam exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos.

Sobre a aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos como fundamento das atividades investigativas criminais do Ministério Público, assim se pronunciou o eminente jurista Mauro Fonseca Andrade:

Somando, pois, o brocardo latino *qui potest maius, potest et minus* a essa teoria, e examinando a atual situação constitucional do Ministério Público, à conclusão óbvia podemos chegar: se o Ministério Público é o titular da ação penal (o que é o mais), também poderá ele fazer suas próprias investigações (o que é o menos), a fim de que possa melhor exercer essa titularidade, e se convencer sobre o oferecimento ou não da denúncia. Aqui encontramos, então, a exata resposta aos que negam a viabilidade da investigação ministerial, com base na ausência de permissivo expresso sobre o tema. Assim, a norma permissiva da investigação criminal seria, justamente, o artigo 129, inciso I, da CF, que diz que cabe ao Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”. (Ministério Público e sua Investigação Criminal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grandes do Sul, 2001. p. 62-3).

Se a finalidade das investigações criminais é essa e se o Ministério Público, a teor do que dispõe o art. 41, parágrafo único, do Código de Processo Penal, prescinde do inquérito policial para a deflagração da ação penal, então é possível concluir que tal investigação é apenas um dos meios para a constituição da justa causa, estando em grau inferior de importância em relação à denúncia. Em outras palavras, é possível concluir que a denúncia do Ministério Público é o mais, e o inquérito policial, o menos, e que quem tem a função maior também tem a menor. Portanto, é possível somar à teoria dos poderes implícitos o brocardo latino *Qui potest maius, potest et minus* (quem pode o mais pode o menos), para se concluir que, se o Ministério Público está legitimado para a propositura da ação penal pública, também o está para as medidas pré-processuais de caráter investigativo.

No que tange à requisição, há que reconhecer que toda requisição é uma ordem, tanto que, se descumprida, pode configurar crime de desobediência ou prevaricação.

Se a requisição é uma ordem, é mais que evidente que, se alguém pode expedir uma ordem, também poderá fazer pessoalmente o que contém na ordem. Assim, se o Ministério Público pode ordenar que se proceda à investigação, também poderá fazê-la pessoalmente, pois essa função é implícita naquela. Igualmente o juiz, se tem esse o poder de expedir um mandado de busca e apreensão, poderá fazer pessoalmente a diligência.

3.3.2 O controle externo da atividade policial como fundamento das funções investigatórias do Ministério Público

Outro fundamento das funções investigatórias do Ministério Público está relacionado ao controle externo da atividade policial, função institucional prevista no inciso VII do art. 129 da Constituição Federal, cuja regulamentação foi remetida para as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados.

Dispõe a Lei Orgânica do Ministério Público da União:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações inter-

nacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

d) a indisponibilidade da persecução penal;

e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública. (O grifo não está na redação original).

Dispõe a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

§ 1º O controle externo da atividade policial será exercido tendo em vista:

I - o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III - a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

IV - a indisponibilidade da persecução penal;

V - a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública;

VI - outros interesses, direitos e valores relacionados ao exercício da atividade policial. (O grifo não está na redação original).

Como se vê, uma das finalidades do controle externo da atividade policial é garantir a indisponibilidade da persecução penal. É que, se assim não fosse, não fazendo a investigação criminal, o Ministério Público estaria impossibilitado de promover a ação penal pública, quando essa fosse necessária, porquanto despro-

vido de justa causa.

Sustentam alguns autores que ao Ministério Público cumpre, tão-somente, requisitar a instauração da investigação criminal pela Polícia, não podendo fazê-la diretamente.

O e. Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já se pronunciou por diversas vezes sobre a matéria, reconhecendo, nos diversos julgados, de forma pacífica, a legitimidade do Ministério Público para a realização da investigação criminal.

É o que consta do Acórdão proferido, no dia 1º de dezembro de 1998, pela Quinta Turma do referido Tribunal nos Autos do Hábeas Corpus nº 7445/RJ, em que foi relator o Min. Gilson Dipp:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ORDEM DENEGADA.

I – São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia.

II – Ordem denegada.

