
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 3, n. 7, set./dez. 2005

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andreas Eisele

Guido Feuser

João José Leal

Pedro Roberto Decomain

Rui Carlos Kolb Schiefler

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. 3, n. 7, (set./dez. 2005)
- 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) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Durval da Silva Amorim

Abel Antunes de Mello

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nélson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Moacyr de Moraes Lima Filho

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

André Carvalho

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

Fernando da Silva Comin

Ouvidor

José Galvani Alberton

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Gladys Afonso – *Procuradora de Justiça*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador*

João Carlos Teixeira Joaquim – *Coordenador-Adjunto*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Luciano Trierweiller Naschenweng – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Antenor Chinato Ribeiro – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Davi do Espírito Santo – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Helen Crystine Corrêa Sanches – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Sérgio Antônio Rizelo – *Coordenador-Geral*

Maury Roberto Viviani – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antonio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Abel Antunes de Mello – *Diretor e.e.*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1ª Secretária

Havah Emília P. 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

Presidente

César Augusto Grubba

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

Carlos Henrique Fernandes
Ivens José Thives de Carvalho
Jorge Orofino da Luz Fontes

SUMÁRIO

ASSUNTO ESPECIAL: TESES CATARINENSES APRESENTADAS NO XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BELO HORIZONTE, DE 6 A 9 DE NOVEMBRO DE 2005

Impedimentos Constitucionais para o Aumento do Tempo de Duração da Medida Sócio-educativa de Internação – Um Paralelo em Relação à Diminuição da Idade da Responsabilidade Penal.....11
Gercino Gerson Gomes Neto

Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas.....29
Max Zuffo

É Possível a Indisponibilidade de Bens de Agentes Condenados por Improbidade Administrativa por Violação aos Princípios Constitucionais da Administração Pública?53
Wilson Paulo Mendonça Neto

CRIMINOLOGIA

Crítica criminológica aos fundamentos economicistas do Direito Penal e Processual Penal.....63
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina: Linhas Gerais.....91
Eduardo Sens dos Santos

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Aspectos Procedimentais e Político-criminais dos Crimes Disciplinados na Nova Lei Falimentar.....119
Cezar Roberto Bitencourt

As Faces de Eco: Apontamentos sobre o Ensino do Processo Penal.....145
Fauzi Hassan Choukr

A Individualização da Pena153
Francisco de Paula Fernandes Neto

Delação Premiada: O Tratamento Jurídico Instituído pela Lei 9.807/99
ao Réu-colaborador 179
Giselle Pereira João

O Problema da Toxicodependência: As Novas Achegas da Política
Criminal..... 191
Isaac Sabbá Guimarães

O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica203
Paulo César Busato

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Investigação de Paternidade: Os Efeitos da Coisa Julgada..... 231
Luciana Genehr da Silva

ASSUNTO ESPECIAL: TESES CATARINENSES APRESENTADAS NO XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BELO HORIZONTE, DE 6 A 9 DE NOVEMBRO DE 2005

IMPEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA O AUMENTO DO TEMPO DE DURAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO – UM PARALELO EM RELAÇÃO À DIMINUIÇÃO DA IDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL

Gercino Gerson Gomes Neto
Promotor de Justiça – SC

Introdução

No Brasil, desde a edição do Estatuto de Criança e do Adolescente, há 15 anos, temos nos deparado com um debate acalorado e nada jurídico no que diz respeito à idade da responsabilidade penal.

Na verdade, ocorre um debate falacioso que esconde uma realidade incontestável, ou seja, a gravíssima omissão dos poderes públicos na implementação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Então, após muitos anos de trâmite de emendas constitucionais tendentes a diminuir a idade da responsabilidade penal, sem sucesso, evidentemente, procura-se agora, a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dentre as idéias que têm surgido, uma busca desconstituir os princípios de brevidade e excepcionalidade das medidas privativas de liberdade, numa flagrante inconstitucionalidade, como veremos a seguir.

Aumento do tempo de internação e tempo determinado para

o cumprimento da medida

No ano passado, foi constituído grupo de trabalho na Câmara dos Deputados, para analisar propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que diz respeito à aplicação das medidas sócio-educativas.

Proposta tendente a modificar os artigos 103, 108, 121, 122 e 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente, visa, justamente, mudar o conceito de ato infracional, abrindo então a porta para o direito penal no Estatuto da Criança e do Adolescente e, via de consequência, a possibilidade para mudança dos princípios de brevidade e excepcionalidade.

Diz o esboço:

Art 103. Considera-se ato infracional a conduta de menor de 18 anos autor ou partícipe de fato tipificado com crime ou contravenção penal.

Art. 108. A internação provisória, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias, salvo nos casos dos atos infracionais referidos nos §§ 5º e 6º.

Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios atinentes à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

§ 1º A medida de internação será sempre fixada com prazo máximo determinado, devendo O juiz proferir decisão fundamentada à vista de laudo de avaliação clínica, psicológica, psiquiátrica e assistencial.

§ 2º No laudo, os peritos deverão avaliar o grau de periculosidade do autor do ato infracional, definir se ele é dotado de potencialidade para assimilar as medidas sócio-educativas para sua recuperação, e recomendar o tempo de sua internação.

§ 3º Quando o período de internação, estabelecido pelo juiz, não exceder a três anos, o autor do ato

infracional será reavaliado a cada seis meses.

§ 4º Nos atos infracionais graves, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, em que a pena mínima cominada aos crimes correspondentes for de até quatro anos de reclusão, o período de internação não excederá a seis anos, devendo a reavaliação ocorrer anualmente.

§ 5º No caso dos atos infracionais referidos no parágrafo anterior se a pena mínima cominada aos crimes correspondentes for igual ou superior a quatro anos, o período de internação não excederá a dez anos e a reavaliação ocorrerá a cada dois anos, ressalvada a hipótese do § 12.

§ 6º Nos atos infracionais de excepcional gravidade que correspondam aos crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, o tempo máximo de internação poderá ser igual à média da soma das penas mínima e máxima, cominadas aos crimes, e a reavaliação ocorrerá a cada três anos, ressalvada a hipótese do § 12.

§ 7º Os laudos de avaliação e reavaliação referidos neste artigo estabelecerão o grau de periculosidade ou sua cessação, e basearão a decisão judicial que estabelecer a manutenção ou extensão do regime de internação, ou a transferência do autor do ato infracional para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

§ 8º Ao atingir a idade de 18 anos, o autor de ato infracional previsto na hipótese dos §§ 5º e 6º, será transferido para ala especial do sistema penitenciário comum, onde cumprirá o período que lhe restar de internação, sempre observadas as reavaliações previstas nos parágrafos anteriores.

§ 9º Na hipótese de constatação de periculosidade em laudo de exame psiquiátrico, psicológico, clínico

e assistencial, em virtude de sofrer de doença mental, desenvolvimento mental retardado, psicopatia ou psicose, o infrator será submetido à medida especial de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico específico para autores de atos infracionais.

§ 10 Se o autor do ato infracional previsto nos § 5º e 6º praticá-lo sob efeito de droga, da qual for absolutamente dependente, ele só poderá deixar o regime de privação de liberdade, a ser cumprido em estabelecimento adequado em que receberá terapia específica, se constatada a cura da dependência sem prejuízo da obrigação de sujeitar-se à avaliação e às reavaliações de periculosidade nos prazos e condições definidos nesse artigos.

§ 11 Nos casos dos parágrafos 5º e 6º, ao proceder à primeira avaliação, os peritos levarão em conta a condição de periculosidade do autor no momento e nas circunstâncias em que praticou o ato infracional. Nas reavaliações os peritos deverão considerar também o comportamento posterior do autor, durante o regime de internação.

§ 12 No caso de reiteração de ato Infracional subsumido nas hipóteses dos parágrafos 5º e 6º, ocorrida durante o regime de internação, o juiz poderá estender o seu período por tempo equivalente ao máximo da pena cominada ao crime correspondente, passando as reavaliações a serem procedidas a cada quatro anos. O mesmo tempo de internação será fixado quando a reiteração referida neste parágrafo ocorrer após o cumprimento de internação anterior.

§ 13 Os autores de atos infracionais previstos nas hipóteses dos parágrafos 5º e 6º, deverão ser internados em estabelecimentos ou entidades que lhes sejam exclusivamente destinados.

§ 14 Será permitida ao internado a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica do estabelecimento ou entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário, e nos casos de ele ser autor dos atos infracionais referidos nos § 5º e 6º.

§ 15 As reavaliações poderão, em caso plenamente justificado pelas circunstâncias, a critério do juiz, ser realizadas a qualquer tempo.

Art. 122 A medida de internação também poderá ser aplicada se houver descumprimento reiterado e injustificável de medida diversa anteriormente imposta.

I - Revogado

II - Revogado

III - Revogado

§ 1º Revogado

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, se outra medida for adequada.

Art. 123 A internação, ressalvado o disposto nos parágrafos 8, 9, 10 e 13, do artigo 121, deverá ser cumprida em estabelecimento ou entidade exclusivos para adolescentes, em local distinto daquele destinado a abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e graduação dos atos infracionais.

Observa-se então, que o esboço de anteprojeto lei, em discussão no âmbito daquela comissão estabelece medida sócio-educativa, de até 30 anos, que para mim passa a ser pena, no caso de reincidência.

Estabelece critérios variados para fixação da medida sócio-educativa, estabelecendo parâmetro em relação às penas fixadas para os crimes respectivos.

Assim, no caso de um ato infracional cuja conduta seja descrita como roubo em concurso de agentes, cuja pena mínima será de 5 anos e 4 meses, o adolescente poderá receber medida de internação de até 10 anos, com reavaliação a cada dois anos.

Desta forma, o princípio da brevidade cai por terra, torna-se letra morta na Constituição Federal, pois a medida de internação, no caso poderá ser 330% maior que a até aqui estabelecida.

Na verdade, trata-se de penalização das medidas sócio-educativas e, para tanto, o esboço introduz profunda modificação conceitual sobre o que é ato infracional, com a nova redação.

Impedimento constitucional para a penalização do direito da criança e supressão dos princípios da brevidade e excepcionalidade

Quando o esboço introduz a modificação no artigo 103 o faz, justamente para introduzir o conceito de crime no de ato infracional.

A definição atual é a seguinte: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

A definição da proposta é a seguinte: “Considera-se ato infracional a conduta de menor de 18 anos autor ou partícipe de fato tipificado com crime ou contravenção penal.”

Ora, a mudança é significativa, pois atualmente o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal e, com a nova proposta se torna autor ou partícipe de fato tipificado como crime ou contravenção penal, deixando portanto de ser a mera conduta para se tornar o crime ou contravenção penal.

Tal mudança tem por escopo legitimar a introdução de disposições penais, muitas das quais não vamos aqui discutir, pois nos interessa apenas a derrogação do princípio constitucional da brevidade por lei ordinária.

A questão do socorro do Estatuto aos tipos penais e contravencionais não tem o objetivo de igualar ato infracional a crime, pois se assim fosse, o legislador teria mantido a nomenclatura do Código de Menores, que chamava de infração penal, bem como teria feito distinção entre contravenção penal e crime ou escalonado

as medidas de acordo com a gravidade do ato praticado, o que impediria por exemplo, um autor de homicídio de receber medida de liberdade assistida.

Péricles Prade no seu livro *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente* ao comentar a apreensão em flagrante diz:

Houve, no *caput*, do art. 106, evidente adaptação do texto transcrito, já que, em relação ao adolescente, por ser inimputável, em se tratando de pessoa entre doze e dezoito anos (ECA, art. 2º), não pode ser preso em flagrante delito, ocorrendo, tão-só, flagrância de ato infracional, conquanto seja a correlata conduta anti-social descrita como crime ou contravenção.¹

E mais adiante:

Se não há prisão em flagrante, o mesmo se dá com a prisão preventiva... se cinge ao ato físico da simples apreensão (ECA, art. 107), decorrente da inimputabilidade. Em suma: Não são equiparados aos réus, adultos e imputáveis, sofrendo medidas sócio-educativas, isto é, sem caráter de penação.

O Tribunal de Justiça de Goiás na Apelação 17076-9/213, Rel. Des. Byron Seabra Guimarães diz:

Sendo o menor inimputável, não há que se falar em extinção de punibilidade, fundamento da prescrição [...] O menor não pratica crime, nem contravenção penal, mas sim ato infracional² [...]

Vanderlino Nogueira, afirma:

No Brasil, desde a promulgação do Código Penal de 1940, uma coisa pode ter como certa e indiscutível:

1 **Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente.** Obra Jurídica ed. Florianópolis: 1995, p. 12.

2 **Infância e Juventude – Jurisprudência.** Escola Superior do MP, Goiás: 1998.

não se pode falar em 'responsabilidade penal' da criança e mesmo do adolescente, quando têm condutas em conflito com a lei penal. Com a Constituição de 1988, isso passa a ter sede constitucional.³

Quis o legislador, constituinte e estatutário, resguardar o adolescente do ranço da punição estigmatizante. Tanto que em nenhum momento a lei reporta-se ao efeito retributivo ou mesmo intimidatório da medida, pelo contrário, sempre preteriu tais figuras em favor da garantia de oportunizar e facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições dignas, destacando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A proposta do Estatuto não é nem retributiva nem de exemplificação, mas apenas e tão somente o compromisso responsabilizante e pedagógico, de caráter sócio-educativo.

Outra questão é a não compreensão, pelos operadores, de que a contenção, aí englobadas a internação e a semiliberdade, não têm um fim em si mesmas, pois são meio, ou seja, instrumentos para que a proposta pedagógica seja introjetada no adolescente em conflito com a lei.

Isto significa dizer que a contenção é aplicada porque a proposta pedagógica só terá resultado, ao menos inicialmente, se houver a contenção do adolescente, com seu afastamento temporário do meio em que está inserido, pois o adolescente continuará praticando atos infracionais, etc.

Reforço meu ponto de vista com os argumentos da ilustre Professora Tânia da Silva Pereira, constantes do livro antes mencionado:

Antes de iniciar o estudo particularizado de cada medida sócio-educativa, é necessário esclarecer que elas não são penas. Na verdade, devem ser providências judiciais cujo objetivo principal é proteger o adolescente, promovendo seu desenvolvimento pleno e sadio.

A Constituição da República, em seu artigo 228, diz que: "São

penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitando-se às normas da legislação especial”.

J. Cretella Júnior, constitucionalista, ao comentar o artigo 228 da Constituição Federal, cita Raul Chaves e diz que: “O Código Penal, na parte geral, art. 23, fixa em dezoito anos a capacidade penal e, com esse limite, seguiu ‘de perto, sem exagerar, a média das conclusões tidas por científicas, a respeito do momento de maturidade do indivíduo”.

Direitos e garantias individuais no Brasil, enquanto categoria constitucional⁴

Iniciando a discussão sobre a questão da idade penal como garantia individual e a responsabilização especial como direito individual, ambos constitucionais, e conseqüentemente, como inseridos em cláusula pétrea, passemos a breves considerações sobre os direitos e garantias individuais no Brasil, em sede constitucional.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, novamente colocou no patamar de cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, impedindo sua modificação ou abolição.

Assim, diz o artigo 60 mencionado:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

Parágrafo 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Então, diante do estabelecido no artigo 60 da Constituição

4 GOMES NETO, Gercino Gérson. **A Inimputabilidade Penal Como Cláusula Pétrea**. Centro das Promotorias da Infância do Ministério Público de Santa Catarina: 2000.

depreende-se que a reforma constitucional derivada é possível no Brasil, desde que observadas as exigências dos incisos do *caput* do mesmo artigo.

Entretanto, o poder derivado é limitado pois impossível à abolição da forma federativa, do voto, da separação dos poderes e, por fim, dos direitos e garantias individuais.

Os artigos 227 e 228 como cláusulas pétreas

Com a Constituição Federal de 1988, a questão da inimizabilidade penal passou a ser questão constitucional, assim como todo o conjunto de direitos da criança e do adolescente e a prioridade no seu atendimento.

No caso específico dos princípios da brevidade e excepcionalidade também, posto que inseridos no inciso V, do § 3º, do artigo 227 da Constituição Federal.

Quis o legislador originário definir com clareza os limites da idade penal, em sede constitucional, bem como dos princípios da brevidade e excepcionalidade da internação, da mesma forma como tratou de várias questões penais, já no artigo 5º, quando trata dos direitos e garantias individuais.

Dito isto, resta analisar quais sejam os direitos e garantias individuais, que do ponto de vista constitucional é claro.

Estabelece o artigo 5º da Constituição Federal, o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana, sendo desnecessário discutir se são ou não amparados pelo parágrafo 4º do artigo 60, pois expressamente definido na carta.

Porém, o parágrafo 2º do artigo 5º diz que também são direitos e garantias individuais as normas dispersas pelo texto constitucional, não apenas as elencadas no dispositivo mencionado.

Diz o parágrafo 2º do artigo 5º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, este parágrafo nos traz duas certezas.

A primeira, que a própria Constituição Federal admite que encerra em seu corpo, direitos e garantias individuais, e que o rol do artigo 5º não é exaustivo.

A segunda, que direitos e garantias concernentes com os princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil, integram referido rol, mesmo fora de sua lista.

Voltando à leitura do inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, compreendemos que o dispositivo refere-se à não abolição de todo e qualquer direito ou garantia individual elencados na Constituição, não fazendo a ressalva de que precisam estar previstos no artigo 5º.

Dito isto, parece-nos insofismável que todo e qualquer direito e garantia individual previstos no corpo da Constituição Federal de 1988 é insusceptível de emenda tendente a aboli-los, bem como os dispositivos legais que vieram a regulamentar disposições constitucionais.

Em relação a isto, assim se posiciona Ives Gandra Martins⁵:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores.

Diante do exposto, e com a certeza de que existem outros direitos e garantias individuais espalhados pelo texto da Carta Política de

5 BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 4, Tomo I. São Paulo: Saraiva. p. 371 e ss.

1988, resta-nos a análise e comprovação, de que a inimputabilidade penal encerra disposição pétrea, por ser garantia da pessoa com menos de 18 anos e, por via de consequência os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação.

No que se refere à inimputabilidade penal, deixou-a o constituinte para o capítulo que trata da criança e do adolescente, por questão de técnica *legislativa*, uma vez que duas emendas populares, apresentadas pelos grupos de defesa dos direitos da criança, fizeram inserir na Constituição os princípios da doutrina da proteção integral, consubstanciados nas normas das Nações Unidas.

Desta forma, nada mais lógico do que inserir os direitos da criança e do adolescente no capítulo da Família.

Quis o Constituinte separar os direitos e garantias das crianças e adolescentes das disposições relativas ao conjunto da cidadania, visando sua maior implementação e defesa.

Assim, elegeu tais direitos, colocando-os em artigo próprio, com um princípio intitulado de prioridade absoluta, que faz com que a criança tenha prioridade na implementação de políticas públicas, por exemplo, e desta forma, inclusive por questão de coerência jurídico-constitucional não iria deixar ao desabrigo do artigo 60, § 4º, IV, os direitos e garantias individuais de crianças e adolescentes, quando, foi justamente o contrário que desejou fazer e o fez.

Para comprovar o afirmado até aqui, transcrevemos parte do artigo 5º e dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal.

Em relação ao ato infracional e ao crime e seus processos:

Art. 227 [...]

§ 3º [...]

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de

pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

Paralelo a este direito, temos o princípio constante do artigo 5º:

Art. 5º [...]

LV – aos litigantes... e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Inegável que os princípios do artigo 227 encontram suporte no inciso acima transcrito e em todos os outros estabelecidos a partir do inciso XXXIX.

Inegável, também, que tal disposição se coaduna com os princípios adotados na Constituição Federal.

Ora, a formalização da ação sócio-educativa, a defesa profissional, tudo isto não existia no antigo “direito do menor” e só passaram a incorporar o direito da criança e do adolescente a partir da Constituição, garantista por excelência.

No que diz respeito ao artigo 228, da Constituição Federal, a interpretação é a mesma.

Diz ele: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Traçando um paralelo, novamente, com o artigo 5º, no que diz respeito ao direito penal e a vedação de aplicação de certas penas aos cidadãos, vemos:

Art. 5º [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

O legislador deixou claro que as penas ali constantes não serão aplicadas e, no caso do 228, da Constituição, ficou mais claro ainda, ao afirmar que os menores de 18 anos não receberão pena, posto que penalmente inimputáveis.

Consignou no artigo 227, § 3º, inciso V, que a medida de internação será breve e excepcional, vejamos:

obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

Assim, quando afirmam isto, o artigo 228 garante ao adolescente sua inimputabilidade, e o 227 que a medida de privação de liberdade será breve e excepcional, da mesma forma que o artigo 5º garante a todos os cidadãos a não-aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Então, se a legislação máxima não permite, por exemplo, a aplicação da pena de morte ou de prisão perpétua e isto se consubstancia em garantias dos cidadãos, insofismável afirmar que tais garantias são cláusulas pétreas.

O artigo 228, nada mais é do que a garantia da não-responsabilização criminal da pessoa menor de 18 anos, justamente em razão da sua condição pessoal de estar em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social, sendo que, nada mais justo, que esta garantia se aplique aos adolescentes.

Traçando um paralelo com a responsabilização especial do adolescente e sua inimputabilidade, temos que quando a Constituição Federal, no *caput* do artigo 228 afirma que as pessoas menores de 18 anos são inimputáveis, ela garante a toda pessoa menor de 18 anos que ela não responderá penalmente por seus atos contrários à lei.

Sendo assim, o referido artigo encerra uma garantia de não aplicação do direito penal, como por exemplo, as cláusulas de não-aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua, são garantias de não-aplicação do direito penal máximo a todos, conseqüentemente, todas cláusulas pétreas garantidas pelo artigo 60, da Constituição Federal.

Em relação à segunda parte do artigo 228, que dispõe que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma disposta em legislação especial, contém além de uma garantia social de responsabilização de adolescente, um direito individual de que a responsabilização ocorrerá na forma de uma legislação especial.

Desta forma, estamos diante de uma responsabilização especial, não penal, que é um direito individual do adolescente e, como tal, consubstanciado em cláusula pétrea.

Aliado a isto, temos a garantia de que a internação será breve e excepcional.

Dito isto, só nos resta afirmar que estes dispositivos constitucionais também são cláusulas pétreas, portanto, insuscetíveis de reforma ou supressão.

Da mesma forma, impossível a modificação da regra que regulamentou dispositivo pétreo constitucional.

O advogado Rolf Koerner Júnior, enquanto integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1996, teve aprovação unânime daquele Conselho, de parecer contrário à proposta de Emenda à Constituição 301/96, e que dá nova redação ao artigo 228 da Constituição Federal que diminuía a imputabilidade penal para os dezesseis anos, onde assim se manifesta⁶:

(Também) a inadmissibilidade da emenda: a norma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

[...]

Apesar de a norma do art. 228, da Carta Magna, encontrar-se no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso), do Título VIII (Da Ordem Social), não há como negar-lhe, em contraposição às de seu art. 5º (Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do

6 KOERNER JÚNIOR, Rolf. **A Menoridade é Carta de Alforria?** In O Ato Infracional e As Medidas Sócio-Educativas. Subsídios, 6, para a Assembléia Ampliada do Conanda. Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, CONANDA, apoio UNICEF e INESC.

Título, II, dos Direitos e Garantias Fundamentais), a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Escreveu J.J. Gomes Canotilho que “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes.

Então, nesse aspecto, na regra do art. 228, da Constituição Federal, há embutida uma ‘garantia pessoal de natureza análoga’, dispersa ao longo do referido diploma ou não contida no rol específico das garantias ou dos meios processuais adequados para a defesa dos direitos.

Direitos assegurados no artigo 227

Para reforçar tais argumentos, pergunta-se o motivo pelo qual o *legislador* colocaria no artigo 227, da Constituição que a criança e o adolescente têm assegurado direito à vida e a liberdade, se no *caput* do artigo 5º, tais direitos já estão assegurados a todos indistintamente.

O artigo 227 elenca inúmeros outros direitos, grande parte deles idênticos aos do artigo 5º, apenas com redação um pouco diferente, pois, quando assegura, por exemplo, o direito à dignidade e ao respeito, nada mais está dizendo do que aquilo que já consta dos incisos IV, V, IX, X, do artigo 5º.

José Afonso da Silva, ao comentar os direitos da criança e do adolescente, assim se posiciona:

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral [...]

Desnecessário dizer que a responsabilização especial foi insculpida na legislação pátria pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a Lei 8.069/90, tendo como fontes formais a Doutrina da Proteção Integral, Consubstanciada no Direito Internacional – Convenção das Nações Unidas, Regras de Riad, Regras de Beijing, e, no Direito Pátrio, como fonte a própria Constituição Federal em seus artigos 227, 228, 204, II e § 2º do art. 5º.

O artigo 228 da Constituição Federal - Enunciado de Duas Garantias/Direitos Constitucionais dos Adolescentes

A primeira delas afirma que nenhuma pessoa menor de 18 anos de idade será responsabilizada penalmente, ou seja, garante às crianças e adolescentes a inimputabilidade penal.

E a segunda, decorrente da primeira, assegura ao adolescente a responsabilização por seus atos infracionais, na forma da legislação especial, que, não poderá conter princípios de direito penal, sendo vedado o direito penal juvenil ou qualquer nome que se de ao direito penal.

Se considerarmos que mesmo as garantias e direitos que não constam do artigo 5º são considerados cláusulas pétreas, teremos a nítida compreensão de que, em nenhuma hipótese, o adolescente responde penalmente, seja, com a vedação da redução da imputabilidade penal, seja com a criação do chamado “direito penal juvenil”, ou ainda com a mitigação do princípio da excepcionalidade e modificação do tempo máximo de internação que suprimiria o princípio da brevidade, pois a Constituição atribuiu a lei à definição das normas e sendo tais princípios garantias dos adolescentes autores de ato infracional, a sua definição por lei, petrifica tais definições, inclusive por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Conclusão

Diante disto, só nos resta reafirmar que a alteração da imputabilidade penal das pessoas menores de 18 anos e a forma de sua responsabilização (sócio-educativa) é constitucionalmente proibida ao legislador infraconstitucional e ao reformador constitucional.

O direito constitucional e da criança brasileiros não recepcionam a imputabilidade/responsabilidade (penal juvenil).

Assim, primeiro, é inconstitucional o Direito Penal Juvenil.

Segundo, a Constituição Federal é clara ao enunciar que lei especial disporá sobre as normas de responsabilização dos menores de 18 anos e, tal lei, ao ser editada regulamentou o que seriam os princípios da brevidade e excepcionalidade.

Terceiro e último, o Estatuto da Criança e do Adolescente definiu como sendo de 3 anos o período máximo de internação, delimitando o que seria breve, atribuição dada pela Constituição à lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu também o que seria excepcionalidade, estabelecendo que a medida de internação só seria aplicada quando outra não fosse possível, entendendo a jurisprudência que a sentença que aplica a medida de internação deverá especificar os motivos pelos quais não foi aplicada medida não privativa de liberdade.

Diante do exposto, e com fundamento nos artigos 227, 228, 60, § 4º, IV e 5º, e § 2º, da Constituição Federal c/c 103, 104 e 121, da Lei 8.069/90, cabe rechaçar qualquer proposta legislativa tendente a aumentar o tempo máximo de internação ou estabelecer tempo certo para internação, dependendo do ato infracional praticado e, ainda, qualquer proposta que pretenda suprimir ou mitigar o princípio da excepcionalidade.

ASSUNTO ESPECIAL: TESES CATARINENSES APRESENTADAS NO XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BELO HORIZONTE, DE 6 A 9 DE NOVEMBRO DE 2005

PROPOSTAS PARA INCREMENTO NA EFICÁCIA DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS

Max Zuffo
Promotor de Justiça - SC

Sumário: 1 Da delimitação do termo de ajustamento de condutas no atual debate sobre a eficácia da tutela dos interesses metaindividuais - 2 Da necessidade de implementação de mecanismos de controles administrativos mais rigorosos do cumprimento dos termos de ajustamento de condutas - 3 Da necessidade de utilização de garantias contratuais adequadas às obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de conduta firmados - 4 Conclusões.

1 Da delimitação do termo de ajustamento de condutas no atual debate sobre a eficácia da tutela dos interesses metaindividuais.

O termo de ajustamento de condutas, introduzido no ordenamento jurídico a partir do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi incorporado no texto da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) por intermédio do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que incluiu o §6º ao art. 5º do referido diploma legal, criando a possibilidade de que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública tomassem dos interessados um

compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que tenha eficácia de título executivo extrajudicial, sanando em parte a grande discussão doutrinária existente a respeito da possibilidade de celebração de acordos envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta surge dessa forma como o instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

Seu objeto, como pode se extrair da sua previsão legal, é necessariamente a adequação da conduta do agente que tenha causado ou venha a causar dano a qualquer um dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos tutelados por meio de ação civil pública às determinações legais, sendo condição de validade do ajustamento de condutas a integral reparação do dano causado ao bem lesado, ou o completo afastamento do risco ao bem jurídico difuso¹.

Como era previsível, em se tratando do advento de um novo instrumento jurídico, a discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e de seus limites vem sendo intensa, especialmente por se tratar de um mecanismo destinado à tutela de interesses metaindividuais, área na qual os conflitos doutrinários e jurisprudenciais são mais ferrenhos em razão da ausência de uma teoria geral própria para o processo coletivo.

Um dos tópicos sobre os quais a doutrina especializada debruçou-se com mais afinco e sobre o qual os debates foram e continuam sendo mais intensos, foi o da discussão a respeito da natureza

1 Sobre o tema: “Aliás, é entendimento pacífico o que impõe como condição de validade do termo de ajustamento de conduta a necessidade de ele estar a abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva.” AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

jurídica do termo de ajustamento de condutas.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica deste novo instituto ficou centrada na discussão a respeito da admissão do termo de ajustamento de condutas como uma transação, nos moldes propostos pelo art. 840 do Código Civil de 2002 e o respectivo art. 1.025 do Código Civil de 1916.

Sobre o tema, vários foram os autores que defenderam a possibilidade de reconhecimento ou não do termo de ajustamento de condutas como uma forma de transação regulamentada pelo art. 1.025 do Código Civil de 1916, enquanto outros muitos diziam justamente o contrário, fundamentando seus raciocínios no art. 1.035 do Código Civil de 1916 ou no art. 841 do Código Civil de 2002, os quais limitam a aplicação da transação a direitos patrimoniais de caráter privado e nos arts. 1.025 e 840 dos mesmos diplomas retro referidos, por entenderem não ser possível haver concessões pelos órgãos públicos legitimados, já que o interesse metaindividual é indisponível.

Pode-se afirmar, contudo, que o resultado deste intenso debate foi a convergência das duas principais correntes doutrinárias a uma terceira linha de raciocínio mediana que admite que o termo de ajustamento de condutas é uma forma peculiar de transação, ou acordo, na qual não há concessões mútuas na obrigação essencial de reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, havendo apenas concessões nos aspectos formais de cumprimento da obrigação principal, ou seja, no regramento do tempo e modo de cumprimento do elemento essencial do ajustamento de condutas.

É o que se extrai dos seguintes excertos doutrinários:

Primeiro é preciso levar em conta que, a rigor, não se trata exatamente de uma transação, ou seja, de um acordo, no sentido de uma composição alcançada por “concessões mútuas” (CCi, art. 840) [...]

Na verdade o espaço transacional que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g. a recuperação de

área degradada, com o replantio de espécies nativas não é transacionável); já os aspectos formais, a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito possam sê-lo [...]²

Porém, se estamos tratando de interesses indisponíveis, pode causar perplexidade entabular compromissos se “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Sabidamente os direitos do consumidor não são direitos patrimoniais, e as cláusulas pactuadas que impliquem renúncia ou disposição de direitos são nulas.

Contudo, é preciso afirmar que o objeto do ajustamento de conduta do fornecedor não são os direitos dos consumidores, esses verdadeiramente indisponíveis, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar os danos causados. Essas obrigações possuem conteúdo patrimonial, uma vez que se destinam a reparar fatos de produtos ou serviços. E, ainda que não tenham conteúdo patrimonial imediato – por exemplo, danos morais –, a sua reparação será avaliada nestes termos.³

O debate doutrinário a respeito da natureza dos termos de ajustamento de condutas evidencia a situação muito bem descrita pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Paulo de Tarso Brandão, de absoluta incompatibilidade da utilização de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, os quais não se harmonizam com os novos mecanismos destinados à tutela dos interesses e direitos metaindividuais:

Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a práxis no que se refere às Ações Constitucionais

-
- 2 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 330-331.
 - 3 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 975.

ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados de Teoria do Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais.

De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela dos direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade de modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses novos instrumentos como um Processo Civil mais avançado.⁴

Um aspecto a respeito dos termos de ajustamento de condutas, que foi pouco abordado pela doutrina especializada, é a sua natureza contratual e os efeitos decorrentes dessa constatação. Dentre os autores que discorreram sobre o tema destaca-se Daniel Roberto Fink:

Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.

[...]

Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor da forma de extinção de obrigações litigiosas,

4 BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 191.

quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios nas declarações de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.⁵

Nesse sentido, independentemente de ser o termo de ajustamento de condutas uma transação nos exatos moldes do art. 840 do Código Civil, ou não, o debate acerca do aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta com vistas a lhe dar um grau de eficácia maior na tutela dos interesses metaindividuais deve levar em conta o fato de que ele corresponde a um contrato.

Ainda que o termo de ajustamento de condutas seja abordado como um contrato pela doutrina especializada, observa-se que o potencial deste instituto assumindo a função de contrato é subutilizado na celebração dos termos de ajustamento de condutas, sendo também pouco explorado pelos doutrinadores, que de um modo geral apresentam uma abordagem ordinária dos mecanismos de garantia deste contrato, interpretando de forma restritiva o termo “cominações” previsto na redação do art. 5º, 6º da Lei de Ação Civil Pública⁶.

5 FINK, Daniel Roberto. **Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)**. MILARÉ, Edis. (coord.) Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 119.

6 Art. 5º §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A doutrina vem interpretando que as cominações a que se refere o art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública são cláusulas penais, as quais têm finalidades moratória e compensatória, visando coagir o contraente a cumprir voluntariamente as obrigações destinadas a reparar ou a prevenir o dano a um interesse metaindividual previstos no termo de ajustamento de condutas.

Sobre o tema colhem-se os escólios de Daniel Roberto Fink:

O § 6º do art. 5º menciona que o compromisso será tomado dos interessados, “mediante cominações”. Tendo em vista a natureza das obrigações assumidas, em especial as de não fazer e fazer, que não têm conteúdo econômico imediato, e mesmo a de pagar indenização – dar –, quer a lei que se prevejam no título mecanismos de garantia do cumprimento das obrigações ali assumidas. Em geral, cuida-se de prever cláusulas penais.

É sabido que as cláusulas penais têm dupla finalidade: meio intimidativo capaz de levar o devedor ao cumprimento da obrigação; e fixação antecipada de perdas e danos a serem suportados pela parte inadimplente, em favor do credor.⁷

O atual cenário em que se encontra a discussão acadêmica a respeito dos termos de ajustamento de conduta deve ser analisado em consonância com uma discussão que se trava em um plano mais amplo na doutrina especializada, que é o polêmico tema da efetividade da tutela dos interesses metaindividuais.

O debate a respeito da eficácia da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico começa a ganhar força após os vinte anos desde a publicação da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), como pode-se perceber na recente obra publicada e coordenada por Edis Milaré, que a apresenta afirmando que os desafios atinentes à implementação da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico são muitos, destacando-se

7 FINK, Daniel Roberto. **Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)**. MILARÉ, Edis. (coord.) Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 125.

dentre eles, aqueles oriundos do manuseio inadequado dos instrumentos da ação civil pública, os quais podem dar azo a seu descrédito:

Retomando o que se disse quando da comemoração dos dez anos da Lei 7.347/85, não apenas a ciência jurídica enriqueceu-se com o estudo e a prática da ação civil pública, mas, sobretudo, alargaram-se as fronteiras dos direitos da sociedade civil mediante iniciativas e procedimentos que, mais do que jurídicos e processuais, forma social e politicamente pedagógicos, porquanto despertaram mais e mais a consciência de cidadania e, por isso, desencadearam processos participativos orientados à defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos.

[...]

De outra, infelizmente, é necessário reconhecer que tanto o ordenamento jurídico nacional tem muito caminho por fazer como também o sistema político inspirado no ideal democrático ainda é frágil, com muitos percalços a vencer.

[...]

Em contrapartida, cumpre reconhecer que o recurso indiscriminado e mal fundamentado aos instrumentos da ação civil pública pode desfigurar, também ele, a verdadeira imagem da tutela jurisdicional dos interesses pelos quais essa medida é invocada. Neste caso parece oportuno recordar que se, por um lado a lei não pode ser ignorada, por outro a sua aplicação não pode ser banalizada por iniciativas infundadas e motivos arbitrários, juridicamente inconsistentes ou socialmente sectários, como tem sucedido.⁸

No que diz respeito especificamente ao termo de ajustamento de

8 MILARÉ, Edis (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. p. 5-6.

condutas, observa-se que ainda prepondera uma visão romantizada a respeito de sua aplicação, no sentido de que a simples formalização do ajustamento de conduta, ou mesmo a instauração de inquéritos civis e procedimentos preliminares, se basta para garantir uma tutela eficaz dos interesses metaindividuais, circunstância essa que pode levar aos efeitos deletérios do uso indiscriminado desse importante instrumento de tutela coletiva, como pode-se observar nas seguintes afirmações:

Tanto o inquérito civil, privativo do Ministério Público (art. 8º, §1º, da LACP), quanto o compromisso de ajustamento de conduta, que pode ser tomado do interessado por qualquer órgão público legitimado (art. 5º, §6º), são instrumentos que se vêm mostrando muito idôneos para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial.

Freqüentemente só a instauração de um inquérito civil ou procedimento administrativo pelo Ministério Público basta para que o infrator, objetivando evitar a condição de réu e outros transtornos que a atividade ministerial possa lhe causar, corrija espontaneamente a sua conduta tornando desnecessária até mesmo a negociação que redundaria em um compromisso de ajustamento de conduta. Este, por sua vez, mais vantajoso por viabilizar a execução judicial das obrigações assumidas e das multas por seu descumprimento, ainda possibilita um debate mais aprofundado sobre as formas de solucionar situações que costumam envolver inúmeras variantes relacionadas a áreas do conhecimento estranhas ao direito, bem como interessados outros que não só o infrator, incluindo membros da sociedade atingidos por sua atividade e que, na via judicial, teriam muito restringida sua possibilidade de intervir no equacionamento da situação lesiva.⁹

9 GAVRONSKI, Alexandre do Amaral. **Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pú-**

A perpetuação desta ótica sob a qual o termo de ajustamento conduta é visto por seus operadores pode fazer com que o importante instituto adquira um grau de ineficácia tão alto que acabe por desvirtuá-lo.

O presente artigo encontra-se centrado sobre o estudo de mecanismos destinados a incrementar a eficácia e, por conseguinte, a efetividade dos termos de ajustamento de conduta, tanto sob o ponto de vista normativo interno dos ministérios públicos e dos demais órgãos públicos legitimados a utilizar esse importante instrumento de tutela, quanto sob o ponto de vista contratual, por intermédio da adoção de mecanismos de garantia do cumprimento mais adequados às obrigações que são usualmente firmadas nestes contratos, ultimando auxiliar a transposição desta visão romântica do termo de ajustamento de condutas para uma visão mais realista deste instituto.

2. Da necessidade de implementação de mecanismos de controles administrativos mais rigorosos do cumprimento dos termos de ajustamento de condutas.

Não obstante o quadro acima delineado, não há como se negar que o termo de ajustamento de condutas tem desempenhado um papel importante na tutela dos interesses individuais.

Os dados do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, obtidos por intermédio do Relatório de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça em 2004¹⁰, demonstram um contínuo incremento no número de termos de ajustamento de condutas celebrados pelos promotores de justiça catarinenses, os quais firmaram 412 destes termos no ano de 2004, número esse 23,72% maior do que o do ano anterior, devendo ainda ser acrescentados a esses os 39 termos de ajustamento de conduta firmados na área da infância e da juventude.

Diferentemente do período anterior em que se

blica: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: RT, 2005. p. 32.

10 http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=3667

apurou diminuição na quantidade de Inquéritos Cíveis e Procedimentos Administrativos Preliminares instaurados e Peças de Informação recebidas, houve no ano de 2004 aumento destes em percentual da ordem de 30,43%. Foram 3.227 inquéritos civis, procedimentos administrativos e peças informativas instauradas em 2004 contra 2.474 no ano de 2003.

Cresceu também o número de termos de ajustamento de conduta firmados, com o conseqüente arquivamento dos procedimentos administrativos respectivos. Foram registrados 412 ajustamentos firmados, o que representa um incremento da ordem de 23,72% em relação ao ano de 2003, quando eles haviam sido 333. Os arquivamentos desses procedimentos administrativos sem a celebração de ajustamento de condutas também aumentou, chegando a 1.069 ocorrências, num incremento de 46,63% em relação ao ano de 2003.¹¹

Na área da defesa dos direitos difusos e coletivos das crianças e adolescentes, as Promotorias de Justiça instauraram 914 Inquéritos Cíveis ou Procedimentos Administrativos Preliminares, tendo sido celebrados 39 termos de ajustamento de conduta, com o conseqüente arquivamento dos procedimentos. Foram arquivados, também, 232 procedimentos, no entanto sem a celebração de ajuste de conduta. Foram ajuizadas, ainda, 1.326 ações civis, sendo 53 ações civis públicas; 700 ações visando a adoção de medidas de proteção ou a verificação de situação de risco de criança ou adolescente; 253 ações de destituição ou suspensão do pátrio poder; 61 ações para apuração de infração administrativa por entidade de atendimento a criança ou adolescente; e 259 ações diversas.¹²

11 http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cgmp/relatorio/2004/2_3_atividades_promotorias_civel.doc

12 http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cgmp/relatorio/2004/2_4_atividades_promotorias_infancia.doc

Em consulta ao sistema de Gerenciamento de Informações Municipais (GIM)¹³ do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, percebe-se que a tendência mantém-se inalterada no ano de 2005, sendo que no período de janeiro a setembro de 2005 foram firmados 606 termos de ajustamento de condutas na área cível, englobando as subáreas do meio ambiente, do consumidor, da moralidade administrativa, dos idosos, dos portadores de deficiência, da saúde, de funções e outras, e 38 Termos de Ajustamento de Conduta na área da infância e juventude.

Todavia, o controle da real eficácia dos inúmeros termos de ajustamento de condutas firmado tem sido pouco rigoroso, como será demonstrado.

Os dados supra referidos permitem inferir que essa ferramenta de tutela coletiva é largamente empregada pelos promotores catarinenses, não sendo, entretanto, possível deduzir que esses termos de ajustamento de condutas foram eficazes, já que a Corregedoria-Geral do Ministério Público de Santa Catarina limita-se a obter dados até o arquivamento dos inquéritos civis e procedimentos administrativos preliminares e de termos de ajustamento de conduta que se encontram em execução¹⁴, não havendo previsão normativa de colheita de dados estatísticos a respeito do cumprimento das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de condutas¹⁵, tampouco de ações de execução ajuizadas em razão do descumprimento de obrigações de dar quantia certa, de fazer ou não-fazer pactuadas em termos de ajustamento de condutas.

Denota-se a partir das diretrizes normativas retro, ao menos no que diz respeito ao Ministério Público catarinense, que a preocupação

13 http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/Portal_04.asp?secao_id=13&secao_principal=13

14 Os quais correspondem 465 no período de jan/set 2005 (Fonte GIM – MPSC) .

15 Em dezembro de 2004 a Corregedoria-Geral do Ministério Público de Santa Catarina editou o Ato CGMP nº 19/2004, que instituiu novos modelos, regulou a remessa e o arquivamento dos relatórios mensais de atividades das Promotorias de Justiça, revogando o Ato CGMP nº 09/00. Sob o ponto de vista da temática sob exame, o novo ato normativo não trouxe qualquer mudança ao regime de coleta de dados, uma vez que nenhum dos atos normativos exige que os membros do Ministério Público catarinense prestem contas do cumprimento das obrigações dos Termos de Ajustamento de Conduta.

da instituição com o cumprimento das obrigações fixadas nos termos de ajustamento de condutas ainda é incipiente.

Situação diversa é observada no Ministério Público paulista, que por intermédio do Ato nº 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003, exige que os promotores de justiça prestem informações prestem informações a respeito do número de termos de compromisso de ajustamento de conduta: a) firmados no período; b) em verificação; c) cumpridos e d) das execuções judiciais em andamento.

Mostra-se necessário, deste modo, que sejam adotados pelos órgãos públicos legitimados mecanismos de controle mais rigorosos do cumprimento das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de condutas, possibilitando assim, especificamente no caso do Ministério Público, que tanto os seus órgãos de execução quanto de administração superior tenham acesso a dados que lhes permitam identificar de plano situação de inadimplência das obrigações pactuadas, possibilitando o imediato ajuizamento das ações de execução.

Ressalta-se ainda que o controle da eficácia dos termos de ajustamento de conduta não deve ficar restrito ao âmbito interno dos órgãos legitimados, devendo ser franqueado acesso ao inteiro teor dos termos de ajustamento de condutas a todos os titulares dos interesses difusos abrangidos por esses contratos, possibilitando assim que a sociedade auxilie o Ministério Público e as demais partes legitimadas na fiscalização do cumprimento destas obrigações.

A publicidade, neste sentido, é essencial para que os termos de ajustamento de conduta cumpram com suas finalidades, nas precisas palavras de Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

Conforme já acima descrito, o compromisso de ajustamento de conduta é ato administrativo, e, assim sendo, deve guardar respeito aos princípios gerais que norteiam os atos desta natureza, entre aquele que mais relevância possui para a correta fiscalização por parte da coletividade e de seus órgãos de tutela, qual seja, o da publicidade.

De fato, é por meio da publicidade dado ao compromisso de

ajustamento firmado que a sociedade poderá tomar conhecimento da existência daquele instrumento de defesa de seus interesses, podendo, se for o caso, se insurgir contra seus termos, caso não estejam de acordo com a necessidade e a expectativa de resguardo dos bens tutelados.”¹⁶

Neste tópico é necessário registrar que a publicidade dada aos termos de ajustamento de conduta firmados pelos diversos ministérios públicos ainda é precária e seu nível é muito variado em cada Ministério Público.

No caso do Ministério Público catarinense deve se ressaltar a excelente divulgação dada aos Relatórios Anuais de Atividades e aos Relatórios Mensais de Atividades divulgados pela Corregedoria-Geral na Internet a qualquer pessoa, situação não verificada em outros ministérios públicos, nos quais o acesso a estes dados é restrito à Intranet, dificultando sua consulta.

Por outro lado, no que concerne à publicidade dada ao inteiro teor dos termos de ajustamento de condutas, observa-se que a divulgação no Ministério Público catarinense é limitada à Intranet, não havendo sequer aí divulgação de todos os termos de ajustamento de conduta firmados, situação diversa, por exemplo, dos ministérios públicos do Rio Grande do Sul e de São Paulo, que dão ampla divulgação dos termos de ajustamento de condutas firmados em seus sites na Internet.

Em pesquisa informal nos sites dos ministérios públicos na Internet, constatou-se que há divulgação de alguns termos de ajustamento de condutas firmados nas seções dos Centros de Apoio Operacional dos ministérios públicos de Alagoas, Amazonas, Distrito Federal, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Roraima e São Paulo, não tendo sido possível localizar, nesta sucinta pesquisa pela Internet, termos de ajustamento de condutas nos sites dos ministérios públicos do Acre, Bahia, Goiás, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa

16 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. p. 100-101.