No mesmo sentido, o Acórdão proferido, no dia 26 de agosto de 1998, pela Sexta Turma do mesmo Tribunal, nos Autos do Hábeas Corpus nº 7.063/PR, em que foi relator o Min. Vicente Leal:

O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito policial para investigar a prática de atos abusivos, susceptíveis de causar lesão a atais interesses coletivos.

A instauração de tal procedimento não provoca qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção, revelando-se, por isso, impróprio o uso de *hábeas-corpus* para coibir eventuais irregularidades a ele atribuídos.

Cumprе recordar, nesse item, que o Ministério Público de Santa Catarina, conforme se depreende da norma do art. 82, XVII, *d*, da Lei Complementar Estadual nº 17/00, tem autorização legislativa expressa para realizar investigação criminal, quando necessário, a fim de que possa dar cabo a sua função constitu-

cional de controle externo da atividade policial, garantindo, dentre outros, a indisponibilidade da ação penal.

E não há como impingir-se de inconstitucional tal dispositivo legal, pois decorre de menção expressa do inciso VII do art. 129 da Constituição Federal, segundo o qual deverá o controle externo da atividade policial ser regulamentado pelas respectivas leis orgânicas. É o que foi feito.

É bem verdade que o Ministério Público tem consciência lúcida de que a atividade investigativa criminal que se propõe a fazer não deve e não pode substituir a da Polícia. Essa atividade é meramente supletiva, pois supre, em parte, as carências do sistema policial, somente devendo ser realizada quando a Polícia demonstrar que não possui estrutura, quando demonstrar falta de interesse ou quando não apresentar-se suficientemente isenta no cumprimento de tal desiderato.

Em parecer emitido por solicitação do Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, sobre a investigação criminal do Ministério Público, o eminente constitucionalista e hermeneuta Luís Roberto Barroso assim se pronunciou:

Nada obstante o que se acaba de registrar, é igualmente verdadeiro que o sistema constitucional não instituiu o monopólio da investigação criminal por parte da Polícia. A própria Constituição contempla hipóteses de investigação por outros órgãos, como ocorre, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) e com o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71). A legislação infraconstitucional prevê ainda outras hipóteses que sempre foram admitidas como constitucionais. Também não parece decorrer do texto constitucional uma vedação expressa ou implícita ao desempenho *eventual* da atividade investigatória por parte do Ministério Público. Com efeito, colhe-se na letra expressa do art. 129, IX, da Constituição a possibilidade de o Ministério Público desempenhar outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada “a representação judicial e a consultoria de entidades públicas”.

4 Da ausência de inconstitucionalidade formal

Cumpra, agora, refutar a tese da existência de inconstitucionalidade formal. É que a Requerente alega que somente a União Federal poderia legislar sobre investigação criminal, a teor do disposto no art. 22, I (direito processual), e 24, XI (procedimento em matéria processual), da Constituição Federal.

Para arguir-se sobre a temática, há que fazer uma distinção entre processo e procedimento, para, depois, verificar-se se se está diante de uma norma de processo, ou de uma norma de procedimento, ou de nenhuma delas.

O processo, segundo expõe Antônio Scarance Fernandes (*Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31-42), passou por três fases evolutivas: 1ª fase: o processo como procedimento; 2ª fase: o processo como relação jurídica; 3ª fase: o processo como entidade complexa, que abrange também o procedimento em sua conceituação.

Na primeira fase, a do processo como procedimento, não há, ainda, tratamento científico do processo; há mera visão procedimentalista. O processo se confunde com o procedimento numa perspectiva, ainda, unilateral da doutrina, não suficientemente desenvolvida. Contentam-se os estudiosos em enunciar regras práticas para a atuação nos processos, ou se limitam a descrever os dispositivos referentes aos atos e às formas do processo. Nessa perspectiva, processo é, enfim, mera seqüência de atos coordenados que se desenvolvem até a sentença, interessando, apenas, o seu caráter evolutivo, a marcha que desenvolve, o caminho que percorre de forma progressiva.

Na segunda fase, a do processo como relação jurídica, cuja teoria foi formulada por Bülow, o processo tem pressupostos, objeto e sujeito próprios (autor, réu e juiz), distintos da relação jurídica material. Nesta segunda fase, o procedimento passa a ser abrangido pelo processo, isto é, como parte dele, mas apenas como modo de ser da relação processual, que se encontra em via de gradual desenvolvimento. O procedimento aparece como algo que exterioriza a relação e, por isso, secundário ou até exterior à definição de processo. Com a idéia de relação jurídica e de seus sujeitos – autor, réu e juiz –, acaba ficando sem a devida explicação e realce a participação de outros protagonistas da cena processual, que também colaboram para a prestação do ato jurisdicional, como, por exemplo, a vítima, as testemunhas, os peritos e os advogados.

A terceira fase, a do processo como entidade complexa, abrange também

o procedimento como instituto fundamental na sua conceituação. Scarance diz que Dinamarco vê o processo como o procedimento animado pela relação jurídica processual. Processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento). Se, na segunda fase, o procedimento era secundário ou externo à relação processual, nesta terceira fase, o procedimento passa a ter posição fundamental, pois é ele quem anima a relação processual, que, prioritária na segunda fase, nesta é decorrência do procedimento.

Em resumo, o processo é a relação jurídica animada pelo procedimento, que é a prática ordenada de atos processuais. O rito seria a forma de ordenação dos atos processuais.

Feitas tais considerações de caráter teórico, pode-se afirmar que as normas atacadas não dizem respeito nem a processo, nem a procedimento, muito menos a rito processual, não estando, portanto, sujeitas à disciplina do art. 22, I, e do art. 24, XI, da Constituição Federal.

Não obstante, como já dito, as normas atacadas estão consoantes com a Constituição Federal e com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. O art. 24, XI, da Constituição Federal (que diz respeito à norma de procedimento em matéria processual), por sua vez, trata de competência concorrente da União e dos Estados Membros, ressalvando, assim, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

As normas atacadas, na verdade, dizem respeito às atribuições do Ministério Público e não à matéria processual ou procedimental, conforme quer fazer crer a Autora. As atribuições do Ministério Público, respeitado o teor da norma constitucional, devem ser tratadas nas respectivas leis orgânicas, consoante a norma do art. 128, § 5º, da Constituição da República, que assim dispõe:

Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:[...]. (O grifo não está na redação original).

Também a regulamentação do controle externo da atividade policial deve ser objeto das respectivas leis orgânicas, consoante a norma do art. 129, VII, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar respectiva; [...].

Por outro lado, a expedição do Ato disciplinando as atividades administrativas dos membros do Ministério Público, nos termos do art. 18, IX e X, da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina, em nada afronta a Constituição Federal e a Legislação Infraconstitucional, porquanto está em plena consonância com a Lei Orgânica da Instituição. Esse Ato, na verdade, apenas orienta a atividade do Ministério Público já estabelecida na Constituição e nas Leis Infraconstitucionais, em nada inovando, apenas instruindo o exercício das atividades administrativas dos membros da Instituição. Está voltado para o ambiente interno e somente obriga os membros da Instituição, razão pela qual não há motivo para invocar-se o princípio geral da reserva legal estabelecido no art. 5º, II, da Constituição Federal, pois, se obrigação há a ser cumprida, decorre da Constituição e das Leis. O Ato tem a natureza de orientar e disciplinar, devidamente autorizado por lei, a atividade administrativa interna.

Por fim, não pode prevalecer a alegação de que este Procurador-Geral de Justiça, ao expedir o Ato Conjunto nº 01/2004/PGJ/CGMP, teria ferido o princípio da separação dos poderes, por estar em curso ação direta de inconstitucionalidade, na qual se discute a constitucionalidade da atividade investigativa criminal do Ministério Público. É que, além de não haver sido concedida liminar na referida ação, suspendendo os efeitos das normas atacadas, não pode o Ministério Público interromper as suas atividades, que, quando necessário, devem sofrer a respectiva disciplina por parte do Procurador-Geral de Justiça.

Portanto, nenhuma inconstitucionalidade material e formal há nos dispositivos atacados.