Catarina e Tocantins. De qualquer modo, a localização dos termos de ajustamento de condutas não é algo fácil nos sites de qualquer desses ministérios públicos, sendo um pressuposto para o sucesso na busca o conhecimento da função dos Centros de Apoio Operacional, o que por si só basta para impossibilitar a localização destes importantes mecanismos de tutela de interesses metaindividuais pela maior parcela de seus titulares.

Essa situação poderia ser evitada com a indicação clara de um link para os termos de ajustamentos de conduta na página inicial dos sites dos ministérios públicos, aliada à divulgação de todos os termos firmados, medida que aumentaria de forma sensível o grau de eficácia do princípio da publicidade.

3. Da necessidade de utilização de garantias contratuais adequadas às obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de conduta firmados.

Como restou demonstrado com clareza por Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de condutas, independentemente da solução que a doutrina abalizada apresente para e sua natureza jurídica, é materializado por intermédio de um contrato firmado por um ente público legitimado (Ministério Público e os órgãos públicos legitimados¹⁷).

Não obstante a doutrina não descrever o termo de ajustamento conduta como um típico contrato administrativo, todas as características desta espécie de contratos são explicitadas por aqueles que se debruçam sobre o tema, especialmente no que diz respeito à incidência das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo nos termos de ajustamento de conduta, senão vejamos.

17 Não será abordado neste artigo o debate a respeito da utilização indevida pelo legislador do termo “órgãos públicos” para especificar os entes públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas, recomendando-se a leitura dos ensinamentos de Rodolfo Camargo de Mancuso a respeito do tema em sua obra *Ação Civil Pública. MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004. p.323 e seguintes.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como a relação jurídica formada entre as partes por um acordo de vontades, em que elas se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas, as quais podem ser alteradas unilateralmente ou extintas pelo Poder Público:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

[...]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordo de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração da Administração;
- b) “contratos administrativos”.

[...]

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressalvados os aspectos supra-referidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas

privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo, seja:

- a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;
- b) extinguindo unilateralmente o vínculo.¹⁸

A mutabilidade unilateral, característica marcante do contrato administrativo, é explicitada com brilhantismo por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que, no entanto, não o classifica como contrato administrativo, limitando-se a conceituá-lo como ato administrativo (em sentido amplo), gênero do qual os contratos são espécies¹⁹, como já visto no item 2 supra (vide nota 19):

Com efeito, o compromisso de ajustamento de

18 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 574-576.

19 Não obstante não haver indicação se o conceito usado pelo autor é de ato administrativo em sentido amplo, colhe-se que o conceito de ato administrativo em sentido estrito é inaplicável ao termo de ajustamento conduta, pois não se trata de ato unilateral da Administração Pública, afeiçoando-se mais este instituto da tutela coletiva ao conceito de contrato administrativo. Sobre o tema colhem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello após expor seu conceito de ato administrativo:

O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos.

O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo.[...]

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito.[...]

Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo como os mesmos termos utilizados, acrescentando-se as características da concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício das prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-358.

conduta obtido pelo órgão público, seja ele qual for, não se torna imutável, não sendo correto tentar equipará-lo à sentença, que sofre os efeitos da coisa julgada.

Portanto, verificando-se a necessidade de reajustamento dos termos do compromisso anteriormente firmado, não deverá o órgão público relutar em tentar obter a composição com o interessado, e, não obtendo êxito neste intento, lançar mão das medidas judiciais cabíveis.²⁰

A classificação dos termos de ajustamento de conduta como contratos administrativos é mais evidente, quando se utiliza o conceito de contrato administrativo proposto por Marçal Justen Filho e partilhado por outros administrativistas, pelo qual o contrato administrativo é caracterizado pela presença de pelo menos uma das partes atuando no exercício da função administrativa:

Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.²¹

O reconhecimento de que o termo de ajustamento de condutas é um contrato administrativo possibilita uma evolução na exegese deste instrumento de tutela coletiva, especialmente no que diz respeito aos mecanismos de garantia de execução de suas obrigações, permitindo que técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento²², sejam incorporadas nos

20 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. p.99-100.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

22 Não serão abordados de forma mais profunda neste momento os métodos para análise de risco, os quais podem ser incorporados no processo decisório para celebração de um termo de ajustamento conduta atuando com uma importante ferramenta de auxílio dos

termos de ajustamento de conduta, permitindo um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais.

Como foi demonstrado no item 1 supra, a doutrina vem interpretando de forma restritiva a expressão “*mediante cominações*” prevista na parte final do §6º do art. 5º da Lei 7.347/85, visualizando nestas cominações apenas cláusulas penais com finalidades moratória e compensatória, na hipótese de inadimplemento pelo tomador do termo de ajustamento de condutas.

entes públicos, evitando a pactuação de contratos que a análise de risco apontaria como muito arriscados sob a ótica da inadimplência. Apenas a título de ilustração, interessante mencionar o processo básico de avaliação de risco nas palavras de Sebastião Bergamini Jr., Luiz Ferreira Xavier Borges, Regis da Rocha Motta, Guilherme Marques Calôba e Leticia Nabuco Villa-Forte no artigo Modelo de Avaliação de Risco de Crédito em Projetos de Investimento quanto aos Aspectos Ambientais, publicada no site do BNDES <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/risco.pdf>>:

A concessão de crédito tradicional geralmente envolve modelos estatísticos e regressões, para a avaliação do potencial de inadimplemento de um dado cliente, empresa ou projeto. Tais modelos são diferenciados visando adaptar o instrumental analítico a dimensões extremamente diversificadas: desde o crédito pessoal, passando por créditos a pequenas empresas, chegando a avaliações de grandes empresas exploradoras de petróleo ou mineradoras, de porte mundial.

Um modelo para avaliação de risco de crédito de empresas considera, em geral, os indicadores extraídos das demonstrações contábeis, ou seja, estuda os dados advindos do balanço patrimonial e outras declarações contábeis, buscando extrair indicadores que tenham alto poder explicativo e elevado grau preditivo em termos de endividamento, lucratividade e outras dimensões. Outro importante dado que compõe o modelo é o comportamento histórico da empresa, em outros empréstimos que possa ter solicitado.

Em geral um modelo de avaliação de risco de crédito e de concessão de financiamento envolve três etapas:

(1) Pontuação: consiste em gerar, a partir dos indicadores, do histórico e de outros dados, uma determinada pontuação indicativa da situação/evolução do desempenho da empresa analisada com relação a parâmetros representativos do desempenho médio de uma amostra de empresas setorial ou global;

(2) Classificação ou rating: consiste em, através de uma tabela de intervalos de pontos, transformar a pontuação em uma classe específica de risco de crédito, tipicamente entre A e D, denotativos de uma qualidade intrínseca de risco, sendo o rating AAA o melhor que uma empresa poderá alcançar, e D o pior, significando potencial de inadimplência muito elevado (e.g., MOTTA & CALÔBA, 2002);

(3) Decisão de Concessão do Crédito: caso o rating possibilite a concessão do empréstimo, é determinada uma taxa de juros, que obedecerá, necessariamente, o critério de conceder menores taxas de juros para as empresas com melhor rating, na medida em que estão associadas perdas esperadas diferente para cada nível de risco.

Essa posição doutrinária espalha seus efeitos na prática da formalização destes contratos. Mesmo sendo difícil generalizar essa afirmação, tendo em vista a dificuldade já evidenciada de acesso aos termos de ajustamento de condutas formulados por membros do Ministério Público, colhe-se por intermédio da análise dos dezessete termos de ajustamento de conduta publicados pelo Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente de Santa Catarina na sua Intranet, que dos dezesseis termos efetivamente analisados²³ em quinze deles a única medida destinada a coagir o cumprimento das obrigações pactuadas era a cláusula penal com previsão de multas simples com incidência diária ou não, sendo que em um destes termos sequer havia previsão de cláusula penal, não havendo previsão de garantias contratuais em nenhum dos termos analisados.

Deve-se ressaltar que tecnicamente a cláusula penal não é classificada como uma garantia do cumprimento das obrigações pactuadas em um contrato, mas sim uma obrigação acessória destinada a evitar, por intermédio de coação sobre o devedor, o inadimplemento da obrigação²⁴, o que permite afirmar que de um modo geral os termos de ajustamento de conduta são firmados sem que haja nada que garanta o adimplemento de suas obrigações.

Não se mostra adequado que no atual estágio de evolução da teoria contratual que sejam firmados por entes da Administração Pública contratos denominados termos de ajustamento de conduta, destinados a disciplinar as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar ou prevenir danos causados a interesses indisponíveis, sem que haja qualquer garantia do cumprimento destas obrigações, as quais em muitas oportunidades possuem um elevado valor econômico.

Assim, mostra-se necessário que os entes públicos legitimados, no seu agir na defesa dos interesses metaindividuais, passem a inserir

23 Não foi possível localizar um dos termos de ajustamento de condutas publicados.

24 Conforme o conceito de cláusula penal publicado por Carlos Roberto Gonçalves: *“Cláusula penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento. É também denominada pena convencional ou multa contratual.”* In GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações (Parte Geral)**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

obrigatoriamente cláusulas contratuais que prevejam garantias reais como a hipoteca e o penhor, e/ou garantias pessoais como o aval e a fiança, destinadas a assegurar o adimplemento das obrigações pactuadas nos termos de ajustamentos de conduta.

Referida medida corresponde apenas ao primeiro passo na longa e árdua caminhada no sentido da já mencionada transposição desta visão romântica do termo de ajustamento de condutas para uma visão mais realista deste instituto.

Diz-se que esse seria um primeiro passo, pois não obstante representar um grande avanço na área da defesa dos interesses coletivos que atualmente são tutelados nos termos de ajustamento de conduta sem garantia alguma, a eficácia destas garantias é severamente criticada, em razão das deficiências inerentes ao seu processo de execução, como se observa a partir das lições de Luiz Ferreira Xavier Borges ao dissertar sobre as garantias em operações bancárias:

As garantias bancárias básicas utilizadas para colaborações financeiras de longo prazo são, normalmente, as garantias reais e as garantias pessoais. A praxe valoriza mais as primeiras, obedecendo a um contexto que vem se transformando rapidamente. Como o seguro de crédito financeiro e outras modalidades alternativas de garantias ainda não têm ampla utilização no Brasil, limitamo-nos às garantias tradicionais neste exame.

As garantias reais são aquelas que incidem sobre um bem ou coisa específica (res, em latim, significa coisa), e as mais usadas, hoje, são a hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária. As garantias pessoais incidem sobre todo o patrimônio dos coobrigados, sem determinação expressa sobre um bem específico. É interessante destacar que essas garantias só incidem sobre o patrimônio, nunca sobre a liberdade do devedor, ou seja, um devedor insolvente, sem patrimônio, estará fora do alcance de qualquer medida de execução de

contrato. Daí, por exemplo, a importância de um bom cadastro, que analisa a posição de solvência, e de uma avaliação ou classificação de risco.

Entretanto, a eficácia das garantias tradicionais está em xeque devido aos problemas processuais e legais que envolvem a sua execução. Essas garantias são ótimas quando tudo corre bem com o projeto. Porém, em caso de necessidade de execução, vários problemas envolvendo a renegociação e a recuperação de crédito depreciam enormemente o retorno dos encargos e, muitas vezes, mesmo do principal emprestado.²⁵

Os demais passos desta travessia em busca de um maior grau de eficácia aos termos de ajustamento de conduta, ao que tudo indica estão direcionados na introdução de mecanismos de garantia mais eficazes, devendo o Ministério Público e os demais órgãos legitimados, buscar na experiência de setores da Administração Pública mais afeitos à gestão de risco e na pactuação de contratos estes instrumentos.

Assim poderão ser incorporados na práxis da tutela contratual dos interesses metaindividuais métodos de avaliação de risco, cláusulas contratuais que prevejam garantias prestadas por terceiros que se somariam às demais garantias reais e pessoais pactuadas no termos de ajustamento de conduta tais como os contratos de prestação de garantia bancária destinados a assegurar as obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de condutas, além de garantias prestadas pelo tomador do termo de ajustamento conduta com intervenção de instituições financeiras, tais como a caução de títulos de crédito, dentre outras, que possibilitariam inclusive a obtenção de fundos para impor o cumprimento das obrigações de fazer por terceiros na hipótese de execução judicial do termos de ajustamento de condutas.

Enfim, as possibilidades são as mais variadas, podendo ser adequadas à realidade de cada termo de ajustamento conduta.

O que se faz necessário no atual momento de convergência

25 <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1106.pdf>

pela busca de efetividade da tutela dos interesses metaindividuais é perceber que a simples pactuação dos termos de ajustamento de condutas não se basta para a reparação ou prevenção dos danos a interesses coletivos, sendo imperiosa a adoção de mecanismos eficientes de controle do cumprimento das obrigações pactuadas nestes contratos, os quais devem estar dotados de cláusulas contratuais que venham a garantir o seu adimplemento, devendo ser dada ampla divulgação aos termos de ajustamento de conduta, possibilitando assim a sua fiscalização por todos os titulares dos interesses defendidos por esse contrato.

4 Conclusões

Conclui-se, portanto, que:

- É necessário que sejam adotados pelos órgãos públicos legitimados mecanismos de controle mais rigorosos do cumprimento das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento de condutas, a semelhança do Ato nº 03/03 CGMP/SP.

- Deve ser dada a publicidade adequada aos termos de ajustamento de conduta, preferencialmente por meio da publicação de todos os termos de ajustamento de conduta firmados nos sites dos ministérios públicos e demais legitimados na Internet, indicando-se claramente a sua localização nos sites, permitindo assim o controle dos termos de ajustamento de conduta pelos titulares dos interesses metaindividuais.

- O termo de ajustamento de conduta é uma espécie de contrato administrativo, no qual devem estar previstas garantias contratuais reais e/ou pessoais, prestadas pelo signatário do termo de ajustamento de conduta ou por terceiros, adequadas à complexidade das obrigações pactuadas e idôneas para a garantia do cumprimento destas obrigações e para a defesa do interesse metaindividual tutelado.

ASSUNTO ESPECIAL: TESES CATARINENSES APRESENTADAS NO XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM BELO HORIZONTE, DE 6 A 9 DE NOVEMBRO DE 2005

É POSSÍVEL A INDISPONIBILIDADE DE BENS DE AGENTES CONDENADOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Wilson Paulo Mendonça Neto
Promotor de Justiça - SC

Síntese Dogmática

A possibilidade da indisponibilidade de bens de agentes condenados por improbidade administrativa em face da violação aos princípios da Administração Pública em decisão sujeita a recurso.

Administração é máquina. Se em máquina perfeita introduzimos aço num extremo, no outro extremo sairão automóveis. Não haverá lugar para falhas técnicas, erros de medida, descuidos humanos. E numa perfeita administração, onde o homem representa o papel dum dente de engrenagem, coisas como a preguiça, desonestidade ou a injustiça não podem prevalecer.¹

O presente artigo versa sobre a possibilidade de o Ministério Público postular, em ação cautelar inominada, a indisponibilidade de bens de pessoas condenadas por improbidade administrativa em face da violação a princípios constitucionais, mas sem decisão com trânsito em julgado.

1 Antoine Saint Exupéri. Piloto de Guerra, p.59.

Com efeito, nas difíceis questões do dia a dia as dúvidas surgem e os questionamentos são imensos, havendo necessidade de se proceder à interpretação das normas colocadas à disposição dos operadores do direito para tentar e/ou lutar contra a corrupção, a qual, diga-se de passagem, cada vez mais se encontra presente em nosso meio.

Pois bem, em situação prática enfrentada pela Curadoria da Moralidade Administrativa buscou-se a indisponibilidade dos bens de pessoas condenadas, com decisão ainda não trânsita em julgado e sem recurso, pela prática de infração ao art. 11 da Lei 8.429/92, o qual reza:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

O fundamento do pedido foi o art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa que dispõe: **“havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”** (grifo nosso).

Poder-se-ia argumentar, como de fato foi feito, que não se tem interesse processual e possibilidade jurídica no desencadear da ação cautelar de indisponibilidade de bens dessa espécie por não se enquadrar tal medida na previsão constante na lei de improbidade administrativa, a qual somente admitiria tal situação nos casos em que fosse reconhecida a vantagem ilícita ao corruptor ou o prejuízo ao patrimônio público (arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92).

O fato é que a interpretação pura e simples (literal) do artigo em comento poderia parecer, à primeira vista, que a situação não permitiria a indisponibilidade de bens (seqüestro) quando se tratasse de mera violação ao art. 11 acima transcrito.

Assim não se entende, entretanto, pois não parece essa ser a interpretação mais consentânea com a realidade nacional, especialmente quando imperioso moralizar os atos da administração pública,

cada vez mais conturbada com a onda de denúncias de corrupção que assolam a nação. Explica-se:

A ação cautelar tem por objetivo obter provimento jurisdicional positivo que determine o bloqueio de bens dos requeridos, então já sentenciados por improbidade administrativa, em valor suficiente para satisfação da condenação que lhes foi imposta em ação de responsabilidade pela prática de atos de Improbidade Administrativa (ação principal).

Nesta hipótese, como sói acontecer em situações deste jaez, todos os requeridos foram condenados ao pagamento de multas civis por terem fraudado contratações para poder participar de licitações com o Poder Público.

Em vista da procedência do pedido formulado pelo Ministério Público na ação civil pública por ato de improbidade administrativa entendeu-se que estava plenamente configurado o *fumus boni juris*, estando presente também o *periculum in mora* pelos inúmeros indícios de que os requeridos se furtariam à execução da sentença, autorizando-se, assim, determinação judicial que indisponibilizasse bens em valor suficiente para satisfazer a condenação imposta (multa civil).

Ora, não se pode proceder à mera interpretação literal da legislação, exatamente em um momento em que se busca, mais do que nunca, lutar contra a corrupção. É por tal razão que se ousa discordar de desse posicionamento restritivo, pois a norma existe para resguardar o interesse público, o que se visa, no fundo, com a demanda cautelar.

Sobre a forma de interpretação extrai-se da obra de Carlos Maximiliano:

[...] Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim. Isolado, o elemento verbal talvez imobilizasse o Direito Positivo, por lhe tirar todo o elastério. Enquadra, de fato, o último em uma fórmula abstrata, que encerra o

escopo social; porém este, como elemento móvel conduzirá o jurista às aplicações diversas e sucessivas de que a fórmula é suscetível. Deste modo a lei adquire o máximo de utilidade.²

Mais à frente, diz o mesmo autor que “cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor, e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa a proteger”³, *in casu*, o ente público prejudicado com o ato de improbidade administrativa e a própria Sociedade.

No mesmo sentido, aliás, é a conceituação de Juarez Feitas:

Ademais, o intérprete sistemático deve aprender a minimizar os riscos de um obrar desencorajado e simplesmente reativo, lento e “burocrático”, na acepção pejorativa do termo. Estimulado pela nova compreensão do conceito mesmo de sistema, há de notar a capital importância de evitar isolados meios de interpretação, já que os objetivos fundamentais do Direito é que devem presidir o processo de compreensão, inclusive das normas mais singelas. Com efeito, é mister que tenha bem presente que a renovação do sistema exige atenção para os seus efeitos, ou pontos de chegada, sem renúncia dos meios mais eficientes e eficazes para administrar a prestação de reconciliadora justiça. Indispensável que veja as normas e os princípios como que competindo entre si, hierarquizando uns e outras, teleologicamente. Redefinida a sua missão, há de investir suas melhores energias para promover a visão total do sistema – nunca fechada – como sendo verdadeiramente imprescindível à solução das demandas e para assegurar o Direito como um todo coerente e unitário.⁴

2 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.125.

3 Ob. Cit. p. 128.

4 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p.138/139.

Afinal, a medida de indisponibilidade de bens tem natureza acautelatória visando apenas garantir a efetividade da sentença de procedência proferida na demanda principal.

Evidencia-se, portanto, que apesar de restarem violados princípios constitucionais da administração pública, o que por si, em nosso sentir, já bastaria, tal situação rende aos agentes ímprobos, muitas vezes, o auferimento de vantagem ilícita, ainda que indireta ou reflexa, sendo um contra-senso, venia concessa, portanto, entender-se que não tem sentido a medida de indisponibilidade para tal fim.

Sublinha-se, por outro lado, que o interesse ministerial em resguardar a futura execução da sentença, ao que se tem, resta mais do que evidente. Ademais, consoante a lição de George Sarmento “para garantir a efetividade do processo cognitivo e executivo, surge a atividade cautelar. As ações cautelares asseguram o êxito da instrução processual e a realização social do direito”.⁵

Em seguida, cita o mesmo autor:

A concessão de medidas cautelares nas ações civis públicas dá grande visibilidade à repressão aos atos de improbidade administrativa. Seus efeitos repercutem no meio social graças à grande penetração dos veículos de comunicação em todas as camadas sociais. O congelamento de bens e o afastamento do cargo público, por exemplo, emergem como resposta imediata à corrupção. Afastam o fantasma da impunidade e do corporativismo do serviço público.⁶

Ora, havendo imposição de multa civil, mister resguardar a eficácia da sentença proferida. Vale frisar, por oportuno, o que se entende por multa civil na lei de improbidade:

Multa civil é a sanção indenizatória aplicável ao agente público que praticar alguma das três modalidades de improbidade administrativa

5 SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Ed. Síntese, 2002, p. 162.

6 Ob. Cit. p. 163.

previstas pela Lei nº 8.429/92. Fundamenta-se na necessidade de reparar o dano moral que a autoridade infligiu à administração pública ao violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O castigo tem como fundamento a violação dos deveres éticos inerentes ao cargo. A quebra da confiança que o Estado depositou no servidor é a sua principal justificativa. O legislador ordinário não deu à improbidade administrativa um tratamento exclusivo patrimonial. Preocupou-se também com a punição do funcionário que não respeitar sua condição de depositário de confiança coletiva e trair os mandamentos éticos que orientam a atividade administrativa. Nesse contexto, a multa civil surge como um plus a ser pago a título de indenização por danos morais decorrentes de deslealdade com que se conduziu no exercício de cargo, emprego ou função pública.

A sentença judicial condenatória estabelecerá o valor da multa civil dentro dos limites prescritos no art. 12 da Lei nº 8.429/92. verificada a espécie de improbidade administrativa, o juiz fará à dosimetria da pena, tomando como paradigma a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Os valores pecuniários incorporar-se-ão ao patrimônio dos entes estatais lesados (art.1º) na condição de receita extraordinária⁷.

Rogério Pacheco Alves entende que é possível a indisponibilidade dos bens do autor de ato de improbidade que atente contra os princípios da Administração Pública:

Por fim, embora de rara ocorrência, nada impede, de lege data, a decretação da medida quanto aos atos de improbidade de que cuida o art. 11 da Lei 8.429/92 (“violação dos princípios”), mormente no

7 Ob. Cit. p. 199 e 200.

que diz respeito à garantia de reparação do dano moral, o qual, para fins de indisponibilidade, deverá ser estimado pelo autor na petição inicial.⁸

Corroborando esse pensamento, vale transcrever a lição de Wallace Paiva Martins Júnior:

Leitura apressada da lei poderia conduzir à conclusão de que a providência teria cabimento apenas nas hipóteses de improbidade administrativa catalogados nos arts. 9º e 10º. Todavia, a interpretação legal desautoriza essa conclusão, pois é competente a indisponibilidade quando o ato de improbidade administrativa causa lesão ao patrimônio público ou enseja enriquecimento ilícito, e sabido é que os atos do art. 11 também podem causar lesão patrimonial, muito embora esta não seja essencial para caracterizá-la.⁹

No que diz respeito à garantia referente ao pagamento de multa civil, Fábio Medina Osório ensina:

Outra medida que resulta absolutamente lógico e inafastável a partir do momento em que ocorre o ajuizamento de ação civil pública à luz da lei número 8.429/92 é o bloqueio dos bens do demandados, desde que, por óbvio, tenha ocorrido prejuízo ao erário ou perspectiva de pagamento de multa civil pelos réus¹⁰.

No mesmo sentido, embora com argumentos novos, leciona Rogério Pacheco Alves:

Considerando que a multa civil é modalidade de sancionamento cabível nas hipóteses de dano ao patrimônio público (art. 12, II, da Lei nº 8.429/92), nada impede o manejo da cautelar de

8 GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 832

9 Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 202.

10 Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 159.

indisponibilidade como forma de garantir a sua futura execução. No entanto, deve-se atentar que a medida, aqui, será decretada com o fundamento no poder geral de cautela do Magistrado, exigindo, por tal motivo, a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.¹¹

Neste passo, convém ressaltar que:

[...] Segundo o princípio do interesse preponderante, a efetividade do processo deve prevalecer sobre o risco de sacrifício a direito do réu, quando se cuida de interesses relacionados com a preservação do patrimônio público e a probidade administrativa. [...]¹²

A respeito assevera Fábio Medina Osório¹³:

A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Esperar a dilapidação patrimonial, quando se trata de improbidade administrativa, com todo respeito às posições contrárias, é equivalente a autorizar tal ato, na medida em que o ajuizamento de ação de seqüestro assumiria dimensão de "justiça tardia", o que poderia se equiparar a denegação de justiça."

Por fim, curial dizer que segundo o art. 37, § 4º, da Magna Carta, "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Desta feita, observando-se que a Constituição Federal não faz

11 GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 832.

12 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Regimental nº 70009687674, relatora Desembargadora Mara Larsen Chechi, julgado em 09.11.04, capturado em 06.10.05.

13 Improbidade Administrativa, Síntese, 1997, p. 163.

qualquer limitação à possibilidade de restrição ao livre aproveitamento do patrimônio de quem maculou ao dever geral de honestidade para com o erário, é plenamente possível, destarte, a decretação da indisponibilidade de bens em qualquer das hipóteses que configure o cometimento de ato de improbidade.

Sublinha-se, ademais, que a medida de indisponibilidade de bens não tem natureza penal, mas cautelar que visa simplesmente a garantir a efetividade de posterior execução da sentença que condena, na espécie, os agentes ao pagamento de severas multas civis.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu:

Medida cautelar de indisponibilidade dos bens do réu - De acordo com o artigo 7º da Lei Federal nº 8.429/92, o juiz somente decretará a indisponibilidade dos bens do acusado de improbidade administrativa mediante pedido formulado pelo Ministério Público, devidamente justificado, e demonstrada a imperiosa necessidade de assegurar ao processo principal a sua idoneidade para cumprir, de maneira eficaz, a tutela jurisdicional definitiva. [...]¹⁴

Finalmente, de registrar que entendimentos em sentido contrário possivelmente não permitirão resultados verdadeiros e escorregios para uma Sociedade que tanto busca e almeja por Justiça, já que facilmente, em vista da normal e penosa tramitação de recursos (as mais altas cortes de Justiça), possibilita que os agentes condenados por improbidade, quando da execução daquele título, não mais tenham recursos suficientes para arcar com o cumprimento dessa sanção. Ou seja, ganha-se mas não se leva! Daí a sensação de impunidade que reina no País!

Em resumo, então, conclui-se que a melhor interpretação, venia concessa, indica que o verdadeiro sentido da norma que estabelece a indisponibilidade de bens é resguardar o interesse público atingido pelo ato de improbidade administrativa.

14 Agravo de Instrumento nº 223.677-5, de Campos do Jordão, relator Desembargador Toledo Silva, julgado em 26.09.01, ementa nº 253066, capturada em 06.10.05.

Cabe, portanto, aos aplicadores do direito, notadamente aos Promotores de Justiça nas lutas diárias contra os corruptos, serem os executores da difícil tarefa de retirar do texto abstrato o fato concreto, buscando o fim almejado pelo legislador que criou os mecanismos de combate à improbidade administrativa que, certamente, foi resguardar os efeitos da condenação, ainda que limitados apenas à multa civil, sob pena de cair no vazio e ficar sem qualquer efeito prático a sanção decorrente do desrespeito à lei pela violação aos princípios da administração pública.

Fica, então, o registro da possibilidade de se lutar pela indisponibilidade dos bens dos agentes, ainda que se trate apenas de violação dos princípios da Administração Pública, recordando, em arremate, os ensinamentos de Rui Barbosa, um dos maiores combatentes da corrupção em nosso país:

De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.

Não se perca a esperança, pois a missão maior do Promotor é promover Justiça, já que o Ministério Público tem os olhos e ouvidos bem abertos para proteção do Estado Democrático de Direito na luta incessante contra a corrupção buscando extrair das normas vigentes a interpretação que mais se coaduna com os fins a que foi criada a lei, mormente em se tratando de combate à improbidade administrativa: punir o corrupto!

Conclusão

É possível a indisponibilidade dos bens dos agentes públicos condenados por improbidade administrativa, sem trânsito em julgado, ainda que se trate apenas de condenação a multa civil por violação aos princípios da administração pública (Art. 11 da Lei 8.429/92).

CRÍTICA CRIMINOLÓGICA AOS FUNDAMENTOS ECONOMICISTAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Promotor de Justiça - MA, Mestre em Direito Público pela UFPE, Doutor em Direito Penal pela UFPE e Doutorando em Criminologia pela UFSC

Toda ideologia perece com as relações sociais que a engendraram. Mas este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase na qual a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de encobrir e velar as relações sociais das quais nasceu. (PASUKANIS, 1989, p. 29)

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma análise comparativa entre uma das teorias filiadas ao paradigma etiológico ou positivista do Direito Penal, *in casu*, a teoria economicista dos delitos e das penas, e a Criminologia Crítica, cujos estudos são pautados no materialismo histórico de viés marxista, com o escopo maior de determinar qual das duas vertentes teóricas melhor explica a relação entre o Estado e a sociedade pautada no *jus puniendi*.

Palavras-chave: Criminologia Crítica, Teorias econômicas dos delitos e das penas, Política Criminal Economicista.

Sumário: 1 Introdução - 2 Teorias econômicas dos delitos e das penas: fundamentos gerais - 3 Dos custos e benefícios da prática delitiva - 4 Política Criminal Economicista - 5 Postulados fundamentais da Criminologia Crítica - Conclusão.

1 Introdução

Desde o advento da primeira edição do livro “O homem delinqüente”, escrito pelo italiano César Lombroso, nos idos de 15 de abril de 1876, que o discurso oficial tenta explicar o crime através do próprio criminoso, levando em consideração, em maior ou menor proporção, fatores imanentes ao próprio delinqüente – atavismo, doenças, taras, desvios, tendências, maldade inata, etc.

Aos que se filiam a tal entendimento, incluem-nos no rol dos adeptos do paradigma positivista ou etiológico, posto que o crime – em última instância – se origina, tem as suas causas em fenômenos naturais – reconhecem os adeptos de tais teorias serem alguns delitos artificiais –, que se pré-constituem ao Direito Penal, sendo uma realidade ontológica, cabendo a este ramo do direito apenas reconhecer, explicar e positivizar tais causas como criminosas, para depois combatê-las, “cientificamente”, em defesa da sociedade.

Uma das mais modernas e elaboradas teorias etiológicas da criminalidade é a teoria economicista dos delitos e das penas, que a partir de postulados fundados na economia, tenta explicar as causas do crime e o melhor meio – o mais barato –, no âmbito do Direito Penal material, instrumental e da execução penal, de se opor a tais comportamentos.

A Criminologia Crítica, em frontal oposição ao supramencionado paradigma e a todas as teorias que dele se originam, entende que o crime nada tem de natural e, isto sim, é uma criação social, cujo maior peso decisório encontra-se na caneta do legislador.

Deste modo, antes de analisar as causas dos comportamentos definidos pelo legislador como criminosos, dentre os muitos que são danosos à sociedade e não carregam tal estigma, preocupa-se a Criminologia Crítica em saber quem define e por que determinados

comportamentos são definidos como criminosos, assim como, por que somente algumas pessoas que cometem tais comportamentos são efetivamente criminalizadas pela via de um processo explícito de seleção e etiquetamento, ou seja, a quem interessa o hodierno funcionamento do sistema penal.

A análise da pertinência de uma ou outra teoria – posto que excludentes entre si –, ante a realidade social que nos salta aos olhos, é o objetivo do presente artigo.

2 Teorias econômicas dos delitos e das penas: fundamentos gerais

No presente tópico far-se-á uma abordagem sobre uma das inúmeras teorias que tentam explicar o delito e o seu revés, o direito de punir, através de postulados econômicos. Deste modo faz-se uma aproximação definitiva entre a economia e o Direito Penal, matéria de importância basilar para o presente trabalho.

A escolha da teoria econômica dos delitos e das penas cujo maior expoente é o inglês Gary Backer¹, se deu em razão de ser esta a teoria que possui como fundamento totalmente explícito, categorias econômicas como modo de explicar a prática de comportamentos delitivos e, principalmente, de elaboração de políticas criminais para combatê-los.

Ademais, em razão da metodologia adotada, apresenta-se de imediato a crítica desta teoria, percorrendo os caminhos abertos pela criminologia crítica, com o objetivo maior de demonstrar que a economia, ao longo da história do Direito Penal – desde sempre – esteve intimamente ligada ao mesmo, podendo os interesses econômicos ser considerados o real fundamento do *jus puniendi*.

1 A doutrina economicista considera como marco inicial, como o trabalho que assentou as bases da análise econômica moderna dos delitos e das penas, o artigo elaborado por Becker (1968) intitulado: “Crime and punishment: an economic approach”. Gary Becker nasceu em 1930 e foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1982, em razão da elaboração de trabalhos que tentavam explicar o comportamento humano através de análises microeconômicas.

Toda a exposição elaborada nesse primeiro momento, portanto, direciona-se a desnudar aspectos da profunda inter-relação entre o Direito Penal e a economia, posto que presente tese que ora se inicia pauta-se em tal constatação, cujo ponto de maturação é a afirmação de que os interesses econômicos daqueles que detêm o poder sempre se constituíram como razão de ser do Direito Penal e que por interesses ideológicos durante muito tempo foram propositalmente ocultados, se encontrando, hodiernamente, em um paulatino processo de explicitação.

Muitos são os autores afirmando em seus trabalhos, que a análise econômica do direito tem se consolidado na esfera acadêmica como uma autêntica disciplina autônoma, posto que as inúmeras investigações feitas a partir de tal pressuposto se constituem em um aporte metodológico fundamental para a Ciência Jurídica². Stigler (1992, p. 458), Prêmio Nobel de Economia, chegou a afirmar que em razão da amplitude dos problemas jurídicos que tem sido enfrentados pela Ciência Econômica, esta “invade todos os domínios do direito”.

Como não poderia deixar de ser, os delitos e as penas também foram objeto de investigação por parte daqueles que compartilham a idéia de que a Ciência Econômica teria amplas condições de determinar as causas da prática delitativa, assim como, de indicar o melhor caminho para combatê-las, objetivo primordial de todas as vertentes que comungam do paradigma etiológico.

Em síntese, afirmam Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 176, tradução nossa):

Em termos mais concretos, o Direito tão-só deve cumprir uma série bem definida de funções. A saber: eliminar ou reduzir os custos de transações que impeçam ou limitem o correto funcionamento do mercado; estabelecer um sistema de direitos de apropriação que garanta o “livre” movimento de recursos para usos mais rentáveis; organizar um sistema de contratos que garanta a exigibilidade,

2 Sobre o assunto, detalhadamente, Roemer (1994), Stigler (1992), Landes e Posner (1993), Mercado Pacheco (1994).

para que as transações que requeiram qualquer tipo de prorrogação temporal não acarretem custos tão altos que as façam irrealizáveis e que minimize os custos derivados das contingências que comumente acompanham as negociações; instaurar um sistema de responsabilidade que estabeleça as condições em que devam ser internalizados os efeitos externos, para uma possível compensação das vítimas e, em última instância, estabelecer um sistema economicamente eficiente de sanções para obstaculizar a prática dos comportamentos criminosos ou, no caso de sua prática, da aplicação das mesmas.

O ponto de partida das teorias econômicas dos delitos e das penas sempre será a análise feita pelos indivíduos sobre o custo/benefício da prática de determinada conduta considerada lesiva pela sociedade, ou seja, tanto aqueles que delinqüem como aqueles encarregados da elaboração de políticas criminais e até mesmo os legisladores devem utilizar como fio condutor tal análise.

Assim, claro está para tais teóricos que se a Ciência Econômica é o ramo do conhecimento que estuda a conduta humana como uma relação entre fins e meios escassos suscetíveis de usos alternativos, as condutas humanas – principalmente aquelas inseridas no ordenamento jurídico – necessariamente assumem forma de eleição, o que levaria a afirmação de que qualquer dimensão da vida em sociedade estaria dentro do campo de estudo da economia.

Em tal contexto, aflora a proximidade entre as teorias econômicas e a teoria da prevenção geral negativa da pena³, posto que, a possibilidade de ser preso, de cumprir uma pena – privativa de liberdade ou não – seria o preço a ser pago por aquele que se inclinasse a delinqüir e que tal escolha, cometer ou não um delito, se dá exatamente pela via da análise feita a partir de tal preço. Em resumo: a chave para explicação do comportamento delinqüente seria encontrada nos estímulos e dificuldades inerentes à ativi-

3 A prevenção geral negativa pugna pela intimidação que o preceito secundário da norma penal, assim como, as conseqüências concretas de sua aplicação, possam gerar naquele que tem propensão para a prática de delitos.

dade ilegal, ou seja, nos custos e benefícios que a mesma venha a proporcionar.

Por se considerar a pena como equivalente a um preço que se deve pagar pela comissão de uma atividade ilegal deve-se constituir o sistema penal em um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de natureza econômica, fixe preços que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes (delitos), assim como, em seu revés, deve incentivar as transações que suponham o mínimo custo e a maior utilidade, fazendo o melhor uso possível dos recursos disponíveis para a manutenção da segurança dos cidadãos.

Há, portanto, uma forte inclinação teórica no sentido de vincular-se a quantidade de pena imposta no preceito secundário da norma penal, assim como a efetiva possibilidade de condenação e prisão e o número de delitos cometidos, haja vista que, de forma explícita, postula-se ser uma implicação necessária à lei da demanda, na qual – afirma-se – quando o preço de algo aumenta as pessoas demandam uma menor quantidade daquele produto, não importando serem delitos ou maçãs. (RUBIN, 1978, p. 14)

Deste modo, mister que se ressalte, além dos possíveis efeitos intimidatórios da pena, a importância do funcionamento do sistema de justiça penal, porquanto é tal sistema diretamente responsável pela efetiva e correta aplicação das leis penais, como resposta a crescente demanda pela proteção e segurança dos cidadãos, frente aqueles que ao calcularem entre os custos e benefícios oriundos da prática delitiva, acabaram por inclinar-se pela mesma.

Em uma esclarecedora síntese, Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. IX, tradução nossa) assim se posicionam:

O delinqüente se contempla como um agente maximizador que avalia racionalmente as expectativas do custo e benefício que lhe oferece a eventual comissão de uma atividade que tem sido repudiada pela sociedade. A pena, por seu lado, não é senão o preço resultante de um preciso equilíbrio entre a demanda por segurança que realiza a sociedade e a oferta de delitos que corresponde ao

delinqüente. O sistema de justiça judicial em geral não seria senão um autêntico mercado no qual se podem resolver esses tipos de transações e no qual se devem otimizar todos os recursos, públicos ou privados, que é preciso investir para alcançar uma combinação desejada entre segurança e gasto que seja mais eficiente.

De ver-se, pois, que as teorias economicistas tradicionais adotam como pressuposto, quiçá como fundamento, a total racionalidade ou possibilidade completa de entendimento daqueles que porventura venham a delinqüir, levando em consideração – de forma paradoxalmente objetiva – somente uma análise dos ganhos e vicissitudes que podem advir da prática de um delito⁴.

O paroxismo do entendimento teórico da total racionalidade quando da prática delitativa pode ser apontado através da afirmativa, por parte de tais teorias, de que o sujeito delinqüente analisará até mesmo os benefícios obtidos com a prática delitativa em comparação com o que poderia obter com uma atividade legal, ou ainda, dentre os diversos delitos a serem cometidos qual o que representaria melhor custo-benefício em razão dos ganhos e custos que possa vir a acarretar, ou seja, ganhos superiores às vezes não compensam ante os riscos a serem assumidos⁵.

Segundo Becker (1988, p. 545, tradução nossa):

Uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada do mesmo excede a utilidade que poderia obter empregando seu tempo e outros recursos em atividades alternativas. Portanto, algumas pessoas se convertem em delinqüentes, não porque suas motivações básicas difiram das de outras pessoas senão porque seus benefícios e custos diferem.

4 Neste ponto subjaz o conhecido fundamento da Escola Clássica denominado livre-arbítrio, que na concepção de Andrade (1997, p. 56) assim pode ser explicado: “A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbítrio, que confere imputabilidade ao sujeito da ação”.

5 Sobre o tema, Carr-Hill e Stern (1979), assim como, Votey e Phillips (1980).

O comportamento delinqüente se assemelha, portanto, a qualquer outro comportamento racionalmente desencadeado no qual o indivíduo, ante uma escolha qualquer, avalia os diferentes custos e benefícios possíveis e previsíveis de sua conduta e atua consciente de suas prováveis conseqüências. Na medida em que os ganhos superem os custos, a conduta será praticada.

3 Dos custos e benefícios da prática delitiva

Dentro do contexto até agora traçado, imprescindível que se enalteça a importância atribuída aos custos que podem acarretar a prática de uma conduta tipificada como delituosa. A relação de custo-benefício é, portanto, uma constante a ser levada em consideração tanto pelo indivíduo – potencial infrator –, como pelo Estado, na elaboração e aplicação de políticas criminais.

Em tal universo, segundo o entendimento das teorias economicistas, o indivíduo, quando de sua análise subjetiva visando à prática de determinada conduta, além dos custos imanentes ao sistema de justiça criminal – possibilidade de condenação e cumprimento de pena – também leva em conta outros fatores.

No âmbito da análise a ser feita para a prática do delito, afloram as várias formas de controle social, dando-se fundamental importância ao grau de interiorização e conformidade do indivíduo para com a variada gama de princípios e normas que regem a sociedade, o que explicaria o não cometimento de um delito quando da análise favorável para a prática do mesmo⁶.

6 Neste ponto deve-se ressaltar a proximidade de tal pensamento com as teorias da subcultura delinqüente, para as quais: “o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinqüência imperativa. À semelhança do que acontece com o comportamento conforme a lei, também a delinqüência significa a conversão a um sistema de crenças e valores em ações. À luz destas teorias, não é só o delinqüente que é visto como normal. Igualmente normal é o seu processo de aprendizagem, socialização e motivação. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinqüente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de status e sucesso... A explicação do crime atinge, assim, um nível tendencialmente coincidente com o próprio sistema. Em vez da idéia de desorganização social, parte-se

Assim, é bom que se frise, no cálculo a ser feito por aquele que tem propensão à delinquência, seriam utilizados elementos monetários e não monetários.

Por outro lado, o custo para a sociedade também não é só monetário, não têm natureza exclusivamente econômica, há custos diretos – suportados pela vítima⁷, mormente nos crimes patrimoniais – e custos indiretos, suportados pelo Estado através, principalmente, dos gastos com o sistema de justiça criminal que podem ser classificados como exclusivamente econômicos.

No âmbito dos custos não monetários, podem ser elencados aqueles morais e psíquicos imanentes às vítimas, assim como o custo institucional afeto ao Estado⁸, enquanto mantenedor da paz e harmonia social. Como bem colocam Calabresi e Melamed (1972, p. 1.126), “o ladrão não só produz danos à vítima, senão que fulmina também as regras e valores protegidos pela norma”.

Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 25), por sua vez, ainda dividem os custos do delito para aqueles que os cometem em custos imediatos e custos retardados. A primeira espécie se refere aos gastos com a preparação para a prática delitiva, a saber: gastos com utensílios e com o próprio tempo despendido. A segunda espécie, os custos retardados, seriam aqueles que derivam das conseqüências jurídicas, ou seja, especialmente da pena imposta, mas também um forte custo adicional; a discriminação imposta pela sociedade aos

da idéia aparentemente paradoxal da integração nos valores últimos do sistema cultural dominante, ou seja, na procura de sucesso e status. Só que – acentua-se – este é um caminho que inevitavelmente condena muitos à frustração, provoca atitudes coletivas de ambivalência em relação à cultura dominante e induz à procura de alternativas subculturais”. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291-292). Maior aprofundamento sobre as teorias da subcultura criminal, Baratta (1999).

- 7 Sobre os custos representados pela prática delitiva em relação às vítimas, em profundidade, Cohen (1990).
- 8 Aqui podemos tomar como referência a teoria da prevenção geral positiva, que ao partir do custo institucional que o delito representa para o Estado, advoga que o objetivo da pena se caracteriza, principalmente, pelo valor simbólico que confere à sanção penal, refletido no efeito positivo que a efetiva aplicação da pena – efetiva frisa-se – gera sobre os não criminalizados, haja vista que reforça a confiança dos mesmos no sistema penal e, por via de conseqüência, nos valores imanentes ao sistema social como um todo, produzindo uma atitude durável de fidelidade à lei.

ex-presidiários com todas as mazelas que derivam de tal condição: barreiras para incorporar-se ao mercado de trabalho, para ser aceito pela comunidade, enfim, para reincorporar-se ao cotidiano social.

Há também os custos derivados da proteção privada, a que um número cada vez maior de pessoas recorrem como forma de diminuir as probabilidades de vitimização, o qual, por sua vez, acaba por criar um paradoxo, qual seja: o custo social de evitação da prática delitativa – custo indireto – deveria ser suportado pelo Estado com os gastos referentes à manutenção das agências do sistema de justiça criminal e não pela vítima que, quando muito, deveria arcar tão somente com o custo direto do delito, ou seja, com o prejuízo pessoal inerente ao mesmo.

Mesmo reconhecendo que há uma variada gama de custos, como os diretos e indiretos, monetários e não monetários, imediatos e retardados, a serem levados em conta pelo delinqüente quando da execução da conduta delituosa, assim como por aqueles cuja incumbência é evitar a prática delitativa, os economicistas objetivam monetarizar todos estes custos, transformá-los todos em moeda corrente, e é exatamente nesse momento discursivo que a pena privativa de liberdade assoma como a de maior importância dentre todas as utilizadas pelo sistema punitivo oficial⁹.

A prioridade para o alcance de tal objetivo, a monetarização dos custos e benefícios da prática delitativa, leva as teorias economicistas a fazerem um grande esforço teórico – em razão da própria controvérsia imanente ao tema – para, em definitivo, determinar os equivalentes monetários para aqueles custos que não se enquadram nessa categoria, posto que inexorável tal medida para que seja possível uma análise global das repercussões econômicas e sociais que os delitos implicam.

Em assim sendo, necessário que se achem valores equivalentes em moeda corrente para todos os custos e benefícios oriundos da prática delitativa, principalmente, para a quantidade de pena privativa de liberdade imposta.

9 Zaffaroni (2003, p. 69) alerta para o fato de que “... a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos”.

O desiderato maior de toda essa formulação teórica nada mais é do que concluir: o sistema penal deve, preferencialmente, aplicar penas pecuniárias para aqueles que possam arcar com tal consequência e penas privativas de liberdade para os delinquentes que não dispõem de tais recursos. Todo o cálculo deve ser feito a partir de uma estimativa do custo em dinheiro de um dia na prisão, tanto na perspectiva do delincente, como na perspectiva do Estado. (BLOCK; HEINEKE, 1975, p. 314)

Como a quase totalidade daqueles que acabam condenados pela prática de um delito não dispõem de recursos para o pagamento de multas, resta à pena privativa de liberdade cumprir o seu papel de principal sanção do sistema de justiça penal na ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas.

4 Política Criminal Economicista

Do até aqui exposto já nos é permitido afirmar que a partir da análise econômica dos delitos e das penas, ficam formulados de maneira inter-relacionada os dois grandes marcos do Direito Penal oficial, a saber: a natureza e determinantes do comportamento criminal, assim como os indicativos de política criminal que devem ser elaborados, levando-se em conta, principalmente, a destinação de recursos que deve fazer a sociedade, através de seu sistema de justiça criminal, para evitar, ou pelo menos diminuir, a prática de condutas delitivas e assim evitar seus custos de maneira mais eficiente.

Assim, o dano social causado pelo delito é o vetor para o qual convergem tanto a possibilidade de condenação e prisão como a magnitude da pena, posto que na medida em que o delito suponha um maior dano social, deverá ser destinado um maior volume de recursos para intentar descobrir seu autor e, conseqüentemente, aplicar a sanção penal. Haverá de existir, pois, uma proporcionalidade entre o custo esperado para a aplicação da pena e o custo que o delincente impõe à sociedade com suas

condutas ilegais¹⁰.

O delito, dentro dessa concepção, de maneira explícita, é considerado o produto de uma demanda social, isto é, a expressão de uma necessidade de justiça ou segurança por parte da sociedade que considera a atividade criminosa como socialmente lesiva, portanto, socialmente onerosa, devendo ser combatido e reduzido pelo sistema de justiça criminal, que por sua vez deve despender gastos menores do que aqueles que procura evitar. Assim sendo, define-se o delito como “uma atividade que impõe externalidades negativas, tanto na riqueza como na utilidade social”. (Ehrlich, 1979, p. 299)

Por outro lado, as teorias econômicas reconhecem a imprescindibilidade do conhecimento das Leis Penais, inclusive de suas mudanças – praticamente diárias no Brasil – por parte daqueles que são as mesmas submetidos, como forma de antecipação e correta incorporação do cálculo dos custos e benefícios quando da prática da conduta delitiva.

Assim, como pressuposto fundamental das políticas criminais a serem desenvolvidas, toda a população, haja vista que todas as pessoas podem ser pelo menos tentadas a praticar uma conduta ilícita, deve estar amplamente informada de todos os detalhes das leis penais, ou seja, alcance dos tipos, penas cominadas, formas de execução, entre outras particularidades imanentes a tal assunto.

Quando críticos levantam a problemática para o alcance de tal desiderato, como a própria ignorância da população frente a complexidade do Direito Penal material, instrumental, assim como da execução penal, a mesma é veementemente refutada sob a alegação de que as incertezas que se acerbam de tais problemas são mais aparentes do que reais, porquanto, os meios de comunicação, assim como o contato com outros delinquentes, particularmente os egressos do sistema penitenciário, permitirão às pessoas fazerem uma idéia

10 Interessante notar que já em Beccaria (1993, p. 66) vislumbra-se uma inclinação economicista de seu pensamento, a saber: “O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas”.

aproximada da magnitude da penalidade que se imporia para cada tipo de delito¹¹. (BOWLES, 1982, p.58)

Fica claro, então, que os principais instrumentos de política criminal dentro da concepção economicista dos delitos e das penas, deverão ser uma alta probabilidade de condenação e prisão e o tipo e magnitude da pena aplicável, com o que prioritariamente se pretende obstaculizar os comportamentos delitivos.

Fundamentados, talvez em Beccaria, os teóricos do economismo penal entendem que a certeza da punição, ou seja, da condenação e do efetivo cumprimento da pena imposta, surte um efeito muito maior na política criminal almejada do que, propriamente, a severidade abstrata do preceito secundário da norma penal.

Partindo desse pressuposto defendem a aplicação de um volume maior de esforços que se concretize como uma maior possibilidade de efetivo cumprimento da pena, ainda que a custa de um aumento exacerbado nos modos de controle exercidos para tal fim. Melhor dizendo: deverá haver uma canalização de recursos que aumentem a possibilidade de vigilância do cidadão para que aquele que delinquir venha inexoravelmente a cumprir uma sanção penal.

Dentro do desiderato economicista da canalização de recursos, quando do emprego dos mesmos, deverá, inclusive, haver um direcionamento especial das políticas criminais adotadas para as regiões nas quais, de maneira geral, haja uma maior propensão para o cometimento de delitos, locais onde os delinquentes mostrem preferência pelo risco que é imanente – segundo a teoria em comento – à prática criminoso.

Neste diapasão, pode-se inferir que como o que interessa

11 Como já visto na nota de número 5, mais uma vez as teorias econômicas colidem, em parte, com os postulados neoclássicos ou da Escola Positiva, posto que qualquer processo de eleição favorável à prática delitiva, necessariamente, se configurará como resultante de uma série de condicionamentos pessoais e sociais que se afastam por completo da formulação atomística adotada pelos teóricos de tal escola, ou seja, as teorias de Lombroso, Ferri e Garofalo são completamente antagônicas aos postulados economicistas. O principal fator criminógeno não seria genético ou hereditário, enfim, imanentes ao homem criminoso, e sim a percepção subjetiva da probabilidade real de condenação e cumprimento da pena existente em um dado momento na sociedade frente às instituições encarregadas de tal mister, o que não afasta, entretanto, tal concepção do paradigma etiológico.

é a redução dos custos, fica evidente que toda a política criminal economicista tem como corolário a função dissuasória da pena, haja vista que é bem mais barato trabalhar-se em um viés de intimidação – para que os delitos não venham a ser cometidos – do que recuperar ou neutralizar o criminoso, medidas que pressupõem vultosos gastos.

Nas palavras de Posner (1992, p. 172, tradução nossa):

O objetivo final, portanto, da análise econômica que se realiza sobre a base destes pressupostos é desenhar um sistema de justiça criminal que, mediante uma aplicação racional da lei, otimize os recursos públicos destinados ao sistema de justiça criminal, mantendo sempre como referente último do mesmo a dissuasão de futuras condutas ilegais, com a finalidade de evitar os custos adicionais que supõe a aplicação da lei uma vez infringida esta. Dito de maneira mais simples: lograr que o sistema criminal como um todo funcione em conformidade com o critério econômico de eficiência no emprego dos recursos que em seu desenvolvimento se põem em jogo.

Fica claro, destarte, que o ponto ótimo da política criminal economicista se encontra, exatamente, na possibilidade de minimização do custo social da prática delitiva – custos diretos –, impedindo-se que crimes sejam cometidos, assim como, com a minimização dos gastos que permitam que os autores de tais crimes venham a ser efetivamente punidos – custos indiretos. Este objetivo somente é alcançado com a confluência – repita-se – entre a evitação da prática delitiva e a otimização dos gastos com as agências do sistema penal no deslinde deste objetivo.

Conscientes de que o delito jamais poderá ser completamente erradicado do meio social, até mesmo porque este ambicioso objetivo lograria consumir um volume de dinheiro não disponível, deve a comunidade aprender a conviver com certo nível de criminalidade.

O nível quantitativo de delitos cometidos a ser aceito pela comunidade está diretamente ligado ao volume de recursos que esta se predispõe a investir para alcançar a taxa de criminalidade dese-

jada¹². A amplitude quantitativa e qualitativa do sistema de justiça penal estará, portanto, condicionada pelo lugar que a segurança do cidadão ocupe na escala de preferências sociais.

Nas palavras de Ehrlich (1979, p. 302, tradução nossa):

Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorram, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social¹³, senão porque os custos adicionais de combater a delinquência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade.

Como resultante dessa inferência lógica, de que independentemente dos recursos alocados o delito jamais será extirpado por completo do meio social, a doutrina economicista dá um lugar de destaque para a aplicação das penas pecuniárias como carro-chefe de sua política criminal, posto que os custos gerados com a sua imposição serão sempre muito mais reduzidos que aqueles oriundos da aplicação da pena de prisão.

A pena de multa chega a ser considerada como um fator que anula os custos sociais carreados pelo delito, haja vista que ao lado de seu baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como um compensador para a vítima ou para o resto da sociedade dos prejuízos causados pelo crime, de forma direta se transfere renda do sancionado para aqueles que sofreram tais prejuízos.

Becker (1988, p. 565), chega a sugerir que a pena de multa, para atingir um nível de excelência, deve permitir que dentro da compensação feita pelo infrator à vítima, seja o indivíduo ou o Estado, atinja-se a situação existente antes que o delito fosse cometido, ou seja, o valor decorrente da pena de multa deve fazer jus a total reparação pelo dano sofrido a ponto de restituir a absolutamente mesma situação anterior em

12 Becker (1988, p. 582), um dos mais arraigados defensores dos postulados economicistas, não se cansa de afirmar: “As políticas ótimas para combater o comportamento ilegal são parte de uma distribuição ótima de recursos”.

13 Neste ponto, Ehrlich (1979) se coloca em frontal oposição a Durkheim, haja vista entender este que dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.

que se encontrava aquele que foi prejudicado com a prática do crime.

Quer-se fazer crer, portanto, que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma bastante comedida em razão dos altos custos financeiros que a mesma acarreta para a sociedade. A construção, equipamento e manutenção das instalações penitenciárias, além da perda econômica que se supõe manter milhares de pessoas inativas e alheias ao processo produtivo, posto que alijadas de suas profissões habituais desautorizam o indicativo de política criminal alicerçado na aplicação da pena de prisão.

As teorias economicistas, em um momento de luzes, embora de maneira menos contundente, reconhecem para além das possibilidades de se fazer frente à delinqüência com a exasperação do preceito secundário da norma penal, ou ainda, com o aumento de possibilidade de condenação e prisão pela prática delitiva, que existem outras alternativas.

Para tanto, afirmam que tais outras soluções de combate ao crime devem ser buscadas no espaço em que tenham o condão de alterar as condições sócio-econômicas que configuram hodiernamente o ambiente social, melhor dizendo, devem ser envidados esforços que se oponham a crescente injustiça social que assola a sociedade como um todo.

Para além do discurso dissuasório do Direito Penal, deveria ser feita uma profunda análise dos efeitos que uma melhora na renda e nas condições de vida das pessoas que habitam nos subúrbios e bairros marginais que proliferam em torno das grandes cidades, a serem desencadeados no que pertine à diminuição do nível global do cometimento de delitos. (MONTERO SOLER; TORRES LOPES 1998, p. 68)

5 Postulados fundamentais da Criminologia Crítica

O ponto fundamental e unificador das teorias criminológicas que se antagonizam com as teorias positivistas – que legitimam o sistema penal, podendo, portanto, serem denominadas de oficiais – é o entendimento de que todo o saber produzido no âmbito dessa criminologia oficial é profundamente ideológico, cujo objetivo final

é obscurecer a consciência real das classes subordinadas, posto que a serviço de um sistema de dominação vinculado a um sistema de produção, no caso o capitalista¹⁴.

É fácil perceber que as teorias criminológicas oficiais – como no caso das teorias econômicas dos delitos e das penas – em suas elaborações, partem necessariamente de um modelo de sociedade consensual, na qual todos vivem em perfeita harmonia que somente é quebrada com a prática de condutas criminosas por aqueles que não se sujeitam as regras estabelecidas para proteger os interesses gerais de tal sociedade. Assim os que cometem delitos são os componentes maus da sociedade, enquanto que aqueles que não violam o Direito Penal são os seus componentes bons.

Nas palavras de Andrade (2003, p. 21):

A chave decodificadora deste senso comum radica no livre-arbítrio ou na liberdade de vontade, tão cara aos liberalismos do passado e do presente. Se tudo radica no sujeito, se sua bondade ou maldade são determinantes de sua conduta, as instituições, as estruturas e as relações sociais podem ser imunizadas contra toda culpa. Os etiquetados como criminosos podem então ser duplamente culpabilizados: seja por obstaculizarem a construção de sua própria cidadania (eis que não fazem por merecer, de acordo com a liberdade de vontade que supostamente detêm, e a moral do trabalho, que dela se deduz); seja por obstaculizarem a plenitude do exercício da cidadania alheia encerrada, que crescentemente se encontra no cárcere gradeado de sua propriedade privada.

Deste modo, o Direito Penal seria o ramo do direito que protege

14 Maior aprofundamento no tema, consultar Andrade (1994a), (1999), (2002), (2003), Anyiar de Castro (1982, p. 71-92), (1983), (1987), (2000, p. 129-148), Baratta (1976), (1981), (1991a), (1993), (1999), (2003), Becker (1971), Bergalli (1996), Bissoli Filho (1998), Dias e Andrade (1997), Del Pont (1984), Elbert (2000b), (2002), Melossi (1991, p. 57-66), Olmo (1973), (1984), Santos (1979), (1981), (1984), Sutherland (1999), Taylor, Walton e Young (1980), (1990), Young (2002).

bens jurídicos universais, caros a todos aqueles que fazem parte da sociedade por ele protegida, sendo aplicado de forma rigidamente igualitária e se pautando inexoravelmente no princípio da legalidade¹⁵. Tem-se assim, configurada, a ideologia da defesa social.

Para obter o desiderato de ampla defesa social, o Direito Penal tem como principal instrumento a pena¹⁶, que através de suas várias funções oficiais e declaradas – retribuição, prevenção geral e prevenção especial –, acaba por reforçar a legitimação do mesmo¹⁷.

No pólo diametralmente oposto, como premissas teóricas gerais, as teorias materialistas adotam o entendimento de que a lei e a seletividade do controle social formal, quando da aplicação do Direito Penal são, em última análise, as instâncias que acabam por produzir a delinquência, posto que a lei define as condutas a serem taxadas de delituosas e o sistema, entre as muitas pessoas que cometem delitos, seleciona aqueles que devem desempenhar o papel de criminosos.

Assim, enquanto a Criminologia Positivista se ocupa em explicar o crime através de suas causas, se utilizando do método experimental e das estatísticas criminais oficiais, indicando soluções para o combate da criminalidade – posto que fundamentalmente está a perquerir o que o homem criminoso faz e porque o faz – a Criminologia Crítica desloca o foco de estudos do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, ou seja, especialmente para

15 Sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, Cunha (1979).

16 Um estudo mais detalhado sobre as funções da pena pode ser encontrado em Guimarães (2004, p. 93-106).

17 Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 159-160), “Há uma ‘criminologia positivista’ ou ‘tradicional’ que estuda as condutas dos criminalizados e que, ao deixar o sistema penal fora de seu objeto, está aceitando a ideologia veiculada por ele, desta maneira convertendo-se em uma ideologia de justificação do sistema penal e do controle social de que este forma parte. Há uma série de conhecimentos tecnológicos e psicológicos que, aplicados ao sistema penal e à sua operatividade, põem de manifesto processos de seleção estigmatizantes, corrupção e compartimentalização que denunciam claramente o conteúdo ideológico dos discursos jurídicos e criminológicos tradicionais. A criminologia tradicional deixa de fora do seu objeto a análise e a crítica do poder criminalizante. Unicamente procede ao estudo dos criminalizados (selecionados). Embora seja incompatível com o direito penal de culpabilidade e de ato, combina-se perfeitamente com um direito penal de ato que se limita aos caracteres ‘jurídicos’ do ‘ato’ sem entrar no sentido teleológico da punição e sua crítica”.

o processo de criminalização. (ANDRADE, 2003, p. 35-48)

Nesta virada paradigmática não mais importa quem pratica o comportamento desviante e porque o faz e sim quem tem o poder de definir quais serão os comportamentos criminosos e quais os objetivos reais almejados quando da utilização do sistema penal como principal forma de controle social¹⁸.

O primeiro momento teórico, cuja elaboração remonta à Criminologia da Reação Social ou *Labelling Approach*, funda as bases centrais de seu pensamento no entendimento, segundo o qual, o desvio e a criminalidade não são uma qualidade ontológica ou preconstituída à reação social e, conseqüentemente, à reação do sistema penal e, sim, que o crime e o criminoso são produtos de um processo desencadeado no meio social, no qual determinadas pessoas definem a que condutas devem ser atribuídas a pecha de criminosas e, principalmente, dentre muitos daqueles que praticam aquelas condutas, quais os que devem ser selecionados para desempenhar o papel de criminosos.

Desse modo, a criminalidade não pode ser definida como algo imanente àquele que comete o delito, como um mal já existente que aflora com a prática da conduta descrita no tipo e sim, que em razão da conduta estar descrita no tipo penal como criminosa, haverá uma reação social à prática da mesma, sendo sua origem, portanto, social e definitorial.

Ademais, na sua segunda afirmação basilar, o *Labelling Approach*, em razão da clientela encontrada nas cadeias e presídios, sempre com as mesmas características, que acabam por convergir e se concretizar como vulnerabilidade social, explicita que o sistema penal

18 No pensar de Batista (1999, p. 32-33): “A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crimes (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’”.

é estigmatizante e seletivo, melhor dizendo: em razão de sua total falta de possibilidades operacionais, assim como, da capa de proteção que oferece aos não vulneráveis, o sistema penal, dentre as muitas condutas tipificadas como criminosas e praticadas diuturnamente por todos, ou quase todos que integram o meio social, seleciona, e assim estigmatiza alguns poucos, que acabarão por desempenhar o papel de criminosos.

Sobre o movimento acima delineado, Aniyar de Castro (2000, p. 139) assim se manifesta:

Na realidade, a nova criminologia, ao erigir-se em crítica ao direito penal, reverteria os papéis, de subordinada a dominante (agora o direito penal seria parte de seu objeto estudo), que haviam sido atribuídos ao velho estamento criminológico-penal. Um caminho conjunto entre penalistas e criminólogos críticos, que, se houvesse começado muito antes, talvez tivesse evitado a “conversão” de muitos de nós, daquele direito penal – seco da realidade, despojado de iluminação política, e mínimo em suas conseqüências –, para a criminologia.

Tal giro paradigmático na explicação da criminalidade atingiu o seu ápice teórico com as formulações da Criminologia Crítica, que se utilizando do material até então produzido pela Criminologia da Reação Social, avançou e, através de uma interpretação marxista da criminalidade e do controle social, expôs as razões pelas quais o Direito Penal é, fundamentalmente, seletivo e estigmatizante.

Ao centrar o seu foco sobre a dimensão do poder na sociedade capitalista, com a preponderância sobre a proteção da propriedade, desnuda-se a violência estrutural, origem das desigualdades sociais, gerada pelo modo de produção adotado – no caso o capitalista –, dando ênfase ao papel desempenhado pelo Direito Penal como forma de manutenção do status quo.

Explicitou-se, de forma definitiva, que em uma sociedade visceralmente desigual, as relações de poder e propriedade devem ser garantidas, inclusive no âmbito ideológico, por um instrumento

repressivo e repressor que mantenha o desenvolvimento econômico profundamente desigual, e os privilégios daí decorrentes para uns poucos, em detrimento do mínimo existencial para a maioria dos que compõe o corpo social. Tal instrumento, como já explicitado, é o Direito Penal.

No marco da Criminologia Crítica, a descrição da fenomenologia da seletividade pela Criminologia da Reação Social receberá uma interpretação macrossociológica que, aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexos funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas e a dominação classista. (ANDRADE, 2003, p. 54)

Em suma, para a Criminologia Crítica o Direito Penal não protege bens jurídicos universais, caros a todos que compõem o meio social; não é aplicado de maneira igualitária, sendo seletivo e estigmatizante; o princípio da legalidade só subsiste na esfera formal, posto que a criminalização e descriminalização de condutas obedece única e exclusivamente aos interesses da dominação de classes, assim como, todo o sistema penal – Polícia, Ministério Público, Magistratura, órgãos da execução Penal – funciona de maneira ideologicamente comprometida, ou seja, a serviço de quem detém o poder.

Conclusão

Ante tantas criminalizações e posteriores descriminalizações de condutas nos mesmos ordenamentos jurídicos – por exemplo, o adultério e a sedução recentemente descriminalizados no Brasil –, como defender a idéia de que o delito é algo natural, que vai contra a natureza do homem. Ademais, como defender que o repúdio a tais condutas tenham validade universal, haja vista a diversidade cultural que faz com diversas práticas ilegais em um determinado ordenamento jurídico sejam legais e corriqueiras em outros.

Como explicar, pautado na igualdade que fundamenta a aplicação do Direito Penal, que todos os presídios e delegacias do Brasil, absolutamente todos, seja habitado por uma clientela que em sua esmagadora maioria é composta apenas por pessoas pertencentes às camadas excluídas da sociedade.

Por outro lado, qual a razão das condutas criminosas comumente praticadas pelos altos estratos da sociedade receberem tratamento diferenciado para melhor – veja-se a causa de extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior nos crimes de sonegação fiscal –, quando, na verdade, são bem mais lesivas para o Estado que os delitos comuns praticados contra o patrimônio individual.

Como prosperar a idéia de que em mundo como o de hoje, em que impera a exclusão social, capitaneada pelo neoliberalismo, possam as pessoas analisar o custo e benefício das práticas delituosas, quando, na verdade não se apresentam, na maioria da vezes, opções à tais práticas, sejam por motivos ideológicos – criminalização de movimentos sociais (sem-terra, sem-teto, etc.), sejam por motivos de sobrevivência (crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas), etc.

Como buscar as causas de uma conduta delituosa e tentar explicar as razões de sua prática, se com uma simples decisão do legislador tal conduta poderá ser legalizada. Será que a descriminalização tem o condão de transformar aquele homem que com a prática do delito, até então era considerado mal, doente, atávico, entre outros tantos adjetivos maniqueístas, em um cidadão de bem.

Será que o homem médio, que deve ter sido o marido da mulher honesta e irmão do homem de bem (talvez de bens), conceitos fundamentais para as elaborações teóricas da dogmática penal, não seriam construções ideológicas pautadas na moral religiosa e que apesar de não mais constarem dos textos legais estão intrinsecamente ligadas ao imaginário dos operadores do direito.

Enfim, qualquer que seja a teoria apresentada, e a teoria economicista dos delitos e das penas é apenas uma espécie do mesmo gênero, impossível continuar pensando o Direito Penal e Processual Penal pela ótica maniqueísta do discurso oficial, pautado no paradigma positivista.

Deste modo, cremos, com fundamento nos postulados da Criminologia Crítica, que o sistema penal e os seus principais instrumentos, o Direito Penal material e instrumental, estão de forma clara e explícita a serviço dos interesses daqueles que detêm o poder, com o fim de manter as desigualdades sociais sob o jugo da repressão.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida**. Santa Catarina, 1994a. 502 p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 4, n. 14, p. 276-287, jul./set. 1996.

_____. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a, 335 p.

_____. **Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo**. In: _____. (Org.). Verso e reverso do sistema penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 197-216, 2002.

_____. **Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 187 p.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual**. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982.

_____. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 208 p.

_____. **Ciminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987, 263 p.

_____. **O triunfo de Lewis Carrol**. A nova criminologia latino-americana. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º e 2º. Semestres de 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e política penal alternativa**. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 31, p. 7-21, jul./dez. 1976.

_____. **Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal**. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-37, jan./jun. 1981.

_____. **Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica**. Pena y Estado, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991a.

_____. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Fascículos de Ciências Penais. Tutela penal dos direitos humanos. Porta Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 254 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Bauru: Edipro, 1993, 120 p.

BECKER, G.S. **Crime and punishment. An economic approach.** Journal of Political Economy, 1968, p. 537-592.

_____. **Chicago Studies in Political Economy.** Chicago: University of Chicago press, 1988, p. 537-592.

BECKER, Howard. Los Extranños. **Sociología de la desviación.** Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971, 162 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização. Dos antecedentes à reincidência criminal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, 230 p.

BLOCK, M. K., HEINEKE, J. M. **A labor theoretic analyses of criminal choice.** American Economic Review. V. 65, n. 3, 1975, p. 314-325

BOWLES, R. **Law and the Economy.** Oxford: Martin Robertson, 1982.

CALABRESI, G., MELAMED, D. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral.** Harvard Law Review, v. 85, 1972, p. 1.089-1.128.

CARR-HILL, R. A., STERN, N. H. **Theory and estimation in models of crime and its social control and their relations to concepts of social output.** In: Feldstein, M. S., Inman, R. P. (Eds). The Economics of public services. London: Macmillian, 1977, p. 116-147.

COHEN, M. A. **A note on the cost of crime to victims.** Urban Studies. V. 27, n.1, 1990, p. 39-146.

COSTA JR., Heitor. **Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista. Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 95-102, 1ª. e 2ª. Semestres de 2000.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade.** Porto Alegre: Síntese, 1979, 141 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas.** São Paulo: RT, 1999, 372 p.

_____; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra, 1997, 573 p.

ELBERT, Carlos Alberto. **Alternativas à pena ou ao sistema penal. Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5 e 6, p. 113-119, 1ª. e 2ª. Semestres de 1998.

_____. **Criminologia Latino-Americana.** Teorias e propostas sobre o

controle social no terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000b, 246 p.

_____. **Criminologia Latino-Americana**. Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. v. 2. Traduzido por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002, 360 p.

EHRlich, I. **The Economic approach to crime – a preliminary assessment**. Criminological Review Yearbook, v. 1, Sage Publications, 1979, p. 287-304.

_____. **On the usefulness of controlling individuals: an economic analysis of rehabilitation, incapacitation, and deterrence**. American Economic Review, v. 71, n. 3, 1981, p. 307-322.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002a, 766 p.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoria social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999, 361 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro**. Lusíada. Coimbra, n. 1 e 2, p. 27-44, 2001a.

_____. **O impacto da globalização sobre o Direito Penal**. Nêmesis. Florianópolis, ano 2, número 2, p. 25-32, julho de 2001 b.

_____. **A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade**. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 50, n. 292, p. 75-84, fev. 2002a.

_____. **Bem jurídico e Princípios Constitucionais: fundamentação de um novo Direito Penal**. In: Diniz, José Janguê Bezerra Diniz; Feitosa Neto, Inácio José. Direito Penal. Processo Penal, Criminologia e Vitimologia. Brasília: ESAF, 2002b, p. 267-292.

_____. Revisão crítica da pena privativa de liberdade: uma aproximação democrática. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 52, n. 321, p. 93-106, fev. 2004.

GURVITCH, Georges. **As classes sociais**. São Paulo: Global, 1982, 203 p.

LANDES, W. M., POSNER, R. A. **The private enforcement of laws**. Journal of legal studies, V. IV, 1975.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 727 p.

LARRAURI, Elena. **Penas degradantes**. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, p. 169-175, 2000.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003, 313 p.

MELOSSI, Dario. **Ideología y Derecho penal: el garantismo jurídico y la Crimi-**

nología crítica como nuevas ideologías subalternas? Pena y Estado, Barcelona, n. 1, p. 57-66, septiembre-diciembre, 1991.

MERCADO PACHECO, P. **El análisis econômico del derecho.** Una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MONTERO SOLER, Alberto, TORRES LÓPEZ, Juan. **La economía del delito y de las penas.** Granada: Comares, 1998, 196 p.

PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo.** Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173 p.

POSNER, R. A. **Economic análisis of law.** Boston: Little Brown, 1992.

ROMER, A. **Introducción al análisis econômico del derecho.** Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1994.

RUBIN, P. H. **The economics of crime.** Atlantics Economics Review, v. 28, n. 4, 1978, p. 38-43.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, 120 p.

_____. **A Criminologia Radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, 97 p.

_____. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, 174 p.

_____. **Política criminal: realidades e sonhos do discurso penal. Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 53-58, 2º. Semestre de 2002.

STIGLER, G. J. **Law or economics?** Journal of law & economics. V. XXXV, octubre/1992.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.** Tradución por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, 338 p.

TAYLOR, Yan, WALTON, Paul; YOUNG, Jock. (Org.). **Criminología Crítica.** Traduzido por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, 302 p.

_____. **La Nueva Criminología.** Tradución de Adolfo Crossa. Buenos Aires: Amorroutu, 1990, 335 p.

VOTEY, H. L., PHILLIPS, L. **Social goals and appropriate policy for corrections: an economic appraisal.** Journal of Criminal Justice. VI, 1973, p. 219-240.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El sistema penal em los países de América Latina.** In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 221-236.

_____. **Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, 2º. Semestre de 1997a.

_____. **Sentido y justificación de la pena.** Jornadas sobre sistema penitenciário y derechos humanos. Buenos AIRES: Editores del Puerto, 1997b, p. 35-46.

_____. **Desafios do Direito Penal na era da globalização.** Cidadania e Justiça. Ano 2, n. 5, p. 200-204, 2º semestre de 1998.

_____. **La creciente legislación penal y los discursos de emergência.** In: Teorias actuales em Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998b, p. 613-620.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 2 ed. São Paulo: RT, 1999, 888 p.

_____. **El sistema penal y el discurso jurídico. La justicia penal hoy.** De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, p. 31-67, 2000.

_____ et al. **Direito Penal brasileiro.** Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 658 p.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SANTA CATARINA: LINHAS GERAIS

Eduardo Sens dos Santos
Promotor de Justiça - SC

1 Introdução

Este texto tem por objetivo apresentar, em linhas gerais, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Estado de Santa Catarina. Para tanto, apresenta uma visão sucinta das características básicas da ação direta e busca sintetizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o tema, enfocando primordialmente as normas da Lei Estadual nº 10.069/2001. No que for pertinente, traçará também a problemática relativa aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Ressalve-se, desde já, que não cabem, nos reduzidos objetivos deste trabalho, digressões aprofundadas sobre as origens e a teoria do controle de constitucionalidade¹.

-
- 1 Para uma visão mais aprofundada ver os seguintes trabalhos, entre outros:
- a) BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
 - b) BOUZAT, Gabriel. **El control constitucional: un estudio comparativo**. in ACKERMAN, Bruce. *et alli*. **Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
 - c) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**.

2 Legislação aplicável

Feitas essas considerações iniciais, cabe lembrar, em primeiro lugar, que a ação direta de inconstitucionalidade em Santa Catarina já foi regida por pelo menos três diplomas legais distintos, ao longo de sua existência.

Até 1990, não havia instrumento específico para regular a ação², tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diante da lacuna, editado o Ato Regimental nº 6, de 5 de novembro de 1990.

Posteriormente, embora fosse claro o art. 1º da Lei Federal nº 9.868/99, que trata da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sobre sua aplicação voltar-se apenas para aquele Tribunal, surgiram dúvidas acerca de sua aplicabilidade no âmbito dos Estados, dada a verdadeira síntese que fazia aquela Lei da jurisprudência federal sobre o assunto, jurisprudência que já vinha sendo normalmente aplicada aos tribunais estaduais.

Suplantando novamente a dúvida, mas agora com o instrumento correto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por iniciativa do Desembargador João José Ramos Schaefer, apresentou à Assembléia Legislativa projeto de lei que se transformou na Lei nº 12.069, em 27 de dezembro de 2001.

2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

d) HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

e) HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.

f) HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

g) MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988.

h) ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

i) Suprema Corte Norte-Americana. Caso William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States. February, 1803. Disponível em <<http://www.tourolaw.edu/patch/marbury/>>, acesso em 24.6.2002.

2 Na ADIn nº 6, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou aplicável subsidiariamente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, à míngua de regulamentação própria.

Essa Lei Estadual segue quase à risca os preceitos da Lei Federal nº 9.868/99, mantendo, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, fator que permite a consulta àquelas fontes para o estudo da Lei Estadual.

3 Natureza jurídica

É corrente a doutrina reconhecer o caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, porque não há interesse subjetivo a ser tutelado ou satisfeito. O interesse na eficácia da Constituição Federal é difuso, de toda a coletividade, impossível de individualização em um ou mais sujeitos determinados.

Por isso se diz que os atos normativos inconstitucionais afetam prejudicialmente todas as relações a eles submetidas, da mesma forma que os atos estaduais ou municipais na mesma condição.

É possível até mesmo vislumbrar efeitos dos atos normativos inconstitucionais (como dos constitucionais também) além do âmbito espacial de sua aplicação, como por exemplo, os prejuízos que cause a outros países lei inconstitucional que permita poluição descontrolada de manancial hídrico em região de fronteira.

Os efeitos do reconhecimento da natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade são sentidos nos arts. 5º e 7º da Lei nº 12.069/2001, que, adotando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não permitem a desistência da ação³ e a intervenção de terceiros⁴.

4 Competência

De acordo com o art. 102, a, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

3 Art. 5º da Lei nº 12.069/2001: “Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

4 Art. 7º da Lei nº 12.069/2001: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

federal ou estadual.

Sendo, entretanto, uma das decorrências da adoção do sistema federativo no Brasil a criação dos Estados-membros e a possibilidade de promulgação de constituições estaduais e de leis estaduais e municipais, com o nítido objetivo de permitir mais facilmente o atendimento às peculiaridades regionais, evidentemente há de existir um sistema que, de igual forma, mantenha a hierarquia entre os instrumentos normativos.

A criação do controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição do Estado, assim, atende a essa necessidade, permitindo que um órgão mais próximo à realidade local diga definitivamente sobre a validade das normas inferiores.

Por isso, por força da regra do §2º do art. 125 da Constituição da República, os tribunais estaduais são competentes para conhecer das ações diretas de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual⁵. Por exceção, o controle de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição da República, só é possível pela via difusa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶.

Na Constituição do Estado de Santa Catarina, o art. 83, XI, f, determina essa competência da seguinte forma: “Compete privativamente ao Tribunal de Justiça [...] processar e julgar, originariamente, [...] as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição”.

5 Objeto

O art. 3º, I, da Lei nº 12.069/2001 diz serem objeto da ação direta de inconstitucionalidade leis e atos normativos.

5 Art. 125, § 2º, da Constituição da República: “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

6 Reclamação nº 337-0/DF, rel. Min. Paulo Brossard.

Os atos normativos são prescrições gerais e abstratas a serem obrigatoriamente cumpridas pelos destinatários⁷. Podem ser considerados em duas acepções: na acepção lata, englobam tanto as leis quanto os atos normativos em sentido estrito, que, por sua vez, seriam atos infralegais, como instruções normativas, regulamentos e decretos, entre outros.

No sistema jurídico brasileiro, consideram-se lei todos os atos normativos emanados do Poder Legislativo no exercício de sua função principal. Portanto, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos-legislativos e resoluções podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Por exclusão, quando não tiverem natureza geral e abstrata (sendo portanto leis de efeitos concretos, como por exemplo ocorre com a lei orçamentária), não podem ser considerados atos normativos, não se submetendo ao controle difuso⁸.

Por outro lado, os atos normativos, em sentido estrito, são as medidas provisórias, os decretos, as instruções normativas, os regimentos internos e as resoluções dos tribunais, os regimentos internos das assembléias legislativas e das câmaras municipais. O Supremo Tribunal Federal já considerou ser ato normativo acórdão de tribunal que instrumentalizava ato normativo administrativo e, portanto, suscetível de controle concentrado de constitucionalidade⁹.

Aos tratados têm-se reconhecido natureza jurídica formal de

7 ADIn nº 1352-1/DF. No exame do pedido de liminar, o Min. Celso de Mello entendeu ser ato normativo decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que concedia vantagem remuneratória aos magistrados e servidores, nos seguintes termos: “[...] o ato estatal em questão [...] revelou-se impregnado de um irrecusável coeficiente de generalidade abstrata e de um elevado grau de indeterminação subjetiva. Essa circunstância claramente evidencia que o ato em causa encerra uma proposição de dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição – revestida de positividade – destinada a ser cumprida pelos órgãos administrativos aos quais é destinada, subsumindo-se, desse modo, no plano jurídico, à noção conceitual de norma [...]”.

8 ADIn nº 647, rel. Min. Moreira Alves e ADIn nº 769/MA-MC, rel. Min. Celso de Mello.

9 ADIn nº 740-8/SP, rel. Min. Néri da Silveira. No caso, tratava-se de acórdão que determinava o reajuste dos vencimentos dos funcionários do TRE.

lei ordinária¹⁰. A súmula, se não dotada de vinculatividade, não tem força normativa e não se amolda ao conceito¹¹.

Os atos normativos dos quatro entes da federação podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, obedecidas as competências previstas acima.

Nem a Constituição da República nem a Lei Estadual nº 12.069/2001 exigem que esteja o ato normativo em vigor. Basta, portanto, que a lei ou o ato normativo esteja promulgado, editado e publicado, podendo estar ainda no período de *vacatio legis*¹².

Não se admite, contudo, ação direta contra ato normativo revogado, embora possam seus efeitos subsistir¹³. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera causa de perda de objeto da ação direta a revogação do ato normativo impugnado¹⁴.

10 Vale lembrar que os tratados, mesmo tendo natureza distinta e validade supranacional, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro através de decretos legislativos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, lhes dá força de lei ordinária, sob a reprovação da ampla maioria dos especialistas em direito internacional e contrariando grande parte dos sistemas jurídicos mundiais. O fato é explicado pela pequena tradição internacional do Brasil. De qualquer forma, se é lei ordinária, é ato normativo em sentido amplo, passível, portanto, de controle de constitucionalidade tanto concreto como abstrato. O caso líder para a determinação da hierarquia dos tratados foi o RE nº 80.004/SE, relatado pelo Min. Cunha Peixoto.

11 Anote-se que segundo o art. 103-A, da Constituição da República, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

12 ADIn 466-2, rel. Min. Celso de Mello.

13 ADIn 1442-QO/DF, rel. Min. Celso de Mello. Nos precedentes pesquisados, não se encontrou o fundamento jurídico da decisão relativamente à perda do objeto mesmo em caso de subsistência de efeitos concretos. De qualquer forma, vale transcrever a ementa do acórdão citado: “A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos” (grifou-se).

14 ADIn nº 482/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

A orientação deveria ser revista quando novo ato for reeditado com a mesma disposição, porque o que está sob consideração do tribunal é a norma e não simplesmente determinado artigo, parágrafo ou inciso do ato normativo. Da mesma forma, no caso de os efeitos da norma perdurarem, pois a inconstitucionalidade igualmente perdurará. Sobre esse ponto, retornar-se-á no Item 9.

6 Legitimação

A legitimação para a propositura da ação está disposta no art. 2º, incisos I a VI, da Lei nº 12.069/2001, quando se tratar de ato normativo estadual, e, no inciso VII, quando a hipótese for de ato normativo municipal.

São legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo estadual perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa¹⁵ ou um quarto dos Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa¹⁶, as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual.

Quanto à capacidade postulatória do Governador do Estado, cabe aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que independem as autoridades legitimadas de representação por advogado, já que expressamente legitimadas pela Constituição¹⁷.

Em se tratando de partido político, exige a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apenas autorização do presidente do

15 Para Gilmar Ferreira Mendes, a legitimação das mesas da casa *legislativa* defere à maioria o poder de provocar o Poder Judiciário sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo, porque as mesas são eleitas pela maioria dos parlamentares. In MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 331.

16 Já aqui entende Gilmar Ferreira Mendes tratar-se de deferência de legitimidade às minorias, pois basta apenas um deputado para que se considere ter seu partido político representação na Assembléia. MEIRELLES, *op. cit.* p. 334.

17 ADIn nº 96 e 127, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello.

partido, a menos que os estatutos contenham prescrição em sentido diverso, exigindo, por exemplo, autorização assemblear¹⁸.

Alguma dúvida pode surgir na identificação do que venha a ser entidade de classe de âmbito estadual: seria necessária a presença em quantos municípios para determinada entidade ser considerada estadual? Exigir a presença de membros em pelo menos um terço dos municípios, em aplicação analógica da Lei dos Partidos Políticos, como o faz o Supremo Tribunal Federal quando interpreta a Lei nº 9.868/99¹⁹, não seria a opção mais adequada, porque restringiria demais a atuação, já que, em Santa Catarina, seriam necessários quase cem municípios.

A resposta parece firmar-se, então, na comprovação de atuação transregional, característica que poderia ser comprovada demonstrando-se atuação em pelo menos um município de no mínimo um terço das regiões do Estado²⁰.

No caso de ato normativo municipal, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o Prefeito Municipal, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações de classe ou da comunidade.

Embora a Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei nº 12.069/2001 prevejam expressamente a legitimação do Ministério Público de primeiro grau para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, houve inicialmente, na jurisprudência catarinense, resistência quanto à admissão da novidade. O principal argumento foi o de que perante o Tribunal de Justiça só poderiam atuar os Procuradores de Justiça e não os Promotores de Justiça²¹.

A tese, contudo, não vingou, por entender corretamente o Tri-

18 ADIn nº 779, rel. Min. Celso de Mello.

19 ADIn nº 386, rel. Min. Sydney Sanches.

20 Atualmente o Estado de Santa Catarina é organizado administrativamente em trinta regiões.

21 Foi esse o argumento do voto vencido do Des. João Martins na ADIn nº 2001.005749-2, de Tubarão.

bunal de Justiça de Santa Catarina que a capacidade postulatória dos Promotores de Justiça está compreendida na autorização conferida pelo §2º do art. 125 da Constituição da República²².

A falta de legitimação às minorias municipais, que se daria pela admissão de propositura de ação direta contra ato municipal por partido com representação na câmara municipal (vide notas de rodapé 16 e 17), causa estranheza e mesmo dúvidas quanto à constitucionalidade da omissão do dispositivo²³. Como a legitimidade ativa é regra que nesse caso se interpreta restritivamente, não se pode admitir a legitimação sem modificação legislativa.

Entende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal necessária para a verificação da legitimidade das Mesas da Assembléia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal, do Governador dos Estados ou do Distrito Federal, das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional a demonstração da chamada pertinência temática. Tal requisito, de caráter objetivo, seria a "relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação"²⁴.

Existem, todavia, fortes razões, levantadas principalmente na doutrina, para rechaçar tal entendimento.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a ação direta de inconstitucionalidade, como instrumento para a efetivação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, possibilita que, por meio de provocação, o Judiciário se manifeste sobre os atos normativos de constitucionalidade duvidosa e mantenha firme o Estado Democrático de Direito. Se o Estado é democrático, todo o poder emana do povo, e em seu nome, deve ser exercido, conforme o próprio texto constitucional. Ora, se o poder emana do povo, nada mais correto que permitir que esse mesmo povo exerça efetivamente seu poder por todas as vias a isso destinadas,

22 Art. 125, §2º, da Constituição de 1988: "Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão". Ver a respeito ADIn nº 88.047431-0 (51), de Itapiranga, rel. Des. Sérgio Paladino.

23 Inciso VII do art. 2º da Lei nº 12.069/2001.

24 MORAES. *Op. cit.* p. 590.

evidentemente pelas vias asseguradas na própria Constituição.

Como não seria possível permitir que qualquer do povo intentasse ação com tais características e efeitos, optou-se sabiamente por conceder legitimidade a apenas algumas pessoas que representem interesses do povo, já que o sistema adotado no país é o da democracia representativa. E assim se fez no art. 103 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 12.069/2001, ao constar de forma indiscriminada o rol de legitimados.

Percebe-se, tanto pelo texto do art. 103 quanto por uma análise mais acurada do sistema de representatividade, que não há qualquer diferença entre a representação do povo pelo Presidente da República, por exemplo, e por entidade de classe de âmbito nacional. A não ser em termos numéricos, o que há de se convir não ser bom indicador de maior ou menor representatividade, principalmente se considerado o atual papel das mídias na “informação” política, é impossível demonstrar por critérios objetivos ser esta ou aquela entidade mais ou menos representativa do interesse do povo.

Em suma, não importam os interesses institucionais das entidades de classe ou da política de um Estado-membro, por exemplo: todos têm o interesse superior em ver a Constituição fielmente cumprida, em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Um segundo argumento contra a exigência de pertinência temática é mais positivista e se funda na interpretação dos dispositivos legais sobre o tema (art. 103 da Constituição da República; art. 2º da Lei nº 9.869/1999 e art. 2º da Lei Estadual nº 12.069/2001).

Em momento algum, tanto nesses dispositivos quanto em qualquer outro das leis que regem a matéria, diferenciam-se as confederações ou as entidades de classe de quaisquer outros legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Nem poderia ser diferente, pois, nesse aspecto e tendo em vista o objetivo da ação, não haveria motivo plausível para o tratamento desigual.

Nélson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery são enfáticos: “a restrição é descabida porque distingue onde a CF 103 não distinguiu. Sendo o processo da ADIn de natureza objetiva, não há que se

perquirir de pertinência temática para o seu ajuizamento”²⁵. A legitimação dessas entidades, em síntese, nada mais é que decorrência da característica difusa dos interesses em jogo.

Ademais, vetou-se o parágrafo único do art. 2º do Projeto de Lei que originou a Lei da ADIn perante o Supremo Tribunal Federal (Lei Federal nº 9.868/99) e que, com a seguinte redação, exigia a demonstração da pertinência temática: “as entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais”.

Se foi vetado o artigo que exigia a demonstração de pertinência temática, por óbvio, não é mais necessário tal requisito²⁶.

Não obstante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem exigindo a demonstração de pertinência temática para reconhecimento da legitimidade ativa de associações e entidades de classe²⁷.

7 Liminar

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Lei que regulamentou a ação direta nos casos de sua competência (Lei nº 9.868/99), reconhecia a possibilidade de deferimento de liminar para a suspensão dos efeitos do ato impugnado²⁸.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a mesma providência

25 NERY Jr. Nélson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado: e legislação processual em vigor**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1592.

26 Não se desconhece que nas razões do veto o presidente da República fez referência apenas à inconstitucionalidade da legitimação às federações sindicais, ressaltando que a pertinência temática sobreviveria. Todavia, a bem da verdade, a tentativa do presidente em vetar o parágrafo único ressaltando a segunda parte do dispositivo nada mais é que o antigo veto parcial, prática abominada pela atual Constituição da República e, portanto não pode ter efeito nenhum. Veja-se o texto do art. 66, §2º, da Constituição: “O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”.

27 ADIn nº 2000.014531-9, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, e ADIn nº 2002.011316-1, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello.

28 Art. 170, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

era permitida pelo §1º do art. 5º do Ato Regimental nº 6/90, nestes termos: “Havendo pedido de suspensão liminar do ato impugnado, em que se atenderá ao prescrito no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, o relator submetê-lo-á ao Órgão Especial, na primeira sessão que se realizar”.

Havia, como se vê, referência expressa à liminar no mandado de segurança. Vale transcrever o dispositivo citado pelo Ato Regimental Catarinense: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

A Lei Estadual nº 12.069/2001 também admite o que chama de “medida cautelar” na ação direta de inconstitucionalidade²⁹. Todavia, deixou de enumerar, como o fazia a Lei do Mandado de Segurança, os requisitos materiais para o deferimento. Em outras palavras, não ficou claro, como o era quando da utilização analógica do art. 7º, II, da Lei do Mandado de Segurança, que a liminar deve ser concedida “quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

O texto do art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/2001, pelo contrário, apenas determina:

Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Como se vê, somente se determinam requisitos formais para o

²⁹ Na versão anterior deste estudo, criticava-se a expressão “medida cautelar”, por entendê-la imprópria, dada a ausência dos pressupostos processuais das cautelares. Trata-se, sem sombra de dúvida, de antecipação de tutela, pois a liminar na ação direta suspende os efeitos do ato normativo, antecipando um dos efeitos da decisão final, que é retirar a vigência do ato. Adotando a lição de Kazuo Watanabe e de Luiz Guilherme Marinoni, entendeu-se que a decisão da “medida cautelar” não continha o pressuposto da referibilidade ao direito acautelado, exigido por esses autores. Para maior compreensão da matéria, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 91.

deferimento da medida.

De qualquer forma, a jurisprudência do Tribunal de Justiça catarinense pode e deve continuar observando os requisitos materiais a que se refere a doutrina e a jurisprudência para a concessão da medida: o relevante fundamento e a demonstração de que a manutenção do ato impugnado pode resultar em ineficácia do provimento final.

Nesse ponto deve-se atentar para uma modificação importante. Antes da edição da Lei Estadual nº 12.069/2001, o §3º do art. 5º do Ato Regimental nº 6/90 determinava que, somente após a liminar, seriam solicitadas as informações às autoridades.

Atualmente, apenas em poucos casos e quando se constatar excepcional urgência, é que se torna possível a concessão da liminar antes de ouvidas as autoridades³⁰. Isso se dá em virtude do respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, adotado pelo art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/2001, que concede prazo de cinco dias para se manifestarem antes da apreciação da liminar.

Além disso, outro motivo para a obrigatoriedade de solicitar-se tal informação é a faculdade de sustentação oral das razões que levaram à edição do ato normativo na sessão de julgamento da liminar, a ser realizada pelas autoridades ou pelos órgãos responsáveis pelo ato³¹.

O descumprimento dessa formalidade, quando não ocorrer hipótese de excepcional urgência, torna nula a decisão liminar e, portanto, a praxe no Tribunal de Justiça há de ser revista³².

Outro ponto interessante a ressaltar é a necessidade de a liminar

30 Art. 10, §3º, da Lei Estadual nº 12.069/2001: “Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”.

31 Art. 10, §2º, da Lei Estadual nº 12.069/2001: “No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal”.

32 A sugestão da primeira versão deste estudo já foi adotada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da ADIn nº 2003.002960-5, da Capital, rel. Trindade dos Santos: “Diante da nova ordem jurídica que, no Estado, disciplina o processamento da ação direta de inconstitucionalidade, a dispensa da audiência de ouvida da autoridade acionada antes da concessão de liminar somente se justifica quando constata a excepcional urgência. A não ser nessa hipótese, o descumprimento dessa formalidade torna nula a liminar”.

ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Órgão Especial (*caput* do art. 10). O artigo excepciona a necessidade de maioria absoluta no período de recesso, o que deve ser revisto em face das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que pôs fim às férias coletivas do Poder Judiciário³³.

Quanto aos efeitos da liminar, determina o §1º do art. 11 da Lei Estadual nº 12.069/2001 que a liminar terá efeitos para o futuro (*ex nunc*), a não ser que o tribunal entenda de forma diversa, ou seja, que é necessária a concessão de efeitos retroativos³⁴. Acaso existente, a legislação anterior torna-se aplicável com a concessão da liminar, salvo expressa manifestação em contrário pelo tribunal, providência que pode se demonstrar razoável quando a lei anterior for demasiadamente antiga e já não corresponder ao contexto fático atual.

Pelo §2º do art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/2001, no julgamento da liminar, podem os representantes dos requerentes e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato sustentar oralmente suas razões, na forma do Regimento Interno do Tribunal³⁵. Em Santa Catarina, são concedidos ao representante quinze minutos para a realização desse seu direito.

Por fim, cabe ressaltar que, diferentemente de outras decisões interlocutórias proferidas pelo Tribunal de Justiça, a liminar, na ação direta de inconstitucionalidade, terá forma de acórdão, com a redação de ementa, relatório, fundamentação e dispositivo.

8 Procedimento

De acordo com o parágrafo único do art. 3º da Lei Estadual nº

33 Art. 93 da Constituição da República: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”.

34 §1º do art. 11 da Lei Estadual nº 12.069/2001: “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa”.

35 Na ADIn nº 2321-MC, o STF admitiu a sustentação oral pelo *amicus curiae*.

12.069/2001, o autor da ação direta de inconstitucionalidade deve apresentar a petição inicial, em duas vias, ao Presidente do Tribunal de Justiça, que sorteará o relator dentre um dos desembargadores que compõem o Órgão Especial, devendo a peça conter cópias do ato normativo impugnado e dos documentos para comprová-la³⁶.

Conclusos os autos, o relator verificará se a inicial é apta. De acordo com o art. 3º da Lei Estadual nº 12.069/2001, deve a petição indicar os dispositivos do ato impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, além do pedido com suas especificações. É necessário, quando a inicial for subscrita por advogado, a juntada de procuração com poderes especiais para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, a procuração, quando necessária, deve conter a indicação dos atos normativos a serem impugnados³⁷.

A petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, deve ser liminarmente indeferida pelo relator, salvo quando o vício for sanável, hipótese na qual se deve dar oportunidade para que o autor a emende, de acordo com o art. 284 do Código de Processo Civil³⁸.

Obviamente, aplica-se o rol de causas de indeferimento da inicial do art. 295 do Código de Processo Civil, no que couber, como por exemplo, quando for manifesta a ilegitimidade da parte, faltar interesse processual objetivo, não for atendida a determinação para emenda ou faltar o endereço para intimações do advogado. Em caso de indeferimento, cabe agravo, conforme o parágrafo único do art. 4º da Lei Estadual nº 12.069/2001. Esse agravo a que se refere a Lei é o agravo regimental, a ser julgado pelo Pleno. A rigor, todavia, deveria ser caso de apelação, pois a decisão é extintiva³⁹.

Embora inexistam previsões na legislação pertinente, tem o

36 Parágrafo único do art. 3º da Lei Estadual nº 12.069/2001: “A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.”

37 ADIn nº 2.552, rel. Min. Maurício Corrêa.

38 É a opinião de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery. *Op. cit.* p. 1594.

39 NERY. *Op. cit.* p. 1597.

Supremo Tribunal Federal admitido o aditamento da inicial, desde que recebido antes da requisição de informações ao órgão de que emanou o ato⁴⁰.

A seguir, remeterá o relator a segunda via da petição inicial à autoridade que haja subscrito o ato impugnado, assinando-lhe o prazo de trinta dias para prestar informações, segundo o art. 6º da Lei Estadual nº 12.069/2001. Em caso de pedido de liminar, obedecerá o relator o art. 10, assinando prazo de cinco dias para que se pronuncie a autoridade de que emanou o ato.

Em seguida, submeter-se-á o pedido de liminar ao Órgão Especial para apreciação, salvo em caso de excepcional urgência, quando o relator pode suspender os efeitos do ato impugnado, sob o referendo do Órgão Especial, conforme consta do §3º do art. 10 da Lei Estadual nº 12.069/2001.

Deverá ainda o Tribunal de Justiça de Santa Catarina publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão liminar⁴¹, no prazo de dez dias, providência que se justifica em face do caráter erga omnes da decisão (§1º do art. 11 da Lei).

Em se tratando de ato estadual, deve-se citar o Procurador-Geral do Estado e, em caso de manter-se inerte, o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa; no caso de ato municipal, cita-se o Procurador-Geral do Município. De acordo com o art. 8º da Lei Estadual nº 12.069/2001, devem todos responder à ação em 15 dias. Decorrido o prazo para resposta, dá-se vista ao Procurador-Geral de Justiça, por idêntico prazo, para emitir parecer.

O §1º do art. 9º da Lei Estadual nº 12.069/2001 possibilita que o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisiite informações adicionais, designe perito

40 ADIn nº 437, rel. Min. Celso de Mello.

41 Art. 11, *caput*, da Lei Estadual nº 12.069/2001: “Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo”.

ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou fixe data para que, em audiência pública, ouça “pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Trata-se da figura denominada poderes instrutórios do relator⁴², que podem ser utilizados de ofício ou a requerimento, sempre que se vislumbre a necessidade da providência para formação do convencimento do órgão julgador. As pessoas (técnicos, especialistas, práticos) são chamadas *amicus curiae*.

Tal inovação tem por objetivo ampliar a legitimidade social das decisões sobre a inconstitucionalidade das leis, trazendo ao processo os anseios dos destinatários da norma. Na ADIn nº 2.321, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal admitiu a intervenção da Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União (Fenajufe) para que trouxesse informações sobre a norma que se questionava, “em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”, como destacou o relator⁴³.

Em decorrência da admissão, permitiu o relator a sustentação oral do *amicus curiae* no julgamento da ação direta.

Interessante questão é a relativa à possibilidade de o relator, na ação direta estadual, requisitar informações aos advogados, aos promotores de justiça ou aos magistrados do Estado acerca da aplicação da norma em seu âmbito jurisdicional.

O §2º do art. 9º da Lei Federal nº 9.868/1999 expressamente admite que o ministro relator, no Supremo Tribunal Federal, requirite informações aos tribunais superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais. A inexistência de disposição semelhante na Lei Estadual parece não ser óbice suficiente à adoção da medida em Santa Catarina, dada a consagração da figura do *amicus curiae* na Lei nº 12.069/2001.

Finda a instrução, lançar-se-á o relatório com cópias a todos os

42 NERY. Op. cit. p. 1602.

43 ADIn 2321-MC, rel. Min. Celso de Mello. AADIn questionava a constitucionalidade de decisão do Tribunal Superior Eleitoral que havia concedido direito à incidência de índice de atualização da remuneração de seus servidores em decorrência do Plano Real.

desembargadores e haverá posterior pedido de dia para julgamento, com a devida inclusão do processo em pauta⁴⁴.

Na sessão de julgamento, após a leitura do relatório, será facultado às partes sustentarem oralmente suas razões pelo prazo de quinze minutos, após o que declarará o Órgão Especial a inconstitucionalidade do ato⁴⁵, em decisão que não será passível de impugnação por ação rescisória⁴⁶.

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, da decisão, na ação direta estadual, cabe recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição da República), além de embargos declaratórios.

9 A decisão e seus efeitos

A decisão somente será tomada se presentes pelo menos dois terços dos integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sendo necessário para a declaração de inconstitucionalidade o voto favorável da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial.

Admite a própria Lei Estadual que, se não for alcançada a maioria necessária, é possível suspender-se a sessão até que compareçam desembargadores suficientes para a declaração de inconstitucionalidade.

Importante disposição da Lei Estadual nº 12.069/2001 é o art. 17, que permite ao tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir, pelo voto de dois terços de seus membros, os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a

44 Art. 8º do Ato Regimental nº 6/90.

45 O art. 14 da Lei Estadual nº 12.069/2001 dispõe: “Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se nesse sentido se manifestar a maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal.”

46 O entendimento decorre da disposição do art. 26 da Lei nº 9.868/90: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

partir de seu trânsito em julgado ou de momento a ser estabelecido.

A interpretação dessa norma tem gerado controvérsias doutrinárias: poderia a decisão estipular, como momento inicial para produção dos efeitos, momento posterior à sua publicação no Diário Oficial?

Alexandre de Moraes entende que não, pautado no argumento de que, depois da decisão do tribunal, “a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos”⁴⁷.

Gilmar Ferreira Mendes, por outro lado, considera viável que o tribunal tenha maior liberdade, admitindo que por vezes a amplitude pode evitar que, por algum motivo, deixe o tribunal de declarar a inconstitucionalidade, tomando em conta as conseqüências gravosas que a incidência imediata da decisão poderia causar⁴⁸.

Outra questão interessante é a que surge quando de conflito entre a decisão abstrata do tribunal e as decisões no controle concreto pelos juízes e tribunais. Deve prevalecer a decisão da ação direta sobre os casos pendentes de julgamento cuja inconstitucionalidade tenha sido argüida?

Parece possível que, também pela aplicação do mencionado art. 17 da Lei nº 12.069/2001, o Tribunal de Justiça ressalve dos efeitos da decisão da ação direta os processos em curso, em que haja discussão sobre a inconstitucionalidade. Não havendo a ressalva, parece natural que a decisão do tribunal, vinculante e aplicável erga omnes, atinja os processos em curso, vinculando a decisão do juiz. Ressalva-se, obviamente, apenas os efeitos da coisa julgada.

No caso de suspensão do ato normativo pela liminar na ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal fixou

47 MORAES. *Op. cit.* p. 601.

48 MENDES, Gilmar Ferreira. In MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 382. Cita o autor, como fundamento, o seguinte trecho da obra de Jorge Miranda: “A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”.

diretriz no sentido da necessidade de suspensão dos processos cuja causa de pedir também tenha por fundamento o ato normativo impugnado, até decisão final da ação direta⁴⁹, providência esta (suspensão) necessária mesmo quando o juiz acolher a tese adotada na decisão liminar do tribunal⁵⁰. Como sintetiza Gilmar Ferreira Mendes, “A concessão da liminar acarreta a necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam a aplicação ou a desaplicação da lei cuja vigência restou suspensa”⁵¹.

De qualquer forma, a regra geral para a decisão final, diferentemente daquela da liminar, é a de que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos retroativos, anulando todos os atos e efeitos jurídicos produzidos pela lei inconstitucional (princípio da nulidade).

A decisão, qualquer que seja o sentido, será comunicada ao Poder competente para adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para o cumprimento em trinta dias.

A lei estadual ou municipal declarada inconstitucional, diversamente do que se entendia anteriormente⁵², não requer decreto legislativo para que seus efeitos sejam definitivamente suspensos, pois tanto o art. 52, X, da Constituição da República quanto o art. 42, XIII, da Constituição de Santa Catarina se referem à declaração de inconstitucionalidade pela via incidental⁵³.

49 RE-Questão de Ordem nº 168.277/RS, rel. Min. Ilmar Galvão.

50 Voto do Min. Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem da ADIn nº 1.244, rel. Min. Néri da Silveira.

51 *In* MEIRELLES, Op. cit. p. 416.

52 De acordo com entendimento à época majoritário, assim foi redigido o art. 11 do Ato Regimental nº 6/90: “Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada ao poder competente para adoção das providências necessárias (Constituição Estadual, art. 85, §3º) e, em se tratando de lei estadual ou municipal, à Assembléia Legislativa, para os fins do art. 40, XIII, da Constituição Estadual”. Atualmente, em virtude de proposição do Des. João José Schaefer, acatada pelo Ato Regimental nº 46/2001, este artigo passou a ter nova redação e o seguinte parágrafo único: “Nas ações diretas de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais, frente à Constituição do Estado, será dispensada a comunicação do Tribunal de Justiça à Assembléia Legislativa”.

53 Art. 52, X, da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”; Art. 40, XIII, da Constituição Estadual: “É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa: [...] XIII – suspender, no todo

Por fim, deverá o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em dez dias, publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão final, tal qual ocorre com a decisão liminar⁵⁴, e pelos mesmos motivos: a decisão declaratória de inconstitucionalidade, na via abstrata, tem efeitos erga omnes e vinculantes, devendo haver cientificação oficial a todos.

Os efeitos da decisão na ação direta, embora não explicitados na Lei nº 12.069/2001, são decorrentes do próprio sistema constitucional de controle de constitucionalidade. Aliás, se a própria Lei Estadual reconhece caráter erga omnes e vinculatividade à decisão liminar, com mais razão, há que reconhecer o efeito na decisão definitiva.

A vinculatividade da decisão da ação direta evidentemente não se opera contra o próprio tribunal, o que teria o nefasto efeito de congelar a jurisprudência num dado momento fático.

Se hoje, para o Direito Constitucional, é evidente que a interpretação da norma depende da interpretação do meio social em que ela se aplica, claramente não se pode evitar que o tribunal, tomando em conta novos argumentos ou novas circunstâncias sociais, reveja seu entendimento. Uma lei considerada constitucional pelo tribunal pode, em pouco tempo, tornar-se inconstitucional quando retirados os seus “pontos de referência social”, circunstância que a faz perder seu caráter normativo, mesmo formalmente vigente⁵⁵.

Claro que o tribunal não poderá alterar decisão anterior sem que haja motivo suficiente para tanto. Só o poderá, e aí por aplicação do princípio da estabilidade das relações jurídicas, quando a situação social ou fática que compõe a norma se modifique. Em outras palavras, a decisão do tribunal no controle concentrado de

ou em parte, a execução de lei estadual ou municipal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça”.

54 Art. 18 da Lei Estadual nº 12.069/2001.

55 Para Friedrich Müller, “Uma norma, que envelhece, uma norma, à qual são retirados os seus pontos de referência social, uma norma, que não é ou não é mais observada (‘lei seca’ nos EUA, legislação anti-aborto no nosso país) perde paulatinamente o seu caráter normativo, i. é, a sua ‘validade’: por fim ela acaba sendo um texto de norma, mas também nada mais do que isso”. MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995. p. 47.

constitucionalidade é definitiva rebus sic stantibus⁵⁶.

Por fim, resta examinar um último problema que suscita o tema eficácia da decisão na ação direta: pode o legislativo, após declarada a inconstitucionalidade de uma norma, reeditá-la?

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entenda que a declaração de inconstitucionalidade não impede o Poder Legislativo de promulgar texto legal com conteúdo idêntico ao anteriormente anulado⁵⁷, parece sobremaneira ofensivo ao sistema de separação de poderes admitir que o se desconsidere frontalmente decisão definitiva do Poder Judiciário sobre a constitucionalidade de uma norma.

Volta-se aqui à questão terminológica: o tribunal avalia a constitucionalidade de uma norma e não de determinado dispositivo da lei. Se o Poder Legislativo também deve contas à Constituição e se o Poder Judiciário, justamente quem tem o poder de interpretar a Constituição, nega validade a determinada norma, é evidente ser de todo contrária ao sistema constitucional a reedição dessa mesma norma já dita inconstitucional, pouco importando seja veiculada em outras palavras ou em outro diploma.

56 Parece ter sido esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 105.012-8, rel. Min. Néri da Silveira.

57 ADIn nº 907, rel. Min. Ilmar Galvão. O Supremo Tribunal Federal, entendendo implicitamente que não fere o sistema federativo a edição de nova lei com a mesma norma, determinou a conversão de reclamação em ação direta de inconstitucionalidade, analisando o texto legal como se nova norma fosse.

Anexo: LEI Nº12.069, de 27 de dezembro de 2001

Procedência - Governamental

Natureza - PL 508/01

DO. 16.814 de 28/12/2001

Fonte - ALESC/Div. Documentação

Dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Estão legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, nos termos de seu art. 85:

I - o Governador do Estado;

II - a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos Depu-

tados Estaduais;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa;

VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; e

VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; e

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo Relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Art. 6º O Relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado ou caso este se abstenha de defender o ato o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, se estadual, e, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, em qualquer caso, que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Desembargadores e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O Relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar toma aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO II

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 13. A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato

normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos integrantes do Órgão Especial do Tribunal.

Art. 14. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se nesse sentido se manifestar a maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Desembargadores em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 15. Proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta.

Art. 16. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, inclusive para efeitos do § 2º do art. 85 da Constituição Estadual.

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 18. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial do Estado a parte dispositiva do acórdão.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 20. Revogam-se as disposições em contrário.

PAULO ROBERTO BAUER

Governador do Estado, em exercício

ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E POLÍTICO-CRIMINAIS DOS CRIMES DISCIPLINADOS NA NOVA LEI FALIMENTAR

Cezar Roberto Bitencourt
Advogado e Doutor em Direito Penal

Sumário: 1 Considerações preliminares - 2 Natureza da ação penal nos crimes falimentares - 3 Juízo competente e *dominus litis* - 4 Assistente da acusação e legitimidade processual - 5 Decretação da falência e recuperação judicial ou extrajudicial da empresa: condição objetiva de punibilidade - 6 Relatório do administrador judicial e a instauração de inquérito policial - 7 Produção de provas e prazo para denunciar - 8 Obrigação de fundamentar o recebimento de denúncia ou queixa - 9 Rejeição da denúncia ou queixa: apelação - 10 Procedimento processual: rito comum (sumário) - 11 (Ir)retroatividade da nova lei de falência e recuperação de empresas.

1 Considerações preliminares

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - já conhecida como nova Lei de Falência -, posto que substituiu e revogou a anterior (Dec. Lei 7.661/45), tem a pretensão de revolucionar os processos e procedimentos falimentares, a começar pela terminologia adotada - *falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial de empresas*. As mudanças pretendidas são sensíveis também no plano criminal, seja no aspecto material, seja no aspecto processual e, segundo seus defensores, objetiva, fundamentalmente, dar maior agilidade tanto ao procedimento falimentar como à apuração das responsabilidades

pelos crimes falimentares.

Este trabalho destina-se exclusivamente aos iniciantes no direito, àqueles que estão tendo o primeiro contato com o *Direito Penal Falimentar*; são, na verdade, nossas primeiras reflexões sobre alguns dos aspectos mais relevantes do novo diploma legal. Em razão dessa finalidade, convencionou-se que, além de primar pela simplicidade e concisão das considerações expendidas, seria recomendável despreocupar-se com bibliografia especializada, aliás, uma escassez em matéria de crimes falimentares no Brasil.

O *Substitutivo* que havia sido aprovado na Câmara Federal apresentava elogiáveis avanços político-criminais e metodológicos, a despeito de alguns equívocos que, no contexto, não chegavam a causar grandes prejuízos, se comparados com o diploma legal anterior (Dec.-Lei nº 7.661/45), afora o fato da exagerada gravidade da sanção penal cominada em alguns dos crimes que tipificava. Eram destinados *dois capítulos* à matéria penal - "Do Procedimento Penal na Liquidação Judicial" (Cap. VII) e "Dos Crimes" (Cap. VIII) -, sendo este segundo capítulo dividido em *duas seções*, uma delas disciplinando as "Disposições Especiais", e a outra, os "Crimes em Espécie".

Desafortunadamente, o Senado Federal alterou todo o texto relativo à essa matéria, destruindo toda a sistematização que apresentava o Substitutivo aprovado pela Câmara Federal, da lavra do Relator Deputado Oswaldo Biolchi.

2 Natureza da ação penal nos crimes falimentares

O art. 184 prescreve que "*Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada*". No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral é de que os crimes sejam sempre de *ação pública incondicionada*; a exceção é que sejam de iniciativa privada e, algumas vezes, mesmo mantida a natureza pública, é condicionada, via de regra, à representação do ofendido ou de seu representante legal. Nessas duas hipóteses - de *exclusiva iniciativa privada* ou *pública condicionada* -, estará sempre expresso no texto legal. Logo, a previsão no *caput* deste artigo até seria desnecessária, embora a sua redação apresente-se tecnicamente

correta¹, mantendo a tradição do direito brasileiro, sem *inventiones*.

Convém destacar, para não pairarem dúvidas, que, ao definir que “os crimes previstos nesta lei são de ação pública”, está implícito que o titular da ação penal é o Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. O disposto nos arts. 184, parágrafo único, e 187, *caput*, da nova Lei tampouco deixa qualquer dúvida sobre a titularidade privativa da ação penal.

O parágrafo único do artigo citado, adequando-se à previsão constitucional (art. 5º, LIX,CF), prevê a ação privada subsidiária, quando houver *inércia* do Ministério Público. Esse dispositivo refere-se, no entanto, somente ao “não oferecimento da denúncia” pelo *parquet*, contrariando todo o sistema jurídico nacional, que é flexível, ao admitir a ação penal subsidiária quando o MP “não denunciar” ou “não promover diligências necessárias” à *persecutio criminis*, como previa corretamente o substitutivo aprovado na câmara. Contudo, consideramos que esse dispositivo exige interpretação sistemática, lendo-se “inércia do *parquet*”, ao invés de “não oferecer denúncia” no prazo legal. Essa orientação, aliás, que não é *contra legis*, procura somente dar ao texto legal “interpretação conforme a Constituição” (art. 5º, LIX) e, ademais, encontra respaldo na ressalva constante da segunda parte do § 1º do art. 187 dessa Lei em exame.

Enfim, essa previsão expressa contida no parágrafo único do art. 184 - consagrando a ação penal privada subsidiária da pública - tem o mérito de afastar a dúvida que a redação do art. 108, parágrafo único, do diploma legal anterior suscitava.

Embora cinco (réu preso) ou quinze dias (réu solto)², para a propositura da ação penal, seja um prazo exíguo, não é *decadencial*: significa dizer que, a partir do sexto dia (réu preso) ou décimo sexto (réu solto) da abertura de vista ao Ministério Público, por seis meses,

1 Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

2 Art. 184.[...]. Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, §1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.

a titularidade do *parquet* será concorrente com a dos legitimados no parágrafo único desse artigo (qualquer credor habilitado ou o administrador judicial). Esgotado esse prazo, sem o oferecimento da queixa subsidiária, esses legitimados *decaem do direito de queixa*, retomando o Ministério Público a *exclusividade* da titularidade da ação penal, enquanto não se verificar a prescrição.

Sintetizando, a titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Público, ressalvada a hipótese da ação privada subsidiária da pública. É de seis meses o prazo para o exercício da ação penal privada subsidiária. Operada a decadência dos legitimados, o Ministério Público retoma a exclusividade da titularidade da ação penal, que compartiu com aqueles pelo prazo referido.

3 Juízo competente e *dominus litis*

O Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados prescrevia que “a ação penal será intentada no juízo da falência” pelo representante do Ministério Público que atuasse no processo falimentar. No entanto, o texto alterado no Senado e que resultou no art. 183 do presente diploma legal determina que “compete ao juiz criminal da jurisdição” onde foi instaurado o processo de falência conhecer da matéria criminal. Nesse particular, o novo texto legal não inovou, pois a competência do juiz criminal já era prevista na lei revogada (art. 109, § 2º, do Dec.-Lei nº 7.661/45).

Na verdade, nesse dispositivo, o legislador fez uma opção político-processual e excluiu expressamente o juiz da vara especializada que jurisdiciona o procedimento falimentar (ou de recuperação de empresa), exatamente o inverso do que determinava o Substitutivo da Câmara Federal. Com a substituição do inquérito judicial pelo inquérito policial – equivocadamente, a nosso juízo –, afasta-se eventual fundamento que poderia justificar a preferência pela competência do juiz da falência para jurisdicionar também a matéria criminal. Com efeito, o juiz da falência não terá, agora, nenhuma atribuição investigativo-criminal e tampouco terá de receber a peça inicial da ação penal (denúncia ou queixa subsidiária).

Essa opção do legislador, pelo juiz criminal, tem a desvantagem de atribuir jurisdição e competência a um magistrado que não tem conhecimento do procedimento falencial, que, no entanto, é compensada com o mérito de evitar o pré-julgamento, além de impedir que o juiz que investiga seja o mesmo que julga.

Silencia o novo estatuto legal, por outro lado, quanto ao Ministério Público que oficiará na ação penal: será o mesmo do procedimento falimentar ou, a exemplo do juiz criminal, deverá ser um agente que atue na área criminal? Essa omissão, acreditamos nós, poderá ser dirimida por leis de organização judiciária. A solução natural, contudo, será conferir essa atribuição ao Ministério Público que atua junto ao juiz criminal a quem couber conhecer e processar a ação penal, como normalmente ocorre em todos os processos dessa seara.

4 Assistente da acusação e legitimidade processual

O Substitutivo aprovado na Câmara previa expressamente a figura do *assistente do Ministério Público* (art. 201, § 1o), não repetido no texto legal aprovado. Contudo, o novo diploma legal atribui a *credor habilitado* e ao *administrador judicial* (art. 184) legitimidade para propor *ação penal privada subsidiária*, quando for o caso. Ora, quem tem *legitimidade* para propor ação penal, tê-la-á, por certo, para figurar como assistente na ação penal pública incondicionada; ademais, o instituto da *assistência* ao Ministério Público é da tradição e da sistemática do processo penal pátrio (vide arts. 31 e 268 e segts. do CPP). O instituto da assistência, contudo, não está amparado pelo art. 506 do CPP, ao contrário do que se afirmou³, porque esse dispositivo foi expressamente revogado pelo art. 200 desse novo estatuto, mas se fundamenta nos arts. 31 e 268 do CPP, combinados com o art. 188, que ressalva a aplicação subsidiária do nosso diploma processual, no que não for incompatível com essa lei.

Os limites e os termos da *intervenção*, como *assistente*, são os mesmos disciplinados no Código de Processo Penal. Apesar de o Estado

3 GOMES FILHOS, Antonio Magalhães. **Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar**, in Boletim do IBCCRIM nº 148, de março de 2005. p. 12.

ser o titular do *ius puniendi*, por meio do Ministério Público, que tem a incumbência de promover a *persecutio criminis*, sabe-se que, não raro, o interesse tutelado tem caráter predominantemente particular, ou, no mínimo, o interesse particular é extremamente relevante, justificando-se que, excepcionalmente, os juridicamente interessados possam, senão promover a ação penal, pelo menos reforçar a atuação do Ministério Público na condição de *assistente* (arts. 268 e seguintes). Assim, os legitimados - *administrador judicial ou qualquer credor habilitado* - podem atuar como “interveniente adesivo facultativo”⁴. Enfim, toda a disciplina do instituto da *assistência* contida no CPP tem inteira aplicação nessa Lei.

A despeito da *natureza democrática* do instituto da *assistência*, preocupa-nos a abrangência que a interpretação da nova Lei pode atribuir-lhe, particularmente quanto aos *legitimados* (qualquer credor habilitado e administrador judicial). Não se trata de pretender excluir este ou aquele interessado, mas da *viabilidade operacional*, pois, se todos os credores habilitados, por exemplo, resolverem intervir como *assistente* será impossível o desenvolvimento regular do processo criminal, em razão da afluência de “assistentes habilitados”. Por isso, a nosso juízo, o primeiro credor que se habilitar representará os demais, a exemplo, *mutatis mutandis*, do Ministério Público quando, ofertada a denúncia, por um de seus membros, impede que outros repitam esse ato processual.

O ideal, por fim, seria que o *Comitê de Credores* tivesse recebido poderes para representar os credores habilitados tanto para o oferecimento de *queixa-crime* subsidiária quanto para habilitar-se como assistente do MP; acreditamos, enfim, que essa será a alternativa ideal para solucionar essa omissão.

5 Decretação da falência e recuperação judicial ou extrajudicial da empresa: condição objetiva de punibilidade

Sem a decretação da falência, homologação da recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, não se pode falar em “crime

4 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 434.

falimentar” e muito menos em ação penal decorrente desses crimes. Essa *sentença* é pressuposto da ação penal e da própria punibilidade⁵. É sempre polêmica a definição da natureza jurídica dessa exigência legal: será *condição objetiva de punibilidade* ou será *condição objetiva de procedibilidade*? Ou quem sabe as duas coisas?

Como sustenta, com acerto, Walter Bittar⁶,

a exigência de sentença declaratória de falência (reconhecidamente uma condição objetiva de punibilidade), no caso do crime falimentar, não está descrita na norma incriminadora, mas condiciona a punibilidade, limitando-a, em face da necessidade da sentença”. Nesse sentido, a lapidar conclusão de Juarez Tavares⁷ vai mais longe: “a declaração de falência continua sendo uma condição objetiva de punibilidade também nos crimes pós-falimentares, de tal sorte que se essa sentença, por algum motivo for reformada ou anulada, embora os fatos se tenham consumado, restarão impuníveis [...]”.

Com efeito, as *condições objetivas de punibilidade* são alheias à estrutura do crime, isto é, não o integram e, por conseguinte, não são objetos do dolo ou da culpa⁸. Nessa mesma linha, Luiz Régis Prado afirma que as *condições objetivas de punibilidade* são “exteriores à ação e delas depende a punibilidade do delito, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência)”⁹.

Condições objetivas de procedibilidade, por sua vez, são aquelas *condições específicas da ação*, cuja ausência ou inocorrência impedem a

5 Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

6 BITTAR, Walter Barbosa. **As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 72.

7 TAVARES, Tavares. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte. Del Rey, 2000. p. 204.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118. Veja, nesse sentido, nosso entendimento sobre a natureza jurídica da morte e das lesões corporais graves no crime descrito no art. 122 do CP.

9 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 482.

interposição da própria ação penal ou, quando esta já se encontra em andamento, não permitem seu *prosseguimento*. Não é outro o entendimento de Tourinho Filho, para quem “condições de procedibilidade são condições específicas da ação. São os requisitos especiais exigidos por lei para que seja admissível a acusação”¹⁰. O *Substitutivo* aprovado na Câmara Federal condicionava o início da ação penal à “decretação da falência” (art. 204), configurando, nessa hipótese, *condição objetiva de procedibilidade*, ou seja, um autêntico requisito específico da ação penal, sem o qual não se poderia iniciá-la. Contudo, esse texto também foi alterado no Senado, constando expressamente que a referida decisão judicial é *condição objetiva de punibilidade* (art. 180). Aqui o Senado Federal invadiu o campo da ciência, indo além de sua função legislativa, para definir a natureza jurídica de um instituto processual, que poderia ser melhor trabalhado pela doutrina e jurisprudência.

Nesse particular, porém, não há novidade na Lei nº 11.101/2005, à medida que a doutrina, referindo-se à lei anterior, em folgada maioria, como vimos, sustentava que “a sentença declaratória da falência” era um dos exemplos de *condição objetiva da punibilidade*, no crime falimentar¹¹. Em sentido contrário, no entanto, para Assis Toledo, a exigência da *sentença declaratória de falência*, “pode-se, com enorme dose de razão, sustentar que o que fica em suspenso, na dependência da superveniência daquela condição legalmente estabelecida, não é o crime ou a tipicidade da conduta, mas sim e tão-somente o exercício da ação penal”¹². Em outros termos, o saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo sustentava que a sentença declaratória da falência era *condição objetiva de procedibilidade*.

Dessa forma, “com boa dose de razão”, como dizia Assis Toledo, pode-se admitir a natureza mista da sentença declaratória de falência ou de recuperação de empresa, isto é, pode-se considerá-la como *condição objetiva de punibilidade*, como determina o texto legal, e, ao mesmo tempo, *condição objetiva de procedibilidade*, em razão

10 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **O Processo Penal**, vol. 1, São Paulo: Jalovi, 1977. p. 261.

11 BITTAR, Walter. **As condições objetivas de punibilidade...** p. 72; Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal...** p. 482.

12 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal...**p. 157.

dos efeitos práticos que produz.

6 Relatório do administrador judicial e a instauração de inquérito policial

O art. 186 determina ao *administrador judicial* que, em até 40 (quarenta) dias, prorrogáveis por igual prazo, entregue o *relatório* da empresa falida, previsto no art. 22, III, alínea “e”, devidamente *circunstanciado*. Trata-se, na verdade, de um dos *deveres funcionais* do *administrador judicial*, a exemplo do que ocorria na legislação anterior com a figura do *síndico*. Referido dispositivo¹³ determina que o *relatório* deverá conter os nomes dos responsáveis e a *individualização dos fatos* praticados por cada um, devidamente tipificados. Essa exigência legal atende a necessidade de fundamentação de *uma acusação preliminar* que exige, no mínimo, *indícios veementes* para justificar uma investigação criminal. Pretende-se, enfim, afastar imputações levianas e irresponsáveis decorrentes, muitas vezes, da simples dificuldade econômica ou financeira enfrentada pelo falido. Essa necessidade de indicar os responsáveis e apontar onde ocorreu infringência legal harmoniza-se com a *obrigatoriedade* de fundamentar a *admissão* ou *recusa* de uma futura denúncia ou queixa.

Por fim, as cautelas completam-se com a determinação do parágrafo único do mesmo art. 186 de instruir o relatório “*com o laudo do contador, encarregado do exame da escrituração do devedor*”¹⁴.

Na Lei revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), era atribuição do *síndico* requerer a instauração de inquérito (art. 103, § 1º), cabendo supletivamente, na omissão daquele, aos próprios *credores* (art. 104) e ao *Ministério Público* (art. 105) fazerem-no. O Substitutivo aprovado

13 Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

14 Art. 186. [...]. Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.

na Câmara Federal também atribuía essa função ao “administrador judicial”, nova terminologia daquele que exercia a função de síndico. No entanto, pelo novo diploma legal, somente o Ministério Público está, acertadamente, legitimado para “requisitar a instauração de inquérito policial” (art. 187, *caput, in fine*), “se entender necessário”, para promover a ação penal. Pelo novo texto legal, o *administrador judicial* e os *credores habilitados* não estão autorizados, nem supletivamente, a requerer a instauração de inquérito.

Nesse ponto, a nova Lei comete outro pecado capital: ao contrário da Lei revogada que consagrava o *inquérito judicial*, o novo diploma legal, em verdadeiro retrocesso, prevê a requisição de “inquérito policial”, para uma atividade que a polícia brasileira nunca esteve, não está e nunca estará, preparada e aparelhada para exercê-la. Nesse nosso entendimento, convém destacar de plano, não há nenhum ranço discriminatório, encerrando somente a constatação de que a matéria não se inclui no contexto próprio de segurança pública, sendo atividade historicamente alheia às atribuições policiais. Será uma demasia exigir das organizações policiais – já tão carentes de recursos materiais e humanos – que se aparelhem para o exercício dessas novas atribuições, com pouca ou nenhuma vantagem prática.

No diploma revogado, o relatório circunstanciado do Síndico da massa falida (indicando as causas da quebra e o procedimento do devedor) dava início ao *inquérito judicial*, que, repetindo, era presidido pelo juiz da falência. De regra, a exposição circunstanciada do síndico era acompanhada da documentação necessária e que comprovava eventuais infrações penais, que, normalmente, era complementada pela perícia contábil, a qual, não raro, transformava-se na prova mais relevante dos crimes falimentares.

Parece-nos que afastar a titularidade do juiz do processo falimentar da presidência do inquérito (judicial) burocratiza enfraquece e aumenta a morosidade da investigação nos crimes falimentares. Nesse particular, com a *venia* devida, discordamos do entendimento sustentado por Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁵, quando

15 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar**, in Boletim do IBCCRIM, Nº 148, de março de 2005, p. 12.

aplaude a “transformação” do *inquérito judicial* em *inquérito policial*, nos seguintes termos: “Na verdade, o seu efeito prático era o de procrastinar a persecução dos ilícitos penais relacionados à quebra, com a conseqüente prescrição, sem, em contrapartida, oferecer reais oportunidades de defesa ao falido”. Na realidade, *o que procrastinava as investigações dos crimes falimentares* não era a *natureza do inquérito – judicial ou policial –*, mas a sua *obrigatoriedade*, quando o síndico, na sua exposição circunstanciada, concluisse pela existência de crime (art. 103, § 1º, Dec.-Lei nº 7.661/45); não tendo o síndico requerido a instauração do inquérito judicial, os credores poderiam fazê-lo (art. 104), ou, por fim, o próprio Ministério Público (art. 105). De notar-se que, via de regra, esse inquérito, na hipótese de crime falimentar, era absolutamente desnecessário e inútil, porque a prova já estava pronta nos próprios autos da falência, devidamente complementada com o *laudo pericial contábil*. Por isso, sua exigência era efetivamente procrastinatória e fonte causadora de prescrição. Assim, não será a simples alteração do rótulo do inquérito (judicial ou policial) ou substituição da autoridade encarregada de presidi-la que irá diminuir ou eliminar seus efeitos retardatórios, mas sim a *faculdade* de sua instauração, justificada somente quando se tornar indispensável.

Não era, voltamos a repetir, o fato de ser *inquérito judicial* que o tornava moroso e inadequado, pois, se tivesse a natureza *policial* ou *parlamentar*, não lhe retiraria esses efeitos procrastinatórios. Agora, pelo novo texto legal, somente se o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime falimentar, “entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial” (art. 187). Ninguém mais detém essa prerrogativa, ao contrário do que ocorria no texto revogado. Essa *faculdade* de dispensar a requisição de *inquérito – dêem-lhe a adjetivação que quiserem –* revela-se, sim, altamente positiva e facilitadora da agilização da investigação criminal. A requisição de inquérito está condicionada à sua efetiva necessidade.

Por fim, desnecessário destacar que a requisição de “inquérito policial”, que preferíamos fosse *judicial*, somente se justifica se o dito *laudo pericial* demonstrar ou, pelo menos, sugerir a existência de irregularidades que possam caracterizar crime e, repetindo, *se for imprescindível* à apuração dos fatos.

O ideal, na nossa concepção, seria que o *inquérito* continuasse sendo *judicial*, e presidido pelo próprio juízo da falência que conduziria melhor as investigações preliminares, acumulando-as com os dados colhidos no processo falimentar. Concluído o inquérito judicial, o juiz investigador remetê-lo-ia ao juízo criminal que presidiria o respectivo processo; assim, um juiz faria a investigação, e outro presidiria a instrução criminal que culminaria com a sentença final, evitando-se, dessa forma, a contaminação investigatória do julgador.

Nesse inquérito, à evidência, se for instaurado, deverão ser asseguradas as garantias constitucionais-processuais *da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal*, a despeito da polêmica que pairava no passado com relação ao *inquérito judicial*. Aquela desinteligência sobre a sua natureza *inquisitorial* ou *contraditória* (acusatória) travada na doutrina e na jurisprudência está completamente superada sob a égide da atual Constituição Federal que assegura o respeito desses princípios em todo procedimento criminal, administrativo ou ético (art. 5º, incisos LIV e LV).

7 Produção de provas e prazo para denunciar

Está fora das atribuições do *administrador judicial*, requerer produção de provas, instauração de inquérito ou realização de diligências necessárias à elucidação dos fatos; cabe-lhe, tão-somente, relatar os fatos circunstanciadamente (art. 186). Aquelas atribuições investigatório-probatórias estão afetas ao Ministério Público que, como titular da ação penal, deve procurar subsídios suficientes para formar a *opinio delicti*. Evidentemente, só serão realizadas aquelas diligências que forem exeqüíveis e legalmente permitidas; as demais, a própria natureza das coisas encarregar-se-á de inviabilizá-las. Não se pode olvidar, por óbvio, que as provas são limitadas pela própria Constituição Federal: somente são admissíveis aquelas provas que forem *moralmente legítimas, não vedadas em lei e não forem obtidas por meio ilícito*.

O Ministério Público, segundo o novo texto legal, intimado da sentença que decreta a falência ou recuperação do devedor, tem três oportunidades para, se for o caso, oferecer denúncia: a) promover

imediatamente a ação penal pública (art. 187, *caput*); b) requisitar, se entender necessário, a abertura de inquérito policial (art. 187, *caput*, *in fine*) ou, finalmente; c) aguardar a apresentação da exposição circunstanciada do administrador judicial (art. 187, §1º), estando o réu solto ou afiançado (afiançado também é hipótese de réu solto). Segundo a letra fria da Lei, não há previsão para o Ministério Público, nessa fase, requisitar diligências, nessa fase investigatório-preliminar. Desejando fazê-lo, segundo essa ótica, teria que requisitar o dito inquérito policial.

Com efeito, o *caput* do art. 187 determina que intimado o MP da sentença falimentar ou recuperatória do devedor, constatando a existência de crime “previsto nesta Lei, promoverá *imediatamente* a competente ação penal ou, se entender necessário, *requisitará* a abertura de inquérito policial”¹⁶. Promover ação penal *imediatamente* ou, se necessário, *requisitar inquérito policial* constitui, a nosso juízo, previsão absolutamente equivocada, à medida que pretende “embretar” o Ministério Público, suprimindo-lhe sua atribuição institucional de avaliar o “material” que recebe, formular sua *opinio delicti* e deliberar sobre a *promoção* que, juridicamente, competir. Ignora o texto legal que esse juízo é exclusivo do Ministério Público, que é o *dominus litis*, isto é, o titular da ação penal. Na verdade, ao receber as “peças informativas” o Ministério Público analisando-as pode chegar a uma das seguintes conclusões: *denunciar* (se houver fundamento para tal); *requisitar diligências*, quando necessárias (aplicação subsidiária do CPP), requisitar a instauração de inquérito, como diz o texto legal, ou, simplesmente, aguardar o relatório circunstanciado do administrador judicial.

A última alternativa – *aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial* –, contudo, somente será admitida, na hipótese

16 Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

§ 1º O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

de o réu encontrar-se solto ou, como diz a lei, *afiançado*. Ignora o legislador que “solto” ou “afiançado” têm o mesmo resultado prático, ou seja, nas duas hipóteses, o acusado encontra-se em liberdade, sendo permitida, portanto, maior dilação probatória.

A expressão “imediatamente” impondo ao Ministério Público a obrigação de denunciar, havendo crimes, é absolutamente imprópria, inadequada e revela o elevado grau de desconhecimento dos princípios mais mezinhos de processo penal, particularmente da *teoria prazal* adotada pelos diplomas processuais brasileiros. Na verdade, somente na definição de “flagrante delito”, o legislador de 1942 utilizou expressões semelhantes – “logo após” e “logo depois” (art. 302, III e IV, do CPP) –, que são até hoje objeto de desinteligência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, *desrecomendando* a utilização de locuções similares, como, v.g. – imediatamente –, que, certamente, serão consideradas letras mortas no cenário jurídico. Relembrando, juízes e promotores, quer das varas especializadas de falência, quer das varas criminais, atuam em centenas e até milhares de processos, permanentemente, inviabilizando “execuções” ou “ordens”, alhures, imediatamente.

Essas dificuldades procedimentais/temporais, contudo, são facilmente superadas com a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, conforme prevê o art. 188 da nova Lei. Assim, se as peças que receber estiverem incompletas ou mostrarem-se insuficientes, poderá o Ministério Público requerer a sua complementação, sem que isso represente “inércia” do *Parquet*, capaz de autorizar a *ação penal privada subsidiária*, segundo reiterada jurisprudência. Logo, se as circunstâncias concretas o exigirem, o Ministério Público poderá (acreditamos até que deverá) requisitar novas diligências para instruir adequadamente as referidas peças informativas (inquérito policial ou judicial e cópias dos autos do processo falimentar ou recuperatório).

Por fim, qualquer que seja a opção do Ministério Público – *denunciar, requisitar inquérito policial, requisitar diligências ou aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial* –, deve fazê-lo não *imediatamente*, como sugere o *caput* do art. 187, mas no prazo legal (cinco ou quinze dias), conforme prevê seu § 1º. Aliás, na própria ressalva desse § 1º, há uma contradição conceitual, quando diz: “devendo, *em seguida*, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias”. Pergunta-se: “em

seguida” não significa mais, como acabamos de destacar, “logo após” ou “logo depois”, como entendia a doutrina nacional ao comentar o “quase flagrante” ou “flagrante impróprio”? Teria dito melhor, certamente, “logo a seguir, no prazo de 15 (quinze) dias”. Essa locução, pelo menos, sugere um lapso de tempo mais generoso que a outra “em seguida”, embora o ideal fosse a sua supressão simplesmente.

Convém registrar, ademais, que a nova Lei revoga expressamente (art. 200) o procedimento dos *crimes falimentares* previsto no CPP (arts. 503 a 512). Por fim, a propositura da ação penal, via denúncia ou via queixa, deve ser *acompanhada do inquérito* (quando existir) *e das cópias necessárias dos autos do processo de falência*, a despeito da ausência de previsão legal expressa. Em outros termos, essas *provas* não podem ser supridas por outro meio de prova, e essa exigência justifica-se à medida que a decretação da falência ou recuperação da empresa não é apenas *condição objetiva de punibilidade* mas também de procedibilidade, como admitimos acima.

8 Obrigação de fundamentar o recebimento de denúncia ou queixa

A nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) nada menciona sobre o recebimento da denúncia ou da queixa e tampouco sobre a necessidade de sua fundamentação, ao contrário do *Substitutivo aprovado na Câmara Federal*, cuja exigência era expressa (art. 209), tanto do *recebimento* como da *rejeição*. Esse texto que havia sido aprovado pela Câmara Federal estava de acordo com a Súmula 564 do STF que tem a seguinte ementa: *a ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória*.

A orientação de exigir que a *aceitação* ou *recusa* da propositura de ação penal *seja sempre fundamentada* insere-se no contexto constitucional moderno, que exige fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93. IX, CF). Essa exigência outra coisa não é que um *juízo prévio* sobre a (in)existência de *justa causa* para ação penal, que

estamos sustentando de longa data¹⁷.

Com efeito, não se pode mais admitir a propositura de *ações penais temerárias*, caracterizadoras de verdadeiros *abusos do poder de denunciar*. Não mais se admite instauração de ação penal sem passar pelo crivo do Poder Judiciário a análise prévia da presença dos requisitos exigidos pelos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal. A ausência de quaisquer desses requisitos caracteriza *falta de justa causa* que impede não apenas o *recebimento* da peça preambular da ação penal mas também o seu próprio oferecimento pelo *dominus litis*.

Comungamos do entendimento de Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior¹⁸ que, ao analisar a necessidade de *exame da justa causa*, para receber a denúncia, afirmou:

O papel primordial do juiz, no estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais para a suspensão do processo, para declarar se o MP pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não... A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afirmar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disso decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação. Ora, há necessidade de analisar o fato com todas as suas circunstâncias para qualquer decisão.

A importância da *definição jurídica do fato*, também denominada de *classificação da infração*, que já era fundamental, assumiu maior relevância a partir das *leis dos crimes hediondos*, crime organizado, crimes

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 154/157.

18 CINTRA JUNIOR, Dirceu Aguiar Dias. Boletim do IbccRIM n. 45, p. 12.

ambientais, infrações de menor potencial ofensivo, da própria Lei da prisão temporária, pelas inúmeras e diversas conseqüências que a simples capitulação do fato na denúncia acarreta: quando abusiva, o que não é nada incomum, produz danos irreparáveis ao cidadão!

Diante dessa nova realidade, aquela superada e draconiana orientação jurisprudencial, segundo a qual, no momento inicial do processo, o juiz não pode alterar ou corrigir a classificação da infração penal, devendo aguardar a oportunidade para aplicar o disposto no art. 384 do CPP, não pode ter aplicação irrestrita, a partir da vigência da atual Constituição Federal e diante de uma política criminal própria de um Estado Democrático de Direito.

Ninguém ignora que, ao receber a peça inicial da ação penal – *denúncia* ou *queixa* –, o magistrado faz uma *análise preliminar de mérito* – pelo menos, sobre a *admissibilidade* e sobre os limites da acusação –, que é o fundamento de sua decisão de acatar ou não o início da ação penal (arts. 41 e 43 do CPP), sem, contudo, constituir pré-julgamento. E, nessa análise, exatamente, deve-se verificar a presença, ou ausência, de *justa causa*. Por outro lado, a extensão da análise de justa causa não se limita ao exame de eventuais *qualificadoras* ou *causas de aumento* incluídas na exordial, mas se estende também e, principalmente, à própria definição do fato jurídico, isto é, à classificação mesma da infração penal, atribuída pelo titular da ação penal, seja pública ou privada. A omissão dessa análise pode implicar em *constrangimento ilegal*, passível de *habeas corpus*, para trancamento da ação penal, por falta de *justa causa*.

Por outro lado, também é assente, na doutrina e na jurisprudência, que, no momento da elaboração da denúncia, é dado ao Ministério Público, na dúvida, optar pela figura mais grave, à medida que, sustenta-se, nessa fase processual, a dúvida resolve-se *pro societatis*. Aliás, as próprias dificuldades processuais e procedimentais justificam a filosofia ministerial de postular o *mais* para conseguir o *menos*. Com efeito, em sentido semelhante, manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo *habeas corpus*, por unanimidade, nos seguintes termos:

Se é justificável que o órgão acusatório opte pela figura mais grave na dúvida quanto à destinação

da substância entorpecente apreendida com o acusado (se para uso próprio ou para tráfico), no concernente à situação em que aquele deve responder ao processo (se em liberdade ou preso), entretanto, a dúvida favorece o réu, sem que tal signifique exame prévio de mérito da acusação¹⁹.

Enfim, como se percebe, o *exame preliminar* da existência de justa causa é indispensável para que o Estado tenha legitimidade para sujeitar alguém a um processo criminal, com todos os seus efeitos estigmatizantes. Essa moderna orientação político-criminal (Súmula 564 do STF) também estava expressa no Substitutivo da Câmara Federal, que, equivocadamente, não constou do texto legal final. Permanece, portanto, em plena vigência a referida Súmula 564 do STF.

9 Rejeição da denúncia ou queixa: apelação

O Substitutivo da Câmara Federal havia optado por seguir a orientação do Código de Processo Penal, admitindo *apelação* somente da decisão que “rejeitar” (art. 43 do CPP) a denúncia ou queixa, excluindo, dessa forma, a decisão que “não as receber”. A Lei nº 11.101/2005, por sua vez, silenciou a respeito.

Com essa omissão, reedita-se a velha polêmica sobre a distinção entre “não-recebimento” e “rejeição” da peça inicial, com reflexos diretos na espécie de recurso cabível.

O *não-recebimento* tem como fundamento *aspectos formais*, extrínsecos, da denúncia ou queixa, por infringir o art. 41 do CPP. Nessa hipótese, pelo Código de Processo Penal, o recurso cabível é o *recurso em sentido estrito* (art. 581, I, do CPP). A *rejeição*, por sua vez, tem como fundamento *aspectos materiais*, essenciais, não atacando a formalidade, mas a essência da denúncia ou queixa. Fundamentam a *rejeição* da peça preambular a *atipicidade* do fato narrado, a *extinção da punibilidade*, a *manifesta ilegitimidade de parte* ou a *ausência de condição* legalmente exigida para o exercício da ação penal (art. 43 do CPP).

19 HC 63.008-3 – Câmara de Férias – Relator Dinio Garcia, j. 21.01.88, RT, 627/309.

Enfim, com a *rejeição* da denúncia ou da queixa o juiz põe termo ao processo, e essa decisão é uma sentença terminativa, cujo recurso cabível é a apelação (art. 593, II, do CPP). Assim, teria sido mais feliz o texto legal se tivesse incluído, nas decisões passíveis de apelação tanto a decisão que *rejeitar* como também a que “não-receber a denúncia” ou a queixa, o que evitaria a discussão referente à *fungibilidade recursal*.

Isso não quer dizer, no entanto, que, a nosso juízo, não será admissível o recurso em sentido estrito. Com a *subsidiariedade* invocada do Código de Processo Penal (art. 188), o *não-recebimento* da denúncia ou queixa, à evidência, admitirá *recurso em sentido estrito* (art. 581, I, do CPP).

10 Procedimento processual: rito comum (sumário)

Aqui registramos outra impropriedade: o art. 185 prescreve que, recebida a inicial, deve-se observar o rito previsto nos arts. 531 a 540 do CPP²⁰. No entanto, nos dispositivos mencionados, há dois ritos procedimentais: o *sumário*, para os crimes puníveis com pena de detenção (art. 539 e 538), e o denominado *sumaríssimo* (arts. 531 a 538), que era adotado para as contravenções penais e os crimes culposos de trânsito (Lei nº 4.611/65, já revogada). Esses dois ritos não se confundem, ao contrário, excluem-se; ou seja, ou um ou outro, mas qual dos dois?! O Substitutivo da Câmara, nesse particular, não era muito melhor: com efeito, no art. 210, determinava que o *procedimento* adotado seria o *comum*. Mas, afinal, qual seria o “rito comum”, seria o *ordinário* ou o *sumário* ou, quem sabe, o *sumaríssimo* (?), já que todos são classificados como *procedimentos comuns*, não se confundindo com os *procedimentos especiais*!?

Na verdade, o legislador brasileiro ignora o que seja *procedimento* ou *rito processual* e, ao desconhecê-lo, tampouco sabe que o “rito comum” pode ser *ordinário* ou *sumário*, nos termos do Código de Processo Penal. Na autorizada lição de Frederico Marques,

20 Art. 185. Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

O procedimento comum é o procedimento-regra: serve àqueles casos em que não há procedimento especial. Os procedimentos especiais, de outro lado, são os procedimentos-exceção: servem para a resolução processual relativa apenas a certos litígios...²¹ (grifos acrescentados). E conclui Frederico Marques afirmando que “no Código de Processo Penal há três procedimentos comuns, na área do processo condenatório: o procedimento comum para os crimes punidos com reclusão; o procedimento comum para os crimes punidos com detenção; e o procedimento comum das contravenções²².”

Teria sido mais feliz, nesse particular, se o texto legal fosse omisso, a exemplo do que fazia o diploma legal revogado (Dec.-Lei nº 7.661/45), porque assim se aplicaria o Código de Processo Penal e tudo se resolveria. Em outros termos, em regra geral, nos crimes *puníveis com reclusão*, o procedimento é o *comum ordinário* (Livro II, Título I, e Capítulos I e III do CPP) e, nos *puníveis com detenção*, o procedimento é o comum sumário (arts. 531 e seguintes do CPP). Esse critério, além de respeitar a tradição do direito brasileiro, é mais seguro e de fácil identificação pelas partes, além de assegurar a ampla defesa. Especificamente, para os crimes falimentares, no entanto, o CPP prescrevia *procedimento especial*, nos arts. 503 a 512, constantes do Título II, Capítulo I, do seu Livro II. No entanto, esse capítulo foi inteira e expressamente revogado (art. 200 da Lei nº 11.101/2005).

Continuando nessa mesma linha crítica, invocamos o magistério do eminente processualista Antonio Magalhães Gomes Filho²³, que, com muita propriedade, comentando a previsão do art. 185 da nova Lei, afirma:

Nesse particular, por sinal, há uma evidente impropriedade do *legislador* ao referir-se expres-

21 MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 205.

22 MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**...p. 205.

23 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar**... p. 12.

samente às mencionadas disposições, pois na verdade os artigos 531 a 537 do estatuto processual disciplinavam o antigo procedimento sumário das contravenções penais, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (diante da incompatibilidade com o art. 129, I, da CF).

A obscura previsão constante do art. 185, prescrevendo, equivocadamente, *dois procedimentos* para os crimes falimentares, sem estabelecer qualquer distinção, impõe que o intérprete distinga e, nessa operação, orientado pelos pressupostos que fundamentam o Estado Democrático de Direito, eleja o procedimento que oferece maior amplitude de defesa. Dessa forma, entre o *procedimento sumário* (crimes puníveis com detenção - arts. 538 e 539) e o *procedimento sumaríssimo* (contravenções penais - arts. 531 a 538), deve-se, necessariamente, optar pelo procedimento sumário, para todos os crimes disciplinados na lei falimentar, independentemente de terem cominadas penas de reclusão (aliás, somente o crime previsto no artigo 178 é punido com detenção). O procedimento sumaríssimo, apenas para reforçar, não foi sequer recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois tal procedimento previa seu início por meio de auto de prisão em flagrante ou de portaria expedida pela autoridade policial ou judicial.

Com o procedimento *sumário*, ao contrário do revogado *sumaríssimo* (*que permita arrolar até três testemunhas*) -, pode-se arrolar até cinco testemunhas, após o interrogatório; ouvidas as testemunhas de acusação, o magistrado designa audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 539 do CPP. Há *uma distinção relevante* entre as audiências de instrução e julgamento nos procedimentos *sumário* e *sumaríssimo*: naquele (sumário), as testemunhas de acusação são ouvidas antes da “audiência de julgamento” (art. 539, segunda parte); neste (sumaríssimo), inclusive as testemunhas de acusação são ouvidas nessa audiência (art. 538), ou seja, essa audiência é composta pela inquirição das testemunhas da acusação, da defesa e de debates orais das partes. Encontrando-se em condições, o magistrado deverá prolatar sentença na mesma audiência; caso contrário, deverá fazê-lo em 5 (cinco) dias, pelo menos, é o que diz a Lei (art. 538, § 3º).

Em síntese, para os crimes falimentares, mesmo punidos com

reclusão (todos, com exceção do previsto no art. 178), o procedimento deverá ser o previsto no CPP para os crimes punidos com detenção (art. 539 e 538); assim, após o interrogatório e a inquirição das testemunhas da acusação, que não podem ser superior a cinco, o juiz designará “audiência de julgamento” (sic art. 538, *caput, in fine*), para a inquirição das testemunhas da defesa, debates orais e, por fim, o julgamento. Em nenhuma hipótese, ao contrário do que se chegou a afirmar, poder-se-á admitir a adoção do *procedimento comum ordinário*, ainda que sob o argumento de que a maioria dos crimes falimentares são puníveis com reclusão, pois nada justifica uma interpretação *contra legis*, à medida que a lei expressamente determinou que o procedimento adotável será aquele constante nos arts. 531 a 540 do CPP, onde, inequivocamente, não se encontra o *procedimento comum ordinário*.

Aliás, esse procedimento – *comum sumário* – passa a ser o *procedimento especial* prescrito para os crimes falimentares (procedimento especial é aquele procedimento que a lei prevê especificamente para apuração de determinados crimes, independentemente da espécie ou natureza das penas que lhes são cominadas, e de corresponder ou não aos denominados procedimentos comuns <<sumário ou ordinário>>). É inadmissível, por outro lado, que se sustente a conveniência de adotar-se o *procedimento comum ordinário*, em razão de a maioria dos crimes previstos na nova lei falimentar ser punível com *pena de reclusão*, pois contrariaria frontalmente o texto legal. Com efeito, o intérprete tem o dever de buscar a *melhor interpretação* da lei, especialmente com o objetivo de “salvar” sua validade perante o ordenamento jurídico, recorrendo, inclusive, se necessário for, à “interpretação conforme a Constituição”; no entanto, não é defensável que se possa dar interpretação contrária aos seus próprios termos, por que isso significaria dar-lhe interpretação *contra legis*, e isso suporia permitir que o intérprete criasse sua (nova) própria lei.

11 (Ir)retroatividade da nova lei de falência e recuperação de empresas

Questão extremamente relevante e, ao mesmo tempo, complexa é a definição do início da vigência do novo diploma legal, particu-

larmente porque envolve matéria processual-penal, penal-material e falimentar propriamente dita. O novo texto legal revoga o diploma anterior, ressalva a vigência de determinados dispositivos e, finalmente, no seu artigo 201, estabelece uma *vacatio legis* de 120 dias, a partir da publicação que ocorreu em 9 de fevereiro do corrente ano. A partir dessas previsões, poderemos ter normas retroativas, ultra-ativas e normas de incidência imediata (*tempus regit actum*). A solução da vigência da lei, portanto, passa pelo exame adequado dos princípios que regem o direito intertemporal.

A *irretroatividade da lei penal* foi inserta na Constituição de 1988, no art. 5º, XL, *in verbis*: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Referido dispositivo precisa ser analisado também em seu contexto histórico. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que o *princípio da irretroatividade da lei penal* é uma conquista histórica do moderno Direito Penal, que se mantém prestigiado em todas as legislações modernas, como garantia fundamental do cidadão. Essa é a *regra geral*, que o constituinte de 1988 apenas procurou elevar à condição de dogma constitucional; em segundo lugar, deve-se destacar que o enunciado constitucional citado encerra duas premissas: 1ª) a *irretroatividade da lei penal* constitui-se na premissa maior, um princípio geral histórico elevado à condição de dogma constitucional; 2ª) a *retroatividade da lei penal mais benéfica* constitui-se na premissa menor, a exceção. Como se vê, o badalado dispositivo constitucional consagra uma regra geral e uma exceção: *regra geral* – irretroatividade da lei penal; e *exceção* – retroatividade quando beneficiar o réu.

Com relação a esse diploma legal, em breves considerações, Magalhães Gomes Filho afirmou que:

[...] na parte processual penal a lei terá aplicação imediata aos processos em andamento, nos termos do art. 2º do CPP. O disposto no art. 192 da Lei nº 11.101/2005 refere-se apenas aos processos de falência e concordata ajuizados antes de sua vigência, que deverão ser concluídos na forma da lei anterior, não se estendendo essa regra aos processos penais por crime falimentar em andamento.

Temos grande dificuldade em aceitar essa orientação e credi-

tamos que Magalhães Gomes Filho, como grande processualista que é, foi traído pela superficialidade e concisão de suas considerações²⁴. Uma coisa é a (ir)retroatividade penal (material ou processual), e outra, absolutamente distinta, é a ultratividade de alguns dispositivos relativos à matéria procedimental, expressamente determinada por lei. Na realidade, o disposto no art. 192 da referida Lei não pode ser interpretado dissociado do art. 201, que fixa a *vacatio legis* em 120 dias, e tampouco do exame cuidadoso da irretroatividade da lei penal mais grave (material ou processual). Por isso, ao contrário do que afirmou o referido autor, em suas breves anotações, mesmo as normas processuais penais não podem ser imediatamente aplicadas, isto é, não podem ter aplicação antes da entrada em vigor do referido diploma legal. Ademais, durante a *vacatio legis* essas normas não existem no mundo jurídico, especialmente aquelas de natureza penal e processual penal.

Na verdade, o art. 192 atribui ultratividade a alguns dispositivos do Dec.-Lei nº 7.661/45, para as hipóteses de processos de falência que foram ajuizados antes de entrar em vigor a nova Lei; é uma espécie de exceção ao princípio *tempus regit actum*. Mas isso nada tem que ver com a retroatividade das normas penais ou processuais penais, pois apenas dá ultra-atividade às normas procedimentais do processo falimentar. Outra coisa é a vigência do novo diploma legal, que somente ocorreu 120 dias após a sua publicação. Portanto, mesmo as normas estritamente processuais não podem ter “aplicação imediata”, como sugeriu o processualista paulista, pois tais normas ainda não tinham existência e validade. E ainda que existissem, isto é, mesmo que já houvessem entrado em vigor, tampouco poderiam ter *aplicação imediata*, a despeito de serem consideradas, em tese, normas processuais, pois restringem a liberdade do infrator (lei penal mais grave, portanto).

Por outro lado, é bom frisar que o princípio *tempus regit actum* aplica-se, sem exceção, tão-somente às normas que regem a reali-

24 Convém destacar, no entanto, que o mestre paulista fez a seguinte ressalva: “Mesmo assim, devem ser ressalvadas as possíveis situações em que possam ocorrer restrições a direitos assegurados pela Constituição. Pense-se, por exemplo, no direito à prova: se a parte arrolou validamente mais do que cinco testemunhas – até oito, como se permite no rito ordinário – não poderá ser prejudicada pelo advento da nova lei”.

zação dos atos processuais, isto é, às que se destinam a regular a formalização processual e a organização judiciária, exclusivamente. Em qualquer caso, em que uma *lei dita processual*, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, como ocorre com a Lei nº 11.101/2005, nos capítulos que regulam a responsabilidade penal do falido, não pode ter aplicação o princípio *tempus regit actum*, incidindo, nesses casos, a lei mais benigna.

Toda lei penal, com efeito, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada *lei mais benigna*, digna de receber, quando for o caso, os atributos da *retroatividade* e da própria *ultratvidade* penal. Por outro lado, toda lei penal (material ou processual) que, de alguma forma, *represente um gravame aos direitos de liberdade*, agrave as conseqüências penais diretas do crime, criminalize condutas, restrinja a liberdade, provisoriamente ou não, reduza os meios de defesa, simplifique os procedimentos penais, ou limite a produção de provas caracteriza *lei penal mais grave* e, conseqüentemente, não pode retroagir.

Quando, por fim, restar dúvida insuperável sobre qual das normas é a mais benéfica, sustentamos que a melhor solução será ouvir o próprio interessado, isto é, aquele que sofrerá as conseqüências da lei penal, devidamente assistido por seu defensor. No direito comparado, encontramos solução semelhante no Código Penal espanhol (art. 2º, 2, da Ley Orgánica 10/95).

Por tudo isso, somos obrigados a concluir, as normas da nova Lei de Falência que disciplinam a matéria penal, sejam de natureza processual, sejam de natureza material, não podem ser aplicadas imediatamente: as *normas de direito matérial* porque criam novos tipos penais e cominam sanções, criminalizando condutas que antes não eram proibidas pelo Direito Penal; as *normas processuais*, porque adotam procedimento penal (sumário) que restringe a amplitude de defesa (antes vigia o procedimento comum ordinário) e, por conseqüência, as

próprias garantias processuais (ampla defesa, contraditório e devido processo legal). Logo, tais normas penais – materiais e processuais – somente poderão ser aplicadas quando entrarem em vigor, ou seja, cento e vinte dias após a sua publicação, e sem efeito retroativo.

Para encerrar, conjugando-se o disposto no artigo 192 – *que atribui ultra-atividade às normas processuais relativamente aos processos de falência e concordatas em curso* – com o disposto no art. 200 – *que revoga o restante do Dec.-Lei nº 7.661/45 e os arts. 503/512 do CPP* – e, ainda, com o previsto no art. 201, que fixa a *vacatio legis* em 120 dias, não há como dar aplicação imediata ou retroativa de qualquer dos artigos da Lei nº 11.101, pelo menos, antes de decorrida a *vacatio legis* mencionada, ou seja, antes da referida Lei entrar em vigor. As *normas de direito penal material* aplicar-se-ão somente aos fatos praticados após sua entrada em vigor; as de *direito processual*, somente aos processos criminais iniciados após a vigência desse novo diploma legal.

AS FACES DE ECO: APONTAMENTOS SOBRE O ENSINO DO PROCESSO PENAL

Fauzi Hassan Choukr

*Promotor de Justiça - SP, Mestre e Doutor pela USP e
Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford*

O conhecimento atual é tão estreito, é tão superficial, tão desalinhado, que não permite aos operadores do direito dar-se conta de que lhes está sendo subtraído o senso crítico, tornando-os presa fácil de uma propaganda enganosa. (BOTELHO DE MESQUITA)

Sumário: 1 Eco castigada: a mecânica reprodução da fala alheia - 2 Eco dilacerada: a desordem aparente e o resgate da essência - 3 Eco resgatada: aos quatro ventos a palavra reconstruída.

1 Eco castigada: a mecânica reprodução da fala alheia

Ao receber o convite formulado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, entendi ser pertinente aproveitar a valiosa experiência da docência naquela Instituição no ano de 2005 para traçar algumas considerações sobre o ensino específico do processo penal, tema que já havia também sido solicitado para outra coletânea¹.

Quando da realização da primeira versão das idéias que seguirão, chegou-me as mãos a transcrição da Aula Magna proferida

¹ Texto inicialmente preparado para obra coletiva organizada por Sergio Martinez (no prelo) e adaptada para publicação pela Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina.

pelo eminente Professor Dr. José Ignácio Botelho de Mesquita quando da celebração de seus 41 anos de Magistério na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo à frente da cadeira de Direito Processual Civil. A superposição dos fatos tomou-me por ter sido o Prof. Mesquita responsável por grande parte da minha formação jurídica e pelo modelo de docente - na mais ampla acepção dessa palavra - que busco na minha prática profissional.

Assim, à responsabilidade natural da produção do texto inicial acresceu-se a condição de transformá-lo também numa singela retribuição às lições aprendidas com o Mestre, as quais, se não produzidas no âmbito da sua seara própria - o processo civil - não deixam de compartilhar com ela pontos essenciais, dentre os quais se encontra exemplificado no epíteto deste artigo, um dos mais significativos.

Com efeito, a produção do discurso processual penal apresenta-se sucateado pela existência concomitante de alguns fatores, os quais se alimentam e são alimentados reciprocamente impedindo a criação e consolidação de um ambiente adequado às formas políticas e jurídicas que molduram essa disciplina específica dentro do Estado Social e Democrático de Direito.

No plano central está a *ausência de compreensão cultural* dos cânones políticos estampados na Constituição da República de 1988, acrescida pela Convenção Americana de Direitos do Homem que àquela integra.

Para delimitar o âmbito da expressão sublinhada cabe lembrar a definição de **BOSI** para o termo cultura, assinalando-a como “o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social”. (1992: p.16). Sem embargo, essa “reprodução de um estado de coexistência social” não pode ser encarada de forma a - valorativa, pois em estados totalitários a coexistência social também se reproduz por meio de um conjunto de práticas.

Este o estado atual do ensino do processo penal no Brasil. A noção de “cultura” na qual se funda o ato de professorar o processo penal é a de mera reprodução de símbolos e valores sem, no entanto, flexioná-los à cultura que funda um novo pacto de civilização, a qual se encontra, em termos jurídicos, estampada no texto constitucional.

Essa lacuna cultural se manifesta de maneira enfática no desapego às condições histórico-políticas que originaram a produção do Código de Processo Penal (CAPPELER:2005), situação que, por sua vez, é também condicionadora da manutenção de uma reprodução de “saber” pelo qual a “análise” legislativa, desprovida de reflexões essenciais, é auto-referente e se esgota em si mesma.

Do ponto de vista essencialmente pragmático essas características podem ser facilmente visualizadas a partir das seguintes constatações:

a) enquanto produção teórica do discurso: predominância da reprodução normativa sem reflexão sobre sua compatibilidade cultural – e mesmo normativa – com a Constituição, com a conseqüente solapação da reflexão crítica; o discurso cultural tende a ser desvalorizado sob o argumento inconsistente da dicotomia teoria x praxis e predominância desta última; O material didático dominante reflete à exaustão essas condições.

b) enquanto estratégia de comprovação teórica do discurso: avaliação discente a partir desse conteúdo, reproduzindo assim as condições estruturantes, o que se verifica pelas indicações bibliográficas empregadas e pelos acervos predominantes nas Instituições de Ensino;

c) Enquanto estratégia política de perpetuação normativa que embasa o discurso: amplo apelo às reformas pontuais (ou setoriais, ou segmentadas) que são instrumentos pelos quais não se solidifica a compreensão cultural antes mencionada.

Diante desse cenário, uma “nova ordem” não apenas é necessária, mas possível.

2 Eco dilacerada: a desordem aparente e o resgate da essência

À idéia de cultura deve-se, pois, impregnar um conteúdo de valor, compreendendo-a como “tudo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados pelo verbo cultivar. Cultivar significa proceder com o intuito de obter o aperfeiçoamento de uma coisa.” (TELLES JR; 1985,p. 313), lembrando-se igualmente que “no

século XVIII, “cultura” é sempre empregada no singular, o que reflete o universalismo e o humanismo dos filósofos: a cultura é própria do Homem (com maiúscula), além de toda distinção de povos ou de classes. “Cultura” se inscreve então plenamente na ideologia do Iluminismo: a palavra é associada às idéias de progresso, de educação, de razão que estão no centro do pensamento da época. (CUCHE: 1999, p. 21).

O que o “aperfeiçoamento de uma coisa” - ou progresso - vai constituir é aquilo que **BOBBIO** nos ensina, a partir de Kant, ao afirmar que “do ponto de vista filosofia da História, o atual debate sobre os direitos do Homem... pode ser interpretado como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade” (1992; p. 52).

Assim, pode-se concluir que a propagação da cultura no ensino do processo penal exige a compreensão de um *sentido de progresso* na análise daquilo que **ZAFFARONI** denomina de sistema penal como sendo o “controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação” (1989; p. 70). A racionalidade do conceito de progresso está na sua aproximação com o discurso dos direitos do Homem, malgrado a pluralidade de expressões que designam esse objeto, conforme adverte em primeira mão **SARLET** (2005: p. 33)

Resgatar o ensino do processo penal significa, assim, dotar do sentido exposto acima a compreensão cultural do sistema, sedimentando os direitos fundamentais (na linguagem de **SARLET**) como seu *núcleo* e a partir dele desenvolvendo a tarefa hermenêutica.

Do ponto de vista prático essa reconstrução se projeta, dentre outros, nos seguintes aspectos:

a) Numa base didática que implique na correção normativa-cultural do sistema no sentido que preleciona **DUARTE** (2003), com toda a carga dogmática exposta por **STRECK** (2004);

b) Na interdisciplinarietà acentuada na docência, com largos diálogos com saberes estruturantes provenientes dos campos da ciência política, da filosofia da história, da sociologia e da antropologia,

por exemplo;

c) Na recuperação da literatura de formação, com a necessária abordagem dos autores considerados “clássicos” conferindo a compatibilidade de seus conceitos com os preceitos expostos no parágrafo anterior;

d) Na comprovação de aprendizado mediante um método avaliativo condizente com os itens anteriores que, sem descuidar da análise normativa lhe dá outro sentido;

De todos os tópicos acima expostos prenda-se atenção a um específico, que é demonstrativo da fragilidade do “conhecimento” contemporâneo: a perda generalizada da importância das leituras fundamentais ou ditas “clássicas” do processo penal.

Com efeito, valendo-se uma vez mais de **BOBBIO** (2000: pgs. 130-131) acerca do perfil de um “clássico”, ao afirmar que se trata de um autor

ao qual possamos atribuir essas três características: a) seja considerado intérprete autêntico e único de seu próprio tempo, cuja obra seja utilizada como um instrumento indispensável para compreendê-lo; b) seja sempre atual de modo que cada época, ou mesmo cada geração, sinta necessidade de relê-lo e, relendo-o, de reinterpretá-lo; c) tenha construído teorias-modelo das quais nos servimos continuamente para compreender a realidade, até mesmo uma realidade diferente daquela a partir da qual as tenha derivado e à qual se tenha aplicado, e que se tornaram, ao longo dos anos, verdadeiras e próprias categorias mentais

observa-se que a docência contemporânea, em larga medida, abriu mão das poucas obras que poderiam se encaixar (ainda que com alguma dificuldade) na exigente classificação bobbiana.

Resta quase nada da discussão dos temas fundamentais a partir de autores que tenham trabalhado as categorias basilares. E, desse pouco que resta, a compensação dos momentos históricos nas referidas análises é ainda menor. À sociedade contenta-se com poucas referências, deslocadas temporalmente, com o que se dá alguma “satisfação” a de-

terminadas “origens” de idéias. Largamente se desconhece o Homem que e as condições históricas nas quais as idéias foram paridas.

O resultado prático vê-se na consolidação de um discurso ideologicamente orientado a empulhar “institutos modernos” que nada mais escondem que roupagens autoritárias por meio de estratégias da linguagem superficial, esta sempre indicativa das condutas fascistas como nos recorda **ECO**, ao afirmar que elas se “baseavam (...) em um léxico pobre e uma sintaxe elementar, com o fim de limitar os instrumentos para um raciocínio complexo e crítico.” (1998: pg. 50). Tais estruturas quando analisadas com rigor científico esfrelam facilmente como demonstraram **PRADO** (2003) e **KARAM** (2004) especificamente em relação a todo o discurso acerca da “moderna justiça penal consensual”.

3 Eco resgatada: aos quatro ventos a palavra reconstruída

A (re)construção do discurso produtor de saber processual penal exige um compromisso intelectual – ou dos intelectuais – de forma explícita.

Com efeito, a compreensão cultural conforme exposta somente adquire densidade a partir do momento em que, trabalhada por um conjunto de operadores, se torne visível e propagada. Torna-se importante consolidá-la e, para tanto, reassume importância a noção de “escola jurídica”, pela qual

entende-se um grupo de autores que compartilham determinada visão sobre a função do direito, sobre os critérios de validade e as regras de interpretação de normas jurídicas e, finalmente, sobre os conteúdos que o direito deveria ter. Em outras palavras, cada escola jurídica oferece uma resposta diferente a três questões: “o que é”, “como funciona” e “como deveria ser configurado o direito (**SABADELL**; 2002, p. 21).

No entanto, conforme adverte **SORJ**

Em países periféricos constituídos de transposições de populações, instituições e valores europeus, as elites locais tiveram uma tendência a refletir a própria realidade social a partir dos valores metropolitanos. Nessas sociedades periféricas, como as latino-americanas, onde boa parte do pensamento filosófico e social se constituiu de forma reflexa, através da importação de modelos metropolitanos, a filiação nacional é difícil e problemática. No lugar de constituir uma tradição própria, as modas intelectuais da metrópole (ou das metrópoles) culturalmente dominante são importadas e substituídas periodicamente sem gerar uma cumulatividade de pensamento. (2001, pg. 101).

A (re)construção do discurso, levando em conta as condições estruturantes expostas ao longo deste texto deve nortear-se, segundo cremos, dentre outras, nas seguintes condições:

- a) Compromisso com o sentido de progresso contendo em seu núcleo a valorização dos direitos fundamentais;
- b) Conseqüente defesa (intransigente) ao Estado (Social) de Direito na tarefa hermenêutica;
- c) Produção teórica pautada nos itens acima, tendo como vetor a condição histórica de democracia em consolidação;
- d) Neste viés, a criação de teorias ou a assimilação daquelas produzidas em outras condições históricas deve se submeter ao crivo de adequação exposto no tópico anterior;
- e) As práticas docentes, em todos os seus níveis de experiência, deveriam refletir essas exigências.

Tais parâmetros tenderiam a inocular as sentidas observações de **BOTELHO DE MESQUITA** quando afirmou nas condições expostas no início deste artigo, que

O que está acontecendo comprova que a universidade não está formando os quadros necessários para defender os direitos fundamentais do

homem, os direitos sem os quais não é possível a evolução do homem.

ao que permitimo minimamente acrescentar que este é o único caminho para a construção de uma convivência em paz.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Org. por Michelangelo Bovero. RJ: Campus, 2000, pgs. 130-131

_____. **A era dos Direitos**. RJ: Campus, 1992, p. 52.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Aula Magna em 01.06.05, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

DUARTE, Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. SP: Landy, 2003.

ECO, Umberto. **“Cinco Escritos Morais”**. SP-RJ: Record, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**. SP: RT, 2004.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. RJ: Lúmen Júris, 2003.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica – introdução a uma leitura externa do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 5. ed., 2005.

SORJ, Bernardo. **A construção intelectual do Brasil contemporâneo. Da resistência à ditadura ao governo FHC**. RJ: Jorge Zahar Editor, 2001.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica e direito e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 5. ed., 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 6. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1985.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio : Revan, 1989.

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Francisco de Paula Fernandes Neto
Promotor de Justiça - SC

Sumário: Introdução - 1 Fundamentos jurídicos para a individualização da pena - 2 Conceituação dos critérios legais - 2.1 A culpabilidade - 2.2 A personalidade do réu - 2.3 A conduta social do réu - 3 A aferição dos critérios durante o processo penal - 4 A interdisciplinariedade necessária à aferição dos critérios e repercussões dos critérios na dosimetria e na execução da pena - 5 Análise dos critérios analisados em sentenças condenatórias penais e de decisões na fase de execução penal - Considerações Finais - Referências.

Introdução

Cabe esclarecer, inicialmente, que este artigo é uma exposição abreviada da Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, defendida em março deste ano de 2005.

Objetiva-se abordar a questão dos fundamentos e parâmetros utilizados pelos magistrados para a individualização da pena, refletindo acerca das formas de avaliação e dos elementos informativos à dosimetria e à execução da pena, segundo os critérios de culpabilidade, conduta social e personalidade do agente.

Atualmente, o sentimento generalizado é o de que a aplicação da pena não tem servido para a reprovação e prevenção do crime.

Ao contrário, as medidas judiciais aplicadas aos sentenciados por crimes de natureza grave são consideradas lenientes, buscam antes beneficiá-los a reprová-los, levando ao aumento da violência e reincidência dos criminosos e à sensação generalizada de insegurança e de falta de controle político, que assalta toda a população. Mas a jurisdição não é atriz isolada, nesse teatro dramático.

A sociedade, geralmente, mantém-se atenta para a concretização da correspondência: crime x pena; exige ou espera que 'a justiça seja feita'. A reação social é grandemente ampliada se o delito assume proporções fartamente contempladas pela mídia. Nesse caso, não se 'admite' outro desfecho a não ser a prisão do indiciado; ocorrendo impunidade, desprestigia-se a Justiça, pois a opinião pública associa a atuação dos elementos humanos com a própria instituição.

Qualquer que seja a concepção acerca da origem do Estado e dos poderes que o caracterizam, a tutela dos bens jurídicos relevantes para a coexistência do grupo social vem a ser uma das mais importantes manifestações do Poder Político na garantia daqueles valores assimilados a partir do Poder Ideológico e que interessam ao Poder Econômico, em geral¹. A ofensa àqueles bens jurídicos constitui um crime.

Admitindo-se que o Estado, tal como o próprio Direito, tem a violência como origem e forma de exercício do poder, chegamos à explicação por que ambos são repressivos.² Esse poder original (violência) prestou-se a agregar os grupos humanos tanto para fins de proteção individual como expectativa para a busca de vantagens futuras. Uma vez que o Poder Político se caracteriza pelo uso da força, ele é o sumo poder ou o poder soberano, cuja posse distingue, em toda sociedade organizada, a classe dominante.

O uso (ou abuso) do Estado-aparelho em benefício próprio ou de seu grupo específico é fruto da própria natureza do ser humano, informe ensinou Martine Xiberras³, posto que a confiança recíproca e a busca de lucro individual estariam no cerne dos movimentos agregadores, e que se organizam sob o signo da imposição (poder de uns sobre os outros). Logo, é coerente que um indivíduo solicite

1 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 218.

2 CASTRO, Celso A. Pinheiro. **Sociologia aplicada ao direito**, p. 192.

3 XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**, p. 171.

emprego, mesmo que mediante pagamento sabidamente aviltado: animam-no, pelo menos, a confiança no pagamento certo e a esperança de ascensão a posições de mando ou de autonomia.

Em reação à concepção do Estado-aparelho, nasceu a doutrina segundo a qual o Estado que governa melhor é aquele que governa menos, hoje chamada doutrina do *Estado mínimo*: doutrina que forma o núcleo duro e resistente, e por isso sempre atual, do pensamento liberal do final do século XVIII até os dias de hoje. Sob esta concepção, “Poder Político, uso exclusivo da força, repressão e violência” são expressões aplicadas indistintamente a fenômenos sociais, imprimindo-lhes idêntica conotação de opressão. Segundo essa doutrina, o rótulo de ‘crime’ aplicado pelos mais poderosos (ou aqueles que detêm o Poder) presta-se sim para incrementar seus objetivos, culminando com o concurso de dois elementos determinantes e que incidem sobre a rotulação das condutas tidas como criminosas: 1) o relativismo cultural, e 2) a estrutura de poder⁴. Por esta compreensão minimalista, o crime seria mero acidente social, fruto do acaso de nascimento ou do aleatório de um resultado eleitoral (*data venia*, trata-se de uma conclusão que não abarca a fenomenologia do delito; é de um simplismo ilusório, que resultaria numa penalização acrítica e num sistema opressivo, desumano).

Obviamente, identificar os crimes e cominar-lhes uma penalização, como formalização dos desvios de conduta e da exclusão social pela violência que lhes seria correspondente, não conclui a tarefa do Estado ou da Sociedade. Precisamente com relação ao fenômeno delitivo ou aos comportamentos desviados, o Estado estabelece os fins que se devem perseguir para neutralizá-los e, posteriormente, emprega os meios adequados para a consecução desses fins.

Surge, então, a operação de individualização da pena, historicamente como uma tentativa de se proporcionar à jurisdição a aplicação de pena aos condenados pela prática de crime, segundo as características pessoais, com vistas à racionalização da Política Criminal consubstanciada em se infligir um mínimo de aflição necessária à reprovação e prevenção do crime.

4 CENTURIÃO, Luiz Ricardo Michaelsen. **Identidade e desvio social**, p.22.

1 Fundamentos jurídicos para a individualização da pena

Admitida a dinâmica do exercício do poder num Estado (a partir dos critérios da confiança recíproca e esperança de lucro individual, acrescentadas as características de ordenamento social e coercibilidade), em suas expressões política (força), econômica (meios) e ideológica (valores), melhor se compreendem as escolhas das condutas adequadas (positivação) e de suas desvios (proibição), bem como das respectivas medidas (sanções e recompensas) para correção (prevenção, neutralização e tratamento) destas desvios e dos indivíduos que as protagonizaram.

Foi da França, início do século XX, que veio a noção de individualização da responsabilidade penal, e da repressão a ela dirigida, em oposição à noção de responsabilização penal a uma coletividade, pelos atos de quaisquer de seus membros: a pena de condenação não poderia ser pronunciada contra a coletividade, mas individualmente contra cada um dos que participaram do delito⁵.

Atualmente, o princípio da Individualização da Pena abrange, necessariamente, os princípios da personalidade e da proporcionalidade, garantidores da dignidade do indivíduo. Este princípio está assegurado, no Brasil, pela Constituição da República Federativa, promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu art. 5º, XLVI. Ele se reflete, também, no Código Penal (art. 59)⁶ e na Lei de Execução Penal (art. 5º)⁷.

A personalidade determina que a pena seja dirigida àquela pessoa individualmente considerada, não podendo ultrapassá-la; a proporcionalidade assegura que a pena seja aplicada de acordo com

5 GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**, p. 84.

6 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

7 Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

os limites legais, e não em função do clamor público⁸ ou dos padrões morais, pessoais de cada diferente julgador.

Já o princípio do Devido Processo Legal, jurisdicionalizado, implica um conjunto de garantias processuais que asseguram a sua efetiva tutela: juiz natural e imparcial, contraditório com produção de provas, ampla defesa, decisões adequadamente fundamentadas, duplo grau de jurisdição e direito a um processo sem dilações indevidas⁹.

Também o princípio de Culpa deduz-se da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e do direito à liberdade (art. 5º, LIV e LVII, CRFB/88). Significa que a pena se funda na culpa do agente pela sua ação ou omissão, isto é, em um juízo de reprovação do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo. A aplicação individualizada da pena tem as finalidades de tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, a reinserção do agente na comunidade - e não compensar ou retribuir a culpa.

Extraem-se, assim, três proposições fundamentais: a) o direito penal é um direito voltado para a proteção de bens jurídicos; b) a culpa deve sinalizar o limite da pena, e não o seu fundamento; c) a socialização do criminoso é a finalidade da aplicação da pena.

O Poder Político do Estado Democrático de Direito do Brasil, através de sua função legislativa - representativa da vontade preponderante da nacionalidade - enuncia os bens jurídicos protegidos pela Lei Penal e fixa-lhes, segundo sua importância, os limites mínimo e máximo de sanção aplicável.

Dentre os limites da pena cominada abstratamente, a função jurisdicional do Poder Político estabelecerá, segundo as características pessoais do cidadão criminoso (culpabilidade, em sentido estrito), a quantidade que se considere necessária e suficiente à proteção do bem jurídico (quem sabe até com a sua reparação), à reprovação e à prevenção do crime.

À função executiva desse Poder incumbirá a operacionalização

8 MORAES BARROS, Carmen Silvia de. **A individualização da pena na execução penal**, p. 133.

9 *Idem, ibidem*, p. 134.

de atos para o manejo do cidadão criminoso, tendentes a reinserí-lo socialmente, obedecidos os parâmetros científicos, atendidas as prescrições legais e submetidos ao crivo jurisdicional.

2 Conceituação dos critérios legais

No sistema jurisdicional penal brasileiro, as categorias utilizadas para a individualização da pena são indicadas no art. 59 do Código Penal, dentre as quais, a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do agente são aquelas que, por sua subjetividade, maiores dificuldades apresentam para sua mensuração, avaliação e manejo.

A conjugação destas categorias (somadas às demais) também permite uma importante abordagem metodológica da análise do risco social representado pelo cidadão criminoso, isto é, viabiliza a predição da sua perigosidade, pelo equacionamento do comportamento criminoso e a violência praticada.¹⁰

2.1 A Culpabilidade

Genericamente, é a consciência de desobedecer a lei à qual se está obrigado; é culpável todo aquele que, podendo e devendo obedecer uma certa norma jurídica, vem a violá-la por sua livre vontade e inteira consciência¹¹. Consciente de que pratica um mal, o indivíduo decide consumá-lo, e suportar as suas conseqüências morais, sociais e ou penais.

A lei penal coloca a culpa como limitadora da intensidade e da modalidade de pena (como prevenção geral: é a culpa que fundamenta a pena); e dela dependerá a concreta necessidade de reintegração social, vinculando a personalidade e o caráter do agente ao fato considerado criminoso, objetivamente analisada a atitude pessoal nele manifestada (é a culpa para efeito da medida da pena: prevenção especial).

10 Segundo MORAES ROCHA, João Luís. **Perigosidade, violência: da reinserção à incapacitação**, p.272.

11 FALCONI, Romeu. **Reabilitação criminal**, p.23.

A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa. Tem-se, então, em primeiro lugar, que a medida da pena é estabelecida pela necessidade de tutela de bens jurídicos (a vida, o patrimônio, a fé pública), isto é, pelas exigências de prevenção geral (pena em abstrato); posteriormente, a medida concreta da pena é encontrada em função das necessidades de prevenção especial de socialização do agente ou, sendo estas inexistentes, das necessidades de intimidação e de segurança, considerado individualmente o seu destinatário. A culpa, nestes casos, indicou o limite máximo da pena (em abstrato) e que não pode ser ultrapassado em nome de exigências preventivas (em concreto).

A Culpabilidade como prevenção especial, apurada no processo de conhecimento, é que deverá informar a forma de execução da pena imposta nas hipóteses de suspensão condicional (art. 77, I, Código Penal) ou de substituição por pena restritiva de direitos (art. 44, III, do Código Penal); todavia, depois de fixada em sentença a pena definitiva e o regime inicial para o seu cumprimento, o critério Culpabilidade não mais influirá na fase de execução da pena para fundamentar qualquer incidente, quer em benefício, quer em agravamento à situação do condenado.

Esta é a interpretação sistêmica que se pode emprestar aos enunciados legais inculpidos na Carta Magna e no art. 59 do Código Penal, quando empregam as expressões culpa, culpável e culpabilidade.

2.2 A Personalidade do réu

Segundo Daniel Lagache¹², personalidade seria uma estrutura como “resultado permanente das escolhas e das rejeições realizadas por um sujeito ‘no’ campo psicológico, visto como o conjunto das relações do organismo e do meio.”

O homem descende de uma cultura e por isso tende a incorporar-se ao grupo familiar ou social do qual provém, absorvendo ou adotando suas crenças e seus valores, quando não venera e reveren-

12 *apud* DORON, Roland e PAROT, Françoise (orgs.). **Dicionário de Psicologia**, p. 585.

cia alguns dos membros mais influentes. Resulta, porém, que pode o indivíduo identificar-se com algum membro marginal do segmento social ao qual pertence e, por força dessa atração natural, se recusar a aceitar qualquer outra forma de conduta como socialmente adequada, enveredando pela senda distorcida da criminalidade. Portanto, a personalidade do indivíduo pode ser condicionada, mas não determinada, pelo entorno social em que convive. Sob o ponto de vista jurisdicional, uma personalidade criminológica incontrolável e irrecuperável determinará necessariamente o juízo de periculosidade do réu¹³.

A Política Criminal brasileira, ao incluir a análise da personalidade do agente no Código Penal, como critério prévio ao estabelecimento da pena aplicável, dentre as cominadas abstratamente ao tipo culpável, está indubitavelmente perfilhando a concepção de constatação da sua periculosidade pelo equacionamento do comportamento criminoso com a violência efetivamente praticada; ao subordinar a execução da pena a esse mesmo critério, perfilha a concepção de predição de periculosidade do condenado, a partir dos exames que devem informar as decisões para concessão ou indeferimento de medidas que o reconduzam ao convívio social.

Este critério (Personalidade), a ser abordado no processo de conhecimento e explicitado na sentença condenatória como fundamento para estabelecimento da pena, irá influir também na forma de execução da pena por ocasião da concessão de suspensão condicional da pena (art. 77, I, do Código Penal) ou na conversão em pena restritiva de direitos (art. 44, III, do Código Penal); e servirá de ponto de partida da execução da pena corporal, segundo os dados aferidos em exame criminológico, no início do cumprimento de pena restritiva de liberdade em regime fechado (obrigatório) ou semi-aberto (facultativo).

2.3 A conduta social do réu

A Conduta Social pode ser conceituada como a atividade do indivíduo em interação com seu ambiente; é a personalidade em ação,

13 ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina-jurisprudência-prática**. p. 76.

projetando suas escolhas no ambiente onde existe, interagindo com os referenciais externos ao indivíduo.

A conduta social diz respeito ao papel ou ao comportamento que o agente desempenha no meio em que vive. Assim, devem ser considerados a sua integração comunitária, as suas amizades, a sua atividade laboral, o seu relacionamento familiar, os seus hábitos de lazer, o seu desempenho escolar etc.

Este critério, explícito na sentença condenatória como fundamento para estabelecimento da quantidade de pena, irá influir também na forma de execução da pena, por ocasião da concessão de suspensão condicional (art. 77, I, do Código Penal) ou na conversão em pena restritiva de direitos (art. 44, III, do Código Penal), mas não será mais invocada na fase de execução da pena, propriamente dita, quer para beneficiar o condenado, ou mesmo para restringir-lhe algum benefício que o reconduza à liberdade.

A Culpabilidade, a Personalidade do Réu e sua Conduta Social partem de conceitos ligados à personalidade individual e à influência adquirida pelo convívio social, entremeando-se em significados que freqüentemente confundem os limites das respectivas extensões. No ato jurisdicional não é raro encontrar esses pontos de convergência conceitual, parecendo que o conceito de personalidade permeia todas as demais categorias; noutras vezes, está a culpabilidade a servir de sinônimo para as demais categorias.

Não cuidando a legislação penal de delimitar os respectivos conceitos operacionais, é necessária a conclusão que deixou as respostas e limitações ao encargo das demais ciências que iluminam o conhecimento científico da humanidade, e ao sabor de seus progressos.

3 A aferição dos critérios durante o processo penal e a interdisciplinariedade necessária àquela aferição

O art. 59 do Código Penal assegura a individualização da pena, vindo este (Código) a oferecer ao *arbitrium iudices*¹⁴ uma maior gama

14 Ou *arbitrio juridicamente vinculado*, posto que exige respeito aos critérios legais e

de opções para a fixação da quantidade de pena, dentro dos limites fixados ao tipo penal. Cabe ao magistrado fixar o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade como fator indispensável da individualização, a qual se completará no curso do procedimento executório em função do exame criminológico. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: atender à necessidade e eficácia para 'reprovação e prevenção do crime'.

Ao debruçar-se sobre o fato criminoso concreto, o julgador concentra-se na análise da história do delinqüente, sob o ponto de vista de sua vida individual, familiar, social, comunitária, especialmente se o crime praticado revelou enorme perversidade e crueldade, despertando horror e repugnância da opinião pública.

Conseqüência do exame individual da personalidade do agente e de sua conduta social, segundo Almeida¹⁵, é a de que, ao sentenciar, o juiz criminal é obrigado a fazer a dosimetria da pena separadamente para cada um dos réus (individualização). Uma investigação desta natureza permite não só estimar adequadamente o caráter de prevenção ao indivíduo (dissuadi-lo do desejo à reincidência) e de prevenção à sociedade (na medida que faz valer a inibição de caráter geral contida na norma e na pena cominada em abstrato), como também permite apurar valores sócio-individuais e condutas que poderão ser úteis no manejo ressocializador ao cidadão-criminoso (na fase de execução da pena).

O interrogatório, ato pessoal do magistrado, tem-se constituído no único momento processual em que o julgador pode colher elementos para avaliar a personalidade e a conduta social do acusado, inclusive sob o crivo atento do contraditório. Todavia, é pequena a quantidade de processos em que o autor da sentença final se trata

científicos, fundamentado em motivação lógica ou razoável, suscetível de revisão pela instância superior (segundo RAMOS TAPIA, Maria Inmaculada. **El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena**, p. 613-633).

15 "O magistrado está obrigado a proceder dessa maneira porque, embora atuando em co-autoria, a forma como determinados acusados agem ou reagem quando da prática do crime, ou mesmo em seu cotidiano, geralmente é diferente. Assim também se dá no modo como solucionam os problemas enfrentados no dia-a-dia, a maneira de se comportarem, suas idiossincrasias, suas prioridades, suas predileções e seus valores." ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Op. Cit.*, p. 80 - 82.

da mesma pessoa que colheu as impressões em contato direto com o réu, por ocasião de seu interrogatório. A mais disto, não é comum o magistrado que faz constar no termo de interrogatório as impressões, ainda que superficiais, sobre a personalidade e conduta social do réu, segundo ele próprio (o réu). Provavelmente por isto, o art. 187 do Código de Processo Penal, com a alteração promovida pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, passou a regular de maneira diversa o conteúdo e forma de condução de um interrogatório, fazendo inserir indagações obrigatórias (isto é: *ex vi lege*), dirigidas ao réu¹⁶, facultada a participação das partes para suprir as omissões de indagações¹⁷ e a ele (o réu), o direito constitucional de calar. É mais uma tentativa, paliativa é bem verdade, para se tentar equacionar, ao menos formalmente, o princípio constitucional, criminológico e penal de Individualização da Pena ao iterativo modo de agir jurisdicional.

Independentemente da existência de lei expressa neste sentido, seria mais racional, ético e científico que a jurisdição se valesse de profissionais habilitados a investigar, sob metodologia apropriada, e a diagnosticar, com rigor científico, essas manifestações pessoais e sociais que o legislador nativo considera necessárias à indispensável operação de Individualização da Pena – garantida pela Magna Carta.

O estudo do fenômeno criminológico (o crime e o criminoso) desde sempre envolveu a indagação sobre aspectos humanos que transcendem a Ética ou a órbita jurídica. A pesquisa acerca dos aspectos comportamentais, a partir de suas causas psíquicas, sociais e ou atávicas constantemente permeou a elaboração de leis e de políticas para o controle e erradicação do fenômeno antissocial. O jurista paranaense René A. Dotti¹⁸ reconhece valor na interdisciplinariedade científica para a consecução de uma decisão mais justa, pois

16 Art. 187. O juiz deverá indagar ao interrogado sobre sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

17 Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

18 DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. p.146.

considera que “além das contribuições que necessariamente devem surgir dos esforços comunitários, o sistema jurisdicional não pode aferrar-se a um hermetismo asfixiante e inconciliável com a evolução dos costumes e das instituições.”

Não se pode olvidar que a personalidade é algo surpreendente e faz com que o indivíduo ora se apresente de certo modo, ora exteriorize conduta diversa em seu comportamento interpessoal. É ela responsável, pode-se assim dizer, pelas diferentes maneiras como o homem se comporta em sociedade. Por isso, seu estudo e compreensão não podem ser atingidos por ocasião de um encontro fortuito, nem explicados apenas com base na ciência jurídica, mas devem obrigatoriamente ser pesquisados em outros campos do conhecimento humano, dentre os quais se destacam a Filosofia, a Psicologia, a Biologia, a Psiquiatria, a Criminologia e a Antropologia.

Dosar “a quantidade de pena suficiente” para determinado indivíduo autor de ato definido como crime, embora não possa traduzir uma solução dotada de infalibilidade, ainda assim, pode obedecer a critérios científicos para o estabelecimento de tendências, avaliáveis e passíveis de correção, com o objetivo de aproximar a sua execução a um provável êxito, tanto quanto este seja possível. É prognóstico, amadrinhado pelo lapso temporal expressamente fixado pela lei penal, que garante a igualdade de todos perante a lei e ao processo, bem como fruto da legítima função do Poder Político de um Estado Democrático de Direito.

Forçoso é constatar que as decisões judiciais criminais condenatórias não logram atender aos princípios de Criminologia ou à metodologia proposta pela Lei Penal, na medida em que desprezam, ignoram e prescindem do concurso de ciências e atividades afins (Psicologia, Pedagogia, Psiquiatria, Serviço Social) para o estabelecimento de critérios para a compreensão da Personalidade, da Conduta Social e Culpabilidade do Réu.

Ao afirmar a necessidade de interdisciplinariedade na compreensão da personalidade, na apuração da conduta social e no planejamento do manejo ao Réu (quando da execução da pena), convém ressaltar que não se pretende a usurpação ou substituição da figura exponencial do magistrado - juiz da culpabilidade e árbitro

“juridicamente vinculado” da moralidade vigente num momento histórico e num determinado grupo social – na presidência de um processo criminal. Tampouco a substituição da Ciência Jurídica por outros ramos do saber universal.

Os efeitos benéficos da interdisciplinariedade, mormente na execução de penas, são reconhecidos pelo legislador quando, em art. 7º da Lei de Execução Penal – LEP –, constitui a Comissão Técnica de Classificação (com incumbência de classificar e elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade ao condenado, após submetê-lo a exame criminológico) por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (falta um orientador educacional, pelo menos). Assim, não parece coerente se reconhecer pertinência da interdisciplinariedade para examinar e classificar um condenado segundo sua personalidade, para fins de execução da pena, mas ao mesmo tempo considerá-la desnecessária para auxiliar o magistrado na aferição dessa mesma categoria, na aplicação da pena – operação esta com reflexos tão importantes, ou maiores, na vida do cidadão criminoso.

A penalização sem uma análise interdisciplinar da pessoa e de seu entorno social constituirá mera tarefa burocrática e formal e, portanto, tendente a aproximar-se do mínimo legal da pena tarifada em lei, possibilitando tratamentos penais semelhantes aos condenados por idênticos delitos, porém, representativos de diferentes ameaças ao convívio social. É fato que não existem em nossos estabelecimentos penais os projetos e as realizações efetivas para materializar os objetivos assinalados pelo programas formais de tratamento, portanto – enquanto não surgir algo melhor e mais inteligente do que o Direito Penal – temos de conviver com esse déficit, potencializado pela insensibilidade dos agentes políticos.

Mesmo as penas alternativas – que pretendem abreviar a crise da pena de prisão – não atendem ao objetivo fundamental de sanção penal, que é reeducar o apenado e integrá-lo socialmente. Por serem executadas em ambiente liberto, o condenado não chega a dessocializar-se – no sentido de privar-se do convívio social e dos valores que o animam não-intencionalmente – e, portanto, deixa de sofrer as conseqüências mais danosas do cárcere. Entretanto, não há

um esforço racional, científico, para suprir o indivíduo desviado das carências que o conduziram ao cometimento do ato antissocial.

Possível é a conclusão de que o sistema criminal brasileiro atual seja o reflexo da prática da maioria da sociedade ou, pelo menos, de sua parcela representativa.

4 As repercussões dos critérios na dosimetria e na execução da pena

A consideração das circunstâncias judiciais por ocasião da fixação da pena em sede de decisão criminal reveste-se de considerável importância teórica e prática.

Teórica, na medida em que, após sua análise, o condenado pela prática de crimes considerados de grave potencial ofensivo poderá ter sua liberdade imediatamente restringida; poderá ter ampliado ou reduzido o prazo para progressão de regime durante sua execução, em decorrência da pena que, concretamente, vier a ser imposta; poderá ter negado benefícios como suspensão condicional da pena ou substituição por pena alternativa à prisão. Em se tratando de crimes considerados de médio potencial ofensivo, já na fase vestibular do processo, poderá ter negado o benefício de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95). E ainda: na hipótese de ser-lhe imputada autoria de delito considerado de menor potencial ofensivo - mesmo antes de deflagrada a ação penal competente - o acusado poderá ser privado do direito subjetivo público à transação penal (art. 76, §2º, III, da Lei nº 9.099/95). A eventual ausência de fundamentação na decisão judicial em relação a essas circunstâncias pode levar à anulação do *decisum*.

Prática, porque não são raras as condenações criminais cujas sentenças são reformadas pelos órgãos recursais quando, embora lhes reconhecendo a pertinência da fundamentação, o colegiado considera abusiva sua influência na fixação da pena-base (mesmo nos casos em que o julgador recorrido tenha atuado no estrito âmbito de sua competência e fundamentado o seu juízo logicamente).

Junto aos critérios de antecedentes, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, também as categorias Culpabilidade, Conduta Social e Personalidade do agente deverão ser consideradas pelo magistrado para a fixação da pena-base – primeira operação na fixação da pena.

O critério de Personalidade, em particular, junto às circunstâncias de motivo determinante do crime e de reincidência, é considerado pela lei penal como preponderante em relação aos demais critérios e circunstâncias que agravam ou atenuam a pena, implicando a aproximação do limite mínimo (ser for favorável) ou máximo (se for desfavorável ao réu) cominado ao tipo.

A jurisprudência catarinense tem firmado entendimento de que a pena-base deva ser delineada a partir da cominação mínima da pena correspondente ao tipo apurado. Todavia, a lei penal (art. 59, do Código Penal) não faz qualquer referência a esta vinculação, mas sim aos critérios de necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Embora a lei penal não seja taxativa quanto ao ponto de partida para a operação de fixação da pena base, é certo que a pena não pode ser fixada nem acima do máximo e nem aquém do mínimo legal cominados ao tipo penal, devendo ser fundamentados, em qualquer caso, os critérios reconhecidos pelo juiz como provados no processo, a fim de assegurar o exercício do contraditório, da ampla defesa e de recorribilidade das decisões, pelas partes. Outra solução esbarraria no clássico e inestimável Princípio da Reserva Legal.

A execução de pena tanto se pode dar em meio aberto¹⁹, quanto em ambiente de confinamento²⁰. Em qualquer desses ambientes, as penas impostas terão as mesmas finalidades: prevenção geral (intimidação, pela concretização da ameaça ao ofensor do bem jurídico protegido pela lei penal), prevenção especial (retribuição dissuasória pelo malefício causado) e ressocialização²¹ do apenado. Além de

19 Nos casos das penas restritivas de direito (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e nas privativas de liberdade, sob regime aberto.

20 Nos casos de penas restritivas da liberdade em regime fechado ou semi-aberto.

21 Utilizam-se as expressões ‘reeducação’, ‘ressocialização’ e ‘reintegração social’ do apenado

não perder de vista estas finalidades, a individualização executória da pena deverá dispensar primazia ao caráter de reinserção social, qualquer que seja o ambiente de execução.

É curial reconhecer que o Estado terá maiores dificuldades, ou menores possibilidades, para promover a ressocialização do condenado recluso, sem o contato com o meio social onde se pretende reintegrá-lo. Em meio recluso, as finalidades a serem perseguidas dirão respeito ao oferecimento de meios para educação formal, profissionalização e auto-conhecimento, ao detento cooperativo; ou de mera proteção temporária à sociedade, em relação ao detento que recusar tais assistências. Sua progressiva integração social ocorrerá a partir do efetivo convívio comunitário, inicialmente sob condições, até o alcance da completa liberdade.

Isto porque, na fase de individualização da pena em execução, não mais se perquire sobre a inocência do condenado, nem da quantidade de pena suficiente para a prevenção geral dos crimes, segundo os critérios de conduta social, culpabilidade, motivos, circunstâncias, comportamento da vítima e conseqüências do crime. Esse será o momento em que, a partir da situação dada (qualidade de pena imposta, duração e o regime inicial fixado), se ocupará o Estado (Poder Político/função executiva) com a criação de possibilidades de participação do condenado nos sistemas sociais.²²

Os critérios de Culpabilidade e de Conduta Social terão sido úteis, ainda na fase de sentença, apenas para se reconhecer o direito subjetivo público do condenado à suspensão condicional da pena ou à substituição da pena restritiva da liberdade por restritiva de direitos (execução em meio social, aberto), cessando de produzir efeitos no curso da execução propriamente dita. Também eles não terão qualquer aplicação ou perquirição na execução de penas em meio aberto, sejam elas restritivas de direitos, de multa ou restritiva

como sinônimas, naquilo que têm em comum, na perspectiva de proporcionar condições para a harmônica integração social e suprir o indivíduo das carências que possivelmente levaram ao desvio de sua conduta (desemprego, pobreza, inferioridade mental, vícios, ignorância, etc.). Não são empregadas, portanto, na maior ênfase no tratamento ao apenado: educação, socialização ou colocação em determinado estrato social.

22 Segundo MIR PUIG, *apud* DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.*, p.138.

da liberdade (detenção em regime aberto, por exemplo).

O critério de Conduta Social, por sua vez, dará lugar a outras indagações, apropriadas ao cumprimento de pena em ambiente confinado, tais como “comportamento adequado (art. 123, I, LEP), bom comportamento carcerário (art. 112, LEP), disciplina (art. 37, 44 e 114, II, LEP), senso de responsabilidade (art. 37 e 114, II, LEP)”, etc., com reflexos importantes na individualização do cumprimento da pena inicialmente imposta.

Para a individualização da execução de pena restritiva de liberdade - a completar as fases políticas anteriores de cominação (pelo Legislativo) e de aplicação da pena (pelo Judiciário) - o seu marco inicial será a classificação do sentenciado.

O critério Personalidade - que já foi objeto de indagação para a escolha da pena definitiva - terá especial relevância para informar as decisões judiciais relacionadas aos respectivos incidentes, também no curso da individualização da execução penal. Este critério, sem dúvida, ocupa posição de destaque na tentativa de compreensão do criminoso e ao próprio crime, e sua relevância na execução da pena resultará na antecipação ou postergação da restituição do sentenciado à liberdade, conforme sua dinâmica ao longo da execução, dentro dos marcos legais (para concessão de recompensas/benefícios) e judiciais da pena fixada na sentença condenatória.

A Lei de Execução Penal - LEP, no seu art. 5º, estabelece que o condenado será classificado segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Tarefa que o art. 6º, da mesma lei, atribui a uma Comissão Técnica de Classificação “*que elaborará programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório*”. O juízo da execução é o momento de prognose, não de diagnose. Nele não há de se modificar as conclusões do processo-crime passado mas, levando em conta o tempo de pena a ser cumprida, emprestar-lhe um enfoque prospectivo.

A execução conferirá tratamento diverso a cada apenado (individualização), conforme seus méritos ou, no dizer de Muñoz Conde²³

23 Apud MORAES BARROS, Carmen Silvia de. *Op. Cit.*, p. 136.

“a individualização na execução como aquela fase, com intervenção judicial e administrativa, na qual a pena imposta na sentença se conforma à evolução e incidentes de seu cumprimento”.

Assim, para que sejam alcançados os fins da execução penal, o preso deve mostrar-se adaptado às regras impostas. Obviamente, não necessita demonstrar conformismo, arrependimento e transformação. Como já afirmado, são regras objetivas; basta ao preso a elas aderir. Em razão do respeito devido à dignidade do preso, a exigência possível – mas não imprescindível – é a da sua mudança exterior.

Demonstra adaptação o preso que trabalha (art. 31 e 126 da LEP), que respeita os deveres estabelecidos na lei (art. 39 da LEP), que participa de cursos educacionais e de formação profissional (art. 125, LEP), enfim, que tem bom comportamento carcerário. É a avaliação dessas circunstâncias, dessa sua adesão voluntária ao conjunto de regras e medidas para possibilitar seu retorno ao convívio social, que pode servir de fundamento à decisão para progressão do regime de cumprimento da pena, seja para o semi-aberto (art. 112, LEP), seja para o aberto (art. 114, LEP); para preservação do período remido (art. 127, LEP); para a concessão de saída temporária (art. 123, LEP), de trabalho externo (art. 37, LEP), de livramento condicional (art. 83, Código Penal), indulto e comutação de penas (art. 112, §2º, LEP).

A regressão de regime de cumprimento de pena ou a revogação de benefícios, com fundamento na prática de falta grave ou de novo crime durante a execução, é forma de individualização da pena do sentenciado que não desejou se adequar ou não se adaptou às regras do regime mais brando. Avalia-se, neste visio, sua conduta carcerária (sua conduta ‘social’ em ambiente restrito) como parâmetro ou critério norteador à individualização na execução da pena; noutros casos, adapta-se essa execução à pena resultante da cumulação de recriações (v.g. sobrevindo nova condenação), mesmo por atos praticados antes do início da execução dessa pena.

O entendimento de que o ‘direito’ à individualização da pena não possa vir em prejuízo do sentenciado, mas apenas em seu benefício, e a partir desse raciocínio considerar inconstitucionais todas as disposições legais que resultem em restrições ao direito de progressão de regime prisional (crimes hediondos), revogações de benefícios (re-

vogação de livramento condicional), perda de expectativas de direito (dias remidos, v.g.), na verdade contempla a Política Criminal como uma atividade de poder político inverso – isto é, de um suposto direito subjetivo público, em que o cidadão tenha garantida a primazia sobre os interesses do Estado (no caso do Estado Democrático de Direito, o povo). Sem dúvida, trata-se de mais um embate nessa tensão dialética permanente entre o público e o privado; entre o governo e os governados; entre o grupo e o indivíduo, cujo término não se vislumbra, nem se pode supor a síntese definitiva. Obviamente, desprezam a finalidade de proteção temporária à sociedade, quando consideram o livramento condicional ou remição como direitos subjetivos públicos insuscetíveis de revogação ou indeferimento, com base na conduta refratária às regras (falta grave, fuga, prática de nova infração penal), por parte do sentenciado. O simples curso do tempo, neste caso, seria o suficiente para a restituição do cidadão criminoso ao meio social, íntegro, qual fenômeno biológico observado na recomposição da cauda de certos répteis (lagartixas, por exemplo).

Ora, sob qualquer ideologia ou regime econômico, o Poder Político do Estado será o único legitimado a tutelar os valores considerados relevantes pelo grupo social, em qualquer circunstância, e **a neutralização do agente desviante será preferida ao sacrifício da existência do grupo social considerado**. Esta neutralização pode se dar pela aplicação de sanções punitivas (até o confinamento), por meio de recompensas (caso da ressocialização) ou pela simples e pura eliminação (pena de morte, banimento).

Em qualquer desses casos, será indispensável **o manejo ou tratamento** do criminoso; exceção feita, talvez, aos casos de eliminação – e que não é o caso da sociedade brasileira, nem parece ser a hipótese mais humana e fraterna concebida pelo poder político das diferentes nações.

Induvidosamente, as decisões judiciais criminais condenatórias, assim como as executórias penais, não logram atender aos princípios de Criminologia ou à metodologia proposta pela lei penal brasileira, valendo-se unicamente da dogmática jurídico-penal. É necessário o concurso de ciências e atividades afins (Psicologia, Pedagogia, Psiquiatria, Sociologia e Serviço

Social) para o estabelecimento de critérios para a compreensão da personalidade, da conduta social e culpabilidade do réu.

5. Análise dos critérios analisados em sentenças condenatórias penais e de decisões na fase de execução penal

Foram examinadas, de forma aleatória, quinze sentenças preferidas em processos criminais já concluídos, com decisão final condenatória transitada em julgado, na Comarca de Joinville. Nenhuma daquelas sentenças foi objeto de recurso por parte do Ministério Público ou do defensor do réu, com base na ausência de fundamentação, impropriedade de critérios ou com vistas a colocar em dúvida, perante instância superior, a razoabilidade ou validade das conclusões judiciais tocante às circunstâncias de culpabilidade, personalidade e conduta social. Supõe-se que resultado idêntico será obtido na análise de qualquer grupamento de sentenças judiciais condenatórias, em qualquer comarca e Estado brasileiro.

No tocante à avaliação da culpabilidade, nas decisões analisadas, restou claríssima a confusão entre a culpa que fundamenta a pena – a censurabilidade do fato, ligada à noção de imputabilidade do indivíduo - e a culpa para efeito de medida da pena, objetivamente analisada a atitude pessoal do agente, manifestada na execução do ato censurado. Por conseguinte, nenhum julgador ousou permitir que sua declarada ‘avaliação’ da culpabilidade viesse a interferir no momento da individualização da pena (sua medida e forma de execução), apesar de, numa única sentença, ter sido considerado o modo de atuação do réu para a prática do crime.

Quer pelo uso reiterado de adjetivações sem conteúdo objetivo (“inarredável, favorável, cristalina, normais à espécie, favorece o acusado, em grau mediano, normal ao tipo legal infringido, normal ao delito”), quer pelo insuperável obstáculo de não poder relacionar qualquer daquelas adjetivações a algum dos meios de prova colacionados ao processo (nem nos interrogatórios em que o réu confessou a autoria, os magistrados demonstraram disposição para indagar-lhes sobre suas atitudes pessoais, detalhes da execução, escolhas no

momento da conduta, etc.), ou ainda, quer pela ausência de qualquer suporte técnico científico ou parâmetro para suas constatações e, mais freqüentemente, face à confusão com outras circunstâncias legais (“o réu apresenta péssimos antecedentes criminais; embora as notícias de outras práticas delituosas por parte do autor; agiu com vontade livre e consciente, acrescido do elemento subjetivo do injusto; maior, mentalmente hígido, totalmente imputável; evidente, vez que tinha ciência da ilicitude e reprovabilidade de seu ato; conhecia o caráter ilícito do ato que praticava e possuía plenas condições de portar-se de modo diverso; imputável, tinha plenas condições de entender o caráter ilícito do fato que praticou e de determinar-se de acordo com este entendimento”), nas decisões analisadas não se observou a aplicação de pena acima do mínimo cominado abstratamente pela norma penal correspondente, com fundamento na circunstância penal de culpabilidade.

Houve exemplos interessantes: num caso, se considerou o fato de autor e vítima estarem sob efeito do álcool, no momento do crime; noutro, levou-se em conta o modus operandi revelador de sofisticação, a quantidade de droga apreendida, sua embalagem de modo a embarçar o trabalho da polícia. No primeiro caso, foi mantida a pena no patamar mínimo legal; no segundo, ocorreu a fixação da pena-base, em 1/3 acima do mínimo – louvando-se o juiz no conjunto de circunstâncias judiciais desfavoráveis, entre elas a culpabilidade. Constata-se que, nestes casos, o magistrado reconheceu e avaliou a atitude pessoal manifestada pelo agente ao praticar a conduta antijurídica, nuances que não estão tipificadas estritamente na lei penal e, no entanto, prestam-se a distinguir uma conduta de outra, com vistas à racionalização da Política Criminal consubstanciada em se infligir um mínimo de aflição necessária à reprovação e prevenção do crime.

Ao se constatar a confusão entre a culpabilidade como medida da pena a ser imposta e as noções de imputabilidade, antecedentes criminais e culpabilidade como fundamento do próprio crime (dolo), não é absurda a hipótese de que os magistrados ficassem intelectualmente incomodados, desconfortáveis com a operação realizada, vez que esses parâmetros, já os haviam ultrapassado momento antes, ao analisar se houvera ato típico, passível de sanção.

Também salta aos olhos o desinteresse pela avaliação da personalidade dos réus e, por força de conseqüência, a sua inutilidade no resultado final da operação judicial de individualização da pena. As sentenças trouxeram as clássicas adjetivações vácuas – “normal ou normal à espécie; razoável; favorece ou não favorece o acusado; não é boa; inexistem referências ou não há melhores dados” - ou uma constatação que já é conclusiva: “enseja a aplicação da pena-base no mínimo legal”, sem declarar o motivo ou característica que, constatada pelo magistrado, ensejaria aquela aplicação. Outras sentenças ousaram enfrentar o questionamento, tendo sido afirmado que se constatara “fraqueza moral, preferindo lançar mão do alheio a buscar trabalho honesto”; ou, “mal formada, preferindo o caminho da criminalidade ao do trabalho honesto, com propensão para a prática de delitos contra o patrimônio”; ou “péssima na medida em que se trata de agente voltado exclusivamente a ações delituosas”. Em nenhum destes casos, porém, indicou o magistrado a fonte de suas constatações, sendo certo que no processo nada se indagara a respeito e que não houvera qualquer investigação interdisciplinar sobre a pessoa do réu.

Num dos casos, as conclusões sobre a personalidade do réu (destituídas de qualquer suporte probatório, repita-se) serviram de fundamento para se fixar o regime inicial como sendo o fechado – o mais rigoroso para a pena de reclusão. Noutro, após afirmar ser “má” a personalidade do réu, o magistrado louvou-se na certidão de antecedentes criminais que davam o réu por reincidente. Neste caso, poderia estar ocorrendo um *bis in idem*, vez que a reincidência é circunstância que, por si só, influi na dosimetria da pena²⁴.

Reveladoras do *arbitrium iudicis* levado ao paroxismo foram as avaliações da personalidade de um mesmo réu, na apreciação de diferentes magistrados: para um juiz, a personalidade do réu era-lhe ‘favorável’; ao outro julgador, era ‘voltada para o cometimento de crimes contra o patrimônio’.

Em ambos os casos, o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, juiz competente) foi observado; as decisões foram

24 Súmula 241/STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

prolatadas e não houve recurso. Formalmente, tratam-se de decisões firmes, válidas, racionais e proporcionais. Todavia, teriam sido eficazes ou eficientes, para os fins legais da individualização da pena? Decididamente não. A omissão estatal, neste caso, não garantiu o direito constitucional à individualização da pena; a sentença foi apenas uma justificação formal para que o magistrado se louvasse em sua própria omissão ou na projeção de sua própria personalidade para afirmar a ausência de circunstâncias desfavoráveis ao réu.

Essa amostragem, de representatividade quase nula (se considerado o critério quantitativo) e propositadamente aleatória, permite concluir que o exame de sentenças condenatórias é revelador da omissão da atividade jurisdicional brasileira em avaliar os paradigmas individualizadores e, por conseguinte, em dosar a pena de acordo com os mesmos – tal como preconizados na lei penal nativa.

Considerações Finais

Se pode verificar que a Política Criminal busca sedimentar os valores que informam a classe dominante, representativa num momento histórico dos anseios da coletividade, em sua maioria. A função legislativa do Poder Político brasileiro tem procurado traduzir em textos positivados os propósitos humanistas universais (Poder Ideológico).

No Brasil, a noção de Individualização da Pena como uma Política Criminal se deu com a superveniência do Código Penal de 1940, acrescentando elementos subjetivos do agente às circunstâncias concretas do crime praticado, para serem avaliados pela autoridade judiciária, por ocasião de imposição da pena ao criminoso considerado culpado. As categorias utilizadas para a individualização da pena são indicadas em art. 59 do Código Penal, dentre as quais, a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do agente são aquelas que, por sua subjetividade, maiores dificuldades apresentam para serem mensuradas, avaliadas e operacionalizadas no manejo do cidadão criminoso. Não obstante, foi possível constatar que nunca as funções judiciária e executiva do Poder Político efetivamente se mobilizaram no sentido de concretizar esta individualização da pena, mediante a

aferição adequada de culpabilidade, personalidade e conduta social – ou quaisquer outras expressões similares – dos Réus, nem na fase de aplicação, nem naquela de execução da pena.

O legislador penal, ao não delimitar os respectivos conceitos operacionais, deixou essas respostas ao encargo das ciências afins à Criminologia. O interrogatório se constitui atualmente no único momento processual em que o julgador colhe elementos para avaliar a personalidade e a conduta social do acusado, sendo muito pequeno o número de processos em que se procura obter indicações mais realistas sobre a personalidade, conduta social e culpabilidade do réu, no cometimento do crime.

A individualização da pena não se trata de direito disponível pelo réu; antes, é um ônus imposto à jurisdição em reconhecimento a um direito fundamental do cidadão criminoso, também ele detentor de dignidade humana. Mesmo nas hipóteses em que o magistrado não venha a contar com a colaboração do Réu para proporcionar dados sobre sua conduta social, ainda assim, não fica desobrigado o Estado do dever de promover as investigações indispensáveis ao cumprimento desta tarefa, mediante fundamentação técnica. Logo, ainda na fase processual, afigura-se mais racional, ético e científico que a jurisdição se valha de profissionais habilitados a investigar, sob metodologia apropriada, e a diagnosticar, com rigor científico, essas manifestações pessoais e sociais que o legislador nativo considera necessárias à indispensável operação de Individualização da Pena – garantida pela Magna Carta.

A interdisciplinariedade, em texto legal hoje restrita à individualização da execução da pena, deve ser estendida também, e principalmente, à fase de conhecimento para a aferição da personalidade e conduta social do acusado, como eficiente meio de individualização da pena a ser aplicada – determinante da qualidade de pena a ser executada (restritiva da liberdade ou de direitos, do regime inicial ou mesmo da suspensão condicional da pena) – cujos resultados poderão servir já de informação inicial ao exame e classificação do condenado.

Se é verdade que a concretização do sistema de crimes e penas, via legislativa, será tão eficiente quanto a legitimidade (representatividade) do órgão legislador; também pode-se afirmar que a realização

da aplicação da lei ao criminoso, será tão eficiente quanto a atuação dos órgãos que operam o sistema jurisdicional (órgãos de investigação, juízes, promotores de justiça, advogados e sistema prisional). A falha de qualquer destes (ou de muitos destes) não invalida a cultura humana de penalização, não inviabiliza o ideal de proporcionalidade na individualização da pena, e nem decreta a falência das penas restritivas de liberdade; somente inutiliza o estereótipo formal que se pretende penalizador-reformador.

Se não houver uma estrutura de execução de pena voltada para o fim de reintegração social do cidadão criminoso, os critérios de Culpabilidade, Personalidade e Conduta Social não necessitam ser avaliados cientificamente (através da interdisciplinabilidade) e a pena aplicada pelo magistrado será estéril formalidade; sua execução, uma atividade sem qualquer objetivo ou com um objetivo qualquer, isto é: sem utilidade; seu êxito, um golpe do acaso.

É evidente que a execução da pena deveria ser conduzida com a participação ativa do sentenciado, cuja disposição em adequar-se às exigências disciplinares, aos trabalhos propostos e em abster-se da prática de novos delitos caracterizaria seu mérito para retorno ao convívio social, em tempo menor do que aquele inicialmente fixado na sentença (e que traduz o período que a sociedade, através do poder político, fixa como cabível e racional para os fins de tutela de bens jurídicos, prevenção geral e especial). Em sentido contrário, o sentenciado não-cooperativo (no exercício de sua liberdade de continuar sendo o que sempre foi, sem necessidade de adaptar-se às regras externas) cumpriria o débito penal pela integral execução da pena fixada no juízo da culpa.

O caminho a ser trilhado pela Política Criminal brasileira, no que se refere à efetivação do sistema penalizador-ressocializador, parece ser tão longo quanto já o era, em 1940.

Referências

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal**: doutrina-jurisprudência-prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani do original italiano Teoria Generale Della Politica. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CASTRO, Celso A. Pinheiro. **Sociologia aplicada ao direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

CENTURIÃO, Luiz Ricardo Michaelson. **Identidade e desvio social**. Curitiba: Juruá, 2003.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo (colab.) et alii. **Código Penal**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DORON, Roland e PAROT, Françoise (orgs.). **Dicionário de Psicologia**. Tradução de Odilon Soares Leme do original francês Dictionnaire de psychologie. São Paulo: Ática, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FALCONI, Romeu. **Reabilitação criminal**. São Paulo: Ícone, 1995.

GARRAUD, René. **Compêndio de Direito Criminal**. vol I e 2. Trad. Ricardo Rodrigues Gama do original em francês "*Précis Droit Criminele*". Campinas: LZN Editora, 2003.

MORAES BARROS, Carmen Silvia de. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES ROCHA, João Luís de. **Perigosidade, violência: da reinserção à incapacitação**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal Ano 12, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2.000, p. 265-278.

RAMOS TAPIA, Maria Inmaculada. **El control del arbítrio judicial em la individualización de la pena**. Cuadernos de política criminal – Instituto Universitário de Criminologia nº 69. Madrid: EDERSA, 1999, p. 613-633.

XIBERRAS, Martine. **As Teorias da exclusão**. Tradução de José Gabriel do Rego do original francês Les Théories de L'Exclusion. Lisboa: Instituto Piaget. 1993.

DELAÇÃO PREMIADA: O TRATAMENTO JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI 9.807/99 AO RÉU-COLABORADOR

Giselle Pereira João
Assessora Jurídica junto ao MPSC

Sumário: 1 Introdução – 2 Delação Premiada: o tratamento jurídico instituído pela Lei nº 9.807/99 ao réu-colaborador – 2.1 A delação premiada do Direito Brasileiro – Breve histórico – 2.2 Perdão judicial – 2.3 Redução da pena – 3 Conclusão – 4 Referências.

1 Introdução

No limiar deste novo milênio a preocupação com o crime organizado aumenta cada vez mais, pois é indiscutivelmente grave o quadro atual da atividade criminosa no Brasil, mormente no tocante ao narcotráfico, à indústria do desmanche e aos crimes do “colarinho branco”, porquanto são indubitáveis as conexões internacionais existentes, as funções pré-definidas, a utilização de aparatos tecnológicos, às vezes com informações privilegiadas obtidas até mesmos de segmentos estatais, quadro este que se consubstancia em grande entrave para a investigação policial e o conseqüente desmantelamento de tais organizações.

Visando encontrar meios de romper o manto de silêncio e impunidade que permeiam o crime organizado na última década, o legislador, refletindo uma necessidade contemporânea já consagrada em outros países – Itália (*patteggiamento*) e Estados Unidos (*bargain*) – e

ciente das limitações dos agentes estatais para investigar e reprimir os crimes que apresentam conotações organizadas, foi gradualmente introduzindo na legislação pátria o instituto da delação premiada, culminando com a publicação, em 14 de julho de 1999, da Lei nº 9.807, a qual dispôs, dentre outros assuntos, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial ou ao processo, da qual tratar-se-á especificamente no presente estudo.

2 Delação Premiada: o tratamento jurídico instituído pela Lei nº 9.807/99 ao Réu-colaborador

2.1 A delação premiada do Direito Brasileiro - Breve histórico

A primeira menção à delação premiada no direito brasileiro foi efetuada pela Lei nº 8072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, prevendo no parágrafo único de seu artigo 8º que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”.

Posteriormente houve previsão acerca da diminuição de pena para o réu-colaborador na Lei nº 9304/95, que estatuiu os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e em seu artigo 6º dispôs especificamente que, caso houvesse colaboração espontânea do agente, levando ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, a pena também seria reduzida de um a dois terços, previsão esta igualmente acrescentada nas Leis 8137/90 e 7492/86 pela Lei 9080/95, que adicionou dispositivos nos mencionados estatutos legais, prevendo a delação premiada nas infrações praticadas por quadrilha ou em co-autoria, mediante a redução da pena do partícipe que revelar espontaneamente à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Em 1996 foi ainda promulgada a Lei nº 9269 que, dando nova redação ao parágrafo 4º do art. 159, fez específica previsão em relação à delação premiada quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro,

prevendo a redução da pena de um a dois terços para aquele que denunciar o crime à autoridade, facilitando a liberação do seqüestrado.

Neste ínterim, buscando introduzir no ordenamento jurídico pátrio regras voltadas à proteção de vítimas e testemunhas, bem como inserir um tratamento jurídico penal especial ao réu colaborador, foi promulgada a Lei nº 9807/99, que, em seu Capítulo II, disciplinou a proteção aos acusados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração em investigações policiais e processos criminais.

Contudo, a despeito do que possa parecer, a Lei nº 9807/99 não estipulou a inserção do réu em nenhum programa de proteção, como é especificamente previsto no Capítulo I em relação às vítimas e testemunhas, restringindo-se a proteção prevista na legislação tão-somente à adoção de medidas especiais de segurança e à integridade física do réu, enquanto estiver preso ou até mesmo fora da prisão, sobretudo no concernente à ameaça ou à coação eventual ou efetiva a que esteja submetido, assim como a previsão de, estando ele sob prisão temporária, seja custodiado em dependências separadas dos demais presos e, no caso de cumprimento da pena em regime fechado, o Juiz poderá determinar medidas específicas e especiais que propiciem sua segurança.

Nesse sentido, é a lição de Danilo Lovisaro do Nascimento:

Desde logo, cumpre atentar que o réu colaborador não é inserido em nenhum programa de proteção, como é permitido às vítimas e às testemunhas ameaçadas. Em outros termos, os programas, exemplificativamente definidos no art. 7º da Lei, não se destinam aos réus colaboradores, porém apenas às vítimas e às testemunhas protegidas.

O estímulo para o réu confessar advém da norma de natureza penal material de cunho atenuatório da responsabilidade criminal e que permite a redução da pena ou, então, do perdão judicial que, segundo a lei, é causa de extinção da punibilidade.

A proteção prevista na lei para o réu colaborador, portanto, se restringe apenas à adoção de medidas

especiais de segurança e proteção à integridade física do réu, enquanto estiver preso ou mesmo fora da prisão.

Além disso, ainda prescreve a lei como medida de proteção que durante a prisão provisória o colaborador ficará custodiado em dependência separada dos demais presos, podendo durante a instrução criminal ser determinado pelo juiz medidas cautelares necessárias à eficácia da proteção e, por fim, na fase de execução da pena podem ser adotadas medidas especiais destinadas a garantir a segurança do colaborador em relação aos demais presos.¹

Destarte, como bem salientado por Alexandre Miguel e Sandra Maria Nascimento de Souza Pequeno², diante da não aplicação das medidas de proteção descritas no art. 7º da Lei nº 9807/99 previstas especificamente às vítimas e às testemunhas que não tenham quaisquer pendências com a Justiça, há uma impropriedade na nomenclatura do Capítulo II da Lei, pois na realidade o que o diploma legal prevê ao réu colaborador são benefícios, estatuindo em seu art. 13 uma nova modalidade de perdão judicial e, em seu art. 14, regras para a diminuição de pena. Ou seja, buscou o legislador premiar o delator, procurando atenuar a responsabilidade criminal do acusado que forneça sua colaboração, provendo à autoridade de informações que auxiliem a persecução penal.

É neste ponto, principalmente, que o instituto da delação premiada tem recebido suas mais severas críticas, pois se afirma que o verdadeiro móvel do colaborador não é levado em consideração, ou seja, não é dele exigida uma postura moral. São apenas valorizadas as vantagens que por ventura podem advir para o Estado com a cessação das atividades criminosas ou a captura de outros criminosos, o

1 NASCIMENTO, Danilo Lovisaro. **O tratamento jurídico instituído pela Lei 9807/99 ao Réu Colaborador**. Endereço eletrônico: www.mp.ac.gov.br/4/files/tese10.pdf . Consultado em: 26/03/2005.

2 MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. **Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. Revista dos Tribunais. N. 773, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 425.

qual, por sua vez, reconhece sua total incompetência para investigar e punir a criminalidade.³

Como bem aduziu Nilton João de Macedo Machado:

A lei está imbuída de nobre propósito, qual seja de proteger vítimas e testemunhas ameaçadas por sua colaboração na elucidação de fatos criminosos; de outro lado, todavia, representa falência do Estado no cumprimento de um de seus objetivos básicos (segurança pública), mormente quando pressionado pela opinião pública a dar respostas rápidas e eficazes no tratamento desta questão, na busca substituir os meios normais de investigação e suprindo o "déficit" estrutural investigatório do Estado, estimula a delação que é forma não ética de revelação da verdade, premiando-a em relação aos réus colaboradores, como já fizeram outros textos penais.

Conquanto tenha sido esperada como mais um elemento de apoio à apuração e punição de crimes, cada vez mais complexos e/ou violentos, a lei está direcionada às vítimas, testemunhas e réus colaboradores, silenciando sobre os agentes e servidores do aparato policial/judicial que eventualmente sejam coagidos ou sofram graves em virtude de suas atuações nas investigações ou processos criminais, não fosse a possibilidade de também figurarem como vítimas além das hipóteses mais comuns de serem as raras testemunhas.

Ao denominar "réus colaboradores" os acusados ou indiciados que tenham voluntariamente colaborado com a investigação e o processo criminal (art. 13), utiliza-se de eufemismo para evitar termos como 'delator' ou mesmo 'traidor', cabendo

3 MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. **Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. p. 427.

ressaltar, como enfatizou Damásio E. de Jesus ao referir-se à delação premiada na Lei 9.034/95, que não é pedagógica, porque ensina que trair traz benefícios; sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, muito discutível), deve ser restringida ao máximo possível.

Conforme assinala João José Leal ⁴, muito embora necessária e desejável, “ porque o sistema ressentia-se de normas que protegessem, de forma oficial e efetiva, as vítimas e testemunhas, a verdade é que seus arts. 13 e 14 tratam de uma questão oposta ao escopo central da própria lei, pois esses dispositivos visam especificamente a proteger e a beneficiar o outro lado medalha criminal, que é o acusado”.

2.2 Perdão Judicial

A Lei 9.807/99, por intermédio de seu art. 13, estatuiu no direito pátrio mais uma figura de perdão judicial de caráter geral, ou seja, é uma nova causa extintiva de punibilidade que poderá ser aplicada ao participante das mais diversas infrações penais, desde que, obviamente, sejam satisfeitas uma série de condições objetivas e subjetivas previstas no aludido dispositivo. ⁵

Destarte, nos termos do 13 e seus incisos, “ poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III- a recuperação total ou parcial do produto do crime “.

Observa-se que o legislador utilizou-se da forma verbal poderá, o que gerou uma série de divergências doutrinárias, no sentido de ser ou

4 LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 782, dezembro de 2000, p. 445.

5 Cf. LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**. p. 449.

não o perdão judicial direito subjetivo do autor da infração penal que tiver preenchido todos os requisitos subjetivos e objetivos para tanto⁶. Não obstante, comungamos do posicionamento que defende que o perdão judicial não pode ser visto como um mero favor a ser concedido pelo magistrado, pois como bem salientado por João José Leal, “não estamos no campo no direito privado, em que a noção de direito subjetivo tem um sentido distinto, de pura faculdade que o direito positivo concede ao individuo de exigir o que lhe é juridicamente devido”⁷.

Outro ponto bastante controverso do dispositivo, é no tocante a cumulatividade ou alternatividade dos requisitos de ordem objetiva previstos nos incisos do art. 13, quais sejam: a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Temos que a despeito do entendimento de alguns doutrinadores a respeito⁸, são eles efetivamente cumulativos, dependendo exclusivamente da figura delitiva objeto do processo, como bem argüiu Nilton João de Macedo Machado:

Salvo impossibilidade de efetivação dos três requisitos, como no caso de homicídio onde não se fala em recuperação total ou parcial do produto do crime, necessário sempre que a colaboração do co-autor seja efetiva, voluntária, que ele seja primário e que dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais participantes, a localização

6 Segundo os ensinamentos de Damásio de Jesus, Alexandre Miguel e Sandra Pequeno, bem como João José Leal, o perdão judicial é um direito público subjetivo de liberdade do acusado, motivo pelo qual estando satisfeitos os requisitos exigidos pela lei, está o magistrado obrigado a aplicá-lo. Não obstante David Teixeira de Azevedo defende posicionamento divergente, sustentando que “Não se cuida de puro direito subjetivo público do acusado, como se tem apregoado, porquanto não há por parte deste a possibilidade de pretender e exigir garantidamente aquilo que a lei lhe atribui, como um correspondente dever por parte do Estado”. Cf. AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 771, 2000, p. 452.

7 Cf. LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**, p. 449.

8 Cf. JESUS, Damásio E. de. **Perdão judicial, colaboração premiada, análise do art. 13 da Lei 9.807/99**. Primeiras Idéias. Boletim do IBCCrim, ano. 7, n. 82, setembro de 1999, p. 5. e AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético**. p. 453.

da vítima com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime.

Quando a lei fala que a vítima deverá ser localizada com sua integridade física preservada, nos parece que não quis ela vislumbrar uma vítima “sem qualquer arranhão”. A intenção foi de recuperar a vítima que não tenha sofrido tortura, que não esteja correndo risco de vida, que não tenha sido machucada significativamente etc.⁹

No tocante às condições de ordem subjetivas, o dispositivo em estudo é específico ao mencionar a exigibilidade da primariedade e personalidade favorável do agente. Assim como é imprescindível que todas as circunstâncias relativas ao fato delituoso, gravidade e repercussão judicial indiquem a suficiência da concessão do benefício.¹⁰ Por conseguinte, “o perdão judicial não poderá ser concedido sem que o Magistrado realize um juízo altamente positivo de todas essas circunstâncias fáticas e se convença de que o acusado é merecedor da clemência judicial”.¹¹

Não bastasse isso, é imprescindível para o reconhecimento do perdão judicial a voluntariedade e efetividade da colaboração.

Na lição de José João Leal, colaboração voluntária é “aquela fruto da livre manifestação de vontade de qualquer um dos participantes do fato criminoso, mesmo porque a voluntariedade não dispensa a comprovação da relevância ou efetividade da delação”. Entretanto, deve restar salientado que “a colaboração poderá ser considerada voluntária mesmo quando o agente assim proceder por sugestão, a pedido ou até por insistência de um terceiro”¹².

A efetividade nada mais é do que uma colaboração de resultados, ou seja, deve ter sido eficaz, no dizer de Damásio, “é preciso que

9 MACHADO, Nilton João de Macedo. **Da proteção aos réus colaboradores**. Endereço Eletrônico: <http://www.tj.sc.gov.br>. Consultado em março de 2005.

10 Cf. MONTE, Vanise Röhrig. **A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais**. Revista da Ajuris. Ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001, p. 245.

11 Cf. LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**. p. 451.

12 Cf. LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**, p. 453.

o sujeito tenha, por exemplo, indicado testemunhas, o local do fato, informado o lugar do esconderijo do produto do crime, entregue documentos, esclarecido a forma de execução, etc.”.¹³

Portanto, com aplicação do instituto previsto no art. 13, o magistrado deixa de aplicar a pena em face de determinadas circunstâncias, ou seja, é a renúncia do Estado, por meio de uma declaração judicial, na própria sentença, da pretensão de impor uma pena ao réu.

2.3 Redução da Pena

Caso o agente não preencha todos os requisitos previstos no art. 13, a Lei 9.807/99 estabeleceu, em seu art. 14, uma causa de diminuição de pena, que é aplicável a todos os delitos em que tenha ocorrido a colaboração voluntária com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Como é possível constatar, o legislador não exigiu, nesse dispositivo, que a colaboração seja “efetiva”, tampouco fez menção à necessidade de se alcançar os resultados consistentes na identificação dos comparsas, localização da vítima ou recuperação total ou parcial do produto do crime. Bastaria, tão-somente, a colaboração voluntária do co-autor.

Todavia, em que pese a omissão do texto quanto à efetividade da colaboração com a investigação policial e o processo criminal, esta iniludivelmente se mostra presente, porquanto é requisito natural do benefício.

Neste sentido, pontuou David Teixeira de Azevedo:

Não há referência, como se viu, à efetividade de tal colaboração, mas esse dado é da natureza do instituto. Não se refere também o legislador à consecução do resultado consistente na identificação

13 JESUS, Damásio E. de. **Perdão judicial, colaboração premiada, análise do art. 13 da Lei 9.807/99**. Primeiras Idéias, p. 5.

dos “comparsas”, na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Justifica-se essa solução jurídica, para a qual se prevê a diminuição da pena. A condenação poderá advir do fato de a colaboração não ter sido efetiva. Isto é, o acusado ou condenado colaborou nas investigações, contudo sem o empenho pessoal, sem a realidade do fornecimento de dados e informações sem o caráter de permanência e estabilidade de contato adjutório com a polícia ou o juízo. A contribuição voluntária, mas sem o dado da efetividade, impedirá a aplicação do perdão judicial, mas permitirá a redução da reprimenda.

Em segundo lugar, poderá a colaboração voluntária e efetiva mas não eficaz, no sentido de que, não obstante a vontade de contribuição com o trabalho de investigação ou de colheita de prova judicial e a efetiva, real e permanente participação do acusado ou condenado nesse trabalho de descoberta de realidade delituosa, não se logrou identificar co-autores ou partícipes, nem se localizou a vítima com a integridade física ou vida preservadas, nem se recuperou total ou parcialmente o produto do crime. Nesse caso, de rigor a diminuição da reprimenda.¹⁴

Observa-se que o artigo não faz previsão de qualquer requisito subjetivo, pois não é exigido que o réu seja primário, ou que sua personalidade seja favorável, não sendo nem ao menos necessário verificar a gravidade, repercussão ou circunstâncias do fato criminoso. Logo, estando evidenciada a colaboração voluntária, deve o magistrado conceder ao réu a minorante.¹⁵

Por fim, temos que para a validade da delação, tanto nos casos

14 AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético**, p. 452.

15 Cf. MONTE, Vanise Röhrig. **A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei. 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais**. p. 246.

de perdão judicial como nos de redução da pena, há de se perquirir, além de todas as condições subjetivas e objetivas previstas nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99, considerando que na delação o agente deve que não só confessar a prática de um fato delituoso como, ao mesmo tempo, em colaboração voluntária à investigação, atribuir ao terceiro participação ou co-autoria do crime, se as declarações não são motivadas por ódio ou vingança ou se há intenção de minimizar a própria responsabilidade, mormente porque se verifica que o legislador não penalizou a falsa colaboração.

3 Considerações finais

Da análise do exposto, constata-se malgrado as severas críticas impingidas à Lei 9.807/99, no sentido de que ao instituir a delação premiada o Estado estaria reconhecendo sua incompetência para investigar e punir a criminalidade, bem como ferindo preceitos éticos, temos o perdão judicial ou a diminuição de pena não constituem desprestígio ao Direito Penal, tampouco decretam a falência estatal, pois se consubstanciam em medidas de política criminal orientada, visando combater a criminalidade e a impunidade que aumentam diuturnamente no país, com a obtenção da redução dos índices de violência e obtenção da paz pública.

De fato, a despeito do questionamento acerca da moralidade do instituto, não há dúvidas de que o combate ao crime em larga escala é facilitado pela edição de instrumentos legais que estimulem aqueles que decidam colaborar com a Justiça, consolidando-se o instituto da delação premiada como mais um instrumento na luta contra a criminalidade organizada.

Com efeito, são inegáveis as vantagens de sua aplicação, pois permite romper de forma lícita o manto de silêncio que impera no mundo do crime, permitindo a coleta de material relevante para o dismantelamento de organizações criminosas, não deixando também, de certa forma colaborar para o arrependimento do acusado, uma vez que se redime de sua participação na infração penal.

O prudente controle judicial de sua aplicação prática é, sem

dúvida, o meio de controlar os liames de tal instituto, de modo que não seja desvirtuada a sua aplicação, mormente no que concerne ao abuso por parte dos agentes estatais. Com efeito, cabe ao magistrado certificar-se da inexistência de qualquer espécie de constrangimento ao colaborador arrependido, para que se possa constatar a espontaneidade da delação, a qual produzirá, desse modo, seus efeitos.

4 Referências

AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 771, 2000, p. 452.

GOMES, Décio Luiz Alonso Gomes. **Proteção aos réus colaboradores (ou a barganha com a criminalidade)**. Boletim do IBCCrim, ano 7, no 82, setembro de 1999

JESUS, Damásio E. de. **Perdão judicial, colaboração premiada, análise do art. 13 da Lei 9.807/99**. Primeiras Idéias. Boletim do IBCCrim, ano. 7, nº 82, setembro de 1999

LEAL, João José. **A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 782, dezembro de 2000, p. 445.

MACHADO, Nilton João de Macedo. **Da proteção aos réus colaboradores**. Endereço eletrônico: <http://www.tj.sc.gov.br>. Consultado em março de 2005.

MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. **Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. Revista dos Tribunais. N. 773, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 425.

MONTE, Vanise Röhrig. **A necessária interpretação do instituo da delação premiada, previsto na Lei. 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais**. Revista da Ajuris. Ano XXVI, no 82, tomo I, junho de 2001, p. 245.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro. **O tratamento jurídico instituído pela Lei 9807/99 ao Réu Colaborador**. Endereço eletrônico: www.mp.ac.gov.br/4/files/tese10.pdf Consultado em: 26/03/2005.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Da moralidade da proteção aos réus colaboradores**. Boletim do IBCCrim, ano. 7, n. 85, dezembro de 1999.

O PROBLEMA DA TOXICODEPENDÊNCIA: AS NOVAS ACHEGAS DA POLÍTICA CRIMINAL

Isaac Sabbá Guimarães

Promotor de Justiça - SC e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

1. Desde a primeira quadra do século passado a comunidade internacional vem discutindo, com intensidade menor ou maior ditada pelas comoções sociais especialmente conexas com o fenômeno da traficância de drogas, os problemas resultantes do uso de substâncias entorpecentes. A narcotraficância em si e uma arraigada crença na existência de um fator criminógeno relacionado ao uso daquelas substâncias, são objeto de planificações fechadas de política criminal para os países signatários dessas convenções internacionais, das quais o Brasil vem tomando parte desde a Convenção Única de Nova York, de 1961. Ora com maior ênfase no combate de determinada modalidade de traficância, ora com forte entono de absoluta repressão ao narcotráfico, como foi o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ocorrida em dezembro de 1988 em Viena, por nós ratificada através do Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Se por um lado, no entanto, há um convencimento geral acerca da necessidade de combate ao narcotráfico, por outro encontramos alguma dificuldade em estabelecer vetores precisos para uma política criminal a ser destinada especificamente ao usuário e ao dependente de drogas (aqui englobando não apenas as substâncias entorpecentes, mas todas aquelas com potencial de gerarem dependência física ou psíquica).

De maneira que constataremos posições que variam da estrita política de *law and order* àquelas de mínima intervenção penal ou mesmo de completa isenção de prevenção penal. Entre estas variantes da política criminal, encontraremos uma tentativa de otimização da prevenção especial penal – que, a todas as luzes, não abdica absolutamente da solução do problema através do direito penal – entendendo aplicável aos casos de usuários e dependentes sanções penais de tratamento terapêutico. O problema do uso e da dependência de drogas, contudo, não tem sido tratado com a devida atenção pela comunidade jurídica brasileira que, por um lado, esbarra nos rígidos limites adversos a qualquer política de descriminalização – e dessa forma não se faz uma reflexão séria sobre alguns critérios para a legitimidade de intervenção penal nesta área, deixando de indagar-se sobre a existência de dignidade penal e da carência de tutela penal no objeto de interesse e de investigação da ciência penal¹ -, e, por outro lado, não se decidiu por uma linha político-criminal, ora havendo franco pendor para a posição extremada de *law and order*, na qual se encontra uma (falsa) crença de que o direito penal é panacéia para toda a sorte de conflitos sociais, em decorrência disto abundando as intervenções penais, muitas delas de valor duvidoso ou meramente simbólico², ora recorrendo a certos princípios fundamentais reconhecidos em nossa Constituição para reservar ao direito penal uma posição de *ultima ratio* do sistema jurídico.

O problema não é de fácil solução e de maneira alguma poderá ser tratado segundo um princípio de absoluta neutralidade científica (aliás, jamais poderemos apelar para este mito científico kelseniano de um direito puro, pois o direito tem o caráter *humano, demasiado humano*, e, portanto, falível e incompleto, mas em busca de aperfeiçoamento constante, para a qual não se poderá negar a transposição – e mesmo a quebra – de limites para o estabelecimento de novos horizontes). Por isso, inevitavelmente permearão no centro das discussões questões das mais diversas, inclusive de cunho moral. No entanto, é importante que, ao menos, se discuta o problema da ma-

1 Cfe. nosso trabalho **Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001, p. 80 e ss.

2 Veja-se o caso do recente Estatuto do Desarmamento, que carrega a ilusão de solução da criminalidade violenta no País.

neira mais adequada possível, fundando-se em bases sólidas criadas pela criminologia e pelo conjunto de valores axiológicos da sociedade brasileira, muitos dos quais reconhecidos pela Constituição. Não é disto, contudo, que queremos aqui tratar. O objetivo principal a que nós nos propusemos perseguir é o de aclarar algumas possibilidades político-criminais para os fenômenos do uso e da dependência de drogas, perfeitamente conciliáveis com o modelo jurídico-penal que dispomos e em linha de coerência com as bases axiológicas de nossa Lei Fundamental.

2. O crime de uso definido pelo art. 16, da Lei nº 6.368/76 – terminologia usual que, em boa verdade, não corresponde às condutas típicas descritas na norma, as quais enfeixam apenas um *lôghos* abrangente dos fenômenos antecedentes ao uso propriamente dito – conforma-se às diretrizes definidas na Convenção Única Sobre Entorpecentes, de 1961, quando então havia o convencimento de que essas práticas (tendentes ao uso) constituíam um verdadeiro fator criminógeno, no qual se incluía o risco de ocorrência de outras práticas delituosas, como os crimes contra o patrimônio em geral. O grande erro desta inferência, no entanto, reside em deixar de fazer a devida distinção entre o mero usuário e o toxicômano, pois aquele é pessoa que recorre esporadicamente às drogas, enquanto que este sofre de um mal patológico que o compele inapelavelmente ao seu uso; o usuário tem perfeito discernimento de sua condição para, inclusive, poder refrear seus desejos, ao passo que o dependente sente inevitável atração pelas drogas, que acabam por tomar posição de destaque em sua vida. Partindo desta distinção, ainda que perfunctória, podemos já estabelecer a premissa de que não é qualquer usuário que se torna elemento fomentador de novos crimes para além do tráfico, que se coloca diretamente relacionado ao uso, mas, sim, o toxicômano que, ao perder certos limites de inibição como os morais, éticos e religiosos, pode gerar uma cadeia de crimes. Mas a dependência patológica do usuário, vista de forma dissociada da possibilidade geradora de crimes, é, em si, mais problema de saúde do que problema criminal e, entendemos nós, deve ser tratada por outros meios do aparelho social, estatal ou não. Por outras palavras, para nós o problema da toxicodependência é verdadeiro problema de saúde

e deveria ser tratado como tal, uma vez que a sanção penal levará a efeitos duvidosos de prevenção especial. Quanto ao problema tão-só do uso, mesmo que gere riscos de dependência e, por via de consequência, estabeleça ao final da cadeia de fenômenos a possibilidade de novos crimes, deve ser tratado por políticas sérias de prevenção e, logicamente, pela perseguição eficaz de narcotraficantes. De forma que a punição do usuário terá, também, efeitos pouco práticos em relação às pretensões de prevenção especial penal. Até porque este é dos crimes que entram nas cifras negras e, portanto, não aparecem: o uso não vitimiza outra pessoa que não seja o próprio usuário, de forma que o fato deixa de ser levado às autoridades policiais, permanecendo longe, via de regra, da perseguição penal. Diga-se, ainda, na esteira da lição de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE³, que numa sociedade pluralista como a nossa, em que encontramos muitas modalidades de autodeterminação pessoal sem qualquer influência de doutrina oficial estatal ou religiosa, que o problema do uso pode relacionar-se com as escolhas de vida da pessoa, que convocam o direito à diferença, para, inclusive optar-se pela infelicidade. Escolhas estas que não necessitam de uma tutela penal específica, embora, frisemos aqui com ênfase, não deva o Estado fechar os olhos para o problema, estruturando as políticas preventivas, de tratamento e de ressocialização necessárias ao seu combate. Nesta mesma linha de pensamento, já tivemos oportunidade de referir que

A questão da perseguição penal das condutas relacionadas ao uso de drogas entra em direta tensão com esses postulados ontológicos da liberdade humana e com a pretendida estruturação de um Estado-de-direito material. Parece incoerente que numa sociedade como a nossa, tolerante ao tabagismo e ao consumo de bebidas alcoólicas, que se constituem práticas que determinam a dependência e são nocivas à saúde, ainda se punam atos que

3 Cfe. seu há muito consagrado trabalho de criminologia: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 430. Também: GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática à luz da Lei nº 10.409/02**. 2. ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2003, p. 75 e ss.

ficam restritos ao âmbito privado. De forma que a tutela penal quanto a este tipo de conduta contraria o princípio da congruência prática entre as ordens axiológicas constitucional e penal, de onde parte de aplicar-se a igualdade no sentido material [...].

Por outro lado, os ordenamentos penais modernos respeitam a liberdade individual, naquelas emanações estreitamente relacionadas à autodeterminação da pessoa, deixando de proibir, *v.g.*, o suicídio tentado. É questão íntima e que não chega a colocar em causa os mais lúdicos interesses sociais, por mais que se considere a vida como um valor transindividual, de relevância social. Por outras palavras, e de forma a encurtar nosso raciocínio, podemos considerar que as escolhas da vida, referidas ao âmbito estritamente pessoal, inclusive a de pôr termo a ela ou de afligir a saúde, não dizem respeito ao controle estatal. Já, no entanto, a liberdade individual – a liberdade de autodeterminação – carece de proteção penal, devendo punir-se, assim, aquele que instiga outrem ao suicídio, aquele que trafica drogas, corrompendo quem não tem capacidade de discernimento ou induzindo o que tem esta capacidade ao uso de drogas, de forma a influir em sua liberdade de escolha⁴.

A bem da verdade, a punição das condutas tendentes ao uso, na forma como se acha definida pelo art. 16 da Lei nº 6.368/76, não logra os objetivos de prevenção especial do direito penal. Isto porque a prevenção especial engloba as idéias de ressocialização, de reeducação e de melhoramento pessoal do delinqüente. Afirmamos a ocorrência desta verdadeira falha no intento jurídico-legal (que, afinal de contas também está presente, não temos dúvida, em boa parte do direito penal – e seria muita ilusão acreditar que a punição ultrapassa eficazmente os objetivos da prevenção especial negativa) porque a natureza da pena ali prevista não permite, pelo menos em relação ao usuário toxicômano, qualquer melhora pessoal. Tentemos explicar melhor.

4 GUILMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos*, *cit.*, p. 77.

A pena de detenção cumulada com a pena pecuniária, cominadas pelo art. 16 da Lei de Tóxicos, passou por três momentos distintos de política criminal. 1) Antes da reforma penal de 1984 (determinada pela Lei nº 7.209/84), na vigência, portanto, do Código Penal de 1969, inexistia a possibilidade de sanção substitutiva, mas, tão-somente, a aplicação da suspensão condicional da pena por dois a seis anos, contanto que o condenado fosse “[...] primário, de nenhuma ou escassa periculosidade e tiver demonstrado sincero desejo de reparar o dano” (art. 70). Além do mais, a suspensão não atingia a pena de multa (§ 2º). É verdade que aquele código previa a possibilidade de imposição de obrigações e proibições ao réu sursitário, que deveriam ser fiscalizadas, “[...] quando possível, por pessoal especializado” (art. 71). Em boa verdade, o modo lacônico como o legislador dispôs sobre as condições e a falta de criação das possibilidades de fiscalização das condições (só ocorrida “quando possível”), não estimulava o surgimento de um ambiente favorável à reeducação e tratamento do usuário que, via de regra, ficava sujeito à condição de não freqüentar “lugares de má reputação”, como usual e pomposamente determinavam as sentenças. 2) No regime do atual Código Penal, com a reforma de 1984, há já a possibilidade da substituição da pena. O art. 44 dispõe sobre a substituição da pena privativa de liberdade inferior a um ano, em caso de réu não reincidente e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado assim recomendarem a medida. GRECO FILHO via, ainda, a possibilidade de substituir a pena restritiva de liberdade pela pena de multa, resultando, pois, na aplicação de “[...] duas multas, uma calculada na forma da legislação especial, e outra na forma do Código Penal [...]”⁵, solução esta que foi rejeitada pelos tribunais⁶. Para além da substituição, há também a suspensão da pena por dois a quatro anos, desde que preenchidos os requisitos do art. 77, inclusive o de que o *sursis* seja aplicado quando “não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 [...]” (inc.

5 GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 81-82.

6 A Súmula 171 do STJ disciplinou a matéria, dispondo: “Cominada cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

II)⁷. 3) O terceiro momento político-criminal é marcado por uma completa reviravolta do tratamento penal de certos crimes, denominados de menor potencial ofensivo, categoria em a qual entra o crime de uso. Sob os influxos da teoria do direito penal mínimo, surge entre nós a política de desjudicialização⁸ instituída pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) que, *grosso modo*, pode ser compreendida como a tentativa mais veemente de colocar o direito penal na situação de *ultima ratio* do sistema jurídico-penal. Assim, os autores de crimes de menor potencial ofensivo passam por um procedimento descomplicado, célere e por isso talvez mais eficiente e sem sofrerem fortes estigmas que normalmente resultam de um processo-crime. Na fase inicial desta política criminal cabia a suspensão condicional do processo ao autor do ilícito definido pelo art. 16, da Lei nº 6.368/6, segundo as condições disciplinadas pelo art. 89, da Lei nº 9.099/95. Contudo, com a nova definição de crime de menor potencial ofensivo dada pela Lei nº 10.259/01⁹, o crime de uso passou a ser abrangido pela possibilidade de transação da pena, quando o representante do Ministério Público poderá ofertar, tendo em consideração as circunstâncias do fato e do autor, a pena de multa

7 Há o entendimento jurisprudencial de que no caso do crime que estamos a tratar a substituição da pena prefere à suspensão da pena: “Penas restritivas de direitos. Réu condenado a seis meses de detenção, por infração ao art. 16 da Lei de Tóxicos. Substituição por prestação de serviços à comunidade. Possibilidade. Inteligência do art. 44, I, do CP. Competência do juízo de execuções. **Substituição que é preferível à aplicação do sursis por dois anos**” (TJ/RJ, Ap. 0.020/99, 7ª C.Crim., Rel. Des. Motta Moraes, j. em 01.06.1999, m.v.). (o destaque é nosso).

8 E não de despenalização como alguns de nossos autores entenderam. Cfe. o nosso **Dogmática penal e poder punitivo**, *cit.*, p. 96 e ss.

9 Restou fora de dúvida a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, tendo nossos tribunais considerado revogado o art. 61, da Lei nº 9.099/95, como se depreende do seguinte aresto: “Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95. [...] A impetração tem razão quando sustenta a derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 pelo parágrafo único, do art. 2º, da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na esfera da Justiça Federal. Efetivamente, o parágrafo único, do art. 2º, da Lei 10.259/01, ampliou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo, passando a abranger os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem a restrição referente aos casos em que a lei preveja procedimento especial, estabelecido na parte final do art. 61 da Lei 9.099/95” (TJSP, HC 384.061-3/0, 4ª C. Crim., Rel. Des. Hélio de Freitas, j. em 27.08.2002, v.u.).

ou uma restritiva de direitos, mas, ainda assim, na prática, sem corresponder a uma iniciativa de prevenção especial eficiente.

3. Não há entre nós, como deixamos entrever anteriormente, uma posição político-criminal bem definida com relação ao problema do uso, e, mais especificamente, com relação ao infrator que entra na categoria de toxicodependente. As poucas propostas de debate enfrentam uma forte oposição de uma ala de juristas que sequer aceitam recuar minimamente da política de intervenção penal nesta matéria. Houve acalorados protestos contra o art. 20 do Projeto de Lei nº 1.873/91 (que viria a dar corpo à Lei nº 10.409/02) que submetia o autor de crime de uso não à pena, mas a medidas, inclusive de caráter terapêutico, como a internação e tratamento em regime ambulatorial ou hospitalar e a obrigatoriedade de comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico (incs. II e III, do art. 21), o que resultou em veto do Presidente da República. Mais recentemente, enquanto tramita o processo legislativo tendente a sistematizar numa só lei as políticas de prevenção, tratamento e repressão às condutas relacionadas com tóxicos, a Câmara dos Deputados rejeitou a proposta de descriminalização do uso de drogas, mas aprovou em fevereiro deste ano o substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.134/02 apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, segundo o qual o usuário poderá ser submetido a pena alternativa e a tratamento médico gratuito. Esta oscilação entre a política criminal tradicional e a terapêutica, embora com o gradativo aumento de pendor para esta devido à adesão de alguns juristas, demonstra-nos a falta de consenso acerca da matéria que, pelo que percebemos, está longe de ser alcançado.

Mesmo que ainda não haja uma política oficial boa de prevenção e de tratamento do usuário e do dependente na área de resolução de conflitos extra-penal, inclinamo-nos a aceitar esta nova vertente político-criminal da chamada justiça terapêutica que, *prima facie*, poderá ser posta em prática sob o atual regime penal, contando com os instrumentos legais do nosso direito penal.

Com efeito, atualmente o autor de fato típico descrito no art. 16 da Lei nº 6.368/76 é, caso preencha as condições da Lei dos Juizados Especiais, levado à audiência preliminar, quando o promotor de justiça

pode propor-lhe a transação da pena, que deverá ser diversa da de segregação. Ou seja, o representante do Ministério Público, levando em consideração as circunstâncias do fato e as pessoais do autor, poderá propor pena pecuniária ou pena restritiva de direitos. A pena de multa, a nosso ver, não cumpre os objetivos de prevenção especial, naquele sentido que antes referimos, relacionados à reeducação ou ressocialização do infrator penal. Assim, restam as penas restritivas de direitos disciplinadas pelo art. 43, do Código Penal. É neste âmbito que entendemos possível a aplicação da justiça terapêutica.

Ora, a justiça terapêutica, à forma como vem sendo já praticada no Estado do Rio Grande do Sul, a partir do estabelecimento coordenado de política criminal por parte do Ministério Público e do judiciário em 1999, não recorre necessariamente à internação em estabelecimento hospitalar. Poderá ser efetivada através de outros métodos terapêuticos, que se enformam com perfeição no conceito de reeducação do infrator usuário ou dependente de drogas. Das penas alternativas com verdadeiro pendor para a reeducação, mencionaríamos a limitação de fim de semana, que consiste na permanência do apenado “[...] aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado” (art. 48, CP). Obviamente que não poderia ser a tão-só permanência ociosa do apenado na casa de albergado, mas com o cumprimento das condições descritas no parágrafo único do citado art. 48, CP, ou seja, com a frequência a palestras ou cursos, além de atividades educacionais. O que, entendemos, pode ser concretizado por uma equipe multidisciplinar formada por médicos, assistentes sociais e psicólogos, com programa direcionado à cura da dependência, melhora de auto-estima e ressocialização.

4. Esta proposta de política criminal, no entanto, não é pacífica, havendo quem lhe aponte inconvenientes. Entre nossos juristas, FLÁVIO GOMES é um dos que reconhece que o problema do toxicômano é mais de saúde do que criminal, ao referir que:

A tendência mundial mais sensata, no momento, é não considerar o usuário como criminoso. A criminalização do porte de drogas para uso pes-

soal vem sendo refutada por todos os seguimentos acadêmicos e científicos avançados do planeta. As legislações mais atualizadas (Espanha, Portugal, Suíça etc.) excluíram o usuário do âmbito penal. Já não há espaço, dentro de uma política de redução de danos e riscos (que é a política européia, oposta à norte-americana), para a falida linha da “War on Drugs” (Guerra às Drogas)¹⁰.

Mostra-se o autor, portanto, favorável à descriminalização do delito de uso, mas não admite uma política criminal de transição como pode ocorrer com a adoção da justiça terapêutica, contra a qual se insurge apontando desvantagens, principalmente relacionadas à equiparação de usuário a dependente. Assim refere o penalista:

Pretende-se que todos os usuários sejam submetidos a tratamento. Isso constitui erro clamoroso. É preciso distinguir o usuário dependente do não dependente. O mero experimentador ou ocasional usuário não tem que se submeter a nenhum tratamento, porque dele não necessita. O tratamento não pode nunca ser visto como uma “pena” ou um “castigo”. É apenas uma oferta para recuperar o dependente¹¹.

FLÁVIO GOMES conclui seu raciocínio afirmando que a o tratamento imposto é contraproducente para os fins almejados, pois que deve concorrer a efetiva participação do dependente.

Não discordamos de alguns dos argumentos do penalista. De fato, vai uma grande distância entre o fenômeno do simples uso de drogas – como algo ocasional e não determinado por uma necessidade orgânica – da dependência – verdadeira doença, para cuja cura há de recorrer-se ao tratamento convencional ou ao terapêutico. De forma que a inclusão de simples usuários e de dependentes num mesmo programa terapêutico seria ilógica e tão contraproducente quanto à resistência do paciente ao tratamento. Mas contra estes problemas

10 GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal: a nova lei de tóxicos no país e a situação do usuário.** Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/14259/>>. Acesso em 15 jan. 2004.

11 Ibidem, ibidem.

apresentados em relação à eficácia da justiça terapêutica, temos de colocar no outro lado da balança aspectos destacados que se enformam num conceito de validade jurídica e de melhor adequação aos objetivos de prevenção especial. Em primeiro lugar, é de referir-se que a imposição de pena alternativa de restrição de fim de semana deve ser ponderada pelo promotor de justiça levando em consideração as condições pessoais do autor dos fatos, especialmente para aferir a necessidade de tratamento terapêutico. Por outras palavras, o promotor deverá sondar se a situação concreta reclama aquela modalidade de tratamento. Em segundo lugar, os programas terapêuticos podem muito bem ser distribuídos em níveis diferenciados, de forma que o atendimento de um simples usuário tenha um enfoque (apenas educativo, *v.g.*) diverso daquele destinado ao dependente. Em terceiro lugar, será lícita a afirmação – e talvez poucos a contestem – de que embora a punição penal não seja a melhor das soluções, ao menos se aplicada na forma como sugerimos estará muito mais próxima das políticas (não apenas penal) de prevenção, sem que se renuncie aos limites da legalidade.

Parece-nos, portanto, que dentro do atual cenário político-criminal, no qual não se enxergam posições de consenso em torno da descriminalização do ilícito de uso de drogas, a justiça terapêutica é uma boa alternativa perfeitamente ajustável aos instrumentos penais de que dispomos e aos objetivos da prevenção especial do direito penal.

O DIREITO PENAL E OS PARADIGMAS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Paulo César Busato

*Promotor de Justiça - PR, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI,
Doutor em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha) e
Especialista em Direito Penal e Econômico pela Universidade de Coimbra*

Sumário: Introdução - 1 A estruturação do Ocidente Medieval - 1.1 As relações entre economia e poder no período feudal - 1.2 O modelo político medieval - 1.3 O conhecimento no medievo - 1.4 O paradigma jurídico e o Direito penal pré-iluminista - 2 O Iluminismo e as revoluções política e científica - 2.1 A libertação econômica da burguesia - 2.2 A Revolução Burguesa e a situação do indivíduo em face do Estado - 2.3 A difusão do conhecimento e a revolução industrial - 2 O jusnaturalismo racional, o positivismo jurídico e o Direito penal - 3 A sociedade contemporânea e a crise dos paradigmas- 3.1 A superação econômica em face do Estado - 3.2 O processo de globalização e o desprezo do ser humano - 3.3 A revolução tecnológica do cotidiano e seus efeitos - 3.4 O descontrole das instâncias jurídico-penais na sociedade contemporânea - Considerações Finais.

Introdução

A crise por que passa o Direito penal tem sido objeto de freqüentes e detalhados estudos por parte dos cientistas penais, juristas, criminólogos, professores e operadores do direito. Vários têm sido os sintomas

indicados por esses mesmos estudiosos que identificam a referida crise. Como faz o médico na busca de dar cura para os males físicos, os penalistas buscam, por meio da análise desses sintomas, identificar qual é a doença, qual sua origem e finalmente, como curá-la.

A proposta deste artigo é simplesmente contribuir para a ampliação da análise da crise do Direito penal, focando como provável fonte – ainda que não única – da indesejada situação, uma escolha pretérita de orientação social e política ocorrida primeiro no mundo ocidental e, por força do inexorável processo de globalização, hoje refletida em termos mundiais: a Revolução Burguesa. Para tanto, o que se fará é analisar os sintomas da crise do Direito penal e buscar estabelecer uma relação entre eles e o modelo de sociedade intencionalmente instalado nos Setecentos, por meio do estabelecimento de uma comparação dos aspectos econômicos, sociológicos, científicos e jurídicos.

Não há aqui, portanto, qualquer intenção de oferecer soluções milagrosas para o futuro do Direito penal, mas simplesmente demonstrar que, tendo a opção burguesa levado à situação de quase insustentabilidade vivida hoje, é necessário, ao pensar o sistema de imputação, jamais perder de vista que ele é fruto de um processo de proteção seletiva de interesses deliberadamente estabelecido no formato existente de Estado e, logo, nos sistemas de controle social manejados por este.

Para essa reflexão, a proposta será de analisar contextualizadamente a evolução do Direito penal que chegou a conduzi-lo à presente crise, situando-o nos contextos histórico, econômico e de difusão do conhecimento em geral.

1 A estruturação do Ocidente Medieval

O modelo ocidental de organização social era o dos feudos. A derrocada de Roma como império trouxe uma imensa divisão entre tribos e dessas em grupos sempre liderados por um elemento poderoso e cuja força se exercia com base no domínio da terra.

As terras não eram livres para a alienação, já que vinculadas ao

senhor feudal, o qual exercia “a jurisdição e o domínio político sobre quem habitava as terras, os quais não podiam abandoná-las”¹.

1.1 As relações entre economia e poder no período feudal

A situação dos recursos econômicos do período feudal ocidental era, evidentemente, de menos fausto que a de Roma e, portanto, a organização econômica se baseava na exploração agrícola e na produção simplesmente do que era essencial para a subsistência. “Se parece ultrapassar a satisfação do estritamente necessário é porque, com certeza, a subsistência é uma noção socioeconômica e não puramente material”². Ou seja, certamente a idéia de subsistência correspondia materialmente a coisas diferentes, segundo se tratasse dos nobres ou da população em geral. “À massa basta a subsistência no sentido estrito da palavra, isto é, o suficiente para subsistir fisicamente”³, enquanto que “para as camadas superiores, a subsistência inclui a satisfação de necessidades maiores, deve permitir-lhes conservar sua posição social, não decair”⁴.

Dentro desse modelo a organização econômica se dava com base em exploração permanente. O vassalo e o servo produziam explorando a terra e dedicavam o fruto dessa exploração ao senhor feudal, por meio de impostos cobrados com base na proteção oferecida e no próprio direito de vida que lhes dava o senhor feudal. “A massa, embora não fornecesse aos senhores uma mão-de-obra tão barata e tão fácil de explorar como os escravos da Antiguidade, é ainda suficientemente numerosa e encontra-se muito submetida às exigências econômicas para abastecer as classes superiores”⁵.

1 RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 94-95.

2 LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Trad. de José Rivair de Macedo. Bauru: Edusc, 2005. p. 218.

3 LE GOFF, Jacques. **A Civilização...cit.**, p. 218.

4 LE GOFF, Jacques. **A Civilização...cit.**, p. 218.

5 LE GOFF, Jacques. **A Civilização...cit.**, p. 193.

Evidentemente, o poder é concentrado em algo que não se pode chamar de Estado, mas sim, em certa medida, de governo, o que faz reconhecer que a economia encontrava-se submetida a esse governo. A subsistência das camadas superiores era provida, essencialmente, pela massa⁶. Ou seja, a instância de governo tinha sob controle a economia, por meio de um absoluto poder sobre os meios de produção. Era a economia submetida a um pretense Estado.

1.2 O modelo político medieval

Essa submissão econômica medieval correspondia ao modelo político da época, ditatorial, hereditário e absoluto. O contexto de opressão, dentro de cada feudo, transportava-se, em escala macro, para os reinos, ou seja, o senhor mais poderoso, o que exercia seu poder de mando pela força sobre os demais, era reconhecido como o Rei e nessa condição se arvorava ao direito de exercer certo controle, inclusive político, no âmbito de todos os feudos a ele submetidos.

A única concessão feita então pelos reis era à Igreja. Todos os soberanos queriam, de algum modo, manter boas relações com a Igreja, e o papado representava poder. Assim, era comum que os soberanos estivessem permanentemente envolvidos com as disputas sucessórias no comando da Igreja Católica. Desde os últimos imperadores romanos⁷, os poderosos já se haviam dado conta do nível de controle que a religião representa em face da população em

6 Nesse sentido LE GOFF, Jacques. **A Civilização...cit.**, p. 218.

7 O cristianismo chegou a ser reconhecido como religião oficial ainda no período romano, por Constantino. Na época de Constantino, o culto primordial em Roma era o do Sol Invictus e ele era o Sumo Sacerdote. Entretanto, havia muita tensão religiosa no Império, promovida essencialmente pelo aumento no número de cristãos. Isso o levou a unificar Roma sob a fé do cristianismo ao redor do ano 325 d.C. Esse reconhecimento era, na verdade, um acordo em que a religião católica era adotada pelo Império e, uma vez reconhecido para o Deus católico, o reino dos céus, em troca, os cristãos reconheciam o poder na terra do soberano romano. Isso ajudava a sufocar possíveis insurreições religiosas e dava suporte político ao rei. Desde então, mesmo com a queda do Império Romano, o Sumo Pontífice religioso católico tratou de afirmar sua posição, levando a que os reis medievais sempre buscassem o reconhecimento da Igreja através de consagrações e cerimônias de coroação comandadas por ele, enquanto ele tratava de manter os crentes afinados à submissão monárquica.

geral. Com isso, “os papas foram capazes de garantir sua posição de comando no Ocidente”⁸.

As cruzadas serão representativas do período⁹ e servirão para demonstrar o quanto se aproximaram e estiveram juntos, nesse período, Igreja e Estado.

1.3 O conhecimento no medievo

O poder político medieval era exercido essencialmente pela força, com a economia totalmente submetida ao senhor feudal, que representava a ordem político-governamental e, por sua vez, este se submetia ao rei. Do mesmo modo, o conhecimento também não era de todos e nem era representativo de algum poder. Russell¹⁰ comenta que, “com a decadência da autoridade central de Roma, as terras do

8 RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. Trad. de Laura Alves de Aurélio Rebello. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 220.

9 Os selúcidas conquistaram a Síria e a Palestina, então pertencentes ao Império Bizantino, cuja aliança com a Igreja católica era absolutamente estreita. Este fato deu o motivo de que necessitava a Igreja para lançar mão de seu projeto de enviar uma expedição armada ao Oriente, com o objetivo declarado de “libertar os lugares santos” do jugo muçulmano. A organização destas armadas contava com o apoio dos Reis e Imperadores além de uma intensa adesão popular. Assim, realizaram-se várias expedições coincidentes com as sucessivas retomadas e perdas de posições no Oriente. A primeira cruzada data de 1096-1099 e foi proclamada pelo papa Urbano II, com o apoio dos príncipes Roberto da Normandia, Godofredo de Bulhão, Balduíno de Flandres, Roberto II de Flandres e Raimundo de Taranto; a segunda, de 1147-1149, foi proposta por São Bernardo e confirmada pelo papa Eugênio III, comandada pelo Imperador Conrado III e pelo rei da França Luís VII; a terceira cruzada, de 1189-1192, foi comandada por Frederico Barba-roxa e contou com a participação de Filipe II, rei da França, e Ricardo, rei da Inglaterra; a quarta cruzada, convocada por Inocêncio III, efetivada em 1202-1204, foi iniciada por Henrique IV e assumida por Balduíno, conde de Flandres; a Quinta, convocada por Inocêncio III, foi dirigida por João de Brienne, rei de Jerusalém e André II, rei da Hungria; a sexta cruzada foi paradoxalmente comandada por Frederico II, de Hohenstaufen, que era pessoa descrente dos propósitos da iniciativa católica, chegando mesmo a ser excomungado pelo Papa Gregório IX; e, finalmente, a sétima e a oitava cruzadas foram convocadas e comandadas por Luís IX de França, depois São Luís, rei católico fervoroso que jamais hesitou em utilizar a espada em nome da fé. Para detalhes sobre a história das cruzadas e das ordens militares e eclesiásticas que delas participaram vide READ, Piers Paul. **Os templários**. Trad. de José da Cunha, São Paulo: Imago, 2001.

10 RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento...cit.**, p. 219.

Império do Ocidente começaram a mergulhar numa era de barbarismo, quando a Europa sofreu um declínio cultural geral". Todo o desenvolvimento, científico, filosófico ou jurídico que se podia atribuir a civilizações gregas e romanas sofreu um vigoroso golpe com as invasões bárbaras. O pouco que restou e ficou confinado aos mosteiros¹¹, pela simples razão de que a religião, em especial a católica, foi uma das poucas instituições preservadas pelos invasores. Ocorre que aos reis bárbaros pouco ou nada interessava o conhecimento, e a imposição vinha somente pela força das armas. Não é incomum a referência, em registros históricos, de que aos nobres medievais representava uma honra não saber ler.

Por essa razão, o período foi reconhecido, na história ocidental, como Idade das Trevas¹².

1.4 O paradigma jurídico e o Direito Penal pré-iluminista

Como consequência evidente desse modelo de organização econômica, social, política e de conhecimento, é facilmente perceptível que o modelo jurídico perdeu em qualidade de instituições. Refere Bobbio que "o direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas"¹³.

O direito que se impõe nesse período é um direito natural baseado na origem quase divina do poder do soberano. A associação com as instituições religiosas permitiu ao soberano que o povo reconhecesse seu direito divino de impor sua vontade como se fora

11 Russell refere que "nos mosteiros se incentivava algum aprendizado, especialmente em lugares bastante remotos, como a Irlanda". RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento...cit.**, p. 219.

12 Segundo a maioria dos historiadores, o período considerado Idade das Trevas vai de 600 a 1000 d.C., aproximadamente. Porém, é certo também que, até bem entrado o séc. XIV, as mudanças desencadeadoras de um novo modelo social que viria depois, com o Iluminismo, não começaram a serem implantadas.

13 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. de Marcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 30.

a vontade do Deus. A esse respeito, afirma Bobbio¹⁴:

Na Idade Média [...] o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não só como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens.

No âmbito penal, isso significava, sem dúvida, a possibilidade de impor penas, castigos, da maneira que aprouvesse ao soberano. Idéias como as de proporcionalidade ou legalidade eram absolutamente desconhecidas. Princípios como o de anterioridade ou de culpabilidade não têm qualquer aplicação, ficando na mão do príncipe todo o poder de imposição desse veemente instrumento de controle social. Cláudio Brandão refere que “foi somente com o Iluminismo, mais precisamente a partir da obra de Beccaria, na segunda metade do Século XVIII, é que foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado”¹⁵. Esse, porque associado à Igreja, protagoniza, com o Direito penal, inacreditáveis atrocidades, como os julgamentos da chamada Santa Inquisição.

2 O Iluminismo e as revoluções política e científica

No seio do obscuro mundo medieval, pouco a pouco, formaram-se luzes de libertação. Não se pode firmar como clara a identidade da origem primeira dessa libertação: se econômica, se política, se social ou se científica. O certo é que, a partir de um dado momento, a estrutura social do ocidente medieval começa a sofrer transformações, que essas transformações implicaram em escolhas que condicionam o mundo até hoje e foram de tal ordem que formataram todo um novo modelo tecnológico, político e social, fazendo emergir novos valores e exigindo novos conceitos e novas classificações.

14 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico...cit.**, p. 25.

15 BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro**, in Ciências Penais, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. de 2004, p. 175.

Bertrand Russell¹⁶ identifica quatro principais fatores determinantes da transformação do mundo ocidental medieval no padrão social Iluminista: “o Renascimento italiano dos Séculos XV e XVI”, cujos pensadores determinaram a segunda importante mudança, a saber, o humanismo; a Reforma Luterana e seu rompimento com a postura da Igreja católica; e finalmente a reanimação dos estudos empíricos que levou ao desenvolvimento exponencial das ciências.

2.1 A libertação econômica da burguesia

Do ponto de vista econômico, os gastos com as cruzadas e outras tantas guerras faziam com que cada vez mais os senhores feudais exigissem dos vassalos mais dinheiro. O luxo e a opulência da vida dos nobres e do clero estava muito longe da realidade de vida, especialmente daqueles implicados no processo de produção das riquezas do Reino. Esses não partilhavam de nada do benefício produzido e não gozavam de qualquer poder. Outrossim, pouco a pouco, os servos feudais foram sendo substituídos pelas figuras dos arrendatários e parceiros, que produziam auferindo riquezas para si.

Impelidas por exigências tributárias escorchantes, as classes produtoras se viram compelidas a incrementar os meios de produção. Para tanto, passaram a buscar o acúmulo de propriedades, expulsando os servos das terras que cultivavam desde tempos imemoriais.

Por outro lado, a crescente mecanização a que dava azo a Revolução Industrial gerava a necessidade de um grande volume de mão-de-obra disposta a vender sua força de trabalho como forma de subsistência, o que estabeleceu os contornos da relação entre capital e trabalho que temos até hoje como prevalente no mundo ocidental¹⁷.

16 RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento...cit.**, pp. 270-271.

17 “[...] para que finalmente surgisse o mercado decisivo, o mercado de força de trabalho, quer dizer, o mercado em que as pessoas vendem a um empregador sua capacidade para trabalhar, famílias de servos houberam de ser expulsas, por parceiros, arrendatários e proprietários, dos campos que vinham trabalhando imemorialmente para se auto-abastecer; foi necessária a formação de uma massa de seres humanos vagabundos e mendigos, sem terras, que dependesse, para subsistir, da venda de sua própria capacidade para o trabalho por um tempo determinado”. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido...cit.**, pp. 94-95.

Entretanto, conscientes de que, por mais que produzissem, jamais ascenderiam socialmente, de modo a desfrutar, ao menos de parte, do que produziam, alguns membros da classe economicamente produtiva lograram tornar alguns nobres de tal modo dependentes de seu dinheiro, que começaram a conseguir comprar títulos de nobreza e, com isso, lograr ascensão social. Pouco a pouco, a própria importância dos títulos de nobreza decresceu, dado que não mais representava uma origem e poderia, inclusive, ter sido comprado. Aparece uma evidente mudança de valores, que culminou, mais tarde, na redução da pretendida dimensão humana a uma fria relação econômica. O modelo industrial solapou a individualidade, impondo a padronização, os standards de comportamento.

O que parece existir, nesse momento histórico, é uma gradativa libertação da economia do jugo das instituições do poder constituído. O valor econômico acaba por romper os grilhões que submetiam o capital à força do Príncipe.

2.2 A Revolução Burguesa e a situação do indivíduo em face do Estado

A consciência a respeito de que quem efetivamente mantinha a estrutura do Estado eram aqueles que produziam suas riquezas foi pouco a pouco se difundindo até o ponto da eclosão de uma imensa revolta.

Sieyès¹⁸ publicou um escrito incitando o povo a assumir o con-

18 Joseph Emmanuel Sieyès nasceu em Fréjus, França, em 03 de maio de 1748, entrando para o seminário de Saint-Sulpice em Paris, em 1765, sendo ordenado sacerdote em 1773. Entre 1783-1787 ocupou o cargo de Vigário Geral do Capítulo de Chartres. Mesmo com toda a formação eclesiástica, Sieyès se une ao movimento revolucionário com entusiasmo, convertendo-se em um dos mais eloqüentes críticos do modelo de Estado então instalado, que privilegiava clero e nobreza. É dele a proposta de formação de uma Constituição que significaria trazer a vontade do povo à condição de soberania absoluta. Seu envolvimento político a partir de então foi intenso, ele foi membro dos Estados Gerais em 1789, deputado da Convenção Nacional de 1792 a 1795, do Conselho dos Quinhentos de 1795 a 1799 e do Diretório em 1799. Chegou a ser presidente do Senado durante o Império de Napoleão. Depois da queda de Napoleão, em 1816, foi deportado por uma acusação de colaboração para regicídio, mas acabou retornando à França depois da Revolução de 1830. Há quem sustente que Sieyès somente não foi o grande dirigente da Revolução Francesa, porque,

trole do Estado, já que, na realidade, na estrutura estatal de então, era o povo que produzia todas as riquezas do Estado, sem delas desfrutar, enquanto que a nobreza e o clero, que se beneficiavam dessa riqueza, em nada contribuíam para constituí-la. O momento histórico que levou à Revolução Francesa foi marcado pela concentração de poder na nobreza e no clero, o que levou ao discurso de que o povo (3º Estado), que detinha os meios de produção e era responsável pela riqueza dos Estados, deveria assumir uma parcela de poder que lhe correspondesse, subvertendo a ordem que privilegiava a nobreza (1º Estado) e o clero (2º Estado). Sieyès refere que “É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Todo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado”¹⁹.

Em resumo, a pretensão da revolta política era fazer com que cada cidadão lograsse sua parcela correspondente de poder, de acordo com sua contribuição para a formação do próprio Estado.

O que não se pode ter como certo e que talvez seja somente criticável desde nosso distanciamento histórico é se efetivamente a exclusão política de todos aqueles que não pertenciam nem ao clero nem à nobreza permitia ver que havia uma diferença de status político entre os possuidores dos meios de produção e aqueles que manejavam esses meios simplesmente como trabalhadores, enfim, se o modelo jurídico implantado com a ascensão burguesa foi, em um primeiro momento, consciente ou inconscientemente excludente. É que, naquele momento, ambos estavam completamente afastados da capacidade de exercer cidadania, e o acúmulo de riquezas não levava, a não ser pela compra de títulos de nobreza, à ascensão social. Por outro lado, a via clerical era igualmente aberta a ambos. Evidentemente, após a revolução

apesar de sua verve inflamada pela defesa dos direitos do cidadão, ele padecia de importantes limitações de oratória. Morreu no ano de 1836.

19 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** (Qu'est-ce que le Tiers État?). 3.ed., trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 54 e ss., especialmente p. 58. Aqui Sieyès utilizou um conceito oferecido já antes por Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne, em *Considerations les Intérêts du Tiers État, Adressées au Peuple des Provinces par un Propriétaire Foncier*, s. 1, 1788, onde este, na p. 29, define o Terceiro Estado como “a nação menos a nobreza e o clero”.

burguesa, torna-se imediatamente clara a diferença entre burgueses e proletários. Depois de constatado o progressivo afastamento de alguns membros da sociedade da esfera de proteção por ela produzida, parece não ser mais possível questionar a criação intencional de um quarto Estado composto de excluídos sociais.

Parece que o processo das Revoluções Burguesa e Industrial promoveu uma passagem da sociedade do domínio do príncipe para o domínio do capital, com a preservação de uma imensa massa de subjugados sociais.

As barreiras jurídicas de proteção do homem contra o Estado parecem ter sido estabelecidas, tanto no âmbito do civil law quanto do common law, com o evidente propósito de estabelecer e perpetuar no poder determinado grupo social.

2.3 A difusão do conhecimento e a revolução industrial

É sabido que a transformação iluminista promovida no período medieval também levou à alteração do paradigma do conhecimento. Do ponto de vista histórico, o desenvolvimento do Iluminismo correspondeu ao processo de expansão do conhecimento, que, na Idade Média, permaneceu confinado aos Mosteiros e Seminários, passando ao desenvolvimento das Universidades e à difusão do conhecimento, que alcançou primeiramente parte da nobreza e, imediatamente após, aqueles cuja progressiva acumulação econômica granjeou esse privilégio. O desenvolvimento exponencial das Universidades, a partir do século XIV, especialmente na Itália, fez com que cada vez mais pessoas ascendessem ao saber. Primeiramente, alguns nobres passaram a freqüentar Universidades e, depois, até mesmo os burgueses, mecenas do conhecimento, puderam fazer com que seus filhos tivessem acesso a esses conhecimentos.

Não foi por acaso que se desenvolveu, imediatamente após a era dos descobrimentos, a chamada Revolução Industrial²⁰. Apesar de

20 Sobre o período entre a Revolução política Francesa e a Revolução Industrial que se origina na Inglaterra, vide HOBBSAWN, Eric. **A era das Revoluções**. 18. ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

evidentes diferenças entre os modelos jurídicos continental e insular europeus, houve um claro traço comum: o objetivo de proteção de um padrão social que se interessava basicamente pela evolução de um tipo específico de ciência: a ciência natural. É que esse modelo de ciência era fonte de produção e como tal, integrava-se perfeitamente no modelo de acumulação de capital. Os inventos e a ciência voltaram-se nitidamente para o incremento dos meios de produção. Cada vez mais se viu uma ciência voltada aos interesses do homem. Principalmente os interesses de cunho econômico.

Em contrapartida, o desenvolvimento filosófico ficou, ainda, por longo tempo, restrito ao âmbito canônico e, só mais tarde, alcançou o patamar de interesse geral.

Acontece que, ao contrário da química, da física, da matemática, da biologia, todas ciências capazes de incrementar o setor produtivo, o muito que poderiam oferecer o desenvolvimento da filosofia, da sociologia e da antropologia, seria aumentar a consciência do homem a respeito de sua inserção no mundo e quiçá despertá-lo para as diferenças entre os participantes do contrato social, circunstância esta que não interessava efetivamente a todos. Não interessava, especialmente, àqueles detentores do capital recém liberto das garras opressoras do Príncipe.

Houve, aqui, uma clara opção por um modelo de ciência a ser desenvolvido: o modelo de ciência produtiva, servil à Revolução Industrial e à preservação do poder nas mãos dos detentores dos meios de produção.

2.4 O jusnaturalismo racional, o positivismo jurídico e o Direito penal

O interesse da burguesia era claramente delimitado: o estabelecimento de um processo de desenvolvimento cujo eixo se encontrava na economia, em um processo permanente de acumulação de capital. O reconhecimento da força do indivíduo perante o interesse do Estado libertava de diversos grilhões a livre iniciativa individual de estabelecer aqueles processos. Isso passava obviamente por uma reformulação do Direito, negando a perspectiva do Direito natural, como mecanismo de

imposição, ou seja, deixando de reconhecer na vontade do soberano uma “natural” expressão da verdade jurídica, obrigando-o a dobrar-se ante o império da lei, este sim, fruto da expressão da vontade de todos. Havia necessidade de converter a idéia de que os direitos se encontravam naturalmente estabelecidos, pela idéia de que eles deveriam se constituir racionalmente. Daí a passagem do jusnaturalismo religioso ao jusnaturalismo racional. Nessa proposição, inclui-se a separação entre Igreja e Estado, assinalando, no marco jurídico, os direitos do homem como tal, por sua natureza humana, negando toda e qualquer fonte divina desses direitos²¹. Nem poderia ser diferente, já que a revolta se implantava não somente em protesto contra o primeiro Estado (nobreza) mas também contra o segundo (clero).

Em um segundo degrau, também galgado a partir do Iluminismo, aparece o positivismo jurídico, herdeiro, por um lado, da explosão das ciências naturais e, por outro, da necessidade de imposição de limites ao Estado em face da iniciativa individual; limites estes encontrados na lei. Isso levou os jusnaturalistas a pensarem o direito como sistema fechado, baseado em axiomas e fundado na causalidade, conduzindo à chamada Era das Codificações²².

Além disso, para o desenvolvimento desse modelo de acumulação, baseado na evolução livre da ciência produtiva, a contribuição jurídica deveria ser a de dirigir seus instrumentos de proteção para a dimensão economicamente produtiva. Para tanto, havia necessidade do rompimento do autoritarismo, com vistas à criação de um modelo que permitisse a competição entre desiguais, objetivando a formação de uma massa de trabalhadores que servissem ao capital. Assim se estabeleceu a limitação, pela mesma lei, à atuação de pessoas econômica e socialmente desiguais²³. “O Estado se legitima só

21 “Ser sujeito de direitos significa ser cidadão [...] é nesse contexto universal que se situa o cidadão da revolução Francesa, ou seja, o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, firmando-se a originariedade do cives perante o Estado, em contraposição ao Ancien Regime, no qual a cidadania a era um status consentido pelo monarca”. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 76-77.

22 REALE, Miguel. **Nova fase...cit.**, p. 86.

23 Nesse sentido o comentário de Bustos Ramírez: “O capitalismo, para a acumulação, requeria a reprodução da força de trabalho, e isso demandava a existência do «livre»

enquanto Estado guardião, ou seja, seu controle tem que ser exercido precisamente para que funcione o contrato social, basicamente a liberdade e a igualdade na competição do mercado”²⁴.

Há uma evidente preocupação em preservar as possibilidades do estabelecimento de vantagens econômicas, bem assim, de garantir sua expansão. Não é de estranhar que a superdimensionada proteção do patrimônio seja a herança dos Códigos Penais dos nossos dias.

No âmbito do Direito penal, data desse período a passagem do direito natural religioso ao direito natural antropocêntrico. No momento em que a fonte de produção do direito passou a ser a razão humana, mudou a forma de direito natural: passou-se a um direito natural racionalista. Este direito representou papel de destaque em toda a discussão sobre a legitimação de poder ao longo do Século XIX. A razão humana foi o ponto de partida dos penalistas ilustrados e propiciou o desenvolvimento da evolução científica do Direito penal. É desse período o famoso escrito de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, que constitui verdadeira ode ao humanismo e crítica ao sistema punitivo de então. Nesse momento histórico, era imperativo o controle dos abusos do Estado, constituindo um direito que formasse uma barreira de proteção dos indivíduos contra a atuação daquele.

Aparecem, aqui, as concepções materiais e formais do delito vinculadas à dimensão protetora do Estado e à própria Lei, respectivamente, ou seja, no reconhecimento do crime como violação a um

mercado. O absolutismo, que se havia concentrado na acumulação, a colocava paradoxalmente em perigo, ao não cumprir com as condições necessárias para a reprodução da força de trabalho. Agora, para que tal mercado se estabelecesse era necessário que acessem a ele os que possuíam os meios de produção (os capitalistas) e os que não os possuíam (os trabalhadores). Mas para que estes pusessem à disposição sua capacidade de levar a cabo um trabalho era indispensável que se desse dentro de um marco de liberdade e igualdade com os primeiros; de outra maneira, não havia possibilidade de reproduzir a força de trabalho, com o qual não havia acumulação e o sistema fracassava [...]. Em outras palavras, só se podia falar de mercado na medida em que se asseguravam a liberdade e a igualdade. Por isso, Wolfe expressa taxativamente: «O único mercado livre que o capitalismo chegou algum dia a criar foi o mercado de trabalho». BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, in *El Pensamiento Criminológico II: Estado y control*. Dir. De Roberto Bergalli e Juan Bustos Ramírez, Barcelona: Ediciones Península, 1983. p. 14.

24 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control...*cit.*”, p. 14.

bem jurídico protegido pelo Estado, ou como contrariedade à norma plasmada no instrumento legal. Daí o desenvolvimento, por exemplo, por Carrara²⁵, de uma concepção do direito, subordinado a uma Lei Natural, vinculante, o que o leva a propor um conceito formal de delito. Delito, para ele, é a infração de uma Lei do Estado que visa a proteção dos cidadãos. O delito não é mais que a contradição da norma. A essência do crime se esgotava na violação da norma. Por outro lado, a idéia de formulação de uma concepção material do delito é o elemento básico trabalhado por vários autores da escola alemã, também do século XIX, como Birnbaum, Von Liszt e Binding.

Entretanto, o aumento da criminalidade e o descrédito das concepções metafísicas e espiritualistas a respeito do conceito de crime, somados ao auge das ciências naturais, com seu método explicativo, experimental e indutivo, levaram inexoravelmente a outra passagem, ainda na Modernidade, ao positivismo jurídico e à formulação de uma pretensão científica para o Direito penal, que se baseava na constituição de um sistema de imputação composto de critérios lógicos de cuja aplicação deveria derivar como resultado uma solução justa para os delitos²⁶. Daí a insistência na formulação de um modelo cartesiano para o conceito de delito, qual seja, um conceito analítico.

Político-criminalmente, não constitui novidade que o movimento iluminista foi inspirador de uma sensível mudança de perspectiva do Direito penal como instrumento de controle social. A supervalorização do indivíduo como ser humano²⁷, digno de consideração jurídica, trouxe como efeitos imediatos a humanização das penas,

25 Vide, a respeito, os comentários de Quintero em QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. **Curso de Derecho penal**. Parte general. Barcelona: Cadecs, 1997. p. 161-163.

26 Nesse sentido a observação de Welzel: “Para a teoria jurídica, a limitação ao “fático e existente na realidade”, significa a ocupação exclusiva do Direito positivo [...] o valor deste Direito é irrelevante [...]. Uma lei efetivamente é uma lei, ainda que provoque nossa censura. [...] A dogmática jurídica é a explicação sistemática dos princípios jurídicos que se encontram na base de uma ordem jurídica ou em alguma de suas partes”. WELZEL, **Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material**. Trad. De González Vicen, Madrid, 1971. p. 191.

27 Refere Reale que a Revolução Francesa instaura não só uma nova ordem jurídica, mas uma nova razão profana, baseada nos conhecimentos do homem. In REALE, Miguel. **Nova fase...cit.**, p. 74-75.

com uma proposta de banimento das penas de morte e das penas ultrajantes, por consistirem em absoluto desprezo à vida e à dignidade do condenado. Além disso, a separação entre Igreja e Estado acaba substituída pelo fortalecimento do modelo de Estado burguês em ascensão, gerador de uma associação entre política e capital, extirpando do âmbito jurídico a noção de que a origem do castigo era divina. Ao mesmo tempo, ao colocar o indivíduo no centro de atenção da organização jurídica, houve um progressivo avanço no controle do poder estatal, antes ilimitado, de castigar.

A coincidência entre humanização do Direito, em especial do Direito penal, e popularização do conhecimento, com especial difusão deste nas famílias burguesas, teve importantes conseqüências para o desenvolvimento da chamada Ciência penal.

3 A sociedade contemporânea e a crise dos paradigmas

A sociedade que temos hoje é herdeira direta das circunstâncias que estabelecemos no período das revoluções. O modelo de supremacia econômica, a distribuição da organização social, a primazia de um padrão científico determinado, a própria organização jurídica e, como ela, a do sistema jurídico penal, são produtos das opções que fizemos ao sair do chamado período das trevas.

Na realidade, sob um pretexto de valorização do indivíduo e com ele, de sua liberdade, implantou-se, na verdade, uma estrutura de privilégio para os economicamente fortes²⁸.

3.1 A superação econômica em face do Estado

O momento de libertação burguesa traduziu-se na ascensão da dimensão econômica sobre o controle estatal. Se, na era medieval, o soberano tinha um absoluto controle sobre a economia e esta se

28 Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 277.

libertou durante os processos revolucionários oriundos do Iluminismo é certo que hoje o Estado é quem se dobra perante as exigências econômicas.

O fenômeno da globalização conduziu à organização da produção em termos mundiais e ao avanço tecnológico concomitante, que permitiu uma facilitação das comunicações e do transporte, gerando um importante incremento dos negócios, aumentando ainda mais o volume de movimentação de capitais. Essa estrutura fez com que as grandes corporações, apoiadas por governos de direita, das principais potências econômicas mundiais, assumissem dimensões que ultrapassaram os limites dos Estados-nações²⁹.

Não se encontra fora da nossa realidade que exigências de organismos internacionais condicionam a organização política de vários países, entre eles, o Brasil³⁰. Não me refiro aqui, simplesmente, ao controle exercido por organismos derivados de congregações supranacionais, como blocos econômicos formados por tratados entre diferentes nações, mas sim de organismos privados extra-nacionais³¹, como corporações, empresas e principalmente bancos,

29 “[...] as companhias transnacionais [...] foram apoiados politicamente por governos de direita nos EUA, Japão, Reino Unido e Alemanha, principalmente, e isto é, pelos governos metropolitanos mais importantes. [...] O capital não conhece pátria”. RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido...cit.**, p. 240-241.

30 “[...] os locais de poder onde se tomam decisões políticas que afetam os Estados Nacionais não coincidem mais com suas fronteiras territoriais. As decisões são tomadas globalmente, deixando sem margem de manobra os governos nacionais, cuja capacidade de controlar e regular seus assuntos domésticos ficou extremamente debilitada com a intensidade dos fluxos transnacionais - comércio, capital, tecnologia, informação, cultura etc. - que atravessam com facilidade as fronteiras nacionais. Os mecanismos dominantes de governança global promovem novas concentrações de poder que, sem admitir controle democrático, afetam profundamente a autonomia dos Estados individuais, impondo restrições severas à capacidade tradicional de integração social ou nacional”. VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 98.

31 Prefiro, aqui, o uso do vocábulo “extra-nacionais”, pois me parece que a expressão “internacionais” transmitiria a falsa idéia da composição que agrega diferentes nações e a expressão “supra-nacionais” representaria uma idéia de superioridade em face das nações, porém, capaz de reconhecer a existência destas. O que pretendo transmitir com o uso de “extra-nacionais” é representar algo que se organiza completamente fora das nações, fora do seu alcance, fora do seu controle, fora do seu interesse, desprezando-as, enfim, completamente.

controladores de uma dívida externa que sangra permanentemente a dimensão do investimento social dos governos devedores e que, ao mesmo tempo, despreza-os como instância de controle da dimensão produtiva da nação³². Exemplo claro disso ocorreu no Brasil, onde os graves e recentes problemas políticos nem sequer foram sentidos no campo econômico. A importante crise por que passou, e ainda passa, o país, de cunho eminentemente político, vinculada a episódios de corrupção, vem sendo divulgada concomitantemente a dados que revelam que não houve afetação importante da economia. Por um lado, há analistas conjunturais que pensam que o Brasil desenvolveu uma blindagem econômica contra os desastres políticos. Por outro, é também sintomático o fato de que a economia não se importa minimamente com as divergências e convulsões políticas, já que, independentemente de quem governe, não há qualquer dúvida sobre quem mantém o controle. As regras econômicas da única potência mundial condicionam as escolhas de todo o resto do mundo.

Parece evidente que a libertação da economia em face do Estado, ocorrida no período das revoluções, aliada ao modelo social, político e jurídico implantado, conduziu à subversão completa do estado das coisas medieval, levando à submissão do Estado ao poder econômico.

3.2 O processo de globalização e o desprezo do ser humano

Vivemos hoje uma transformação da sociedade, em que os governos, as economias e o próprio cotidiano social encontram-se completamente vinculados em uma cadeia mundial conhecida como “processo de globalização”.

Esse processo de globalização promove a aproximação de distintas realidades que são obrigadas a conviver. Dessas relações surgem situações de condicionamento das mais diversas ordens.

32 “Nas visões mais extremadas sobre globalização, chega-se a afirmar que a emergência da economia globalizada rompe de tal modo com o passado que se assiste, virtualmente, à decomposição das economias nacionais e ao fim do Estado-nação como organização territorial eficaz em matéria de governabilidade das atividades econômicas nacionais”. VIEIRA, Liszt. *Os argonautas...cit.*, p. 93.

Ninguém duvida que um dos condicionamentos mais veementes advindos da globalização é o condicionamento econômico, já que o próprio interesse de expansão das economias para além das fronteiras do Estado, superando as barreiras de comércio internacional e levou ao incremento da submissão e umas economias por outras. A expansão da globalização leva a uma crise social que aprofunda as mazelas do capitalismo, pela progressiva expropriação de grandes massas de pessoas, e, paralelamente, o aumento de concentração dos recursos produtivos.

Zaffaroni³³ critica o processo de globalização dizendo que se trata de um fenômeno muito parecido ao do período de colonização das Américas, onde houve um processo de exploração. Porém, em vez da relação entre explorador e explorado, figuram, de um lado, “incluídos”, e, de outro, “excluídos”, com a sutil diferença de que, ao contrário do colonizador, que necessitava do colonizado para o amplo processo de exploração, o “incluído”, no sistema globalizado, não necessita absolutamente do “excluído”, dessa forma, este último pode ser completamente desprezado do processo de dominação. Daí deriva o fato de que a imensa massa de excluídos, nos países de terceiro mundo, não constitui fator importante para os detentores do poder globalizado.

3.3 A revolução tecnológica do cotidiano e seus efeitos

Como se pode notar, a opção de libertação da economia em face do jugo do Estado conduziu-nos a uma situação atual onde não há mais limites à própria economia.

Esse interesse econômico, no âmbito científico, determinou a opção clara em favor do modelo de ciência capaz de favorecer os meios de produção, ou seja, estabeleceu, como paradigma científico, o padrão das ciências naturais, gerando dois evidentes efeitos: o primeiro, a produção de um segundo nível revolucionário no campo científico, a chamada revolução tecnológica, herdeira legítima e única

33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal” in **Direito Criminal**, col. Jus Æternum, vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 14-15.

da revolução industrial; o segundo, o distanciamento evidente entre o progresso das ciências naturais, ocorrido em progressão geométrica, e o progresso das ciências sociais, ocorrido em progressão aritmética. Esse distanciamento foi intencionalmente produzido, já que a evolução dos mecanismos de produção, da ciência que gera o lucro, interessa muito àqueles que estão no poder, enquanto que a evolução da consciência, do pensamento e da reflexão sobre a ordem social pode levar ao risco de que aqueles que são oprimidos pelo processo de exploração se revoltam contra essa estrutura social e procurem modificá-la. Assim, é muito mais interessante, para a preservação da estrutura estabelecida, que o conhecimento se desenvolva unicamente nos aspectos científicos, que, de algum modo, sejam capazes de favorecer o capital.

A distância entre os distintos modelos de ciência, cada vez mais insuperável, é o que faz com que não sejamos capazes de trabalhar com padrões filosóficos, sociológicos, éticos ou jurídicos em questões como transgenia, internet, clonagem e tantos outros.

Caberia discutir, ainda, como ponto de vista alternativo, a própria idéia de cientificidade do Direito, cumprindo estabelecer em que medida essa pretensão tem ou não cabimento. Confesso sentir-me sinceramente inclinado a admitir que a cientificidade do Direito não passou de uma pretensão absolutamente datada, que teve seu momento e sua razão de ser, guardando, em nossos dias, escassa relevância. Mas essa é outra discussão, que nos desviaria da argumentação expendida, e quiçá mereça ser reservada para outra ocasião.

3.4 O descontrole das instâncias jurídico-penais na sociedade contemporânea

O Direito penal de nossos dias se depara com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por essas tecnologias. Daí deriva um clamor intensificado pela intervenção penal onde se uniformizam os discursos oriundos de distintas orientações

políticas³⁴. Assim ocorre, por exemplo, nos delitos informáticos³⁵, nos delitos sócio-econômicos³⁶ e nos delitos contra o ambiente.

O Direito, como mecanismo científico de controle social inserido no compasso de evolução das ciências sociais – sendo ou não, ele próprio, ciência –, não consegue regulamentar determinadas matérias sem subverter seus próprios padrões evolutivos. Essa é, a meu ver, uma delas, senão a principal razão pela qual é tão difícil preservar as garantias de princípios formulados ao longo da evolução do direito e conseguir concomitantemente alcançar a regulamentação jurídica de temas oriundos da moderna sociedade tecnológica. Tratamos, por muito tempo, de manter o sistema jurídico, especialmente o jurídico penal, vinculado a um ponto de vista dogmático, reservando-se as questões axiológicas para o campo filosófico-religioso. Essa fórmula acentuava diferenças, levando à preservação de um status quo social. O Direito serve para o controle social. O Direito penal, por marcar especialmente a vítima como o epíteto de criminoso, acaba funcionando como instância de legitimação de uma divisão da sociedade em castas. Comentam Zaffaroni e Nilo Batista que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena”³⁷. Para tanto, obedece-se a um modelo seletivo de criminalização primária e secundária que visa criar um estereótipo do

34 Para um resumo da política criminal adotada na sociedade de risco, vide DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la sociedad ciudadana: um debate desenfocado”. In Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología no 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/rcpc>. E para uma análise crítica da moderna postura da esquerda e sua uniformização com o discurso do poder estratificado, vide PRITTWITZ, Cornellius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito penal do Inimigo: tendências atuais em Direito penal e Política Criminal”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31 e ss.

35 Sobre as dificuldades com que o Direito penal se depara no campo informático, vide, por todos GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

36 Veja-se, sobre a matéria, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998 e também HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

37 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

criminoso, tornando normal o tratamento díspar de situações próprias de pessoas pertencentes a diferentes posições sociais³⁸. Exemplo claro disso aparece ao analisarmos a situação do delito de sonegação fiscal (aflitivo do patrimônio público) comparado com o furto (aflitivo do patrimônio individual), onde só o primeiro goza a uma modalidade de arrependimento posterior geradora de extinção de punibilidade³⁹. Evidentemente,

38 “Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquentes com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos [...] A seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela [...]”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal...cit.**, pp. 46-47.

39 Conforme anotou Carlos Kaufmann, no Valor Econômico, edição de 01/12/2004, “Os crimes fiscais tiveram diversas oscilações relacionadas à sua efetiva possibilidade de punição, em virtude de sucessivas leis que se alternaram possibilitando ou impedindo a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito. A partir de 1995, a Lei nº 9.249 sacramentou que, nestes crimes, o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia era causa de extinção da punibilidade (artigo 34). A aplicabilidade deste dispositivo legal permaneceu inalterada até outubro de 2000, quando a Lei nº 9.983, que inseriu o artigo 168-A no Código Penal, adquiriu vigência. A partir daí, o crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária passou a ter sua punibilidade extinta apenas se o pagamento integral do débito se desse antes do início da ação fiscal (artigo 168-A, inciso III, parágrafo 2º do Código Penal). A interpretação relacionada à extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, tipificados pela Lei nº 8.137/90, conservou-se incólume. Em 2003, porém, a Lei nº 10.684 reavivou a extinção da punibilidade pelo pagamento integral das contribuições previdenciárias descontadas e não recolhidas, ainda que referido pagamento efetive-se após o início do trabalho fiscal. E mais: de acordo com a nova lei, o pagamento que extingue a punibilidade pode dar-se a qualquer tempo, inclusive após o oferecimento da denúncia. Conforme depreende-se do texto legal (artigo 9º, parágrafo 2º), a extinção da punibilidade atinge tanto os crimes previdenciários (artigos 168-A e 337-A do Código Penal) quanto os crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Assim, hoje, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), “o pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”, tendo em vista que “em 30 de maio do presente ano, veio a lume a Lei nº 10.684, a qual, no artigo 9º, deu nova disciplina aos efeitos penais (do parcelamento e) do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal” (Habeas Corpus nº 81.929-0/RJ, primeira turma, relator originário ministro Sepúlveda Pertence. Relator para acórdão ministro Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2003)”.

só sonega impostos quem tem renda suficiente para dever impostos, e o Direito penal concede benefícios a esse. Quem tem renda tributável, por outro lado, dificilmente estará envolvido em furtos. Ademais, visto sob o prisma da vítima, o violador de um bem jurídico privado patrimonial recebe toda a carga da vingança penal do Estado-juiz por sua atitude, em contrapartida, o violador do bem jurídico público, que a todos pertence por igual, não gera idêntica reação do Estado-juiz.

Agora, no entanto, no momento em que estamos vivendo uma recuperação do ponto de vista axiológico como fórmula de recorte de um Direito penal alijado de considerações dessa natureza, depa-ramo-nos, em Direito penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e as garantias fundamentais⁴⁰.

Além disso, há um aspecto político-criminal que merece destaque: o fato de que o processo de expansão inclui uma importante vertente ligada a um avanço discursivo no sentido de um incremento punitivo proveniente da esquerda, que contraria sua herança tradicional, compondo uma verdadeira pretensão de ditadura do proletariado jurídico-penal, posição da qual igualmente discordo, porque, compartilho com Prittwitz⁴¹, “a impressão de que aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao Direito penal do Inimigo, tendo apenas trocado de Inimigo”.

É que o incremento da ciência tecnológica, de base econômica, gera uma crescente expansão do risco. Aqui, refiro-me a risco não como nível real de risco, que certamente é muito menor que na vida medieval, mas como nível de controlabilidade desse risco, ou seja, da possibilidade de evitar suas fontes. São exemplos desse padrão de risco o tráfego rodado, o uso do laser e dos raios-X, na medicina,

40 Vide, a respeito do tema, a concepção de Hassemer sobre a dialética do moderno Direito penal, em HASSEMER, Winfried. “El Viejo y el Nuevo Derecho penal”. In **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 46 e ss.

41 PRITTWITZ, Cornélius. **O Direito penal...cit.**, p. 44.

e a energia elétrica produzida em usinas nucleares. Essa sociedade, que convive com o risco de modo cotidiano⁴², converte todos em vítimas potenciais, gerando uma crescente e ilusória insegurança, que alimenta a caldeira do discurso repressivo.

O panorama é, então, de um medo generalizado da sociedade criada pelo avanço tecnológico, a qual clama por mais segurança e pensa, erroneamente, que essa segurança pode ser oferecida pelo Direito, especialmente pelo Direito penal.

Considerações Finais

No afã do oferecimento de uma resposta, cuja realidade dista muito de um incremento do nível de segurança, cada vez mais se repetem leis que contemplam uma profusão de normas penais em branco e elementos normativos, paralelos à admissão de tipos de perigo abstrato, como, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, os arts. 40, 54 e 67 da Lei nº 9.605/98; o art. 1º da Lei nº 8.176/91; e o art. 12 da Lei nº 9.609/98.

Entretanto, dispositivos assim desenhados chocam claramente com princípios fundamentais da própria organização do sistema de imputação, como o princípio de legalidade⁴³ – em especial na vertente da certeza – e o princípio de intervenção mínima⁴⁴.

42 Sobre a tese da sociedade do risco (*Risikogesellschaft*) vide BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998, e sobre os comentários do autor às críticas lançadas contra a sua teoria, vide BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo global**. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

43 É praticamente impossível defender-se de uma acusação baseada em um tipo cujo conteúdo não se dá a conhecer, ou admite uma flexibilidade tal que o torna capaz de abrigar uma vasta gama de situações. Esta ampliação dos tipos encontra antecedentes históricos vinculados a Estados totalitários, como por exemplo, as leis de Nuremberg na Alemanha nacional-socialista e o Código Penal soviético da época de Stálin.

44 O avanço da pretensão de controle vai até a criminalização de atos preparatórios à violação de bens jurídicos concretamente identificados ou, inclusive, a criminalização de estados de pessoa, como ocorrido, por exemplo, respectivamente, no art. 291 do Código Penal e no art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9.437/95.

Ao admitirmos a flexibilização de nossas garantias, duramente conquistadas, no afã de proteger novos bens jurídicos, estamos, na verdade, incrementando o sistema de controle penal, o qual se volta contra nós mesmos. Por força da implantação desse modelo, a relação estabelecida a partir da ascensão da burguesia ao poder, cujos efeitos vivemos até hoje, é de que o próprio Direito penal deve servir de instrumento do progresso tal como concebido pelo estamento social ascendente.

Na verdade, a crise do Direito penal não é mais do que um sintoma da crise do modelo de organização social capitalista, privilegiante da economia como sistema auto-sustentável e capaz de reconhecer o homem nada mais do que como uma peça dispensável do processo produtivo.

E a pretensão hegemônica do sistema econômico já se faz sentir no plano penal, em nível transnacional, com a instauração de um modelo policial mundial desrespeitoso com os direitos humanos⁴⁵ e um modelo judicial seletivo capaz de alcançar apenas os que estão à margem dos benefícios sociais já não só das pessoas individuais, mas também as próprias nações, na figura de seus governantes⁴⁶.

A pretensão dessa pequena reflexão e de alertar os juristas a respeito de suas próprias opções, de suas convicções, das conseqüências delas bem como de suas origens. Penso ser muito importante que, ao discursar, estejamos cientes a respeito de quem estará falando por nossa boca.

Assim, é necessário refletir quando se defende o avanço de determinadas barreiras de imputação, o uso indiscriminado de modernas técnicas de tipificação como delitos de perigo e normas penais em branco, a flexibilização de determinadas garantias para poder alcançar o criminoso, ainda que se trate da criminalidade moderna, econômica, ambiental, etc. Frequentemente nos deparamos com inflamados discursos em prol de um Direito penal de duas velocidades, sustentado por uma falsa idéia de busca de equilíbrio entre o

45 Vide, a respeito, as violações de garantias fundamentais em Guantánamo e Abu Ghraib.

46 Para um comentário sobre as violações de princípios que representa a proposta do Tratado de Roma a respeito do Tribunal Penal Internacional, vide BUSATO, Paulo César. “Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito penal” in **Revista dos Tribunais**, nº 809. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

combate à criminalidade comum e à criminalidade dita moderna. É necessário saber que, qualquer que seja a “velocidade” diferenciada que se pretenda implantar à custa de garantias, essa estará sempre afinada com o discurso contemporâneo do capitalismo parnasiano, que privilegia o modelo exploratório por excelência e despreza, conseqüentemente, o ser humano.

Referências

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo global**. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. de Marcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro”, *in Ciências Penais*, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. de 2004.

BUSATO, Paulo César. “Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito penal”, *in Revista dos Tribunais*, n. 809. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, *in El Pensamiento Criminológico II: Estado y control*. Dir. de Roberto Bergalli e Juan Bustos Ramírez, Barcelona: Ediciones Península, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la sociedad ciudadana: um debate desenfocado”, *in Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*. n. 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/rcpc>.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried. “El Viejo y el Nuevo Derecho penal”, *in Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HOBSBAWN, Eric. **A era das Revoluções**. 18. ed. Trad. de Maria Tereza Lopes Tei-

xeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Trad. de José Rivair de Macedo, Bauru: Edusc, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PRITTWITZ, Cornélius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito penal do Inimigo: tendências atuais em Direito penal e Política Criminal”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 47**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, PRATS CANUT, Miguel. op. **Curso de Derecho penal. Parte general**. Barcelona: Cadecs, 1997.

RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

READ, Piers Paul. **Os templários**. Trad. de José da Cunha, São Paulo: Imago, 2001.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. Trad. de Laura Alves de Aurélio Rebello. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. 3.ed. Trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WELZEL. **Introducción a la filosofía del derecho**. Derecho natural y Justicia material. Trad. De González Vicen, Madrid, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal” in **Direito Criminal**, col. Jus Æternum, vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: OS EFEITOS DA COISA JULGADA

Luciana Genehr da Silva
Advogada

Em sede de ações investigatórias de paternidade, a partir do advento do exame genético de DNA, gerou-se a discussão acerca da incidência, ou não, da coisa julgada material na demanda que foi extinta por insuficiência de provas, uma vez que tal perícia traria à lide a certeza biológica da existência ou não da paternidade alegada e, conseqüentemente, a constatação da verdade real¹.

Acerca o assunto, é de se atentar ao lecionamento de Vargas i Werlang [2004, p. 73]:

Tendo em vista que o advento do exame genético em DNA houve modificação substancial em termos de prova pericial, trazendo esse exame maior clareza quanto à determinação da paternidade, visto que uma sentença proferida antes desta revolucionária tecnologia era destituída de comprovação científica da verdade biológica da paternidade.

Dessa forma, as ações de investigação de paternidade que tivessem sido julgadas improcedentes por falta de elementos probatórios antes da Era DNA e que, por isso, restaram extintas, deveriam ter a possibilidade de serem revisadas e, então, oferecida a justa jurisdição às partes conflitantes.

1 Todavia, deve ficar claro que se está partindo do princípio que as partes envolvidas na demanda não tiveram a oportunidade de se submeterem ao exame de DNA, seja em razão de sua inexistência no momento da instrução processual, seja pela oposição do investigado à sua realização.

Saliente-se também a dificuldade com que se deparavam os investigadores de provarem o fato constitutivo de seu direito quando da vigência do art. 363, do Código Civil de 1916 [CC/1916], uma vez que tal dispositivo previa que o autor da ação investigatória deveria comprovar ao Juízo que sua genitora esteve concubina com o pretense pai, ou que este a tivesse raptado ou, ainda, que existisse algum escrito onde o investigado declarasse a paternidade do investigante.

Ora, quão difícil ou mesmo impossível é a posituação destes fatos, quando a relação em questão, comumente, ocorre na clandestinidade, sem testemunhas ou documentos que confirmem a relação sexual, que é, afinal, o fato constitutivo do direito do investigante.

Sobre o assunto, Dias [1999, p. 18] posiciona-se da seguinte forma:

É inquestionável que, ocorrendo esse tipo de relacionamento, ordinariamente, de forma reservada e a descoberto de testemunhas, a prova do fato constitutivo que sustenta a ação torna-se particularmente dificultosa. Trata-se de probação de ato praticado por terceiros, do qual o autor não foi um partícipe, mas quase uma mera “conseqüência”, o que mais aumenta a dificuldade de amealhar provas.

A incursão no mencionado dispositivo do CC/1916 é, pois, para demonstrar que muitas das ações investigatórias propostas na Era Pré-DNA podem ter sido julgadas improcedentes por insuficiência de provas, operando-se sobre suas sentenças, pelo entendimento da época, a coisa julgada material. Porém, se analisadas hoje, sob o manto da biotecnologia, amparadas pela perícia genética do DNA, poderiam confirmar o almejado reconhecimento de paternidade.

Contudo, torna-se inevitável a reflexão acerca da estabilidade constitucionalmente assegurada à coisa julgada, eis que estabelece o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil [CRFB/88], que:

Art. 5º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Porém, não há como negar que, ainda que a coisa julgada

esteja prevista na CRFB/88 para que se evite as infinitas discussões judiciais, bem como para que se dê tranqüilidade, segurança e paz social aos cidadãos, deve, o instituto da *res iudicata*, acompanhar a evolução do universo jurídico, que caminha de mãos dadas à evolução biotecnológica.

Neste contexto, se um novo fato científico torna possível ao magistrado tomar decisões mais justas e corretas do que as que lhe apresentavam anteriormente, visto que trazem ao feito a verdade real, deve-se entender como perfeitamente possível a revisitação de uma demanda já transitada em julgado se, desta nova análise, for possível a constatação não só da verdade dos fatos, mas também da certeza científica daquela situação *sub iudice*.

Em consonância com o alegado, observe-se a orientação de Almeida [2001, p. 98]:

Assim é que uma sentença, onde antes (Era pré-DNA) não havia comprovação científica da verdade dos fatos, passa a ser (Era DNA) uma decisão com julgamento da realidade fática cientificamente comprovada. É a certeza científica aliada à certeza moral, ao discernimento do juiz.

A discussão ora aventada torna-se possível porque o direito do indivíduo ver conhecido seu verdadeiro pai está alicerçado em outro preceito constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A palavra dignidade, inserida no princípio previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, diz respeito, segundo Silva [1998, p. 549], ao “[...] atributo intrínseco da pessoa humana, como valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte”.

Sobre este princípio, mas especificamente voltado para o direito de identificação real do genitor, Almeida [2001, p. 77] observa que:

O ato de perfilhar assumiu, com o sistema único de filiação consagrado pela Constituição Federal de 1988, um importante papel para fazer cumprir um dos fundamentos da República, que é o da dignidade da pessoa humana, não permitir que a criança fique sem pai declarado, procurando-se

sempre identificar quem é o pai de sangue para lhe atribuir a responsabilidade da paternidade.

No mesmo sentido, extrai-se a seguinte lição da obra de Doxsey [1999, p. 56]:

A despeito da proteção constitucional à coisa julgada, incluída no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna de 88, como direito e garantia individual, antes já constante da Lei de Introdução ao Código Civil, no §3º, do art. 6º do Dec.-lei 4657/42, e de todas as normas processuais constantes da Seção II, do Capítulo VIII, entre os artigos 467 e 474 do Código de Processo Civil, *o direito à dignidade da pessoa humana, que certamente inclui a busca sem restrições de sua identidade pessoal, deve ser encarado como direito constitucional de tutela da pessoa humana, e ainda como direito incondicionado e irrestrito à isonomia entre os filhos de qualquer origem, também protegida pela Lei Maior.* [sem grifo no original]

E, ainda, inevitável o registro das palavras de Moraes [2004, p. 52] acerca da dignidade humana:

[...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* [grifado no original]

Percebe-se, assim, que não parece justo que a segurança da coisa julgada advinda da prolação de uma sentença definitiva se sobreponha ao direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do indivíduo ver-se devidamente reconhecido pelo seu genitor.

Acerca do assunto, aduzem Vargas i Werlang² [2004, p. 82-83]:

[...] em vista das profundas alterações trazidas pela conquista científica para as ações de investigação de paternidade, seria um despropósito que a verdade real fosse afastada pela coisa julgada material, embora sendo evidente que o instituto exista para dar segurança às relações jurídicas, mas a justiça deve se sobrepor à segurança.

Contudo, há que se perguntar por quê não se utilizar, nestes casos, da Ação Rescisória, prevista no art. 485, do Código de Processo Civil³ [CPC], ao invés de desprover a segurança e a estabilidade de uma decisão judicial transitada em julgado?

A resposta para a questão é constatada na obra de Vargas i Werlang [2004, p. 78]:

[...] por ser remédio excepcional, deve ser utilizado nos estreitos limites permitidos na lei, e no caso de ser realizado exame pericial em DNA, posterior à sentença, não ensejaria a rescisória, pois não seria documento novo cogitado pelo art. 485, inciso VII do CPC. Pela inteligência o citado artigo, não se

-
- 2 As doutrinadoras firmam seu posicionamento alegando que: “Busca-se a verdade real porque o processo não é mais meio de solução de um conflito privado, mas apresenta-se, hoje, com caráter de elevada missão de ordem pública na pacificação social sob o comando da lei. Sob essa ótica a todos interessa uma composição justa de um litígio”.
- 3 Que apresenta a seguinte disposição: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar literal disposição de lei; VI – se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se buscou a sentença; IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. §1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. §2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

trata de criação de documentos após a sentença, mas na descoberta ou disponibilidade de documento antigo que produzido no processo em momento oportuno poderia ter influenciado no julgamento.

Em consonância com o mencionado, a doutrinadora Almeida [2001, p. 100] sustenta que a ação rescisória tem por escopo “[...] a desconstituição de uma sentença já transitada em julgado, mas cujo mérito está, provavelmente, impregnado de vícios”.

No entanto, da análise do inciso IV, do art. 485, do CPC, é inevitável vislumbrar-se, numa análise imediatista, a possibilidade, em tese, da propositura da ação rescisória de sentença prolatada em ação de investigação de paternidade fundamentada naquele dispositivo legal, trazendo-se ao feito, como documento novo, o exame de DNA.

Porém, tal intento não encontra amparo jurisprudencial, eis que se colhe do Supremo Tribunal Federal [STF] o seguinte aresto, ocasião em que foi rejeitada a ação rescisória de sentença de investigação de paternidade:

[...] 3. Para os efeitos do inciso VII do art. 485 do C.P.C., por documento novo não se deve entender aquele que, só posteriormente a sentença, veio a formar-se, mas o documento já constituído cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pode fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo. 4. Não demonstrou, também, o autor haver a decisão rescindenda resultado de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, a teor do art. 485, III, do C.P.C. 5. Ação rescisória julgada improcedente⁴.

Percebe-se, diante da decisão emanada pelo máximo órgão

4 BRASIL. STF. Ação Rescisória no 1063 / PR – PARANA. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 28/04/1994. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ 25-08-1995, PP-26138. EMENT VOL-01797-02 PP-00223 RTJ VOL-00158-03 PP-00774. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>. Acesso em 8 ago 2005.

judicante brasileiro, que a ação rescisória não é aceita como meio adequado para a desconstituição da decisão proferida na investigatória de paternidade, ainda que não se tenha utilizado, na instrução processual, a tecnologia do DNA, para se chegar à decisão acerca da lide.

Por outro lado, a desconstituição da coisa julgada material para fins de revisão de investigatórias de paternidade tem recebido acolhida nos tribunais brasileiros, uma vez que se passa a entender que, por ser ação de estado, a investigação não se submete àquele instituto. Nesse sentido, observe-se o seguinte pronunciamento jurisprudencial:

A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas.⁵

Em consonância, o STJ proferiu a decisão que segue:

[...] I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame de DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II - Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável

5 DISTRITO FEDERAL. TJ. Agravo de Instrumento no 2.445/6-4/98. Relator Desembargador Valter Xavier. Disponível em : <<http://www.tjdf.gov.br/consultas/jurisprudência/>>. Acesso em 7 ago 2005.

a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. II – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima de qualquer segurança, porque sem justiça não há liberdade.”⁶

Tendo em vista o bem comum, Almeida [2001, p. 101] compara, e interpreta-se, a política humanitária que prevalece no âmbito processual penal com a prevalência da segurança e da estabilidade das decisões judiciais, sempre voltadas à pacificação social, chegando a ensejar, em sede de ações rescisórias, a improcedência do pedido.

Sobre o assunto, a autora supra [2001, p. 103] alega que a sensibilidade humana dispensada no tratamento do indivíduo privado da liberdade faz com que seja admitida a possibilidade de rediscussão da coisa julgada na esfera processual penal, fato que, segundo a doutrinadora, “[...] vem provocando ecos no direito de família”.

Justificando os reflexos da política preponderante no direito processual penal no âmbito civil, Almeida [2001, p. 102] apresenta o seguinte argumento:

6 BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 226436/PR; 1999/0071498-9. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: T4 – Quarta Turma. Data do julgamento: 28/26/2001. Data da publicação/Fonte: DJ 04/02/2002, p. 370. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/>. Acesso em 7 ago 2005.

É que se a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana merecem o reexame incondicional das sentenças repressivas, idêntico balanço precisa encontrar na seara civil, onde outra ordem relevante de direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 apresenta-se sob a roupagem da identidade e da personalidade de uma pessoa que pesquisa e aspira o seu verdadeiro estado familiar.

Percebe-se, pois, que grande parte dos doutrinadores que tratam do tema da não incidência da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade procedem ao paralelo entre o direito processual penal e o direito processual civil no que se refere ao julgamento da demanda que se apresenta desprovida de provas que autorizem o exame profundo do mérito.

Por sua vez, Dias [1999, p. 20] também toma os ditames adjetivos utilizados no direito processual penal, bem como nas ações civis públicas e ações coletivas referentes ao direito do consumidor – nas quais verifica-se que, sendo a demanda julgada improcedente por ausência de provas, autorizado está qualquer legitimado a intentar outra ação com o mesmo fundamento, valendo-se de nova prova – e, ainda, à dificuldade encontrada pelas partes no tocante à realização do exame de DNA⁷ como parâmetro para expressar que:

Ainda que ditas posições sejam tidas como verdadeira excrescência ao princípio da estabilidade jurídica, não se pode deixar de invocar como precedentes a autorizarem o afastamento dos efeitos da coisa julgada quando a ação diz com o estado da pessoa. A omissão do próprio demandado ou do Estado em viabilizar a realização da prova não permite a formação de um juízo de convicção, a ser selado pelo manto da imutabilidade, de não ser o réu o pai do autor. O que houve foi a impossibilidade de identificar a existência ou concluir pela inexistência do direito invocado na

7 Seja em razão da omissão do investigado, seja pelos custos do exame.

inicial, omissão probatória, no entanto, que, não podendo ser imputada ao investigador, não pode apená-lo com uma sentença definitiva.

Das obras utilizadas para a produção do presente artigo, bem como das decisões emanadas pelos tribunais consultados, constata-se que, entre o apego demasiado à forma processual e a realização de uma justiça voltada à dignidade da pessoa humana, permitindo que pai e filho descubram suas verdadeiras origens e descendências, doutrinadores e juristas inclinam-se em direção à possibilidade de desconstituição da coisa julgada material no que toca à ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, ao menos naquelas em que não se procedeu à realização da perícia genética do DNA. Demonstram, pois, que a aplicação do instituto da *res iudicata* no Direito de Família se mostra desatualizada em relação aos avanços da engenharia genética.

Nesse sentido, Almeida [2001, p. 105] apregoa que:

O que não se pode conceber é que a conquista da aparente paz social trazida pela estabilidade dos julgados com a *res iudicata* tenha um preço maior do que o da paz pessoal sob pena de o direito desencontrar-se da justiça, ainda mais se se pensar que é no seio das relações familiares que se formam os homens, o seu caráter, a sua personalidade, as suas vontades, a sua história, o seu destino.

Ante o exposto, há que se refletir acerca do excessivo rigor formal da lei processual civil no que tange à busca do verdadeiro genitor do indivíduo investigador, especialmente quando este se tratar de uma criança, concordando-se que não há mais tempo na atual conjuntura jurídica para se fazer qualquer oposição ao triunfo de se chegar à real paternidade, admitindo-se, assim, a prolação de sentenças terminativas, e não definitivas, nas ações de investigação de paternidade em que se concluir pela improcedência do pedido em face da insuficiência de provas. E, conseqüentemente, vedando-se a incidência da coisa julgada material nestes pleitos.

Referências

ALMEIDA, Maria Christina. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 183p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33 ed. Atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916, publicada no Diário Oficial da União no dia 1º de janeiro de 1916.

DIAS, Maria Berenice. **Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 1999. p. 18-21.

DOXSEY, Sônia Maria Babello. **A coisa julgada e a investigação de paternidade cumulada com alimentos**. *Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 52-60.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15. ed. São Paulo: Forense, 1999. 877p.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto; WERLANG, Maslova. **Paternidade: investigação judicial e coisa julgada**. Florianópolis: OAB/SC, 2004. 93p.