Para concluir, Senhores Ministros, Senhor Relator e Senhor Procurador-Geral da República, é preciso enfatizar que, em tempos em que a criminalidade, de todas as espécies e qualificações, orienta e impõe novos padrões e rumos para o convívio social; em que a sensação que se tem é que a punição é instrumento para ser utilizado apenas contra os que estão em posição desfavorável na escala social; em que o Estado se manifesta visivelmente incapaz de contrapor-se à escalada da violência; em que a criminalidade dos mais poderosos, que retira do Estado, pela via da malversação de recursos públicos ou da sonegação de tributos, a sua capacidade de cumprir as suas funções sociais mais elementares; em

que muitos agentes públicos se postam na zona de conforto e fecham os olhos para a realidade que os cerca e que está a cada dia mais fechando o cerco inclusive contra eles próprios; em que muitos detentores de cargos públicos, ao invés de cumprirem as suas funções, ficam se preocupando, tão-somente, com o poder que possuem, como se esse poder fosse um fim, em vez de meio; em que muitos agentes públicos vivem na mais absoluta ilusão quanto à perenidade de seus cargos e quanto à falsa proteção que acreditam deles obter; em que os padrões de Justiça parecem estar invertidos e em que as funções mais elementares do Estado passam a ser exercidas por pessoas estranhas a eles, quer seja por aquelas pertencentes a organizações mantidas pela narcotraficância, quer seja aquelas sustentadas pelo dinheiro público, subtraído do Estado e da Sociedade, muitas vezes, com a proteção de agentes públicos; nestes tempos, a Sociedade não pode prescindir da ajuda de quem quer que seja que possa fazer um pouco para inverter esse quadro de desalento, nem mesmo do Ministério Público, que não se apresenta como Instituição redentora ou salvadora, mas que, a exemplo de muitas outras, pode dar a sua cota de contribuição. Seria confortável demais ao Ministério Público, manter-se, como muitos, na zona de conforto, alheio às complexidades e às mazelas da investigação criminal e ficar, como em outras épocas não muito distantes, no aguardo de uma ação policial. Aliás, quando o Ministério Público assim agia, não faltavam críticos em todos os setores. Hoje, quando o Ministério Público busca um maior engajamento, expondo-se a toda sorte de vicissitudes, inclusive entregando à causa social a própria vida – a exemplo de colegas assassinados recentemente em face da função –, há os que se contrapõem, buscando um retrocesso.

O Supremo Tribunal Federal é a única Instituição que pode, à luz da hermenêutica constitucional e legal, ao interpretar as normas postas à discussão, garantir ao Ministério Público uma atuação firme em prol da Sociedade. E que, eventuais excessos que possam ocorrer, o que não é privilégio do Ministério Público, da Polícia ou do Poder Judiciário, mas sim de todos que agem, que fazem algo, possam ser prevenidos ou reparados no devido tempo e na justa medida, sem, contudo, privar as Instituições dos meios de que necessitam para cumprir as suas funções, pois, diversamente do afirmado na Inicial, o Ministério Público não é uma Instituição sem controle. Tudo o que faz está sujeito ao contraditório e aos recursos legais. Além do controle interno, há o controle externo, exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, recém-criado pelo Congresso Nacional e, sobretudo, pela Ordem dos Advogados do Brasil, defensora efetiva dos interesses individuais, que está a postos para postular, perante o Poder Judiciário, o

que for necessário e justo. Também o Poder Judiciário está pronto para responder e reprimir abusos e ilegalidades, inclusive quando praticados pela Polícia. Por isso, não há medos nem receios em relação ao Ministério Público, instituição tradicionalmente voltada à defesa dos direitos humanos, inclusive em épocas nas quais imperaram, no Brasil, regimes de força, como, por exemplo, de 1964 a 1985. Se não há receios em relação à atividade investigativa criminal da Polícia, envolvida em inúmeros casos de violação de direitos humanos, também não há o que temer em relação ao Ministério Público.

São essas as informações, esperando o Requerido que seja julgado improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade contido na Inicial.

Florianópolis, 23 de novembro de 2004.

PEDRO SÉRGIO STEIL

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina