

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Dora Resende Alves
Flávia Siqueira Costa Pereira
Geórgia Cristina Basilio Medrado
Guilherme Feler de Paula Fraga
Jader Máximo de Araújo
João Gaspar Rodrigues
Joycemara Cristina Sales de Freitas
Julia Franco Amaral Silva
Laércio Conceição Lima
Marcel de Almeida Freitas
Paulo César Vicente de Lima
Renato Bretz
Soraya Soares da Nóbrega Escorel
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Vitor Vieira de Vasconcelos

jan | jun 2013 **20**
ISSN n.º : 1809-8487
vol. 12

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Dora Resende Alves
Flávia Siqueira Costa Pereira
Geórgia Cristina Basilio Medrado
Guilherme Feler de Paula Fraga
Jader Máximo de Araújo
João Gaspar Rodrigues
Joycemara Cristina Sales de Freitas
Julia Franco Amaral Silva
Laércio Conceição Lima
Marcel de Almeida Freitas
Paulo César Vicente de Lima
Renato Bretz
Soraya Soares da Nóbrega Escorel
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Vitor Vieira de Vasconcelos

jan | jun 2013 **20**
ISSN n.º : 1809-8487
vol. 12

jan | jun
2013



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
+55 (31)3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brazil
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 12, n.20 (jan/jun 2013). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2013.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Errata: Na revista De Jure, vol. 11, n. 19, na página 7, inclua-se na equipe de revisão:
Nayara Garófalo e Santos (estágio supervisionado).

Linha Teórica:

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista trans- e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile:

The Journal De Jure was systematized according to a new pluralist, trans- and multidisciplinary philosophy, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, and aims at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a biannual technical-scientific journal that has been published by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCO

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às área de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

PÚBLICO ALVO

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista *De Jure*, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal *De Jure*, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. *De Jure* is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra de Souza Santos

EDITOR RESPONSÁVEL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

CONSELHO EDITORIAL

- Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda (Doutor), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Wagner Marteleto (Mestre), Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra / Portugal)
Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)
Prof. Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Silva Nunes (Centro Universitário Newton Paiva)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemire Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)

EDITORACÃO

Alessandra de Souza Santos
Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia
Patrícia Brandão Cordeiro

REVISÃO

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano
Arthur Almeida Passos (estágio supervisionado)
Nayara Garófalo e Santos (estágio supervisionado)

CAPA / IMAGENS

João Paulo de Carvalho Gavidia

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Ma. - Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho – Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brasil
Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho, Esp. - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Desembargador Federal Reis Friede, Dr. - Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Seção Judiciária Rio de Janeiro, Brasil
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco – Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC), Brasil

DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Carlos André Mariani Bittencourt - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

Alessandra de Souza Santos

CHIEF EDITOR

Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

EDITORIAL BOARD

Adilson de Oliveira Nascimento, PhD - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais,
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais,
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA,
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA,
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD,
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto, MA, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies – Coimbra, Portugal)
Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento – Italy)

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Desembargador João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)

Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais - Brazil)

Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, UERJ, Brazil)

Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD - (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Leonardo Silva Nunes, MA (Centro Universitário Newton Paiva, Brazil)
 Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito [CAD], Brazil; Universidade Gama Filho, Brazil)
 Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
 Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade do Estado de São Paulo, Brazil)
 Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosemire Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil
 Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, MA, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil
 São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA, Ministério Público do Estado do Estado de São Paulo, Brazil
 São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD, Ministério Público do Estado do Estado de São Paulo, Brazil
 Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil
 Distrito Federal e Territórios Prosecutor Luciano Coelho de Ávila, BA, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil
 Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil
 Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)

EDITING

Alessandra de Souza Santos
 Helena Carvalho Moysés
 João Paulo de Carvalho Gavidia
 Patrícia Brandão Cordeiro

PROOF READING

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
 Josane Fátima Barbosa
 Renato Felipe de Oliveira Romano
 Arthur Almeida Passos (intern)
 Nayara Garófalo e Santos (intern)

COVER / IMAGES

João Paulo de Carvalho Gavidia

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT

João Paulo de Carvalho Gavidia

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, MA. - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
 Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA - Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brazil
 State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho, BA - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
 Desembargador Federal Reis Friede, PhD -
 (Federal Judge of the Federal Court of Appeals, 2nd Region, Judiciary Section of Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA – Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC) , Brazil

PREFÁCIO

Com grande alegria, apresentamos à comunidade jurídica a 20ª edição da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Prosseguimos com os firmes propósitos de disseminar o conhecimento através da divulgação de artigos doutrinários das mais distintas áreas do Direito e que trazem discussões e pontos de vista acerca das questões da atualidade. A revista conta também com a seção de Comentário à Jurisprudência na qual são apresentadas decisões recentes dos tribunais pátrios acompanhadas da opinião dos comentaristas.

Nesta edição, continua a prevalecer o enfoque a partir do pós-positivismo jurídico, o que proporciona ao público da revista o acesso a temas que se encontram atualmente em discussão apresentados sob uma visão multidisciplinar.

Na seção respectiva à Doutrina Internacional, a revista traz um esclarecedor estudo da professora portuguesa Dora Resende Alves intitulado "O dia da Europa – um olhar sobre a União Europeia", no qual a autora mostra as variadas facetas que assinalam a União Europeia nos dias de hoje e tal como se apresenta ao mundo, com abordagem dos variados aspectos que a tornam uma organização com características singulares.

Na seção de Doutrina Nacional, há o interessante artigo escrito em coautoria pela professora Tereza Cristina Baracho Thibau e pela servidora do Tribunal de

Justiça de Minas Gerais, Júlia Franco Amaral Silva, artigo em que sugerem um procedimento viável para o reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, ainda, o artigo do professor Marcel de Almeida Freitas, na seção de Diálogo Multidisciplinar, que traça um paralelo entre a psicologia forense e a psicologia jurídica, mostrando suas semelhanças e distinções.

Adicionalmente, a Revista conta com outros artigos e comentários à jurisprudência das variadas áreas do Direito divididas em: Penal, Civil, Coletivo, Constitucional e Administrativo.

Ressaltamos que o sucesso de nossas edições deve-se à eminente colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dos demais estados, de juristas, professores e estudantes que nos enviam seus artigos e comentários à jurisprudência para publicação.

Concluimos enfatizando o fortalecimento da Revista De Jure como relevante referência acadêmica e científica no cenário nacional e que possibilita aos leitores, de maneira dinâmica, uma verdadeira construção do saber.

LUCIANO LUZ BADINI MARTINS

Promotor de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público de Minas Gerais

A Revista De Jure chega à sua 20ª edição! Primando cada vez mais pela excelência e pelo devido reconhecimento no cenário acadêmico, esta edição traz algumas alterações na sua estrutura. Tais inovações têm como objetivo o constante aperfeiçoamento da revista, a fim de possibilitar aos leitores um acesso mais eficaz a suas informações, tornando-a, a cada dia, material útil de referência e consulta para os operadores do Direito. A partir desse aprimoramento, a revista busca também expandir sua exogenia, aumentar sua nota de qualificação na QUALIS/CAPES, e, ainda, sua inserção nos critérios da Rede de Revistas Científicas da América Latina, do Caribe, Espanha e Portugal (Redalyc), da Universidad Autónoma de Estado do México (UAEM), cujo objetivo fundamental é a divulgação da atividade científica na América Latina.

Esse esforço de aperfeiçoamento se justifica à medida em que as revistas que fazem parte da base de dados da Redalyc são destaque no

cenário acadêmico da América Latina. Assim, para atender aos parâmetros internacionais de qualidade editorial, os artigos enviados à Revista De Jure devem ser, obrigatoriamente, inéditos. Os artigos são, ainda, submetidos ao Conselho Editorial, à revisão cega de pares, e somente publicados

se considerados aptos. Em razão desse empenho aqui retratado, é que a 20ª edição se apresenta com o primor esperado, mantendo sempre seu caráter pluralista e multidisciplinar.

Espero que apreciem nosso trabalho e que continuem contribuindo para a

formação do conhecimento através do envio de artigos doutrinários e comentários à jurisprudência. Essa participação é a principal responsável pelo sucesso da revista, e reforça sua posição como espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão acadêmica.

Boa leitura!

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT
Procurador-Geral de Justiça

*“Espero que
apreciem nosso
trabalho e que
continuem
contribuindo para
a formação do
conhecimento”*

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

DORA RESENDE ALVES

Professora Auxiliar Convidada no Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Mestre em Direito (área de Integração Europeia). Em curso estudos para a apresentação de Doutoramento na Universidade de Vigo, Espanha, área de Direito Privado, com tema em Direito Comunitário e Concorrência, sob orientação do Professor Júlio Costas Comensaña.
dra@upt.pt.

FLÁVIA SIQUEIRA COSTA PEREIRA

Mestranda em Direito Público – PUC Minas. Pós-graduanda em Ciências Penais pela mesma instituição. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

GEÓRGIA CRISTINA BASILIO MEDRADO

Analista do MP, médica com especialização em ortopedia e traumatologia, mestre em Cirurgia, pós-graduada em Direito Sanitário.
georgia@mp.mg.gov.br.

GUILHERME FELER DE PAULA FRAGA

Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pós-graduação lato sensu em Direito Administrativo pelo CEAJUFE (Centro de Estudos da Área Jurídica Federal), em Direito Processual pela PUC-MG, e em Ciências Penais, Justiça Criminal e Criminologia pela FESMP (Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais).
gfeler@hotmail.com.

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO

Bacharel em Direito pela PUC/MG. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

JOYCEMARA CRISTINA SALES DE FREITAS

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

JULIA FRANCO AMARAL SILVA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Milton Campos. Servidora pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

LAÉRCIO CONCEIÇÃO LIMA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais da 5ª Promotoria de Justiça – Criminal e Defesa dos Direitos Humanos – Uberaba.

MARCEL DE ALMEIDA FREITAS

Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais, Licenciatura em Sociologia pela Faculdade de Educação da UFMG e Mestrado em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é Pesquisador Colaborador da Universidade Federal de Minas Gerais (Faculdade de Educação/INCT em Dengue) e Professor da FEAD - Faculdade de Estudos Administrativos. Tem experiência docente e em investigações na área de Psicologia, Sociologia, Antropologia, Ciência Política, História e Educação, tendo em vista sua formação multidisciplinar em Ciências Humanas. Menos frequentemente também atua em áreas afins, como Gestão de Pessoas (Administração de Empresas), Preservação do Patrimônio Cultural e Psicologia Jurídica e Forense (Direito).

PAULO CÉSAR VICENTE DE LIMA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais. Coordenador Geral das Promotorias por Bacia Hidrográfica de Minas Gerais. Mestre em Desenvolvimento Social.

RENATO BRETZ

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica, Professor de Direito Processual Civil e Direito Coletivo da Universidade Fumec e Professor do Curso Preparatório de Promotores da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

SORAYA SOARES DA NÓBREGA SCOREL

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba da área da Infância e Juventude na Comarca de João Pessoa.

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

Bacharel em Pedagogia pela PUC/MG. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Cândido Mendes – Ipanema/RJ. Professora adjunta da FDUFMG da Disciplina Direito Processual Civil da Graduação e Direito Processual Coletivo na Pós-Graduação. Mestre e Doutora pela UFMG.

VITOR VIEIRA DE VASCONCELOS

Consultor de Meio Ambiente da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Doutorando em Geologia. Mestre em Geografia, Especialista em Solos e Meio Ambiente, Bacharel em Filosofia, Técnico em Meio Ambiente, Técnico em Informática Industrial, Graduando em Geografia.

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

23 | 53 O DIA DA EUROPA – UM OLHAR SOBRE A UNIÃO EUROPEIA

EUROPE'S DAY – A LOOK OVER THE EUROPEAN UNION

Dora Resende Alves

Doutrina Nacional • Artigo

55 | 81 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A SUGESTÃO DE UM PROCEDIMENTO VIÁVEL PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À FILIAÇÃO RESPALDADA NOS LAÇOS DE AFETIVIDADE

THE SOCIAL-AFFECTIVE FILIATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: A
SUGGESTION OF A VIABLE PROCEEDING FOR THE EFFECTIVENESS OF THE
RIGHT TO FILIATION IN THE BONDS OF AFFECTION SUPPORTED

Júlia Franco Amaral Silva
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

82 | 103 PSICOLOGIA FORENSE E PSICOLOGIA JURÍDICA: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES

FORENSIC PSYCHOLOGY AND LEGAL PSYCHOLOGY:
SIMILARITIES AND DISTINCTIONS

Marcel de Almeida Freitas

2 DIREITO PENAL

Artigo

107 | 152 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO CAUSA ATENUANTE INOMINADA

THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY AS AN
UNCLASSIFIED MITIGATING CIRCUMSTANCE

Jader Máximo de Araújo

Comentário à Jurisprudência

153 | 163 A CITAÇÃO POR EDITAL DO ACUSADO À LUZ DAS TEORIAS DO PROCESSO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Flávia Siqueira Costa Pereira

3 DIREITO CIVIL

Artigo

167 | 183 **A** IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO DANO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO

THE IMPOSSIBILITY TO ACKNOWLEDGE PARENTAL AFFECTIVE
ABANDONMENT AS A DAMAGE SUBJECT TO COMPENSATION

João Gaspar Rodrigues

Comentário à Jurisprudência

184 | 204 **B**ULLYING ESCOLAR E A VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA

Soraya Soares da Nóbrega Escorel

4 DIREITO COLETIVO

Artigo

209 | 226 GRANDES EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS E SEUS IMPACTOS SOCIAIS

LARGE MINING ENTERPRISES AND THEIR SOCIAL IMPACTS

Paulo César Vicente de Lima
Vitor Vieira de Vasconcelos

Comentário à Jurisprudência

227 | 245 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DO TJMG REFERENTE À OBRIGAÇÃO DO ESTADO PARA FORNECIMENTO DE FORTÉO® – MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE OSTEOPOROSE – EM DEMANDAS JUDICIAIS

Geórgia Cristina Basílio Medrado

5 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo

249 | 273 **T**RATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: HIERARQUIA NORMATIVA, MOMENTO DE EFICÁCIA, COLISÃO DE NORMAS E RETIRADA DE VALIDADE

INTERNATIONAL TREATIES ABOUT HUMAN RIGHTS: LEGAL
HIERARCHY, ENFORCEMENT, NORM CONFLICTS AND VALIDITY

Guilherme Feler de Paula Fraga

Comentário à Jurisprudência

275 | 289 **D**A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A INVESTIGAÇÃO DE NATUREZA CRIMINAL

Laércio Conceição Lima

6

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo

293

309

AUDITORIA EXTERNA AMBIENTAL COMO
INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

EXTERNAL ENVIRONMENTAL AUDIT AS A TOOL TO DEFEND THE ENVIRONMENT

Joycemara Cristina Sales de Freitas

Comentário à Jurisprudência

310

327

OREGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS
AGENTES POLÍTICOS PROPOSTO POR
OCASIÃO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 2.138-6

Renato Bretz Pereira

7

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

331

PORTUGUÊS

340

ENGLISH

1

Assuntos Gerais

Doutrina Internacional
Doutrina Nacional
Diálogo Multidisciplinar

**O DIA DA EUROPA –
UM OLHAR SOBRE A UNIÃO EUROPEIA**

**EUROPE'S DAY –
A LOOK OVER THE EUROPEAN UNION**

DORA RESENDE ALVES

Docente universitária

Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal

dra@upt.pt

RESUMO: A celebração do Dia da Europa serve de mote a uma apresentação das variadas facetas que caracterizam a União Europeia nos dias de hoje e tal como se apresenta ao mundo. Para além da génese das Comunidades Europeias até à atual União Europeia, abordam-se diversos aspectos que a tornam uma organização de integração muito própria.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidades Europeias; União Europeia; símbolos.

ABSTRACT: The celebration of Europe Day gives the tone to a presentation of the various aspects that characterize the European Union today, and as presented to the world. In addition to the origins of the European Communities to the European Union today, this text discusses various aspects that provide this organization a very particular integration.

KEY WORDS: European Communities; the European Union; symbols.

SUMÁRIO: 1. Génese e evolução. 2. Bandeira. 3. Hino. 4. Território. 5. População. 6. Lema. 7. Línguas. 8. Moeda. 9. Comemorações.

1. Génese e evolução

Em 9 de maio de 1950, *Robert Schuman*¹, Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, numa declaração perante os jornalistas em Paris², preparada por Jean Monnet³, apresentou a proposta de criação de uma organização com alguns países europeus, a que poderiam aderir outros países do continente, criando assim instituições supranacionais, com o objetivo de manter a paz na Europa recém-saída da 2ª Grande Guerra de 1939-1945, numa altura em que se temia uma terceira guerra mundial. Tal proposta ficou conhecida como “Declaração Schuman”⁴ e é considerada o começo do processo que culminou na União Europeia que hoje conhecemos. Nesse dia nasceu a Europa comunitária.

Propunha-se a gestão conjunta dos recursos de carvão e de aço da França e da República Federal da Alemanha (RFA), para pôr fim às discórdias entre estes dois países, cuja rivalidade dera já origem a três guerras⁵, na luta pela matéria-base do poder militar na época.

¹ Nasceu cidadão alemão, embora no Luxemburgo, a 29 de junho de 1886 e faleceu a 4 de setembro de 1963.

² No Quai d’Orsay, sede do Ministério dos Negócios Estrangeiros francês, no interior do Salon de l’Horloge, pelas 18h, foi convocada a imprensa para uma “comunicação da maior importância”.

³ Nasceu a 9 de novembro de 1888 e morreu com 90 anos, a 16 de março de 1979.

⁴ Texto no final.

⁵ A guerra franco-prussiana, de 1870, e a 1ª e a 2ª Grande Guerra, nas quais sempre foi fundamental a posse das regiões da Alsácia, Lorena e Sarre, ricas em ferro e carvão, minérios imprescindíveis para fazer a guerra.

O aço é uma liga de ferro (Fe, metal n.º 26 da tabela periódica) e carbono (C, base dos carvões com o n.º 6 na tabela periódica). O carvão é um combustível de origem natural, formado pela decomposição da matéria vegetal.

Em consequência desta declaração, os trabalhos resultaram, em 18 de abril de 1951, na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) pelo *Tratado de Paris*, que entrou em vigor em 23 de julho de 1952⁶. Os membros fundadores que aderiram ao projeto e assinaram o tratado foram os seguintes: França (*Jean Monnet* e *Robert Schuman*), Alemanha (*Konrad Adenauer*), Itália (*Alcide de Gasperi*), Bélgica (*Paul-Henri Spaak*), Holanda (*Joseph Luns*) e Luxemburgo (*Joseph Bech*)^{7, 8}.

Um pouco mais tarde, em 25 de março de 1957, foram criadas a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa ou Euratom), para o desenvolvimento pacífico da energia atômica, e a Comunidade Económica Europeia (CEE), organização europeia de integração geral, por meio dos *Tratados de Roma*, que entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958, com os mesmos países fundadores.

⁶ O tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) previa a sua vigência para um período de 50 anos (artigo 97º TCECA). Iniciou-se em 23 de julho de 1952 e terminou em 23 de julho de 2002, tendo-se verificado a passagem dos setores por ele regulamentados para a aplicação do Tratado CE, bem como para as regras processuais e de direito derivado dele decorrentes. Por forma a acompanhar esta transição, a Comissão elaborou uma Comunicação 2002/C 152/03, adotada em 21 de junho de 2002 e aplicada a partir de 24 de julho de 2003, relativa a certos aspetos do tratamento dos processos de concorrência decorrentes do termo de vigência do Tratado CECA (JOCE C 152, de 26.06.2002), para fornecer informações, garantias e segurança neste contexto, explicando as alterações mais importantes de direito material e processual. Pretende facilitar a transição, estabelecendo a forma como serão abordadas determinadas situações, no âmbito do processo de transição do regime CECA para o regime CE, na convicção de que, em termos práticos, as alterações decorrentes serão limitadas.

Ver da autora: 50 anos de Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) *In Revista Jurídica* n.º 9, Universidade Portucalense: 2002, p. 127, e RIVAS, José e BRANTON, Jonathan – Developments in EC Competition Law in 2002... *In Common Law Market Review*. Netherlands. Vol. 40, n.º 5: (2003), p. 1203.

Diferente dos artigos 312º do TCE ou 51º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 53º do TUE.

⁷ Estes três países: Bélgica, Holanda e Luxemburgo, já tinham estabelecido a Benelux, pensada em 1932 pela Convenção de Ouchy, reafirmada em 1944 e concretizada em 1948, união aduaneira desde 1938 aprofundada pelo Tratado da União Económica do Benelux de 1958 – ver artigos 306º do TCE e o já revogado 19º, n.º 1, do TCEE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 350º do TFUE.

⁸ Os países podem pertencer simultaneamente a diversas organizações internacionais, para os mais variados fins e de diversa natureza. Portugal pertencia, em outubro de 2007, a 88 organismos internacionais (www.min-estrangeiros.pt/politica/multilateral/orgint.html).

Nasceram assim as Comunidades Europeias⁹.

Todos os países europeus podem aderir a esta organização, desde que adotem:

valores de paz e solidariedade,
respeito pelos direitos humanos,
em democracia,
com a concordância dos restantes membros¹⁰,

com objetivos de desenvolvimento económico e social e no equilíbrio ambiental e regional, únicos garantes de uma repartição equilibrada do bem-estar entre os cidadãos.

Cada Estado-membro mantém a sua cultura, os seus hábitos, a sua língua e, eventualmente, a sua moeda. Mas todos os seus nacionais são cidadãos europeus e gozam das liberdades de circulação¹¹.

Os tratados institutivos não permaneceram inalterados ao longo de todos estes anos. Houve revisões que permitiram a evolução e a integração comunitárias¹².

Em 17 e 28 de fevereiro de 1986, ocorre a assinatura, no Luxemburgo e em Haia, do Ato Único Europeu, com esta designação porque no mesmo ato se procedeu à revisão dos Tratados CECA, CEE e CEEA, entrando em vigor em 1º de julho de 1987. Constituiu a primeira grande revisão dos tratados¹³. Fixou medidas para coordenar a política monetária dos Estados-membros, abrindo caminho à União Económica e Monetária, e previu a criação do mercado interno para 1º de janeiro de 1993.

⁹ Ver esquemas em anexo, no final.

¹⁰ Ver artigos 49º e 6º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, a nova redação dos mesmos artigos.

¹¹ Ver artigos 17º a 22º do TCE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigos 20º a 25º do TFUE.

¹² Ver esquemas em anexo, no final.

¹³ Por tratado internacional, diferente do processo solene hoje previsto no artigo 48º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, nova redação do mesmo artigo. Texto no JOCE L 169, de 29.06.1987.

Em 7 de fevereiro de 1992, na sequência das conferências intergovernamentais, é assinado na cidade holandesa de Maastricht o Tratado da União Europeia (TUE), segunda grande revisão dos tratados, criando uma nova entidade: a União Europeia¹⁴. Sua entrada em vigor deu-se em 1º de novembro de 1993¹⁵. A União Europeia cria um novo conjunto, representado graficamente na doutrina por um templo grego que consta de frontispício, três pilares dóricos e uma base. Quando nos referimos à União Europeia, trata-se da entidade criada pelo TUE, que engloba: as três Comunidades então existentes (CECA, CEE e CEEA), a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e as disposições relativas à Cooperação Policial e Judicial em matéria penal.

Em 2 de outubro de 1997, foi assinado o Tratado de Amesterdão, que constituiu a terceira grande revisão dos tratados¹⁶ e a primeira do TUE, e veio a entrar em vigor em 1º de maio de 1999.

Em 26 de fevereiro de 2001, é assinado o Tratado de Nice, na Conferência Intergovernamental (CIG) de Nice, quarta revisão dos tratados e segunda do TUE, para entrar em vigor em 1º de fevereiro de 2003, abrindo a via para a reforma institucional necessária ao alargamento da União Europeia aos países candidatos do leste e do sul da Europa¹⁷. Na Declaração sobre o Futuro da Europa, anexa ao tratado, foram fixadas as etapas a seguir para aprofundar as reformas institucionais, fazendo com que o Tratado de Nice seja apenas uma das etapas desse processo.

Nessa linha, em 8 de outubro de 2001, foi acordada a estrutura da “convenção” que preparará os textos que irão propor as alterações

¹⁴ Texto em JOCE C 224, de 31.08.1992.

¹⁵ Apesar de, em 2 de junho de 1992, a população da Dinamarca se ter pronunciado por referendo contra a ratificação do TUE, após a concessão de derrogações especiais no Conselho Europeu de Edimburgo, em dezembro de 1992, veio a ratificar o tratado.

¹⁶ Texto em JOCE C 340, de 10.11.1997.

¹⁷ Entrada em vigor do Tratado de Nice em 1º de fevereiro de 2003, pelo depósito do último instrumento de ratificação em 18 de dezembro de 2002 (2003/C 24/04, JOCE C 24, de 31.01.2002).

ao tratado para a CIG de 2004¹⁸, tendo como temas da reforma: a simplificação do tratado; uma melhor associação dos parlamentos nacionais ao processo de decisão comunitário; a partilha de competências entre os Estados-membros e as instituições comunitárias; e a incorporação da Carta dos Direitos no Tratado.

No Conselho Europeu em Laeken, na Bélgica, em 14 e 15 de dezembro de 2001, é ponderada nova revisão dos tratados com a Declaração sobre o Futuro da União Europeia ou *Declaração de Laeken*, texto que levantava várias questões sobre o futuro da UE, nomeadamente sobre a necessidade de simplificar os diversos tratados e a eventualidade de essa simplificação e reestruturação conduzirem, a prazo, à aprovação de um texto constitucional, sendo convocada para isso uma Convenção¹⁹. O mandato de Laeken atribuiu à Convenção a discussão dessas questões e a apresentação de um documento para servir de base à Conferência Intergovernamental (CIG) seguinte.

O início dos trabalhos da CIG acontece em 4 de outubro de 2003, entre os 25 membros da CE, em Roma, para negociar as alterações a introduzir numa nova reforma dos tratados. Culmina o “processo constitucional pós-Nice” com a redação de uma constituição europeia e definição das competências nacionais e das instituições.

Em 29 de outubro de 2004 ocorre a assinatura, pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, do Tratado Constitucional, em Roma, na Sala dos Horácios e Curiácios do Capitólio^{20, 21}

¹⁸ À semelhança do processo adotado para redigir a Carta dos Direitos Fundamentais da UE no Conselho Europeu de Nice, de 7 a 9 de dezembro de 2000 (texto em JOCE C 364, de 18.12.2000, pp. 1 a 22): 1 representante de cada Estado-membro, 2 de cada parlamento nacional, 16 do Parlamento Europeu e 1 da Comissão.

¹⁹ Em 28 de fevereiro de 2002, são inaugurados os trabalhos da Convenção sobre o Futuro da Europa, em Bruxelas, com a participação de Estados-membros, instituições comunitárias e países candidatos. O Presidente é *Valéry Giscard d'Estaing*, antigo presidente da República Francesa, os Vice-Presidentes *Giuliano Amato* e *Jean-Luc Debae*. Foram 105 representantes dos governos e parlamentos dos Estados-membros e dos 13 países candidatos à adesão (39 representantes) (15 + 13 = 28 países), para dentro de um ano apresentarem uma proposta de Constituição para a Europa.

²⁰ Texto da Constituição Europeia em JOUE C 310, de 16.12.2004.

²¹ Ficou previsto um prazo de 2 anos para a sua ratificação por todos os Estados

Em 16 de janeiro de 2005 ocorreu a publicação no Jornal Oficial do texto completo da Constituição Europeia, com todos os Protocolos e Declarações anexos em 465 páginas (JOUE C 310, de 16.01.2005), mas, em face dos referendos negativos na França e na Holanda, ponderou-se, no Conselho Europeu de Bruxelas, Bélgica, em 16 e 17 de junho de 2005, alongar os prazos para a adoção do texto do tratado constitucional.

Não tendo sido ratificado por todos os Estados signatários, o projeto foi abandonado.

Antes da presidência alemã do Conselho Europeu no primeiro semestre de 2007, decorria a presidência da Finlândia no segundo semestre de 2006, e ainda se admitia possível salvar o texto do Tratado Constitucional, solução que foi perdendo apoios. Por ocasião do 50º aniversário da assinatura dos Tratados de Roma, em 25 de março de 2007, a adoção da Declaração de Berlim, comedida, refere apenas que a União deveria adotar uma base comum renovada antes do início do novo ciclo político, marcado pelas eleições parlamentares de 2009^{22, 23}.

Em 21 e 22 de junho de 2007, no Conselho Europeu em Bruxelas, Bélgica, ainda sob a presidência alemã com *Angela Merkel*, sente-se já a urgência dos líderes europeus para encerrarem o período de reflexão em que a União Europeia permaneceu após o referendo negativo de dois dos países fundadores ao projeto de uma constituição europeia, desde maio e junho de 2005. Este retomar fora então timidamente lançado no encontro informal de março de 2007, por ocasião das comemorações dos 50 anos dos Tratados de Roma²⁴.

signatários, alargado para 2009 em face dos referendos negativos em alguns processos de ratificação.

²² As eleições para o Parlamento Europeu, nos termos do artigo 190º do TCE. Novos artigos 14º, n.º 3, do TUE e 223º do TFUE.

²³ Ver “O Impasse Político Europeu: Desalfandegar a Constituição Europeia” de António Goucha Soares in *50 Anos do Tratado de Roma*. 2007, p. 50.

²⁴ Entre outras comemorações, foram lançadas novas faces nacionais de moedas em euros destinadas à circulação (JOUE C 65, de 21.03.2007, p. 3, 2007/C 65/04) em treze

Em longas conversações são definidos em pormenor, por um mandato detalhado, os termos de um tratado reformador que retoma o essencial da Constituição Europeia, evitando os pontos mais controversos do texto anterior, a prosseguir pela presidência seguinte, a portuguesa. Ficou implicitamente assumido que seria seguido um caminho de ratificação que evitasse os referendos nacionais, mesmo por países como a Dinamarca e a Suécia, que a eles costumam recorrer, para não repetir o cenário de rejeição.

Em julho, já na presidência portuguesa do Conselho²⁵ com o Primeiro-Ministro *José Sócrates*, uma conferência intergovernamental (CIG) prossegue os trabalhos do novo texto.

Os pontos principais ainda em discussão foram analisados pelos Chefes de Estado ou de Governo, em Lisboa, em 18 e 19 de outubro de 2007, alcançando-se na madrugada do dia 19 o acordo “possível” e necessário para avançar com o texto final de um chamado Tratado Reformador (e não constitucional).

À presidência alemã coube o impulso claro e preciso para avançar com um novo tratado, e a presidência portuguesa fez desse mandato uma prioridade essencial, ficando associada a um novo marco fundamental da história da União Europeia na CIG mais curta da história da União.

A assinatura do Tratado de Lisboa ocorre em 13 de dezembro de 2007, pelas 12h30, no Mosteiro dos Jerónimos, a quinta grande revisão aos tratados ao entrar em vigor.²⁶

países. Em Portugal, lançada pelo Decreto-Lei n.º 3/2007, de 5 de janeiro, e Portaria n.º 415/2007, de 13 de abril, e ainda com o lançamento de uma edição de um selo comemorativo em 23 de março de 2007, com sobrescrito de primeiro dia e pagela.

²⁵ Comemorada também com o lançamento de uma nova face nacional de moedas em euros destinadas à circulação (JOUÉ C 110, de 16.05.2007, p. 5, 2007/C 110/06); em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 3/2007, de 5 de janeiro, e ainda com o lançamento de uma edição de um selo comemorativo em 1º de julho de 2007, com bloco, sobrescrito de primeiro dia e pagela, pela Portaria n.º 750/2007, de 26 de junho.

²⁶ Da autora *Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de dezembro de 2007. In Revista Jurídica*. N.º 13: (2008). Universidade Portucalense, pp. 27 a 40. ISSN 0874-2839.

Em 17 de dezembro de 2007 foi efetuada a publicação do Tratado de Lisboa²⁷, com o texto do tratado, protocolos anexos e ata final da conferência intergovernamental, alterando o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia.

A ratificação do Tratado de Lisboa por Portugal²⁸ ocorreu com aprovação pela Assembleia da República em 23 de abril de 2008 e pelo decreto do Presidente da República de 9 de maio de 2008²⁹.

Prevista no seu texto a entrada em vigor para 1º de janeiro de 2009³⁰, não foi possível cumpri-la por não se encontrarem finalizadas as ratificações do tratado por todos os Estados signatários. Acabou por concretizar-se em 1º de dezembro de 2009, após cerimónia realizada junto da Torre de Belém, em Lisboa.

O *dia 9 de maio*, comemorado como “O Dia da Europa”, desde o Conselho Europeu de Milão, de junho de 1985, é um símbolo que une todos os países-membros das Comunidades Europeias, hoje na realidade mais vasta que a União Europeia, e, juntamente com a *bandeira*, o *lema* e o *hino*, identificam a União como entidade política³¹.

²⁷ Texto 2007/C 306/01, JOUE C 306, de 17.12.2007. Ata de retificação em JOUE C 111, de 06.05.2008 (2008/C 111/18, pp. 56 a 62). Atas de retificação (2008/C 111/18, pp. 56 a 62) ao Tratado de Lisboa no JOUE C 111, de 06.05.2008 e retificação (2009/C 290/01, pp. 1 a 3) no JOUE C 290, de 30.11.2009. Versão consolidada em JOUE C115, de 09.05.2008 (2008/C 115/01).

²⁸ Resolução da Assembleia da República n.º 19/2008 e Decreto do Presidente da República n.º 31/2008, de 19 de maio, DR n.º 96, 1.ª série, p. 2703. Ratificaram o tratado a Hungria em 18 de dezembro de 2007, a Eslovénia e Malta em 29 de janeiro de 2008, a Roménia em 4 de fevereiro, a França em 7 de fevereiro, a Bulgária em 21 de março, a Áustria em 9 de abril, a Eslováquia em 10 de abril e a Itália. Com 18 ratificações, o único referendo negativo foi na Irlanda, dia 12 de junho. Em setembro de 2009, faltava apenas a ratificação da Irlanda (o referendo é repetido em 3 de outubro de 2009 com resultado positivo), da Alemanha, da Polónia e da República Checa, que aconteceram em 3 de novembro.

²⁹ Resolução da Assembleia da República n.º 19/2008 e Decreto do Presidente da República n.º 31/2008, de 19 de maio, DR n.º 96, 1.ª série, p. 2703.

³⁰ Nos termos do artigo 6.º do Tratado de Lisboa.

³¹ Assim consagrados como símbolos da União no artigo 1-8º do texto da Constituição Europeia, em JOUE C 310, de 16.12.2004. No Tratado de Lisboa, o hino, a bandeira, o lema, a moeda e o dia comemorativo não constam do texto do tratado, mas mantêm referência

2. Bandeira

A história da bandeira começa em 1955, ainda só com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e seis Estados-membros. Mas foi no seio de outro organismo, o Conselho da Europa, criado em 1949³², onde se procurava um símbolo que o representasse, que surgiu a ideia. Após alguma discussão, foi adotado um emblema: um círculo de doze estrelas douradas sobre um fundo azul celeste. As estrelas douradas de cinco pontas em círculo representam a união dos povos da Europa e o seu número invariável de doze simboliza a perfeição e a plenitude³³, sendo também, evidentemente, o número dos meses do ano e o número de horas representadas num quadrante de relógio. O número de estrelas não representa o número de Estados-membros, embora tenha coincidido durante nove anos; assim, a bandeira mantém-se inalterada, independentemente dos alargamentos da União Europeia.

O Conselho da Europa convidou seguidamente as outras instituições europeias a adotarem a mesma bandeira e, em 1983, o Parlamento Europeu seguiu o seu exemplo. Por último, em 1985, os Chefes de Estado ou de Governo das Comunidades Europeias³⁴ adotaram esta bandeira como emblema.

Desde o início de 1986, todas as instituições europeias adotam esta bandeira. A bandeira da Europa é o único emblema da Comissão Europeia. Algumas das outras instituições e organismos da União Europeia usam já um emblema próprio, para além da bandeira da Europa.

em declaração anexa, em que 16 Estados os reconhecem como símbolos da União Europeia (Declaração dos Estados-membros adotada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL C.52, JOUE C 306, de 17.12.2007, página 267).

³² Pelo Tratado de Londres, de 5 de maio de 1949, é criado o Conselho da Europa, a mais antiga organização europeia e com maior extensão geográfica, cuja função consistia em defender os direitos do homem e promover a cultura europeia, com a qual a UE mantém laços, nos termos dos artigos 303º e 151º, n.º 3, do TCE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigos 220º, n.º 1, e 167º, n.º 3, do TFUE.

³³ De acordo com a filosofia pitagórica e algumas culturas, os números apresentam significados.

³⁴ Na Cimeira de Milão, em junho de 1985.

3. Hino

O hino europeu não é apenas o hino da União Europeia, mas de toda a Europa num sentido mais lato. A música é extraída da 9ª Sinfonia de *Ludwig Van Beethoven* (1770-1827), composta em 1822-1824.³⁵

No último andamento desta sinfonia, Beethoven colocou em música a “Ode à Alegria”, poema que *Friedrich von Schiller* (1759-1805) escreveu em 1785. O poema exprime a visão idealista de *Schiller*, partilhada por *Beethoven*, em que a humanidade se une pela fraternidade³⁶.

Em 1972, o Conselho da Europa (organismo que concebeu também a bandeira europeia) adotou o “Hino à Alegria” de *Beethoven* para hino. Foi solicitado ao célebre maestro *Herbert von Karajan* que compusesse três arranjos instrumentais – para piano, para instrumentos de sopro e para orquestra. Sem palavras, na linguagem universal da música, o hino exprime os ideais de liberdade, paz e solidariedade que constituem o estandarte da Europa.

Em 1985, foi adotado pelos Chefes de Estado ou de Governo das Comunidades Europeias³⁷ como hino oficial. Não se pretende que substitua os hinos nacionais dos Estados-membros, mas sim que celebre os valores por todos partilhados de unidade e diversidade.

4. Território

O território da União Europeia estende-se hoje por mais de quatro milhões de quilómetros quadrados, metade da superfície dos EUA: desde o maior país, a França, com 544 milhares de km², até ao mais pequeno, Malta, com 0,3 milhares de km².³⁸

³⁵ GERMAIN-DAVID, Pierrette. *Les Hymnes européens – bistoire, musique et paroles*. 2005. Nesta obra podem-se consultar as partituras, letras e ouvir em CD as músicas do hino da Europa e dos hinos de cada um dos 25 Estados-membros.

³⁶ SILVEIRA, Alessandra. “Pior para os Cânones!” in *50 Anos do Tratado de Roma*. 2007, p. 17.

³⁷ Na Cimeira de Milão, em junho de 1985.

³⁸ Ver descrição dos dados de cada país em SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES,

Formadas em 1951 e 1957 com 6 países fundadores, a França, a República Federal da Alemanha (RFA), a Itália, a Bélgica, a Holanda e o Luxemburgo, as Comunidades Europeias alargaram o seu território sucessivamente a 9, 10, 12, 15 e 25 países europeus. Seguiram-se mais 2 em 2007, num total de 27, mas as candidaturas de outros países continuam em negociação³⁹.

Em 22 de janeiro de 1972, com a adesão do Reino Unido⁴⁰, Dinamarca, Irlanda⁴¹, pelos *Tratados de Bruxelas*, concretiza-se o primeiro alargamento⁴² das Comunidades. Entraram em vigor em 1º de janeiro de 1973⁴³.

Em 28 de maio de 1979, pela adesão da Grécia com o *Tratado de Atenas*, a entrar em vigor em 1º de janeiro de 1981, dá-se o segundo alargamento das Comunidades⁴⁴.

Dora Resende. As Convenções de Lomé no contexto da Política de Cooperação para o Desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia. In *Revista Africana*. n.º 24, 2002, Anexos II e III, pp. 204 a 207.

³⁹ A Turquia, que mantém relações comerciais com a CE desde 1963. A Croácia apresentou a sua candidatura em fevereiro de 2003. A Antiga República Jugoslava da Macedónia também se encontra já em processo de pré-adesão. Ainda em negociações estão Montenegro e os Balcãs Ocidentais.

⁴⁰ O Protocolo 22, anexo aos atos de adesão do Reino Unido de 1972, oferecia a 20 países independentes da *Commonwealth* a possibilidade de negociar a organização de futuras relações com a CEE. Esta possibilidade acabou por se estender aos Estados independentes de África não membros da *Commonwealth* nem do grupo EAMA. Serão os países de África, Caraíbas e Pacífico – ACP – pelo Acordo de Georgetown, de julho de 1973.

⁴¹ A Irlanda apresentara o seu pedido oficial de adesão em 31 de julho de 1961, o Reino Unido a 9 de agosto e a Dinamarca a 10 do mesmo ano. A Noruega a 30 de abril de 1962. O veto do General *De Gaulle*, Presidente da República Francesa, impediu a adesão do Reino Unido em 14 de janeiro de 1963 e ficaram suspensas as negociações com todos os países candidatos. O Reino Unido voltou a apresentar novo pedido a 11 de maio de 1967, a que se seguiram os pedidos dos outros países. Mantém-se a discordância do General *De Gaulle* em 27 de novembro de 1967. Só em 30 de junho de 1970 se iniciam as negociações com os quatro candidatos.

⁴² Ver o artigo 49º do TUE. Na versão do Tratado de Lisboa, nova redação do mesmo artigo.

⁴³ Sem a Noruega, que não ratificou o tratado por ocasião de um referendo negativo de 25 de julho e declaração de 9 de outubro de 1972.

⁴⁴ A candidatura da Grécia fora em 8 de junho de 1959 e o início das negociações para a sua associação em 10 de setembro de 1959. Depois interrompidas, volta a apresentar a

Em 12 de junho de 1985, a adesão de Portugal⁴⁵ e Espanha⁴⁶, pelos *Tratados de Lisboa e de Madrid*, assinados um de manhã nos Jerónimos, em Lisboa, e o outro de tarde no Palácio do Oriente, em Madrid, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1986, constitui o terceiro alargamento das Comunidades.

Em 3 de outubro de 1990, com a *reunificação alemã* por integração dos *Länder* da ex-RDA na RFA, as Comunidades passaram a ter mais 108.178 km² e mais 16.736.000 habitantes, tratando-se praticamente de um novo alargamento da Comunidade, o que acontece sem qualquer alteração dos tratados⁴⁷.

Em 24 e 25 de junho de 1994, no Conselho Europeu de Corfu, na Grécia, são assinados os Tratados de Corfu de adesão da Áustria⁴⁸, Finlândia⁴⁹, Suécia⁵⁰, de 23 de junho de 1994⁵¹. Aderiram em 1º de janeiro de 1995, efetivando o quarto alargamento das Comunidades.

sua candidatura em 12 de junho de 1975.

⁴⁵ O pedido de adesão de Portugal às Comunidades Europeias foi apresentado a 28 de maio de 1977, iniciando-se o processo em 5 de abril de 1978. A apreciação favorável da Comissão foi concedida a 8 de maio de 1978 e a aprovação do Conselho a 6 de junho de 1978. As negociações iniciaram-se a 17 de outubro de 1978 e concluíram-se em março de 1985.

⁴⁶ Com o parecer favorável da Comissão de 29 de novembro de 1978, as negociações iniciaram-se em 5 de fevereiro de 1979.

⁴⁷ Por exemplo, mantém-se o artigo 87º, n.º 2, alínea “c”, do TCE, com nova interpretação. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 107º, n.º 1, do TFUE até 2014.

⁴⁸ A República da Áustria apresentou o seu pedido oficial de adesão às Comunidades Europeias em 17 de agosto de 1989. As negociações com os três primeiros iniciaram-se em 1º de fevereiro de 1993. Referendo sobre a adesão em 12 de junho de 1994, com votação maioritária a favor.

⁴⁹ A Finlândia apresentou o pedido oficial de adesão em 18 de março de 1992. Referendo favorável realizado a 16 de outubro de 1994.

⁵⁰ A Suécia apresentou o pedido oficial de adesão em 1º de julho de 1991. Em novembro de 1993, realizou-se referendo sobre a sua adesão à CE, com apenas 52,3% dos votos. Novo referendo maioritário a favor da adesão em 13 de novembro de 1994.

⁵¹ A Noruega apresentou o pedido oficial de adesão em 25 de novembro de 1992. As negociações iniciaram-se em 5 de abril de 1993 e o Tratado de Adesão foi assinado, mas no referendo de 28 de novembro de 1994 a população rejeita a adesão à UE.

No Conselho Europeu em Atenas, Grécia, de 16 e 17 de abril de 2003, procedeu-se à assinatura solene dos dez Tratados de Adesão, na Acrópole de Atenas, por Chipre, Estónia, Letónia, Lituânia, Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovénia e Malta, realizando-se o *quinto alargamento* das Comunidades⁵².

Em 25 de abril de 2005, com a assinatura oficial no Luxemburgo dos Tratados de Adesão da Roménia⁵³ e da Bulgária à União Europeia⁵⁴, que entraram em vigor em 1º de janeiro de 2007, realizando-se o *sexto alargamento* das Comunidades⁵⁵.

Em 9 de dezembro de 2011, com a assinatura oficial em Bruxelas do Tratado de Adesão da Croácia⁵⁶ à União Europeia, que entrará em vigor em 1º de julho de 2013, realizou-se o *sétimo alargamento* da União⁵⁷.

Sem estar terminado, o alargamento poderá no futuro integrar países como a Turquia, a Islândia⁵⁸, a Sérvia⁵⁹, a Macedónia, a Bósnia-Herzegovina, o Montenegro, Kosovo e Albânia, países que de alguma forma já manifestaram o interesse na adesão ou se encontram mesmo já em fase de negociações e celebração de acordos de cooperação.⁶⁰

⁵² Texto em JOUE L 236, de 23.09.2003.

⁵³ A Roménia apresentou o pedido oficial de adesão em 22 de junho de 1995.

⁵⁴ Ratificado por Portugal em 8 de março de 2006.

⁵⁵ Texto em JOUE L 157, de 21.06.2005.

⁵⁶ A Croácia apresentou o pedido oficial de adesão em fevereiro de 2003. Realizado um referendo nacional em 22 de janeiro de 2012, com um resultado positivo de 67% dos votos.

⁵⁷ Texto em JOUE L 112, de 24.04.2012.

⁵⁸ A Islândia solicitou a adesão à União Europeia em 17 de julho de 2009, sendo que as relações entre a Islândia e a União Europeia remontam a 1973, data da assinatura de um acordo bilateral de comércio livre.

⁵⁹ A Sérvia apresentou o seu pedido de adesão à União Europeia em 22 de dezembro de 2009. Nomeadamente, ver Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Parecer da Comissão sobre o pedido de adesão à União Europeia apresentado pela Sérvia, SEC(2011) 1208 final, COM(2011) 668 final, de 12.10.2011.

⁶⁰ VALÉRIO, Nuno. *História da União Europeia*. 2010, pp. 135 e 136.

5. População

Em 1º de janeiro de 2006, a União Europeia contava com 456,8 milhões de habitantes.

Em 1º de janeiro de 2008, com a concretização do sexto alargamento, contava com 492,8 milhões de habitantes, formando a maior população do mundo após a China e a Índia.

Em 1º de janeiro de 2009, a União Europeia contava com cerca de 500 milhões de habitantes. O Estado mais populoso é a Alemanha, e a França e a Irlanda contam com as mais altas taxas de natalidade.

Em 2012, a União Europeia conta com cerca de 502,5 milhões de habitantes⁶¹.

6. Lema

“Unida na diversidade” é o lema da União Europeia. Começou a ser usado por volta do ano 2000 e foi pela primeira vez objeto de referência oficial no tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em 2004 ⁶².

Este lema significa que na União Europeia os europeus estão unidos, trabalhando em conjunto pela paz e pela prosperidade, e que o facto de existirem diferentes culturas, tradições e línguas na Europa é algo de positivo para o continente.

7. Línguas

Com a entrada em vigor do Tratado CECA, em 23 de julho de 1952, inicia-se também a publicação de um jornal oficial comunitário,

⁶¹ Decisão do Conselho 2011/900/UE, de 19 de dezembro de 2011, JOUE L 346, de 30.12.2011, pp. 17 e 18, de acordo com os dados de que dispõe o Serviço de Estatística da União Europeia em 30 de setembro do ano anterior.

⁶² Em 29 de outubro de 2004, assinatura pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros do Tratado Constitucional, em Roma, na Sala dos Horácios e Curiácios do Capitólio.

o *Jornal Oficial da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*. Mais tarde, este vem a ser substituído pelo *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (JOCE), em 20 de abril de 1958. Hoje, a sua denominação alterou-se para *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE)⁶³.

Em 15 de março de 1958, o primeiro Regulamento do Conselho fixa quatro línguas oficiais e de trabalho das Comunidades: o alemão, o francês, o italiano e o neerlandês⁶⁴⁻⁶⁵. Entretanto chegámos a 23 línguas oficiais⁶⁶.

8. Moeda

Com a introdução de uma moeda única europeia, em 1º de janeiro de 2002, e alcance de uma União Económica e Monetária, o Euro (€) tornou-se também expressão de um símbolo de unidade da Europa comunitária no mundo.

As notas e moedas em euros são idênticas em todos os países, mas cada país cunha as suas próprias moedas com uma face comum e uma face nacional específica.

⁶³ Nos termos do artigo 254º do TCE e com a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Tratado de Nice, desde 1º de fevereiro de 2003. O primeiro publicado com a nova designação foi o JOUE L 27, de 01.02.2003. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 297º do TFUE.

⁶⁴ No JO 17, de 06.10.1958, pp. 385 e 386. Em concordância com o então artigo 218º do TCEE.

⁶⁵ Mais tarde pelo Regulamento (CE) n.º 920/2005 do Conselho, de 13 de junho de 2005, em que fixava já 21 línguas oficiais e de trabalho (JOUE L 156, de 18.06.2005, pp. 3 e 4). A 21ª era o irlandês.

Vejam-se também sobre a utilização de línguas adicionais no Conselho as Conclusões do Conselho 2005/C 148/01, de 13 de junho de 2005 (JOUE L 148, de 18.06.2005, pp. 1 e 2).

⁶⁶ Artigo 314º do TCE, atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Adesão de 2005. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 45º do TUE.

Vejam-se também sobre a utilização de línguas adicionais no Conselho as Conclusões do Conselho 2005/C 148/01, de 13 de junho de 2005 (JOUE L 148, de 18.06.2005, pp. 1 e 2). Depois o artigo 314º TCE. Na versão do Tratado de Lisboa, artigo 45º do TUE.

Há outros países não membros da União Europeia que utilizam o euro⁶⁷: o Principado do Mónaco⁶⁸, São Marinho e o Vaticano possuem também as suas próprias moedas em euros, assim como o Principado de Andorra⁶⁹. Já a Dinamarca, a Suécia e o Reino Unido optaram por não participar na moeda única, apesar de pertencerem à União Europeia, enquanto outros países que se tornaram membros posteriormente ainda não se encontram em condições de aderir.

Em 1º de janeiro de 2009, a zona do euro da UE passou a contar com 16 países, com a adoção da moeda única pela Eslováquia, um universo de cerca de 329 milhões de cidadãos.

Em 2009 celebrou-se o 10º aniversário da União Económica e Monetária e da criação do euro, com a emissão de moeda comemorativa nos 16 países da zona do euro⁷⁰.

Em 1º de janeiro de 2011, adotada a moeda única pela Estónia⁷¹, a zona do euro da UE passou a contar com 17 países.

9. Comemorações

Em 28 e 29 de junho de 1985, no Conselho Europeu de Milão, com a decisão dos Chefes de Estado ou de Governo das Comunidades Europeias de comemorar o “Dia da Europa” no dia 9 de maio, múltiplas comemorações se passaram a realizar nesse dia em cada ano, tais como discursos formais, apresentação de cartazes e postais

⁶⁷ Kosovo, Montenegro, Balcãs Ocidentais.

⁶⁸ Convenção Monetária entre a União Europeia e o Principado do Mónaco (JOUE C 23, de 28.01.2012, pp. 13 a 24).

⁶⁹ Acordo Monetário entre a União Europeia e o Principado de Andorra (JOUE C 369, de 17.12.2011, pp. 1 a 13).

⁷⁰ Em 2008/C 315/04, JOUE C 315, de 10.12.2008, pp. 8 a 11, as novas faces nacionais das moedas comemorativas de 2 euros destinadas à circulação e emitidas pelos Estados-membros da Zona Euro e, em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 155/2008, de 16 de outubro, DR n.º 201, pp. 7424 e 7425.

⁷¹ Pela Decisão do Conselho de 13 de julho de 2010 no JOUE L 196, de 28.07.2010, p. 24, e JOUE C 309, de 13.11.2010, p. 5.

alusivos⁷², realizações sociais⁷³ e culturais⁷⁴, principalmente com a participação de crianças e estudantes⁷⁵.

Bibliografia

50 Anos do Tratado de Roma. Quis Iuris Editora, 2007. ISBN 978-972-724-358-7.

ALVES, Dora Resende. *Cronologia da construção europeia comunitária*. Policopiado. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. abril, 2012. 106 páginas.

Enciclopédia do Estudante. Vol. 12 – Geografia Descritiva. Público, 2008. ISBN 978-972-761-825-5.

Factos e Números Essenciais sobre a Europa e os Europeus. Serviço de Publicações Oficiais da União Europeia, 2006. ISBN 92-894-9555-3.

GERMAIN-DAVID, Pierrette. *Les Hymnes européens – histoire, musique et paroles*. Paris: Dexia Editions, 2005. ISBN 2-74910-445-9. 144 páginas.

⁷² Ver as imagens do elenco da autoria dos Serviços de Publicações das Comunidades Europeias desde 1996, em anexo.

⁷³ Em 2006, cada país designou um café tradicional para palco das comemorações: em Portugal, o Café Martinho da Arcádia, na cidade de Lisboa.

⁷⁴ A Direção-Geral da Filatelia em Portugal emite habitualmente uma série filatélica anual comemorativa da ideia da Europa, série iniciada em 1960 pelas Direções Postais de vários países com a emissão titulada Europa-CEPT (Conference of European Postal and Telecommunications Administration) inicialmente com um grafismo comum aos vários países aderentes, vindo posteriormente a subordinar-se apenas a um tema, ficando o grafismo da sua interpretação a cargo das Direções Postais de cada país. Por exemplo, em 2002 o tema foi o Circo, e em 2006 a Integração vista pelos jovens, em Portugal com o grafismo proposto pela Associação Nacional de Arte e Criatividade e para Pessoas com Deficiência (ANACED) à PostEurop, Associação de Operadores Postais Públicos, já com 54 países membros.

⁷⁵ O Centro de Informação Jacques Delors, em Lisboa, como um dos Centros de Documentação das Comunidades Europeias, prevê atividades para o público mais jovem (www.cijdelors.pt), e muitas Escolas Secundárias do país realizam atividades temáticas neste dia.

GOMES, António Júlio Leitão Ferreira. *Os pais fundadores da Comunidade Europeia*. Quarteto, 2001. ISBN 972-8535-85-6. 150 páginas.

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. As Convenções de Lomé no contexto da Política de Cooperação para o Desenvolvimento como desiderato da Comunidade Europeia. *In Revista Africana*. Porto: Centro de Estudos Africanos e Orientais da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, n.º 24, 2002, pp. 181 a 221.

VALÉRIO, Nuno. *História da União Europeia*. Editorial Presença, 2010. ISBN 978-972-23-4300-8.

Endereços eletrónicos

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://europa.eu>

http://europa.eu/abc/symbols/9-may/euday_pt.htm

<http://historiasiglo20.org/europortug/biografias.htm>

<http://www.ena.lu>

ANEXOS

- Texto da Declaração de 9 de maio de 1950
- Esquemas sobre as revisões aos tratados e os países membros da UE
- Os países da União Europeia

A DECLARAÇÃO DE 9 DE MAIO DE 1950

A paz mundial só poderá ser salvaguardada com esforços criativos à medida dos perigos que a ameçam.

A contribuição que uma Europa viva e organizada pode prestar à civilização é indispensável para a manutenção de relações pacíficas. Ao assumir-se há mais de 20 anos como defensora de uma Europa unida, a França teve sempre por objetivo essencial servir a paz. A Europa não foi construída, tivemos que enfrentar a guerra.

A Europa não se construirá de uma só vez, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem primeiro uma solidariedade de facto. A união das nações europeias exige que seja eliminada a secular oposição entre a França e a Alemanha: a ação deve envolver principalmente estes dois países.

Com esse objetivo, o Governo francês propõe atuar imediatamente num plano limitado mas decisivo:

“O Governo francês propõe subordinar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço a uma Alta Autoridade comum, numa organização aberta à participação dos outros países da Europa.»

Colocar em comum as produções de carvão e de aço garantirá imediatamente o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento económico, primeira etapa da federação europeia, e mudará o destino de regiões durante muito tempo condenadas ao fabrico de armas de guerra, das quais foram as primeiras vítimas.

A solidariedade de produção assim alcançada revelará que qualquer guerra entre a França e a Alemanha se torna não só impensável como também materialmente impossível. A criação desta poderosa unidade de produção aberta a todos os países que nela queiram participar permitirá fornecer a todos os países que a compõem elementos fundamentais da produção industrial em condições idênticas, e lançará os fundamentos reais da sua unificação económica.

Esta produção será oferecida a todos os países do mundo sem distinção nem exclusão, a fim de participar na melhoria do nível de vida e no desenvolvimento das obras de paz. Com meios acrescidos, a Europa poderá prosseguir a realização de uma das suas funções essenciais: o desenvolvimento do continente africano.

Assim se realizará, simples e rapidamente, a fusão de interesses indispensável à criação de uma comunidade económica e introduzirá o fermento de uma comunidade mais vasta e mais profunda entre países durante muito tempo opostos por divisões sangrentas.

Esta proposta, por intermédio da colocação em comum de produções de base e da instituição de uma nova Alta Autoridade cujas decisões vincularão a Alemanha, a França e os países aderentes, lançará as primeiras bases concretas de uma federação europeia indispensável à preservação da paz.

A fim de prosseguir a concretização dos objetivos assim definidos, o Governo francês está disposto a iniciar negociações nas seguintes bases.

A missão atribuída à Alta Autoridade comum consistirá em assegurar, a breve trecho: a modernização da produção e a melhoria da sua qualidade; o fornecimento, em condições idênticas, de carvão e de aço aos mercados alemão, francês e dos países aderentes; o desenvolvimento da exportação comum para outros países; a harmonização no progresso das condições de vida da mão de obra dessas indústrias.

Para atingir estes objetivos a partir das condições muito díspares em que atualmente se encontram as produções dos países aderentes, deverão ser tomadas, a título provisório, determinadas disposições, incluindo a aplicação de um plano de produção e de investimentos, a instituição de mecanismos de perequação dos preços e a criação de um fundo de reconversão destinado a facilitar a racionalização da produção. A circulação do carvão e do aço entre os países aderentes será imediatamente isenta de qualquer direito aduaneiro, não podendo ser afetada por tarifas de transporte distintas. Progressivamente, criar-se-ão condições para assegurar espontaneamente a repartição mais racional da produção ao mais elevado nível de produtividade.

Ao contrário de um cartel internacional que tende a repartir e explorar os mercados nacionais com base em práticas restritivas e na manutenção de elevados lucros, a organização projetada assegurará a fusão e a expansão da produção.

Os princípios e compromissos essenciais acima definidos serão objeto de um tratado assinado entre os Estados. As negociações indispensáveis para precisar as medidas de aplicação serão realizadas com assistência de um mediador designado de comum acordo; este terá a missão de velar por que os acordos respeitem os princípios e, em caso de oposição irreductível, fixará a solução a adotar. A Alta Autoridade comum, responsável pelo funcionamento de todo o regime, será composta por personalidades independentes designadas numa base paritária pelos governos; o presidente será escolhido de comum acordo entre os governos; as suas decisões serão de execução obrigatória na Alemanha e em França e nos restantes países aderentes. As necessárias vias de recurso contra as decisões da Alta Autoridade serão asseguradas por disposições adequadas. Um representante das Nações Unidas junto da referida Alta Autoridade elaborará semestralmente um relatório público destinado à ONU, dando conta do funcionamento do novo organismo, nomeadamente no que diz respeito à salvaguarda dos seus fins pacíficos.

A instituição da Alta Autoridade em nada prejudica o regime de propriedade das empresas. No exercício da sua missão, a Alta Autoridade comum terá em conta os poderes conferidos à autoridade internacional da região do Ruhr e quaisquer outras ligações impostas à Alemanha, enquanto estas subsistirem.

Revisões aos Tratados das Comunidades Europeias:

- *Ato Único Europeu*, em 17 e 28 de fevereiro de 1986, entrou em vigor em 1º de julho de 1987;
- *Tratado de Maastricht* ou *Tratado da União Europeia*, de 7 de fevereiro de 1992, entrou em vigor em 1º de novembro de 1993;
- *Tratado de Amsterdão*, de 2 de outubro de 1997, entrou em vigor em 1º de maio de 1999;
- *Tratado de Nice*, de 26 de fevereiro de 2001, entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2003;
- *Tratado de Lisboa*, de 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009.

EVOLUÇÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA

Países fundadores

França

Alemanha

Itália

Bélgica

Holanda

Luxemburgo

países do *Benelux*

TOTAL 6

1º Alargamento:

Reino Unido

Dinamarca

Irlanda

Tratado de Bruxelas de 22 de janeiro de 1972

TOTAL 9

2º Alargamento:

Grécia

Tratado de Atenas de 28 de maio de 1979

TOTAL 10

3º Alargamento:

Portugal

Espanha

Tratado de Lisboa de 12 de junho de 1985

Tratado de Madrid de 12 de junho de 1985

TOTAL 12

4º Alargamento:

Áustria

Suécia

Finlândia

Tratado de Corfu de 23 de junho de 1994

TOTAL 15

5º Alargamento

Estónia, Polónia, República Checa, Eslovénia, Hungria,

Letónia, Lituânia, Eslováquia, Malta, Chipre

Tratado de Atenas de 16 de abril de 2003

TOTAL 25

6º Alargamento

Roménia

Bulgária

Tratado do Luxemburgo de 25 de Abril de 2005

TOTAL 27

Formam o grupo de **27 Estados-membros** atuais com:

7º Alargamento

Croácia

Tratado de 9 de dezembro de 2011

TOTAL 28

OS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA ⁷⁶

País	Capital	Número de habitantes	Superfície
------	---------	----------------------	------------

Desde 23 de julho de 1952 e 1º de janeiro de 1958 :

ALEMANHA	Berlim ⁷⁷	82.604.000 habitantes	357.050 km ²
República Federal da Alemanha, com 16 Estados federados			
Constituição provisória de 23 de maio de 1949			

FRANÇA	Paris	59.773.000 habitantes	543.965 km ²
República Francesa			
Constituição de 6 de outubro de 1958, revista em 1962, 1974 e 1976			

ITÁLIA	Roma	57.033.000 habitantes	301.277 km ²
República Italiana			
Constituição de 1º de janeiro de 1948			

BÉLGICA	Bruxelas	10.341.000 habitantes	30.513 km ²
Reino da Bélgica			
Constituição de 1831, revista em 1893, de 1919 a 1921, de 1967 a 1971 e 1981			

HOLANDA	Amsterdão	16.238.000 habitantes	41.785 km ²
Reino dos Países Baixos			
Constituição de 17 de fevereiro de 1983			

LUXEMBURGO	Luxemburgo	453.000 habitantes	2.586 km ²
Grão-Ducado de Luxemburgo			
Constituição de 17 de outubro de 1868, emendada em 1919, 1948, 1956 e 1972			

⁷⁶ Dados de 1998, 1999, 2001 e 2008, enciclopedicamente recolhidos, com valores que poderão não refletir a população atual, consequência, em parte, dos recentes surtos migratórios. Ver dados mais recentes em VALÉRIO, Nuno. *História da União Europeia*. 2010, pp. 163 a 182.

⁷⁷ Designada novamente capital da Alemanha em 1991.

Desde 1º de janeiro de 1973:

GRÃ-BRETANHA Londres 58.164.000 habitantes 244.100 km²
 Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte
 Carta de 1215 e um conjunto de numerosas leis fundamentais

DINAMARCA Copenhaga 5.387.000 habitantes 43.080 km²
 Reino da Dinamarca
 Constituição de 5 de junho de 1953

IRLANDA Dublin 3.969.000 habitantes 70.285 km²
 República da Irlanda
 Constituição de 29 de dezembro de 1937

Desde 1º de janeiro de 1981:

GRÉCIA Atenas 11.001.000 habitantes 131.957 km²
 República Helénica
 Constituição de 7 de junho de 1975

Desde 1º de janeiro de 1986:

PORTUGAL Lisboa 10.181.000 habitantes 92.389 km²
 República Portuguesa
 Constituição de 2 de abril de 1976, revista em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005

ESPANHA Madrid 43.197.684 habitantes 504.783 km²
 Reino da Espanha
 Constituição de 29 de dezembro de 1978

Desde 1º de janeiro de 1995:

ÁUSTRIA Viena 8.054.110 habitantes 83.855 km²

República da Áustria, com 9 Estados federados

Constituição de outubro de 1920, reposta em maio de 1945

SUÉCIA Estocolmo 8.958.000 habitantes 449.964 km²

Reino da Suécia

Constituição de 1 de janeiro de 1975

FINLÂNDIA Helsínquia 5.212.000 habitantes 338.145 km²

República da Finlândia

Constituição de 17 de julho de 1919

Desde 1º de maio de 2004:⁷⁸

País Capital Número de habitantes / milhares Superfície / km²

CHIPRE Nicósia 921 9.251

República do Chipre

Constituição de 1960, do setor grego, e de 1985, do setor turco

ESLOVÁQUIA Bratislava 5.402 49.036

República Eslovaca

Data da independência: 1º de janeiro de 1993

Constituição de 1992

ESLOVÊNIA Ljubljana 1.971 20.251

República da Eslovénia

Data da independência: 25 de junho de 1991

Constituição de 1991

⁷⁸ Dados enciclopedicamente recolhidos, fontes de 1996 e 2001: Guia do Mundo 2000-2001, Trinova Editora, Ltda., 2.^a ed., Atlas Enciclopédico Mundial. Dorling Kindersley. Público, 1996 e *Enciclopédia do Estudante*. Vol. 12 – Geografia Descritiva. Público, 2008. ISBN 978-972-761-825-5.

ESTÓNIA	Tallinn	1.353	45.100
República da Estónia			
Data da independência: 20 de agosto de 1991			
Constituição de 27 de junho de 1992			
HUNGRIA	Budapeste	10.136	93.036
República da Hungria			
Data da independência: 1918			
Constituição de 18 de agosto de 1949, emendada em outubro de 1989			
LETÓNIA	Riga	2.324	64.500
República da Letónia			
Data da independência: 21 de agosto de 1991			
Constituição de 1993			
LITUÂNIA	Vilnius	3.454	65.200
República da Lituânia			
Data da independência: 11 de março de 1990			
Constituição de 1992			
MALTA	La Valetta	399	316
República de Malta			
Data da independência: 8 de setembro de 1964			
Constituição de julho de 1964, revista em 1974			
POLÓNIA	Varsóvia	40.000	312.683
República Popular da Polónia			
Constituição de 22 de julho de 1952, emendada em 1954, 1957, 1960, 1976, 1989, 1992 e 1997			
Em 3 de maio de 1791, foi o primeiro país da Europa e o segundo do mundo a ter uma Constituição.			

REPÚBLICA CHECA **Praga** **10.202** **78.864**
 Data da independência: 1º de janeiro de 1993
 Constituição de 1993

A partir de 1º de janeiro de 2007:

BULGÁRIA **Sófia** **7.786** **110.912**
 República da Bulgária
 Data da independência: 1º de janeiro de 1993
 Constituição de 12 de julho de 1991

ROMÉLIA **Bucareste** **21.616** **237.500**
 República da Roménia
 Data da independência: 9 de maio de 1861
 Constituição de 21 de agosto de 1965 e nova Constituição de 8 de dezembro de 1991

A partir de 1º de julho de 2013:

CROÁCIA **Zagreb** **4.428** **56.542**
 República da Croácia
 Data da independência: 25 de junho de 1991
 Constituição de 1990

Outro país candidato à adesão:

TURQUIA	Ancara	70.597	779.452
---------	--------	--------	---------

República da Turquia
 Declaração como República em 1923
 Constituição de 7 de novembro de 1982

União Europeia

500 milhões de habitantes

40 milhões de quilómetros quadrados em 1º de janeiro de 2009

Fontes:

ALVES, Dora e SILVA, Maria Manuela Magalhães – As Convenções de Lomé no contexto da política de cooperação para o desenvolvimento com desiderato da Comunidade Europeia. *In Africana*. Universidade Portucalense. ISSN 0871-2336. N.º 24 (2002), pp. 181 a 221.

paginas.fe.up.pt/.../Bandeiras/bandeiras.html, consulta em 28 de setembro de 2006.

dre.pt/ue/default.html, consulta em 28 de setembro de 2006.

Autora convidada.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130001

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: SUGESTÃO DE UM
PROCEDIMENTO VIÁVEL PARA A EFETIVIDADE DO
DIREITO À FILIAÇÃO RESPALDADA NOS LAÇOS DE
AFETIVIDADE**

**THE SOCIAL-AFFECTIVE FILIATION IN THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: A SUGGESTION OF A
VIABLE PROCEEDING FOR THE EFFECTIVENESS
OF THE RIGHT TO FILIATION IN THE BONDS OF
AFFECTION SUPPORTED**

JÚLIA FRANCO AMARAL SILVA

Servidora

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil

jujufas@hotmail.com

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

Professora

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

tthibau@gmail.com

RESUMO: O presente artigo objetiva sugerir um procedimento apto a dar efetividade ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Trata-se de uma discussão multidisciplinar, remetendo-se à legislação civilista e à principiologia constitucional, como fundamentos para a defesa da preponderância da afetividade na atribuição da filiação. O debate também perpassa pelos critérios de aferição da filiação

previstos no ordenamento jurídico brasileiro, além de confrontar os procedimentos positivados de reconhecimento da filiação. Como instrumentos hábeis a conferir à socioafetividade, posição privilegiada na atribuição da filiação, o artigo embasa-se no entendimento dos tribunais brasileiros a respeito da matéria, corroborado pelo entendimento de doutrinadores como Maria Berenice Dias e Ana Carolina Brochado Teixeira, havendo clara defesa na sistematização de um procedimento eficaz no reconhecimento da filiação socioafetiva. Portanto, o debate extrapola a seara das discussões atinentes à paternidade socioafetiva e seus derivados, alcançando o âmbito de sugestão de um procedimento colocado à disposição daquele que se vislumbra filho socioafetivo de outrem.

PALAVRAS-CHAVE: filiação; socioafetividade; preponderância; procedimento.

ABSTRACT: This article aims to suggest a procedure able to give effect to the recognition of social-affective filiation. It is a multidisciplinary discussion, referring to civil law and constitutional principles, such as essentials for the preponderance of affective defense in the allocation of filiation. The debate also says about the measurement criteria of filiation provided for in Brazilian law, and confronts the positivized proceedings for recognition of parentage. As instruments able to give the social-affective privileged position in the allocation of filiation, the article works in the understanding of Brazilian courts on the matter, corroborated with the work of jurists such as Maria Berenice Dias and Ana Carolina Brochado Teixeira, with clear defense of the systematization an effective proceeding in the recognition of social-affective filiation. So the debate goes beyond the harvest of the discussions relating to affective paternity and its derivatives, reaching under the suggestion of a proceeding available for those who feel a social-affective son from another person.

KEY WORDS: filiation; social-affective; preponderance; proceeding.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A insuficiência legislativa do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro. 3. As espécies de filia-

ção contidas na legislação civilista vigente. 3.1. O critério socioafetivo para a aferição da filiação. 4. As “Ações de Filiação” contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro. 5. O procedimento judicial para o reconhecimento da filiação socioafetiva. 5.1. Considerações preliminares. 5.2. Impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da filiação socioafetiva. 5.3. Sugestão de procedimentos judiciais para o reconhecimento da filiação socioafetiva. 5.3.1. Na hipótese de ausência de pais registrais. 5.3.2. Na hipótese de presença de pais registrais. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

As discussões acerca da filiação são um dos temas dentre os de Direito Civil que mais vem sofrendo transformações e enseja debates entre os juristas e doutrinadores nos últimos tempos.

O mundo contemporâneo, a complexidade das relações humanas e o constante inovar da sociedade fizeram nascer para o Direito a necessidade de se contemplarem novas realidades quanto às relações referentes ao tema da filiação, não se sustentando mais a presunção incontestável da chamada filiação jurídica.

Se se remontar ao século anterior, em especial à legislação civilista do Código de 1916 e às Constituições brasileiras anteriores a de 1988, constatar-se-á que vigorava presunção relativa da filiação havida no seio da relação matrimonial, existindo distinta diferenciação entre os filhos concebidos dentro do casamento (legítimos) e os havidos fora dele (ilegítimos).

Tratava-se de verdadeira filiação constituída sob a ótica da família legítima, cujos filhos eram reconhecidos em razão de uma ficção jurídica advinda do matrimônio. Rechaçava-se, pois, a origem biológica da criança, como também os laços de afetividade que esta nutria com o suposto par parental.

Em pior situação, ficavam os filhos havidos fora do casamento. A estes era impingida a denominação de ilegítimos, cujo reconhecimento da paternidade lhes era negado se fosse o genitor casado com outra mulher que não a mãe. Prevalencia, portanto, o estatuto da desigualdade da filiação, cujos princípios para o reconhecimento dos filhos repousavam no caráter matrimonial, procriacional, patriarcal e patrimonial estatuídos pelo Código Civil de 1916.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 houve verdadeira revolução no Direito de Família, com reflexos intensos sobre a problemática da filiação.

A introdução do art. 226 e, em especial, do § 6º do art. 227 à Lei Maior, estendeu o conceito de família, reconhecendo e conferindo tutela legal às famílias constituídas pelo casamento, às advindas da união estável e ainda às monoparentais.

Em decorrência desse fato, vedou-se a possibilidade de discriminação dos filhos havidos fora do casamento ou por adoção, vigorando o princípio da isonomia no reconhecimento da filiação.

Sobre o tema, vejamos preciosa lição de Maria Berenice Dias:

A Constituição alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável, formada por um homem e uma mulher, e à família monoparental. Assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole. Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual.

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamentos e aos filhos havidos por adoção (art. 227, § 6º, da CR). (DIAS, 2005, p. 328).

Certo é que, na atualidade, por intermédio da interpretação da Lei Civil vigente, constata-se a presença de três espécies de filiação: a jurídica, a biológica e a socioafetiva.

A primeira restringe-se à paternidade tão somente, compreendendo a presunção contida no art. 1.597 do Código Civil¹, que traz o pai como marido da mãe, prevalecendo a presunção *pater is est*.

Quanto à segunda, está respaldada no advento do exame de DNA, o qual traduz a origem biológica da filiação, em prestígio aos laços de consanguinidade.

Por fim, tem-se a filiação socioafetiva, traduzida no verdadeiro envolvimento psicológico e íntimo entre o filho e a suposta figura parental, cuja relação apoia-se nos laços de amizade, confiança e afetividade desfrutados entre pais e filhos.

A moderna doutrina, respaldada em obras como a de Maria Berenice Dias e de Ana Carolina Brochado Teixeira e a jurisprudência afim, tem imprimido à filiação socioafetiva papel importantíssimo dentro da perseguição da filiação, consolidando uma tendência de predominância dessa face perante a biológica.

Hoje, os laços de carinho, a realidade fática de envolvimento entre pais e filhos, a constatação de uma relação pautada na confiança e no respeito mútuo tendem a se sobrepor às ficções jurídicas e à “biologização” da filiação.

São comuns as demandas judiciais em que se pretende a afirmação da paternidade socioafetiva sobre a filiação biológica, em especial nas hipóteses da chamada “adoção à brasileira”. A posição

¹ Art. 1.597 do Código Civil/2002: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”.

dos tribunais é no sentido de que, embora haja um descompasso entre a realidade biológica e a registral, se verificada a incidência da paternidade socioafetiva, impossível será a retificação do assento de nascimento. A questão comporta ainda maiores indagações caso seja suplantada a seara das demandas que abarcam a realidade da PATERNIDADE socioafetiva e se adentra na discussão em torno da FILIAÇÃO socioafetiva.

Esse estudo, por sua vez, focar-se-á nas ações em que o denominado filho socioafetivo pretende a prevalência da filiação socioafetiva sobre a filiação registral e/ou biológica.

Entende-se por filhos socioafetivos aqueles indivíduos criados no seio de uma família substituta, ao gozar da posse do estado de filho, desvinculados totalmente dos pais registrais e não adotados pela família convivente.

À luz da nova principiologia do Direito de Família, a qual se apoia no princípio da isonomia entre filhos, nada mais correto do que conferir a essas pessoas a possibilidade de desconstituição da filiação registral e de inclusão da filiação socioafetiva, no assento de nascimento, a qual traduz mais fielmente a realidade experimentada pelo filho que vive no seio de uma família substituta, sem ser adotado.

A complexidade de tal discussão está justamente em se traçar um procedimento adequado para efetivação do direito material, haja vista que a legislação vigente só admite a desconstituição do registro de nascimento nas hipóteses do art. 1.604 do Código Civil² ou nos casos de adoção³.

² Art. 1.604 do Código Civil/2002: “Ninguém pode vindicar estado contrário do que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”.

³ Art. 47, §§ 3º, 4º e 5º da Lei nº 12.010/2009, a qual alterou as disposições da Lei nº 8.069/90: “§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.”; “§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.”; e “§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.”.

Face à restrição da legislação pátria, pergunta-se sobre ser correta, a exemplo dos julgados correlatos a tal matéria, a afirmação de impossibilidade jurídica do pedido, retirando desses indivíduos o direito de reconhecimento da filiação socioafetiva. Não caberia então aos aplicadores do direito buscarem dentro da codificação (instrumento de efetivação dos direitos) solução menos simplista para a nova realidade trazida com a filiação socioafetiva? Questionável é, também, seria qual o procedimento que poderia ser empregado para dar efetividade ao direito material das pessoas que desfrutaram toda uma vida ao lado de uma família e que pretendem a chancela judicial dessa realidade fática.

São esses e outros questionamentos que esta pesquisa pretende abordar, levando em consideração o direito dos filhos socioafetivos de verem seu *status* de filho reconhecido judicialmente, mediante a investigação de um procedimento adequado à espécie.

2. A insuficiência legislativa do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro

Como todos os fatos, a ideia de família precede à juridicidade.

O Direito vem para fornecer regramento às situações cotidianas vividas pela sociedade, as quais já estão postas antes da sistematização das regras jurídicas. O que se passa é que o Direito, por intermédio de seu conjunto de regras, imprime juridicidade a determinados fatos, com o escopo de organizar e pacificar as relações sociais.

Reale, em sua obra “Lições Preliminares de Direito”, esclarece que:

Direção, ligação e obrigatoriedade de um comportamento, para que possa ser considerado lícito, parece ser a raiz intuitiva do conceito de direito. A palavra *lei*, segundo a sua etimologia mais provável, refere-se a ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de *jus*, que invoca a idéia de jungir, unir, ordenar, coordenar.

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convi-

vência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como ‘realização ordenada’.

De ‘experiência jurídica’, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantias jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.

O Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social. (REALE, 2002, p. 2, grifo do autor).

Igualmente ocorre com a família, essa célula que compõe o organismo denominado sociedade. O direito material civil, em seu papel de disciplinador da sociedade, busca abarcar as relações que gravitam em torno da família. O direito processual civil tenciona instrumentalizar de modo efetivo os direitos subjetivos tutelados pelo ordenamento jurídico.

É claro que, embora o legislador almeje sistematizar todas as circunstâncias possíveis dentro da seara da família, esse núcleo mutante jamais se renderá ao arcabouço estanque das leis. Se a sociedade é dinâmica e está a caminho de sua evolução, o direito tem como um de seus escopos acompanhar tal dinamismo.

Todavia, os aplicadores do Direito sempre se depararão com as lacunas legais, as quais deverão ser colmatadas. Nessa tarefa, a rigor do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil⁴, o julgador deverá nortear-se pela

⁴ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002 (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes

analogia, costumes e princípios gerais de direito, perquirindo, em última análise, a efetivação de uma decisão justa e arrazoada.

As lacunas, quando transplantadas para a realidade do Direito de Família, tornam-se uma constante. Como o objeto desse ramo do Direito é bastante mutante, surpreendente, fluido e inovador, o conjunto das regras positivadas quase sempre se mostram insuficientes para disciplinar a gama de situações inéditas que afloram cotidianamente.

O agrupamento das pessoas em entidades familiares é um processo que acompanha a própria evolução do homem. Se, no início havia o entrosamento entre homem e mulher por meio do instituto de perpetuação da espécie, com o tempo essa interação foi assumindo contornos distintos. Hoje, o agrupamento familiar se relaciona mais a uma necessidade de realização de afeto, segurança e amor, do que a necessidade de procriação ou expansão patrimonial.

A ideia inicial de matrimônio se impôs frente à necessidade de se criar núcleos de produção, integrando pessoas em torno de uma instituição intitulada casamento. Com incentivo à procriação, as primeiras famílias eram organizadas de forma hierárquica e patriarcal, em que cada membro possuía sua função e estava submetido a um regime de subordinação frente ao chefe do núcleo familiar.

Essa organização rudimentar da família foi perdendo força com a eclosão da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra em meados do século XIII e exportada para o resto do mundo a partir do século XIX. A necessidade de se integrar a mulher no mercado de trabalho, acabou por ruir a antiga concepção de família como um núcleo adstrito à sua prole, abrindo espaço para uma interação “interfamílias”. O casamento, paulatinamente, foi assumindo contornos de afetividade, abandonando a ideia preliminar de procriação e patrimonialização.

e os princípios gerais de direito.”. Art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou de despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”.

A intensificação das relações sociais, alavancada pelo crescimento populacional, pela revolução tecnológica, pela globalização e pelo próprio paradigma da contemporaneidade, levou o legislador a se esbarrar num obstáculo enorme. Se já era um desafio sistematizar regras que atendiam ao núcleo mais mutante da sociedade – a família –, o acréscimo advindo do mundo moderno certamente contribuiu para dificultar esse trabalho.

Não se pode esquecer que a disciplina do Direito de Família também perpassa pela dicotomia entre o público e o privado, que, embora ainda presente nos debates jurídicos, vem sofrendo mitigações. A família, enquanto construtora da sociedade, reclama regras que disciplinem as relações interpessoais que dentro dela se manifestam, mas também que atendam à realização de projetos nacionais e princípios universais, atrelados às tendências do mundo moderno e às legislações contemporâneas.

É nesse emaranhado de questionamentos que o legislador brasileiro foi incumbido de sistematizar a legislação referente ao Direito de Família.

Pode-se dizer que o Código Civil de 1916 reconhecia, enquanto família, somente as relações advindas do matrimônio. A dissolução do casamento era vedada e os vínculos extramatrimoniais, ignorados. Nesse contexto, os filhos concebidos fora do casamento eram denominados ilegítimos, restando completamente excluídos dos direitos sucessórios e patrimoniais do genitor biológico.

O apelo social e as constantes mudanças nas relações familiares acabaram por forçar o legislador a contemplar outras realidades dentro do Direito de Família, a exemplo da promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o qual permitiu a ela possuir bens reservados do matrimônio, e da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), cujo maior avanço foi romper com a sacralização do casamento mediante a possibilidade de sua dissolução. Atualmente, a dissolução do casamento se tornou ainda mais simplificada, considerando-se a entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, que conferiu aos cartórios a possibilidade de realização de divórcios, obedecidos

os requisitos legais, além da promulgação da Emenda Constitucional nº 66, a qual suprimiu a separação e institucionalizou o divórcio como solução para o rompimento dos vínculos matrimoniais.

Acompanhando os avanços legislativos, a promulgação da Constituição da República de 1988 representou o maior passo dado no ordenamento jurídico brasileiro frente ao Direito de Família. Houve verdadeiro estrangulamento dos paradigmas até então vigentes, abrindo espaço para a ampla igualdade entre o homem e a mulher e entre os filhos, concebidos ou não dentro do casamento, estendendo, assim, proteção às famílias constituídas por união estável e monoparentais.

Tais modificações conquistadas pela Constituição da República de 1988 foram acompanhadas, em parte, pela edição do atual Código Civil. Este diploma legal procurou atualizar os aspectos fundamentais do direito de família, mas não conseguiu contemplar as mudanças pelas quais a sociedade tanto ansiava. Entre outras modificações, a disciplina do casamento e da união estável foi tratada de forma diferenciada, inclusive separada na disposição sistemática do Código Civil; o reconhecimento das uniões homoafetivas, em que pese o trabalho da jurisprudência, não foi contemplado; a filiação socioafetiva não recebeu qualquer orientação, contando apenas com a experiência pretoriana.

Depreende-se, portanto, que embora o Código Civil de 2002 tenha trazido alterações positivas para a disciplina do Direito de Família, seja por ter incorporado em seu núcleo situações já pacíficas na jurisprudência, como por exemplo, o dever de alimentos respaldado nos vínculos de solidariedade e manutenção do sobrenome do cônjuge. Independentemente da aferição de culpa na separação, ainda há muito que ser repensado.

Persistem muitos absurdos no corpo desse Código, os quais fatalmente colidem com a realidade dos julgados nos Tribunais e nos Fóruns do país, existindo apenas como letra morta na legislação pátria.

O esforço dos aplicadores do direito está afeto em apresentar soluções para as deficiências legislativas, propondo-se alterações sistêmicas no corpo de regras jurídicas existentes e auxiliando na cons-

trução de uma jurisprudência que traduza fielmente as expectativas e as modificações presentes na realidade das famílias brasileiras nos tempos atuais.

3. As espécies de filiação contidas na legislação civilista vigente

Conforme já pontuado no item anterior, a família, até a promulgação da Constituição da República de 1988, era aquela exclusivamente constituída pelo casamento. A filiação derivava dos laços matrimoniais, recebendo os filhos havidos fora do casamento a denominação legal de ilegítimos.

O artigo 227, § 6º, da CR/88⁵, consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, contemplando a doutrina da proteção integral, concebeu a criança como sujeito de direitos e prestigiou a dignidade da pessoa humana, aniquilando o escopo patrimonialista da família. Tornaram-se ilícitas quaisquer práticas discriminatórias à filiação, concedendo os mesmos direitos e qualificações aos filhos concebidos ou não no casamento, e, ainda, aos filhos havidos por adoção.

No contexto atual, face à gama de situações vividas pelas famílias brasileiras, a identificação dos vínculos de parentalidade não mais se restringe às ficções jurídicas em torno do casamento.

Do exame da legislação civilista em vigor, podem-se apontar três critérios para a aferição da filiação: a) critério jurídico (art. 1597, do Código Civil)⁶ – o qual estabelece a paternidade por presunção, inde-

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

pendentemente da correspondência com a realidade fática; b) critério biológico – prestigia a verdade real em absoluto, calcada na certeza advinda com o exame de DNA; e c) critério socioafetivo – pautado no melhor interesse da criança, cuja filiação é atribuída a quem desempenha a função parental, desatrelada dos vínculos de consanguinidade.

Lamentavelmente, o legislador infraconstitucional se limitou a reproduzir a norma insculpida no art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988, cujo dispositivo se restringe a equiparar a filiação adotiva à filiação consanguínea. Contudo, permanecem à margem da disciplina legal as filiações de “outra origem” (art. 1.593, do Código Civil)⁷, demandando a necessidade de uma interpretação mais abrangente de tais artigos de lei.

Tornam-se, portanto, necessários esclarecimentos quanto ao critério socioafetivo de aferição da filiação, fato indispensável para a melhor compreensão da relevância da discussão que aqui se pretende.

3.1. O critério socioafetivo para a aferição da filiação

A filiação socioafetiva pode derivar-se da adoção ou da posse de estado de filho. Traduz-se na completa dissociação entre a figura dos genitores e dos pais. A natureza da relação é tão somente os vínculos de afetividade, havendo total desconsideração do aspecto biológico.

Quanto à adoção, a Lei Civil (Lei nº 12.010/2009) impõe um procedimento próprio que culmina em uma sentença judicial que atribui a alguém a filiação, desligando o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos. Baseia-se numa relação única de afeto, em que uma criança é inserida no seio de uma família secundária, possuindo com esta relação de parentalidade.

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁷ Art. 1.593 do Código Civil/2002: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”.

Teixeira e Ribeiro, ao discorrerem sobre o tema, informam:

Percebe-se que a adoção estabelece uma vinculação de parentesco plena, de modo a concretizar o princípio da convivência familiar e garantindo ao adotado o direito ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade no seio de uma família. É dar um ninho, 'um lar num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. A casa é, cada vez, o centro da existência'.

Não restam dúvidas de que a causa motivadora da adoção, visando à constituição de uma relação paterno-filial, é a afetividade. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 209).

Com relação à filiação socioafetiva, decorrente da posse de estado de filho, a Lei, ao revés da adoção, não trouxe um procedimento para o seu reconhecimento.

É sabido que a posse de estado de filho corresponde a um estado de filiação, em que a pessoa é tida como filho de alguém pelo simples fato de nutrir, por uma família substituta, laços de afeto, confiança e amor. Essa aparência de filiação exterioriza-se para a sociedade, gozando aquela pessoa do *status* de filho.

Essa modalidade de filiação socioafetiva exprime um entrosamento constante e público entre pais e filhos (por afeição), caracterizando uma filiação que prescinde de um fato biológico ou uma presunção legal, mas que repousa somente em uma convivência afetiva.

A propósito, veja-se a lição de Dias:

Infelizmente, o sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a filiação socioafetiva. A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de

estado de filho: crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto. (DIAS, 2009, p. 337-338).

Portanto, a filiação socioafetiva, em especial a derivada da posse de estado de filho, em que pese a sua constante presença no cotidiano das famílias brasileiras, reclama uma sistematização legal.

Prestigiar os laços de afetividade, em detrimento da realidade biológica e das presunções legais, é a única forma de imprimir verossimilhança às relações parentais, pois a filiação deve ser buscada em sua finalidade de proteção e amor.

4. As “ações de filiação” contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro

A busca pela verdade biológica em matéria de filiação sempre foi uma preocupação entre pais e filhos. Ao longo da história, as demandas que envolviam a contestação da filiação, a atribuição da maternidade/paternidade à pessoa diversa daquela constante no assento de nascimento e até mesmo o instinto do homem de buscar sua real ascendência genética desafiaram o legislador e os aplicadores do Direito.

Na época em que vigiam as disposições do Código Civil de 1916, as ações de filiação se mostravam bastante limitadas. Isso porque os meios de prova eram insuficientes para alcançar a verdade biológica (dada a recente popularização do exame de DNA) e a sociedade vivia num modelo patriarcal e matrimonial da família, em que o reconhecimento dos filhos se restringia ao núcleo intangível do casamento.

Com a mudança de paradigma havida no contexto da filiação, alcançada com a promulgação da Constituição da República/1988, as

demandas em que se busca a investigação/impugnação/desconstituição/criação de vínculos de filiação começaram a bater frequentemente às portas do Judiciário, fazendo crescer de forma vertiginosa as possibilidades de análise do conceito de filiação.

Dias (2009, p. 350) destaca que denominar as demandas que procuram a identificação dos vínculos de filiação de investigação de paternidade mostra-se com um resquício de uma herança patriarcal, em que o escopo de ações dessa natureza era de simplesmente investigar a paternidade propriamente considerada. Daí, o mais correto, ao se falar sobre ações de filiação, é se valer do termo “investigação de parentalidade”, o qual contempla a diversidade de situações que orbitam em torno da temática filiação.

Ao se admitir a investigação dos vínculos de parentalidade, faz-se mister reconhecer a dificuldade em se lidar com a presença de três variáveis: a realidade jurídica, a biológica e a socioafetiva.

Nesse embate entre três “verdades”, as ações de investigação de parentalidade mostram-se como um desafio aos aplicadores do Direito, os quais têm de confrontar a incidência ou até a preponderância dessas verdades no caso concreto.

Um exemplo da complexidade em que se reveste o tema é o caso da ação rescisória proposta em ação de investigação de paternidade que julgou improcedente o pedido, em razão de insuficiência probatória. Com a possibilidade de realização do exame de DNA, tornou-se possível conhecer, com alto grau de certeza, a paternidade biológica. Daí advém o questionamento sobre a razoabilidade de se manter o indivíduo sem pai, apesar de o exame de DNA atribuir à paternidade a alguém, em função de, em demanda anterior, ter sido julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas. Deve-se, pois, ponderar sobre o instituto da coisa julgada ou permitir a esse indivíduo a confirmação de sua ascendência genética?

Felizmente, em situações análogas, a jurisprudência com o apoio incondicional da doutrina, tem admitido a relativização da coisa julgada, permitindo a esses indivíduos a declaração da paternidade.

Ocorre que os desafios não se exaurem por aqui. A relevância alcançada pelo instituto da filiação socioafetiva quase sempre esbarra na filiação registral, o que gera o confronto entre a origem genética e os laços de amor.

Podem-se apontar também as novas demandas que borbulham no Judiciário cotidianamente, como as hipóteses de investigação de maternidade dos filhos havidos por maternidade sub-rogada ou de investigação da filiação socioafetiva.

A infinita oportunidade de discussão dentro da seara das ações de investigação de parentalidade denuncia, mais uma vez, a insuficiência legislativa a respeito da matéria. Os procedimentos de reconhecimento/investigação/desconstituição, contemplados pela legislação pátria, devem ser considerados como um rol exemplificativo de possibilidades.

Portanto, o aplicador do Direito não se pode restringir às ações constantes no corpo da legislação pátria, a saber: investigatória de paternidade/maternidade, negatória de paternidade/maternidade e declaratória de filiação socioafetiva, buscando de forma criativa soluções para dar efetividade ao reconhecimento da filiação socioafetiva.

5. O procedimento judicial para o reconhecimento da filiação socioafetiva

5.1. Considerações preliminares

A busca por um procedimento que traduza com eficácia a consolidação da filiação socioafetiva talvez seja o ponto mais delicado do estudo. A dificuldade está na novidade que o tema encerra, no dissenso jurisprudencial existente e na carência de doutrinadores que se encarreguem de abordar o assunto com suas especificidades.

Já são relativamente presentes nos Tribunais do país as demandas que versam sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva, mormente no que diz respeito às Ações Negatórias de Paternidade, em que não raramente a verdade afetiva prepondera sobre o critério

biológico. O desafio é quando as ações versam exclusivamente sobre o reconhecimento da filiação baseada nos laços de afeto, em que o autor deseja alterar o seu registro de nascimento para contemplar os pais socioafetivos em substituição aos pais biológicos.

A jurisprudência ainda está em processo de construção de um posicionamento que satisfaça aos anseios da sociedade por uma resposta razoável ao problema. Ainda perduram acirradas discussões pretorianas, que variam da extinção do processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, até o reconhecimento integral da filiação socioafetiva, com as consequências jurídicas próprias do procedimento de adoção.

Esta seção, pois, será dedicada a analisar as posições presentes nos Tribunais a respeito do procedimento para o reconhecimento da filiação socioafetiva, com o intuito de se sugerir um procedimento que melhor se ajuste ao ordenamento jurídico presente e que contemple as tendências atuais dos critérios de aferição da filiação.

5.2. Impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da filiação socioafetiva

Muitos Tribunais, ao se depararem com demandas que buscam o reconhecimento da filiação socioafetiva, têm entendido tratar-se de impossibilidade jurídica do pedido, determinando-se a extinção do processo, sem resolução do mérito com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC/73.

Tal entendimento pauta-se na ideia de que a relação socioafetiva apenas gera efeitos jurídicos se espontânea, voluntariamente assumida. Tomar a posse de estado de filho como apta a constituir o vínculo jurídico é extrapolar as possibilidades do ordenamento jurídico vigente.

Assim, não há como o Judiciário atribuir a determinada pessoa a condição de filho, porque seus pais socioafetivos poderiam tê-la adotado formalmente e não o fizeram por mera liberalidade.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação nº 70028442630, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, manifestou-se:

Não há dúvida de que o direito de família deve ser dinâmico e seguir a evolução dos tempos. Também é perfeita a assertiva de que a interpretação da lei não deve ser meramente formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil, cabendo ao Judiciário examinar cada caso e aplicar a lei com equidade. Mas não pode o Estado exercer ingerência na vida do cidadão a ponto de contrariar sua vontade ou mesmo impor uma vontade que não foi manifestada pelos 'pais de criação' falecidos.

Na verdade, no sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato e o filho de criação. Não se admite ação declaratória sobre a existência de fato. O ato de acolher a pessoa como 'filho de criação' não origina qualquer efeito jurídico. Logo, não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais tais como direito à herança.

Assim, inexistindo substrato legal ao pedido formulado pela autora, impõe-se manter a extinção do feito, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC. (RIO GRANDE DO SUL, 2009a)⁸.

Em que pese o posicionamento sufragado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no precedente acima colacionado, parcela expressiva da jurisprudência tem criticado tal entendimento, sob o argumento de que o ordenamento jurídico brasileiro não veda o reconhecimento da filiação socioafetiva, sendo os efeitos jurídicos patrimoniais apenas consequência do ato de reconhecimento.

⁸ No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. CRIANÇA QUE, COM POUCO MAIS DE DOIS ANOS DE IDADE FOI DADA PARA CRIAÇÃO EM OUTRA FAMÍLIA, DESVINCULANDO-SE DA FAMÍLIA BIOLÓGICA. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA. INADMISSIBILIDADE. O VÍNCULO AFETIVO SÓ PODE CONFERIR EFEITO JURÍDICO QUANDO ESPONTÂNEO, VOLUNTARIAMENTE ASSUMIDO. HIPÓTESE TÍPICA DE FILHO DE CRIAÇÃO, NÃO ADOTADO QUANDO AINDA EM VIDA O DE CUJUS. CARÊNCIA DA AÇÃO INTERPOSTA. RECURSO DESPROVIDO, AINDA QUE POR OUTRAS RAZÕES. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Confira a tese esposada no julgamento do também Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação nº 70031421571, Rel. Des. Rui Portanova:

É certo que o fato que levou a parte autora/apelante a ingressar com a presente demanda foi a exclusão dela, da partilha extrajudicial feita pelos filhos biológicos de P. e B.

Mas isso nem de longe significa que o interesse da parte autora/apelante seja pura e exclusivamente patrimonial.

O que a parte autora/apelante quer é ser reconhecida como filha dos falecidos P. e B. O direito a receber herança é apenas uma consequência desse reconhecimento – e não a imediata causa de pedir, ou a justificativa primeira da pretensão. [...]

Especialmente porque, no caso concreto, pelo que se retira dos termos da petição inicial, a parte autora/apelante não tem interesse em manter a filiação registral.

Assim, eventual reflexo patrimonial do reconhecimento da filiação será apenas a consequência – e não a causa do pedido de reconhecimento do direito.

Com tais considerações, vai rejeitada a preliminar. (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

E ainda o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação nº 1.0701.09.260881-2/001, Des. Rel. Elias Camilo:

Como é sabido, a possibilidade jurídica encontra-se presente quando o ordenamento jurídico não veda o exame da matéria por parte do Judiciário, ensinando os doutos que esse requisito deverá restar previamente examinado pelo magistrado, a fim de obstar pretensões sabidamente vedadas ou não-autorizadas pelo direito positivo. [...]

Desta forma, havendo no ordenamento jurídico a figura do parentesco socioafetivo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido. Entretanto, para a procedência ou não da

pretensão no caso dos autos, caberá ao autor comprovar que S. M., antes do seu falecimento, tinha a inequívoca intenção de reconhecê-lo como filho, só não se efetivando por motivos alheios, sendo certo que, a não comprovação de tal fato, que diz respeito ao mérito da demanda, culminará na improcedência do pedido, porém, jamais, em sua impossibilidade jurídica autorizadora da precoce extinção do processo. (MINAS GERAIS, 2010).

Logo, em que pese a existência de dissídio jurisprudencial a respeito da impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, a tendência dos Tribunais do país é rechaçar essa tese, baseando-se nas disposições do art. 1.593⁹ do Código Civil e na ausência de vedação legal.

5.3. Sugestão de procedimentos judiciais para o reconhecimento da filiação socioafetiva

5.3.1. Na hipótese de ausência de pais registrai

Comumente, as ações que versam sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva tangenciam o reconhecimento da maternidade ou da paternidade baseada nos vínculos de afeto, quando ausente uma das figuras parentais no registro de nascimento.

O procedimento sugerido, nesses casos em que o autor (maior e capaz) da ação não possui mãe e/ou pai registral, desfrutando com uma pessoa (igualmente maior e capaz) laços de parentalidade, seria o procedimento especial de jurisdição voluntária ou não-contenciosa, haja vista que o interesse do titular da demanda é de apenas ver cancelado juridicamente seu *status* de filho, sendo que quanto a tal interesse não houvesse qualquer resistência.

Ressalva-se, aqui, a possibilidade da legitimidade ativa do Ministério Público para intentar Ação de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva, na hipótese de ser o denominado filho socioafetivo menor ou incapaz. Com fulcro no arts. 81 e 82 do CPC/73, atribui-se ao

⁹ Art. 1.604 do Código Civil/2002. “Ninguém pode vindicar estado contrário do que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

Ministério Público a possibilidade de ajuizamento de ações, desde que vislumbrado o interesse público em relação à defesa de interesse de incapazes. Assim, defende-se a legitimidade ministerial para o ajuizamento de ações dessa natureza.

A ação, pois, teria o polo ativo composto pelo autor, o qual pleiteia o reconhecimento da filiação socioafetiva, e pelo pai e/ou mãe socioafetivos, cujo pedido seria de declaração da filiação fulcrada nos laços de amor. Importante, também, que haja pedido expresso de ofício ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais competente para que seja incluído o nome (ou nomes) do pai e/ou mãe socioafetivos no novo registro.

Recentemente, a título de exemplificação, a 4ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte teve a oportunidade de manifestar-se acerca da matéria, no julgamento da Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação (autos nº 0024.08.166.633-1), em que o autor pugnou pelo reconhecimento da filiação socioafetiva em relação ao casal que o criou a vida inteira.

O caso em comento se reveste de certas peculiaridades, haja vista que o registro de nascimento do autor foi lavrado sem constar o nome de seus pais. Sem embargo de, na espécie ter o autor optado por um procedimento contencioso, cujo polo passivo era composto pela mãe socioafetiva e pelo falecido pai socioafetivo, ausentes herdeiros desse e, concordando aquela com o pedido em audiência, o procedimento seria mais célere e eficaz se adaptado aos de jurisdição voluntária ou não contenciosa. Isso porque se evitaria o dispêndio de tempo com a efetivação formal de citação e a dilação probatória, imprimindo a demanda maior destreza.

Portanto, a sugestão de procedimento, nas hipóteses em que o reconhecimento da filiação socioafetiva diga respeito a autor que não possua pai e/ou mãe registral, havendo concordância dos pais socioafetivos, seria o especial de jurisdição voluntária ou não-contenciosa, cujo pedido seria de declaração da filiação, com expedição de ofício ao cartório competente. A ação seria denominada “Ação de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva”, sendo o polo ativo com-

posto pelo filho e pai e/ou mãe socioafetivos. Os meios probatórios seriam os mais variados, a exemplo de documentos que atestem a proximidade dos vínculos de afeto (cartas, fotografias, bilhetes etc.) e testemunhas que tenham compartilhado momentos com aquele núcleo familiar.

5.3.2. Na hipótese de presença de pais registra

Consoante exposto no tópico anterior, o procedimento de jurisdição voluntária ou não-contenciosa para o reconhecimento da filiação socioafetiva tem lugar quando ausentes os pais registra

Contudo, há hipóteses em que o filho socioafetivo possui pai e/ou mãe registra

Assim, seria o polo ativo composto pelo filho socioafetivo e pelo pai e/ou mãe socioafetivos e o polo passivo composto pelo pai e/ou mãe registra

Isso se explica porquanto os pais registra

A ação seria denominada de “Ação de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva”, cujo pedido seria de reconhecimento dos pais socioafetivos e consequente desconstituição da filiação registra

Esse procedimento contencioso também poderia ser utilizado na hipótese em que o pai e/ou mãe socioafetivos já sejam falecidos, possuindo herdeiros; hipótese em que a demanda seria dirigida frente aos herdeiros. Destarte, ter-se-ia uma “Ação de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva”, com o polo ativo composto pelo filho socioafetivo e o polo passivo pelo herdeiro (ou herdeiros) do pai e/ou mãe socioafetivos.

6. Conclusão

O estudo proposto teve como tema central a sugestão de um procedimento viável para dar efetividade ao registro de nascimento decorrente da filiação socioafetiva.

Tal assunto assume relevância sem precedentes, haja vista que os conflitos atuais em torno da filiação quase sempre versam sobre a preponderância da filiação socioafetiva sobre a registral e/ou biológica.

Dada a atualidade da discussão, a qual se apoia fundamentalmente nos novos princípios trazidos pela Constituição da República de 1988 para o direito de família, é que este estudo se propôs sugerir um procedimento válido para a desconstituição da filiação registral e consequente reconhecimento da filiação socioafetiva.

Insta salientar que o tema é dotado de particular ineditismo, porquanto a doutrina e a jurisprudência ainda têm hesitado ao se posicionarem acerca da matéria. Os parques julgados correlatos à matéria ainda se dividem entre a interpretação do procedimento para o reconhecimento da filiação socioafetiva sob a ótica da impossibilidade jurídica do pedido, haja vista a legislação em vigor apenas admitir a desconstituição do registro de nascimento nas hipóteses do art. 1.604 do Código Civil ou de adoção, e a admissão do procedimento, com algumas oscilações a respeito da constituição dos polos ativos e passivos das demandas. Felizmente, a doutrina e alguns Tribunais

do país – ressalta-se aqui o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, referido no tópico anterior desse trabalho – têm admitido expressamente a prevalência da filiação socioafetiva sobre a registral, adotando a viabilidade do procedimento judicial para o reconhecimento da filiação baseada nos laços de afeto.

Em síntese, buscou-se teorizar, por intermédio deste estudo, o problema havido entre o direito dos filhos socioafetivos ao reconhecimento da filiação e a possibilidade de desconstituição da filiação registral, perquirindo-se uma sugestão procedimental apta a concretizar o ideal de prevalência daquela sobre esta.

7. Referências

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0701.09.260881-2/001, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Elias Camilo, Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2009. *DJ*, 12 jan. 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessio-nid=84F1CA6E9AF0CA172DA2BF6C067257DD.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.09.260881=2-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 17 maio 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70028442630, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Porto Alegre, 22 de julho de 2009. *DJe*, 4 ago. 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70028442630&num_processo=70028442630&codEmenta=3044046&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2013. [2009a]

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019810704, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Porto Alegre, 27 de junho de 2007. *DJ*, 3 jul. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70019810704&num_processo=70019810704&codEmenta=1932990&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70031421571, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, Porto Alegre, 20 de outubro de 2009. *DJ*, 27 out. 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70031421571&num_processo=70031421571&codEmenta=3189995&temIntTeor=true>. Acesso em: 17 maio 2013. [2009b]

TEIXEIRA, A. C. B; RIBEIRO, G. P. L. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

Artigo recebido em: 12/11/2011.
Artigo aprovado em: 10/09/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130002

**PSICOLOGIA FORENSE E PSICOLOGIA JURÍDICA:
APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES**

**FORENSIC PSYCHOLOGY AND LEGAL
PSYCHOLOGY: SIMILARITIES AND DISTINCTIONS**

MARCEL DE ALMEIDA FREITAS

Professor

Centro de Gestão Empreendedora - FEAD, Brasil

marleoni@yahoo.com.br

RESUMO: O propósito deste texto é, em primeiro lugar, apresentar resumidamente como a Psicologia foi sendo utilizada na prática e na produção de conhecimento jurídico e, em segundo lugar, elucidar quais as especificidades e as semelhanças de cada um dos campos oriundos da Psicologia que hoje incrementam o campo jurídico, mas que dele também recebem insumos teóricos importantes para seu próprio desenvolvimento, a Psicologia jurídica e a Psicologia forense. Ao final, o artigo mostra como o Direito não pode prescindir dos aspectos culturais, lógicos, morais e subjetivos em sua lida.

PALAVRAS-CHAVE: psicologia jurídica; psicologia forense; interdisciplinaridade; ciências humanas; direito.

ABSTRACT: The purpose of this article is, first, to briefly show how Psychology has been used in the exercise and in the production of knowledge of the Law field. Second it aims at clarifying the particular features and the similarities of each area of Psychology that today enhance the law studies, but also receive from this field important theoretical sources for their own development, areas known as Le-

gal Psychology and Court Psychology. Finally, the article presents how Law can not ignore cultural, logical, moral and individual aspects in its practice.

KEY WORDS: legal psychology; court psychology; interdisciplinarity; human sciences; law.

SUMÁRIO: 1. Psicologia jurídica. 2. Psicologia forense. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. Psicologia jurídica

A cada dia centenas de pesquisadores fazem descobertas no campo psicológico ou desenvolvem métodos e técnicas diferentes de atuação. Diante disso, o contexto atual da Psicologia jurídica se configura como uma coexistência de diferentes escolas PSI (Psiquiatria, Psicologia, Psicanálise), destacando-se a Psicologia clínica e a Psicologia social. Em geral, os estudos da Psicologia jurídica envolvem um conceito básico, a moral, que pode ser definida como o conjunto de regras e padrões subjetivos informados socialmente que permitem ao indivíduo discernir o “bem” do “mal”. A moralidade seria então o lado “abstrato” da conduta individual e, por sua vez, é sustentada pelo sistema axiológico mais amplo da sociedade. Sua esfera de estudo por excelência é a Ética, um dos campos específicos da Filosofia.

Conforme Urra (1993), compreendendo a intervenção e o assessoramento nos comportamentos humanos – e o estudo sobre estes – que têm lugar em ambientes diretamente ligados ao âmbito legal, a Psicologia jurídica engloba a Psicologia forense e a Psicologia criminológica. Assim, desde 1792, pareceres psicológicos já eram requeridos nos tribunais dos Estados Unidos, sendo que, na Europa, a Psicologia jurídica passou a ser mais conhecida após os aportes psiquiátricos de Lombroso, na Itália, em 1876, e de Kestschmer, na Alemanha, em 1955. Só recentemente ela foi institucionalizada, primeiramente nos Estados Unidos (anos 1970) e depois na Espanha (anos 1980).

Nesse sentido, a Psicologia jurídica toma a figura de uma psicologia aplicada ao melhor exercício do Direito. Sob esse propósito, o trabalho conjugado de juristas, assistentes sociais, magistrados e psicólogos vem sendo executado, mormente, nas seguintes frentes: análise dos testemunhos; exames de evidências delitivas; análise do grau de veracidade das confissões; compreensão psicossocial do delito (desvendar as motivações para praticá-lo); orientação psíquica e moral do infrator; análise das melhores medidas profiláticas do ponto de vista sociocultural e psicológico aos diversos perfis de delinquência; atuação preventiva a fim de evitar a reincidência; apoio e tratamento psicológico das vítimas de delitos.

Nos cursos de graduação em Psicologia e nas associações profissionais da área de Direito, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, é cada vez mais freqüente o interesse pelo papel que o psicólogo jurídico pode exercer, qual deve ser sua formação, quais aptidões deve apresentar. Disso decorre um esclarecimento conceitual: Psicologia jurídica e Psicologia forense não são exatamente a mesma coisa, pois que a última está voltada, quase que exclusivamente, para as situações que envolvem julgamentos, testemunhos etc. e tem lugar nos fóruns e Tribunais de Justiça. Logo, a Psicologia forense é uma subárea da Psicologia jurídica que, por sua vez, tem um leque assaz amplo, indo desde a pesquisa acadêmica e a produção de conhecimento teórico até a intervenção e o trato com infratores, detentos, vítimas etc.

Com efeito, o psicólogo jurídico deve saber aplicar com destreza e segurança os meios terapêuticos e de suporte ao diagnóstico que apresentem técnicas complexas. Os diagnósticos jurídicos incluem a aplicação, a análise e a interpretação de provas psicológicas assim como a comparação dessas com padrões psicométricos que conduzirão à validade, confiabilidade e adequação do laudo do qual o diagnóstico faz parte (SORIA, 1998). Aliada a essa habilidade deve haver também destreza e sensibilidade psicoterapêutica, que concerne ao tratamento eficaz das demandas subjetivas que surgem ante os problemas psíquicos concretos ou potenciais envolvendo os atores do universo jurídico – vítimas, algozes e até mesmo os profissionais do Direito, em razão do desgaste psicológico e emocional que algumas querelas envolvem.

Portanto, conforme Soria (1998), a Psicologia jurídica visa estabelecer um elo terapêutico seja com os vitimados por um delito, seja com os infratores, seja com aqueles que trabalham no campo jurídico. No que tange a esses últimos, cabe também à Psicologia jurídica, em conjunto com psicólogos do trabalho, a elaboração e implantação de programas de saúde mental. Dessa interface cabe destacar a profilaxia em favor da proteção, segurança e salubridade psíquica das pessoas ligadas à jurisdição e à aplicação da lei, como é o caso daqueles que trabalham nas Secretarias de Justiça e de Segurança Pública.

No que respeita às assessorias, o psicólogo jurídico atua, geralmente, ao lado de assistentes sociais ou sociólogos, em escritórios de advocacia e juizados para esclarecer quais seriam as melhores ações em face de conflitos judiciais, quais as melhores estratégias para dirimir os efeitos psicológicos negativos de uma determinada decisão judicial, por exemplo. Em se tratando do sistema penal acusatório, a Psicologia jurídica deve ser apta a sustentar dados empíricos bem alinhavados acerca do acusado, de forma que seus argumentos sejam persuasivos, mas, ao mesmo tempo, não sejam discriminatórios nem levianos.

Quer no atendimento à vítima, quer na escuta ao réu, o psicólogo jurídico deve demonstrar alta capacidade de ouvir e de entrevistar, visto que a partir da fala do outro é que elaborará grande parte de seu parecer e balizará seu posterior trabalho de perícia. A perícia é um procedimento realizado para que a verdade dos fatos se torne mais visível, para favorecer a justiça e para evitar que alguém seja culpado indevidamente. Ademais, é importante que o psicólogo jurídico consiga transmitir seus conhecimentos e produções técnicas com clareza, já que juízes, advogados, procuradores e outros profissionais do Direito não têm obrigação de deter conhecimentos psicológicos em profundidade (SORIA, 1998). No entanto, uma indagação se faz pertinente nesse momento: como e quando começou a se delinear, no contexto brasileiro, a profícua aliança entre Psicologia e Direito?

Segundo Altoé (1999), as primeiras aproximações da Psicologia com o Direito aconteceram no fim do século XIX, gerando a denominada “Psicologia do testemunho”, que tinha como escopo verificar a fidedignidade e a veracidade dos relatos dos indivíduos arrolados num processo judicial. Tal etapa inicial foi bastante marcada pelo paradigma positivista que grassava nas humanidades, paradigma esse que privilegiava os métodos utilizados pelas ciências naturais. Nesse contexto, Mira y López escreveu o *Manual de Psicologia Jurídica* em 1945. Todavia, fortes transformações no campo ocorreram a partir da década de 1980, sendo que o psicólogo jurídico deixou de ser apenas um perito encarregado de investigações de cunho técnico e passou a atuar em outras esferas judiciais, humanizando a área.

Até essa época, o psicodiagnóstico era fundamentado unicamente em algumas entrevistas superficiais e nos resultados de testes psicológicos. Quando realizados em penitenciárias e hospitais psiquiátricos penais, tais exames serviam, entre outras coisas, para informar processos de livramento condicional ou se o detento mereceria uma progressão de regime. Contudo, os estudos de Altoé (1999) comprovaram que grande parte do conteúdo desses laudos era bastante discriminatória e estigmatizante, tendo pouca neutralidade científica, na medida em que reproduziam preconceitos e até mesmo termos pejorativos que a sociedade usava – e ainda usa – em relação aos condenados.

Então, na prática, tinham pouca utilidade, pois, além da estatística, eram laudos e pareceres que reforçavam a segregação e a exclusão dos mais vulneráveis e daqueles em situações de risco. Portanto, os instrumentais empregados pela Psicologia daquele período favoreciam o controle social repressivo e endossavam o caráter coercitivo e prescritivo do Direito, ao invés de enfatizar as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana. Com o passar dos anos, com o “arejamento” do próprio âmbito do Direito e das novas conquistas no campo psicológico, alguns psicólogos, ansiando atender uma crescente demanda por parte do Poder Judiciário, passaram a buscar atualização e especialização ligadas às técnicas de exames.

A pioneira no Brasil em acolher tais demandas foi a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em 1980, oferecendo uma área de concentração chamada “Psicodiagnóstico para Fins Jurídicos” no Curso de Especialização em Psicologia Clínica (ALTOÉ, 1999). Concomitantemente, também nos anos 80, deu-se o processo de abertura política e de elaboração da nova Carta Magna – a Constituição Federal de 1988. Esses fenômenos fomentaram as discussões sobre cidadania e direitos humanos, impulsionando, assim, novas diretrizes para a, até então, rudimentar Psicologia jurídica. No bojo dessas reflexões críticas e práticas inovadoras, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, substituiu o já obsoleto Código de Menores, criado em 1927.

Tais inovações paradigmáticas na maneira de enxergar e de tratar o menor desencadearam alterações na prática profissional dos psicólogos no plano da justiça envolvendo a delinquência juvenil assim como nas varas de família e nos processos penais. Desse modo, a UERJ decidiu criar um curso de Especialização em Psicologia Jurídica que, embora não abandonasse completamente a abordagem clínica (o psicodiagnóstico), passava, daí em diante, à égide da Psicologia social (com ênfase na compreensão dos fatores psicossociais e culturais que conduzem/favorecem os eventos delitivos).

Dessa feita, se, antes de 1990, a tarefa do psicólogo era meramente realizar perícias e emitir pareceres técnicos, com esse novo enfoque, seu trabalho passou a ser também o de fornecer informação, apoio, acompanhamento e orientação a cada caso em particular. Segundo Altoé (1999), inicia-se importante preocupação com a saúde mental dos envolvidos em causas judiciais – profissionais do Direito, vítimas, réus e condenados – bem como tem início a preocupação em não perpetuar a opressão e a marginalização dos acusados. Sob a perspectiva da produção teórica, na Academia também tiveram início a reflexão e o aprofundamento dos temas que a prática jurídica colocava aos profissionais da Psicologia, estudos esses que, tais como a orientação e o acompanhamento psicológico, começaram a ser feitos em conjunto com profissionais da saúde e da educação.

Sônia Altoé considera como primeiro passo importante naquela nova Psicologia jurídica que emergia a abolição dos termos e rótulos pejorativos que incidiam sobre os criminosos ou sobre suas vítimas e também a desconstrução de lugares comuns que diziam respeito às partes envolvidas. Determinados adjetivos funcionavam mais como estigmas fortes do que como simples nomeadores de conduta, minando a auto-estima daqueles que os recebiam. Isso podia influenciar o indivíduo a não abandonar um comportamento delituoso, por exemplo, tamanha a associação inconsciente que ele foi levado a fazer, desde muito tempo, entre sua subjetividade e aquele rótulo pejorativo.

Assim, os profissionais do campo do Direito recorrem à Psicologia principalmente nas situações complexas e de cujo desfecho não se tem parâmetros nítidos. Hoje em dia os cursos de Psicologia que têm em sua grade a Psicologia jurídica enfocam uma formação que considera o estudo dos alicerces do Direito (o conhecimento das leis e a abrangência dessas), da teoria institucional (como funcionam os tribunais, os fóruns, as casas de detenção etc.), da Criminologia, da Sociologia e da Psicologia social, para que dêem conta de entender como funcionam certos fenômenos como identidade, violência, a formação de grupos, entre outros aspectos. No que tange à intervenção, a teoria psicanalítica é a principal ferramenta de atuação (ROMERO, 2001). As áreas jurídicas que mais solicitam o apoio da Psicologia são: Penal, Civil, de Família, Penitenciário, do Menor e Trabalhista.

Os dois âmbitos de atuação mais importantes da Psicologia jurídica são: estudo e intervenção no comportamento dos algozes e estudo e intervenção no comportamento da vítima.

No primeiro caso, inclui-se a investigação, o tratamento e a prevenção dos comportamentos considerados legalmente desviantes, abrangendo a abordagem bio-psico-social sobre a origem das condutas anti-sociais e como poderiam ser modificadas pelas instituições competentes. Teorias sobre a personalidade criminosa são bastante utilizadas nesses estudos e acompanhamentos. A incidência de fato-

res sociais é apresentada por Kazdin (apud ROMERO, 2001) quando ele se refere à influência social de certos perfis familiares, educacionais e grupais no engendramento dos comportamentos anti-sociais. Esse campo também é o que lida diretamente com as transformações qualitativas e com os tratamentos das condutas em contextos penitenciários e nos ambientes de detenção de menores.

A outra frente de atuação do psicólogo jurídico concerne às vítimas dos delitos, visando auxiliá-las no restabelecimento psíquico e na diminuição da probabilidade de ficarem traumatizadas ou com seqüelas permanentes, o que, em situações mais graves, pode fazer com que se tornem futuros criminosos. Contempla ainda a intervenção e o aconselhamento das vítimas de crimes violentos em momentos delicados, além da proteção e do amparo de crianças envolvidas em disputas sobre a tutela ou de mulheres agredidas pelos companheiros. Além disso, emite opiniões técnicas sobre pedidos de indenização envolvendo danos morais, além de assessorar o governo em políticas públicas de prevenção à violência social – seqüestros, abuso de poder policial, terrorismo e atentados etc.

Mais raro, entretanto não inexistente, é o psicólogo jurídico que orienta advogados e promotoria sobre técnicas persuasivas e argumentativas para melhor defender sua clientela, capacitando-os na oratória, na retórica, na condução de interrogatório e no controle das emoções. Nos assuntos que envolvem conciliação, a Psicologia jurídica pode auxiliar bastante, dotando os profissionais da jurisprudência de técnicas, estratégias e procedimentos que facilitam a negociação e a interação entre as partes (ROMERO, 2001).

2. Psicologia forense

O intuito primordial do psicólogo forense é munir advogados, juízes, desembargadores, promotores, procuradores, entre outros profissionais do Direito, de uma bagagem psicossocial e cultural sobre o comportamento humano para que as decisões tomadas em situações de tribunais seja as menos injustas possíveis (RASKIN, 1994). Em disputas pela custódia dos filhos, por exemplo, é avaliada a autenticidade da opinião infantil a favor de um dos pais considerando-

se sua idade, ou seja, pode-se avaliar se uma criança foi manipulada a emitir certa preferência ou se realmente está manifestando seu laço afetivo mais forte.

Diante disso, faz-se necessário esclarecer o que deve ser o conceito de juízo: concerne à faculdade psicológica do(s) profissional(is), embasada no universo sociocultural do indivíduo, em discernir, imparcialmente, entre duas situações conflitantes – em geral de defesa e de acusação. A partir de tal dinâmica psíquica, o juiz elabora um enunciado sobre a questão – o veredito – e o ratifica como julgamento ou sentença declaratória. É nesses termos que o juízo pressupõe uma apreciação legal, comparação cultural e avaliação psicológica dos fatos da querela, emitindo, posteriormente, postulados não pessoais sobre ela.

Com efeito, o psicólogo forense é um profissional com treinamento adicional que deve incluir Psiquiatria e Direito, o que lhe permite aplicar seus saberes às questões levantadas pelo sistema legal do seu local de atuação. Mais raramente pode acontecer uma prática clínica de emergência; alguns fóruns possuem serviço de apoio psicológico para disputas judiciais mais problemáticas. Assim, o principal propósito da Psicologia forense é fornecer avaliações que possam ser utilizadas por cortes, advogados e até mesmo por instituições de detenção. Ela também é assaz profícua na distinção entre um trauma ou síncope psicológica verdadeira da simulada, já que as desordens mentais graves autênticas podem conduzir à prática de algum delito involuntário (RASKIN, 1994). Nesse caso, é necessário conhecer um pouco da vida do acusado.

A Psicologia forense também é bastante útil na elaboração de pareceres acerca da exploração sexual e de maus-tratos. Em oposição a tais situações mais comuns, o psicólogo forense ajuda a descobrir, por exemplo, se uma pessoa psiquicamente enferma se auto-acusa ou se incrimina inocentemente por um delito grave levado a cabo por outrem. Portanto, o conceito recorrente em toda a prática da Psicologia forense é “veracidade”, ou seja, a potencialidade ou a escusa em se relatar a versão mais fiel possível relativamente aos

fatos acontecidos. Destarte, o ato de testemunhar depende, essencialmente, de cinco aspectos, conforme (LÓPEZ, 1945):

- 1- a maneira como a testemunha percebeu os acontecimentos;
- 2- o modo como preservou os fatos em sua memória;
- 3- a maneira como a pessoa consegue evocá-lo no pensamento;
- 4- a forma como ela quer exprimi-lo;
- 5- como a testemunha é capaz de expressar o acontecimento usando a linguagem.

Nessa dinâmica complexa, os estudos sobre a percepção e a apreensão da realidade pelo psiquismo são os ramos da Psicologia mais chamados a colaborar com as ciências e atividades forenses. As pesquisas mais recentes no campo da Psicologia da Gestalt têm conduzido à constatação de que a percepção humana é bem mais que a soma de sensações físicas elementares, envolvendo também emoções e aspectos culturais do sujeito. Em síntese, os objetos ou fenômenos percebidos formam um todo (imagem) que a pessoa cria mentalmente com os elementos que captou e processou no psiquismo. Desse modo, é mais acertado dizer que a percepção de algo é quase que “uma vivência” daquele algo.

A percepção é uma atividade psíquica dinâmica, global e complexa. Nesse sentido, ainda que duas pessoas olhem para a mesma coisa, elas a enxergarão de forma diferente, pois que se trata de um processo subjetivo; logo, pessoal. Naturalmente que existirão vários pontos em comum, mas definitivamente não terão uma visão idêntica do mesmo objeto. Isso mostra, entre outras coisas, que as relações entre predisposições afetivas e as categorias perceptivas são íntimas: em situações extremas, tal processo pode originar pseudo-percepções:

Não apenas é certo que vemos as coisas como gostaríamos que fossem, mas que também, em determinadas circunstâncias, as

vemos como gostaríamos que não fossem, [...] e isso constitui o que é a denominada alucinação. (LÓPEZ, 1945, p. 183, tradução nossa)¹.

As influências dos costumes também são poderosas na determinação do processo perceptivo: poucos dados acerca de uma realidade já conhecida são suficientes para que o todo apareça na mente do indivíduo. Também é importante para as questões jurídicas compreender a “amnésia emocional”, já que grande parte dos eventos que chegam aos fóruns é negativa do ponto de vista afetivo. Esse processo diz respeito àqueles indivíduos que, genuinamente, se tornam incapazes de se recordar de situações e ocorrências traumáticas. Logo, partindo-se do pressuposto de que a maioria dos interrogatórios judiciais versa sobre eventos delituosos ou gira em torno de profunda carga emocional, entende-se a frequência da amnésia emocional nas vítimas, nas testemunhas e também nos réus, mais raramente. O processo de esquecimento involuntário se dá porque a força da repressão sobre acontecimentos dolorosos age de forma inconsciente, numa tentativa de evitar um novo sofrimento com a rememoração.

López (1945) relata que é usual o “esquecimento” no instante exato de serem colhidas as declarações judiciais, sendo que psicanalistas que acompanham pacientes neuróticos têm-se dedicado com empenho à investigação do fenômeno. Quando o indivíduo é coagido a lembrar-se de algo, ele então declara alguns fatos verídicos fragmentados e mesclados a devaneios e fantasias, que são expostos não intencionalmente. Diante disso, é preferível deixar a cargo do indivíduo o fluxo da narração do que ficar perguntando-se detalhes incisivamente, ou seja, incitá-lo a descrever pormenores pode conduzi-lo à chamada “falsa memória”. Logo, as indagações em juízo nunca devem ser capciosas, sempre devem ser diretas.

No entanto, o relato espontâneo, frequentemente mais verídico, tem o aspecto negativo de ser relativamente incompleto e muitas vezes inconsistente e, além disso, pode ter “idas e vindas”, a narra-

¹ No solo es cierto que vemos las cosas como quisiéramos que fuesen, sino que en determinadas circunstancias las vemos como quisiéramos que no fuesen, [...] y eso constituye lo que se denomina una alucinación.

ção pode ser desuniforme e multilinear. Em síntese, os dados coligidos pelos interrogatórios direcionados costumam ser mais concretos, mas, ao mesmo tempo, menos ricos. As narrações livres, por seu turno, são mais extensas, tem mais meandros, por isso mesmo podem ser mais confusas. Concernente às influências e manipulações que o inquisitor pode fazer ao inquirido, um exemplo é bem ilustrativo, segundo López (1945): ao invés de perguntar “Qual a cor da gravata do assassino”, aconselha-se perguntar: “O assassino usava gravata?”. No primeiro caso, a pessoa pode ficar induzida a pensar que viu uma gravata, tendo em vista que o entrevistador já está pressupondo que ele usava esse adereço, e mencionar, mesmo não propositalmente, uma cor qualquer.

Por conseguinte, a única forma de mitigar o índice de mentiras (intencionais) ou enganos (inconscientes) existentes nos depoimentos das testemunhas é fazer um breve levantamento psicológico sobre o seu “apego” à verdade, em outras palavras, realizar uma concisa avaliação de sua consciência moral. Para aquelas pessoas que decididamente têm o intuito de mentir ou maquinar histórias, só o juramento antes do inquérito ou as advertências sobre os riscos da falsidade ideológica não são mecanismos suficientes para inibir seu comportamento. De acordo com López (1945), é mais confiável a aplicação de técnicas específicas durante sua entrevista. Tal qual o trabalho antropológico de coleta de informações nas aldeias, os “inconfessáveis” e os “imponderáveis” do psiquismo nunca devem ser negligenciados na Psicologia jurídica e na forense.

Quando ocorre a suspeita de que o depoente vai mentir ou já mentiu movido por objetivos altruístas (pena do acusado, por lhe ser familiar próximo etc.), é mais fácil corrigir a parcialidade em questão, deixando claro que qualquer mentira ou inverdade tem/terá o efeito oposto ao que ele almeja, isto é, poderá seriamente prejudicar o réu. Nos casos da mentira com fins egoístas (testemunha subornada, interesse vil em prejudicar alguém etc.), as ameaças e advertências nesse sentido devem ser mais rígidas. Sendo assim, é frutífero também destacar que, se alguém fala 90% de verdade e apenas 10% de mentira, há o risco de que o depoimento fique comprometido e desacreditado integralmente.

A prática forense ainda aconselha que, caso se queira saber se alguém esteve realmente ou não no local de um crime, ao contrário de perguntar-lhe diretamente, pode-se perguntar sobre algum aspecto secundário do lugar e, de acordo com a resposta, é lícito deduzir se ela esteve lá ou não. Esse é o denominado método centrípeto, ou seja, alcança-se um ponto fulcral da questão a partir da periferia. Quando mais afastada estiver uma pergunta do tema sob investigação, mais dificilmente o inquirido terá razões para deformar uma resposta sobre ela. Além disso, os eventos corriqueiros, pelo fato de serem habituais, podem gerar respostas automáticas em relação a eles; correlativamente, as ocorrências distantes no passado também podem originar versões distorcidas do que aconteceu. Por fim, o fato de um episódio ter despertado sentimentos negativos ou positivos em alguém pode causar viés quando ele for relatado por esse indivíduo. (LÓPEZ, 1945).

Exames psicológicos ainda têm demonstrado que certos perfis de personalidade fornecem respostas com “defeitos” similares; assim, indivíduos introvertidos tendem a conceder um discurso mais enxuto, todavia, mais objetivo. Indivíduos extrovertidos, por sua parte, são mais predispostos a serem influenciados por fatores do ambiente, mais exagerados, no entanto, a vantagem é que o discurso deles é rico em detalhes. Não obstante tais peculiaridades, não há relação direta entre o grau de introversão ou extroversão da personalidade com maior ou menor veracidade das informações. Habitualmente, os tipos histéricos, os mitômanos (pessoas que mentem compulsivamente) e os paranóicos são os que mais mentem nos inquéritos. Os últimos são exímios em projetar nos outros aspectos que desprezam em si próprios. Já os tipos compulsivo-obsessivos, em função da forte autocensura que se infligem, são mais verídicos em seus testemunhos, apesar do sofrimento que demonstram, pois todo o tempo estão se autocorrigindo.

Tendo em vista essas e outras psicopatologias, é aconselhável que, durante os interrogatórios de alguns tipos de personalidade, o juiz ou advogado se faça acompanhar de um psicólogo judicial com bom conhecimento de enfermidades psíquicas. Pesquisas também têm demonstrado que o sexo do entrevistado influencia nas declara-

rações, visto que o tipo de socialização diferenciada pela qual passam homens e mulheres desde a infância faz com que os primeiros sejam mais diretos, todavia menos ricos em pormenores, enquanto que as mulheres são mais complexas com suas narrações, contudo, mais confusas e sinuosas.

Como saber com exatidão quando a testemunha está dizendo a verdade ou não? Essa questão vem sendo uma das demandas mais freqüentes do Direito em relação à Psicologia. Nesse sentido, a seguir são descritas algumas das técnicas mais comuns que permitem identificar elementos comportamentais e verbais acerca do grau de veracidade de um depoimento. (VITACCO; ROGERS, 2001).

a) Polígrafo: popularmente conhecido como “detector de mentiras”, é um instrumento de medição de respostas fisiológicas como pulsação, “arrepio”, pressão arterial e respiração. Alicerça-se no princípio de que mentir gera mais atividade do sistema nervoso central, fato involuntário e que não pode ser verificado a olho nu, mas que apareceria em aparelhos de alta sensibilidade. A crítica é que indivíduos já naturalmente “nervosos”, em situações de estresse (como é o caso de um inquérito), poderiam ser injustamente classificados como mentirosos em função de suas manifestações fisiológicas alteradas. Nos Estados Unidos, é freqüentemente utilizado nos procedimentos judiciais e a admissão final dos seus resultados está submetida à análise do juiz.

b) Hipnose: tal procedimento consiste em sugestionar o hipnotizado a estados de relaxamento profundo para que sua memória seja mais bem elucidada. Essas técnicas se tornaram conhecidas no mundo ocidental a partir das descobertas da Psicanálise e permitem que certas lembranças burlam a autocensura que o sujeito se impõe. Geralmente é uma técnica que é mais usada em vítimas e testemunhas do que em acusados. A crítica que se faz a tal procedimento é que, indiretamente, é uma técnica manipulativa; assim, poderia induzir ao exagero ou mesmo à inconsistência de alguns dados. Nos Estados Unidos seu emprego é rigidamente regulamentado e as declarações feitas sob hipnose devem ser gravadas em vídeo para ulteriores exames críticos por parte dos juizados.

c) **Análise do Conteúdo:** esse método diz respeito à análise de entrevistas transcritas. Fundamenta-se em dezenove indicadores de realidade estabelecidos por Steller e Kohenken (apud VITACCO; ROGERS, 2001) – estrutura lógica, elaboração desestruturada ou não, quantidade de detalhes, articulação contextual, descrição das interações, reprodução de diálogos, contradições, apresentação de elementos não usuais, apresentação de elementos supérfluos, detalhes incompreensíveis, associação do fato com eventos externos, descrição de estados mentais subjetivos, descrição do estado mental do autor do delito, autocorreções espontâneas, aceitação da ausência de memória sobre certos episódios, dúvidas sobre o próprio testemunho, autodesaprovação, comiseração ao autor do crime, detalhes sobre a ofensa. Tal conjunto de quesitos surgiu na Alemanha, nos anos 1950, e tinha como objetivo estrito a verificação da fidedignidade dos relatos de crianças abusadas sexualmente. A crítica que sofre essa técnica é que muitos critérios não seriam quantificáveis (como medir, por exemplo, o índice de afeto do acusado?), ficando dependentes da subjetividade do profissional forense.

d) **Indicadores Comportamentais da Mentira:** essa estratégia consiste na observação de aspectos verbais e não-verbais da conduta. Isso quer dizer que alguns estereótipos comuns na opinião de advogados e de delegados sobre alguém que está mentindo, na verdade, têm alguma pertinência. Raskin (1994) enuncia que os traços mais comuns daqueles que enganam seriam o aumento da atividade corpórea repetitiva (virar de um lado para o outro, por exemplo), os chamados tiques e a filtragem das emoções através do discurso (por exemplo, a pessoa começa a usar nós ao invés de eu, evita olhar nos olhos do indagador etc.). Além disso, outras manifestações típicas seriam a demora nas respostas, a dilatação pupilar, a pouca espontaneidade dos gestos, a tosse seca, a mudança no tom de voz, pigarros etc. Isso tudo corrobora as teorias antropológicas que asseveram ser o corpo uma fonte de informações – rica tanto quanto o rosto – para se detectar o embuste.

No que tange às influências do ambiente social sobre o psiquismo dos indivíduos, fenômeno assaz interessante para compreender que muitas vezes a “inverdade” nos tribunais é involuntária, faz-se necessário apresentar alguns aspectos da Teoria do Interacionismo

Simbólico, paradigma psicossocial que sustenta que as avaliações e gostos subjetivos são, em grande medida, influenciados pela cultura, não existindo, em nenhum campo da ação humana, neutralidade absoluta. Nos Estados Unidos da década de 1930, o interacionismo foi iniciado pelo sociólogo George Herbert Mead, que rezava que psicólogos e cientistas sociais investigassem a linguagem não como um sistema fechado e abstrato – como postulavam os funcionalistas – mas no seu uso cotidiano. A partir desse paradigma, Decaire (1998) se preocupa com as influências dos atributos sociais das pessoas (ser branco ou negro, jovem ou idoso, homem ou mulher etc.) nas sentenças emitidas a partir dos tribunais do júri.

Ele defende que o corpo de jurados, enquanto grupo (ainda que provisório e constituído *ad hoc*) é sujeito a ser influenciado por estereótipos, manipulações e outras interferências que venham enviesar a apreensão de informações realmente relevantes sobre o caso e sobre o réu. Pesquisas vêm demonstrando que juízes e jurados têm discordado do veredicto em aproximadamente 20% dos casos. Ademais, é comprovado que os jurados podem, consciente ou inconscientemente, lançar mão de certo número de dados externos à questão propriamente dita no intuito de elaborar seus pareceres. Isso foi descoberto após estudos psicológicos terem aventado a possibilidade de fatores socioculturais de jurados, juízes, réus e advogados estarem manipulando, indiretamente, o processo de julgamento.

No que respeita às questões étnicas, por exemplo, dois padrões de interferências foram detectados nos Estados Unidos: 1- indivíduos brancos têm apresentado maior propensão em atribuir culpa a réus negros especialmente nos casos em que a vítima também é branca; 2- indivíduos negros não mostraram viés “racializado”; contudo, apresentam forte tendência contra crimes intra-raciais, isto é, quando criminoso e vitimado são da mesma “raça”. Assim, réus negros são severamente mais julgados, quer por negros quer por brancos, embora por motivos diferentes.² Outro dado concreto que corrobora tal hipótese é que nos estados sulistas dos Estados Unidos,

² No caso dos jurados negros, quicá a maior rigidez advenha do fato de perceberem o “marginal” negro com um traidor, alguém que colabora para a manutenção dos preconceitos sofridos por todos e dos estereótipos ligados à raça.

onde existe pena de morte para o estupro seguido de assassinato, sentenciados negros cujas vítimas eram brancas foram condenados dezoito vezes mais do que qualquer outra combinação étnica: acusado branco e vítima branca, acusado negro e vítima negra e acusado branco e vítima negra.

Também nas questões que envolvem classe social algum viés aparece: em geral o júri concede penas mais severas a acusados com *status* social mais baixo. Em relação às características pessoais, estudos apontam que os réus tidos como cordiais, educados, amáveis, cultos e serenos (ou que assim se apresentam) são, em média, mais bem tratados do que aqueles considerados rudes, feios e brutos. A partir disso, parece claro que as peculiaridades sociopsicológicas dos acusados influenciam a opinião das pessoas que participam de júris. Em situações extremas, um ou outro jurado pode chegar a sentir simpatia pelo réu (DECAIRE, 1998). Quando os jurados tomam conhecimento de que o acusado sofreu ao ser preso ou na detenção provisória, a pena indicada também tende a ser mais branda.

No que concerne às características sociopsicológicas dos jurados, pesquisas testificam que, via de regra, estas também são relevantes na determinação da pena. Assim, o grau de autoritarismo, a crença em fortes componentes internos de controle da ação humana e a expectativa de “um mundo melhor” interferem sobremaneira no processo de julgamento. Sujeitos com esse perfil de pensamento são, frequentemente, mais severos no veredicto, principalmente se o julgado em questão vier de classe social mais baixa. Decaire (1998) sublinha que pesquisas experimentais apontam que os jurados que acreditam no controle interno da conduta como sendo o principal “freio” do ser humano são mais rígidos que aqueles que consideram os fatores externos (polícia, leis etc.) como sendo os principais reguladores das ações das pessoas em sociedade.

Certamente esse fato se deve a um fenômeno psicológico típico, amplamente explanado pela Psicanálise freudiana: a projeção. Tais julgadores aplicam nos outros a visão que têm de si mesmos, acham que todos podem ser indivíduos que conseguem, efetivamente se

o quiserem, domar seus impulsos e manter sua responsabilidade sobre as próprias ações e, a partir daí, avaliam positiva ou negativamente o comportamento das outras pessoas. Outro ponto a ressaltar é que os jurados que têm fé num mundo melhor estão mais predispostos a sustentar que as vítimas “respeitáveis” não mereciam, sob nenhuma hipótese, ter sofrido o que sofreram, ao passo que crêem, sutilmente, que as pessoas rotuladas como denegridas (prostitutas, por exemplo) de certo modo procuram ser vitimadas ou tornam isso fácil.

Skolnick (apud DECAIRE, 1998) sugere que uma maior tendência à culpabilização e sua contrapartida, ao inocentamento, varia quando os jurados participam ou assistem a um crime considerado leve ou bárbaro, alternadamente. Dessa forma, quando primeiro fazem parte de um veredicto sobre estupro, por exemplo, posteriormente tendem a julgar um simples delito de vandalismo de maneira bastante rigorosa. Já com outro grupo de jurados, submetido a um experimento oposto, ocorreu o contrário, ou seja, eles aplicaram uma pena um pouco mais branda do que deveria ser para um caso considerado grave após terem deliberado sobre uma “mera” baderna em espaço público. Os psicólogos também são consensuais em admitir que a exposição de certos julgamentos na mídia faz com que alguns jurados cheguem ao tribunal com avaliações um tanto quanto preconcebidas a respeito de outros casos semelhantes. Conseqüentemente, “[...] esta primeira impressão influencia todas as informações subseqüentes, provavelmente levando à aceitação de dados questionáveis no que se refere à culpabilidade”. (DECAIRE, 1998, p. 13, tradução nossa)³.

É sabido também que alguns atributos dos advogados de defesa, tais como serenidade ou persuasividade, podem intervir no tribunal do júri. Em um teste, por exemplo, o advogado de um acusado de estupro para certos grupos foi um homem e foi uma mulher para outros grupos. Nessa segunda situação, a absolvição do réu aconteceu em 71% das provas, sendo que tal aconteceu apenas 49% das

³ This first impression influences of all subsequent informations, possibly leadind one to accept questionable informations that implies guilty.

vezes quando o advogado era do sexo masculino. Inconscientemente as pessoas podem associar que jamais uma mulher defenderia um estuprador, caso ele não fosse realmente inocente. Nesse contexto, não foi importante o que advogada disse, mas sim o próprio fato de que diga alguma coisa em favor do acusado (por mais machista que isso possa soar, o inconsciente coletivo funciona dessa maneira, a partir do óbvio).

Já a teoria da Psicologia social sobre grupos prediz que quando os membros de um júri discutem entre si suas visões, vagamente parecidas umas com as outras, isso pode favorecer que uma sólida posição única surja daí, reforçando a decisão comum de todos e, habitualmente, tal opinião pode chegar a níveis exagerados. Myers e Kaplan (apud DECAIRE, 1998) investigaram este tema – a polarização grupal – e argumentaram que a deliberação judicial em grupo tem seus benefícios: favorece que os estereótipos se enfraqueçam. O único modo verdadeiramente eficiente para diminuir a parcialidade é instruir os jurados sobre o fato de que aspectos irrelevantes do réu podem contaminar suas considerações desfavoravelmente e tornar o processo injusto.

3. Considerações finais

Vimos que a Psicologia jurídica surgiu no início do século XX sob a égide do positivismo, o que fazia com que sua prática profissional se reduzisse à perícia, ao exame criminológico e aos laudos psicológicos baseados no psicodiagnóstico. Um de seus ramos, a Psicologia forense, apareceu como Psicologia do testemunho, um tipo de prática que testava a fidedignidade dos relatos dos indivíduos através de ferramentas de análise psicológica, tendo como focos a memória, a percepção e a sensação. Contudo, pouco a pouco a Psicologia foi legitimando uma práxis na interface com a jurisprudência, mas, não obstante sua autonomia para emitir seus pareceres sem interferência dos profissionais do Direito (independentemente de esses profissionais acatarem ou não os relatórios e as análises), a Psicologia jurídica ainda necessita de uma linha definida de atividade e de profissionalização.

A partir do exposto, conclui-se que Psicologia jurídica e Psicologia forense não são termos sinônimos, mas têm estreita ligação temática e prática. Assim, a Psicologia forense é uma área particular da Psicologia jurídica e que diz respeito diretamente às decisões e aos trabalhos que ocorrem nas situações de tribunais e de julgamentos. Já a Psicologia jurídica vai desde o estudo, passando pelo tratamento e pelo assessoramento de várias etapas da atividade jurídica, até o cuidado com vítimas, infratores e profissionais do Direito. Uma crítica que se faz à Psicologia jurídica, quando efetivada de forma simplista, é que ela acaba por reforçar o lado negativo do Direito, ou seja, a exclusão dos diferentes. Assim, não cabe à Psicologia julgar, mas ser complementar, avaliativa, em relação às demandas do Direito, jamais querer suplantá-lo ou se colocar como subserviente a ele.

Como foi visto, as atividades da Psicologia jurídica são mais abrangentes do que geralmente se supõe, envolvendo, especialmente: 1- a análise dos testemunhos (mormente o grau de confiabilidade); 2- o exame das evidências delitivas; 3- a análise e interpretação de confissões; 4- a compreensão sociopsicológica dos delitos (desvendar suas motivações); 5- o restauro psíquico e subjetivo do infrator; 6- análise de medidas profiláticas de cunho sociocultural e psicológico a serem aplicadas a grupos específicos de delinqüentes; 7- o trabalho psicológico preventivo a fim de evitar a reincidência; 8- trabalho com os profissionais do campo jurídico acometidos de estresse, fadiga, depressão, desânimo, temor, entre outros males psíquicos.

Já a Psicologia forense, para alguns intelectuais, como Altavilla (1955), é uma subárea da Psicologia jurídica, ao passo que, para outros, em minoria, é um ramo independente da Psicologia que prima por oferecer pareceres aos tribunais no sentido de propiciar decisões e julgamentos mais justos. Como foi visto, é errôneo conceber que o psicólogo forense se dedica somente a assuntos ligados à criminalidade; esse profissional pode dar assistência a vários temas da vara cível. Processos cíveis incluem, por exemplo, a determinação da competência mental de alguém muito enfermo ou idoso, assim como ajuda a distinguir se uma morte foi suicídio ou assassinato. Um sub-ramo da Psicologia forense é a Psicologia da Declaração

ou Psicologia do Testemunho. É um campo que se ocupa, especificamente, dos aspectos lógicos, morais e subjetivos daqueles que depõem num tribunal. Examinando as condutas e o que é verbalizado pelos sujeitos, esse profissional os conjuga com fatores sociais e culturais que possam aquilatar a confiabilidade dos depoimentos.

4. Referências bibliográficas

ALTAVILLA, E. *Psicologia giudiziaria*. Torino: Editrice Troinese, 1955.

ALTOÉ, S. *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.

DECAIRE, M. W. The faltering common law jury system: a psychological perspective. *Journal of Personality and Social Psychology*, p. 11-29, abr. 1998.

LÓPEZ, E. Mira. *Manual de Psicología Jurídica*. Buenos Aires: El Ateneo, 1945.

RASKIN, D. *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*. Bilbao: DDB, 1994.

ROMERO, E. Psicología de la conducta criminal. In: *Módulo 5 del Máster en Psicología Forense Internacional*. Granada: Asociación Española de Psicología Conductual, 2001.

SORIA, M. *Psicología y práctica jurídica en el Derecho*. Barcelona: Biblioteca de Derecho, 1998.

URRA, J. Confluencia entre psicología y derecho. In: URRA, J; VÁZQUEZ, B. *Manual de Psicología Forense*. Madrid: Siglo XXI, 1993.

VITACCO, M; ROGERS, R. Predictors of adolescent psychopathy: the role of impulsivity, hyperactivity and sensation seeking. *Journal of The American Academy of Psychiatry and The Law*, v. 29, n. 4, p. 374-382, 2001.

Artigo recebido em: 15/03/2010.

Artigo enviado em: 25/05/2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130003

2

Direito Penal

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO PENAL

ARTIGO

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO CAUSA ATENUANTE INOMINADA

THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY AS AN UNCLASSIFIED MITIGATING CIRCUMSTANCE

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO

Oficial do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

jader@mp.mg.gov.br

RESUMO: Neste trabalho realizou-se um estudo sobre a aplicação do princípio da cculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio como atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal. O trabalho foi desenvolvido em dois capítulos. No primeiro foram abordados os princípios fundamentais do Direito Penal, pontuando-se suas especificidades e tecendo-se breves relatos sobre seus conceitos doutrinários; no segundo, foi enfrentado o tema relativo à teoria da cculpabilidade, sob a ótica da doutrina, jurisprudência e legislação positivada. Feitas essas análises, conclui-se, a despeito de divergências, que o princípio da cculpabilidade já possui vida própria no Direito Penal e que já há fundamentação e necessidade suficientes para ser aplicado pelos magistrados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; cculpabilidade; individualização da pena; igualdade.

ABSTRACT: In this work we carried out a study on the application of the principle of co-parental guilt in the legal system as mitigation

innominate under Article 66 of the Penal Code. The study was conducted in two chapters. The first addressed the fundamental principles of criminal law and its specific scoring weaving brief accounts of their doctrinal concepts, in the second, the issue was addressed on the theory of co-guilt, from the perspective of the doctrine, jurisprudence and legislation positivity. Study carried out these steps, it is concluded, despite differences, the principle of shared guilt already has its own life in criminal law, and there are already enough reasons and need to be applied by judges.

KEY WORDS: criminal law; co-guilt; individualization of punishment; equal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios fundamentais de Direito Penal. 2.1. Princípios gerais de natureza penal. 2.1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal. 2.1.2. Princípio da anterioridade da lei penal. 2.1.3. Princípio da extra-atividade da lei penal. 2.1.4. Princípio da taxatividade legal e interpretativa. 2.1.5. Princípio da culpabilidade. 2.1.6. Princípio da pessoalidade. 2.1.7. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato. 2.1.8. Princípio da individualização da pena. 2.1.9. Princípio da lesividade. 2.1.10. Princípio da intervenção mínima. 2.1.11. Princípio da fragmentariedade. 2.1.12. Princípio da insignificância. 2.1.13. Princípio da adequação social. 2.2. Princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal. 2.2.1. Princípio da humanidade. 2.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2.3. Princípio da proporcionalidade. 2.2.4. Princípio da razoabilidade. 2.2.5. Princípio da isonomia. 3. A coculpabilidade e suas implicações. 3.1. Discussão terminológica. 3.2. *Fundamentos da coculpabilidade*. 3.3. *Aplicação da coculpabilidade*. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A confiança no Direito Penal como instrumento garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta com a realidade diária dos brasileiros pobres e miseráveis. O Direito Penal sancionador deve ser, ao mesmo tempo, protetor, e isso deve ser relevado.

Diante da imensa desigualdade social brasileira, é preciso um sistema penal voltado para o pensamento sociológico. Por isso, sentimo-nos motivados a fazer um estudo sobre o princípio da coculpabilidade, que faz justamente essa ligação entre o Direito e a Sociologia Criminal, para garantir a proteção do indivíduo rejeitado pela sociedade e pelo Estado.

Não há dúvida de que a pena é necessária. Também é incontroverso que ela tem de ser aplicada com justiça. Precisamos, então, efetivar esse discurso. Não basta, por exemplo, conceituar o furto famélico à luz do estado de necessidade. Um homem com fome não é um homem livre. E, nesse sentido, o princípio da coculpabilidade proporciona ao Juiz a possibilidade de declarar, na sentença, que o sistema penal reconhece a liberdade limitada desta parcela da sociedade, devendo a responsabilidade ser dividida com o Estado, em face das carências sociais que imperam hodiernamente. Dessa forma, há a possibilidade de revelar a consciência de que o acusado, em determinados casos, não é livre para escolher entre o bem e o mal. E há situações em que é extremamente difícil alcançar os comandos que a sociedade legal determina a cada um.

Contudo, a coculpabilidade não está expressamente prevista na legislação penal-constitucional pátria. Além disso, ela é muito pouco aplicada pela jurisprudência e muito pouco explorada pela doutrina pátria – apesar de ser bastante debatida pela doutrina estrangeira, já sendo inclusive positivada na legislação de países como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica.

Enfim, é de se notar a oportunidade deste estudo, uma vez que atualmente está em tramitação no Congresso Nacional o anteprojeto de Lei n. 3.473, apresentado em 18 de agosto de 2000 pelo Poder Executivo, que visa à reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro (CPB). Nessa proposta, a coculpabilidade é inserida entre as circunstâncias judiciais previstas para fixação da pena-base, elencadas pelo artigo 59.

2. Princípios fundamentais de Direito Penal

Os princípios concretizam valores e, por isso, fundamentam, de modo inexorável, a interpretação, integração, o conhecimento e a aplicação das normas jurídicas, visando dar unidade, harmonia e coerência ao sistema jurídico. Ressalte-se que os princípios independem da concretização de uma norma para mostrar sua força, pois, às vezes, o princípio existe, porém ainda não foi concretizado pela norma jurídica.

Na atualidade, como fruto da expansão e da internacionalização cada vez maior das exigências de proteção e garantias inerentes aos direitos humanos, assiste-se à crescente universalização dos princípios do Direito Penal. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os princípios penais vêm servindo como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal, bem como sendo continuamente consagrados nos mais variados textos internacionais (tratados, pactos, declarações etc.) (PRADO, 2010).

Entre as várias classificações dadas pela doutrina sobre os princípios que efetivamente se jungem ao Direito Penal, utilizaremos aqui uma classificação dada por Luiz Regis Prado, que apresenta uma proposta na qual os princípios fundamentais do Direito Penal seriam enunciados em dois grupos: (a) *princípios gerais de natureza penal* e (b) *princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal*. Ambas as modalidades se apresentam formalmente na ordem jurídica, de modo explícito ou implícito, em texto constitucional ou em lei ordinária.

2.1. Princípios gerais de natureza penal

Os princípios gerais de natureza penal, tidos por princípios informadores, integram o ordenamento penal positivo em razão do próprio conteúdo. Ademais, eles têm características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago

do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no âmbito delicado do Direito Penal (PRADO, 2010).

2.1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal

O princípio da legalidade é certamente um dos princípios mais importantes da esfera criminal, pois constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal de interferir nas liberdades individuais, garantindo a segurança político-jurídica da sociedade diante das vontades particulares daquele que a governa. O ilustre autor Rogério Greco ensina que:

Estado de Direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei. (GRECO, 2009, p. 93).

Também Hungria e Fragoso lecionam que a

[...] supressão do *princípio da legalidade* subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a *consciência* da violação do *dever jurídico*, ou possibilidade dessa consciência. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 24).

Daí ser traduzido esse princípio no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Essa expressão latina, elaborada por Anselm von Feuerbach, em sua obra *Tratado de Direito Penal*, publicada em 1801, cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão (PRADO, 2010). Ainda segundo Hungria e Fragoso, antes de ser um critério jurídico penal,

[...] o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria

medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 22).

Essa expressão latina significa, em termos bem esquemáticos, que somente a lei formal – em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista – é fonte criadora de crimes e de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização, em seu lugar, de qualquer outro ato normativo, do costume ou da analogia que agrave a situação do acusado – *in malam partem* (PRADO, 2010).

Assim, entre as funções clássicas do princípio da reserva legal, estão a exigência de lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) – que veda a incriminação através do costume – e a proibição da aplicação analógica de normas penais (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 223).

Há ainda outra função atribuída ao princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que proíbe a incriminação vaga e indeterminada que não permite saber de forma exata qual é a conduta incriminada. Este assunto será tratado especificamente no item 2.1.4.

Historicamente, parte da doutrina defende que a origem do princípio da legalidade no Direito Penal positivo é atribuída à Magna Carta inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, ao proclamar em seu artigo 39 que:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2009).

Esse preceito contido na Magna Carta inglesa continha, sem dúvida, a ideia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face

da liberdade individual, que, no século XVIII, Montesquieu retomaria, cristalizando-a na sua famosa obra *O Espírito das Leis*, de 1748. Foi com o grande publicista francês que se fixou o conceito de liberdade como “o direito de fazer tudo quanto as leis permitem”. O que não é proibido é permitido. O indivíduo orienta-se exclusivamente segundo a lei. Daí, o corolário necessário, a proibição da analogia e do costume em matéria penal (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980).

Foi com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamada na Revolução Francesa, que o princípio da legalidade se difundiu para os demais países, convertendo-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político, radicado na redação dos artigos 7º, 8º e 9º desse documento, previu a função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito (PRADO, 2010).

O princípio da legalidade, invariavelmente considerado por todas as legislações dos povos civilizados, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Inspirada no individualismo político da Revolução Francesa, essa Constituição preceituava no inciso XI de seu artigo 179 que: “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta.” (PIERANGELLI, 1980, p. 110).

Posteriormente, o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, e o Código Penal Republicano, de 11 de outubro de 1890, mantiveram, com pequenas alterações de redação, a consagração do princípio da legalidade:

Código Criminal do Império de 1830

Art. 1º Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique. (PIERANGELLI, 1980, p. 167).

Art. 33 Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio. (PIERANGELLI, 1980, p. 169).

Código Penal Republicano de 1890

Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas. (PIERANGELLI, 1980, p. 269).

É importante pontuar que a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, aprovada e adotada pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, manteve a redação do artigo 1º do Código Penal de 1890.

Assim é que, vislumbrando o tratamento jurídico dado ao princípio da legalidade em nossa evolução normativa, o atual Código Penal, de 7 de dezembro de 1940, exprimiu em seu artigo 1º a regra segundo a qual “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2010a, p. 513). Essa regra foi mantida após a reforma de 1984.

O princípio da legalidade, consagrado por todas as Constituições brasileiras – salvo a de 1937 (item 13 do artigo 122) e a de 1967 (parágrafo 16 do artigo 151) –, também está expresso no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que, inspirada na redação apresentada pelo CPB, assim prescreveu: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2010b, p. 20).

Observamos, ainda, que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969), que não chegou a entrar em vigor, manteve inalterada a redação do princípio da legalidade.

Pelo princípio da legalidade nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (BITENCOURT, 2011). Aliás, esse postulado básico inclui também o princípio da anterioridade da lei penal em relação ao crime e à pena, o qual analisaremos no item a seguir.

2.1.2. Princípio da anterioridade da lei penal

O princípio da anterioridade da lei penal – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* – é um corolário natural do princípio da legalidade. Portanto, são essencialmente compatíveis esses dois princípios. Afinal, sem o princípio da anterioridade haveria total inutilidade para a reserva legal. De nada valeria exigir-se lei para que o delito existisse – e como tal ser aplicado pelo Poder Judiciário – se a figura típica pudesse ser criada após a prática do fato. A segurança jurídica seria iníqua e frustrante.

Por isso, juntamente com a legalidade, o princípio da anterioridade está posto no mesmo inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República: “não há crime sem lei *anterior* que o defina, nem pena sem *prévia* cominação legal”. Isso significa que “para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor.” (JESUS, 2007, p. 2), afirmando-se a anterioridade da lei penal e a exigência de segurança jurídica. Nesses termos, destacamos as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas. (NUCCI, 2008, p. 43).

Ora, é fato que a ordem jurídica não permanece imutável no tempo: enquanto umas leis são revogadas, outras surgem para regular as transformações sociais. Sendo assim, é inconstitucional a aplicação de lei nova a atos consumados ou mesmo pendentes, salvo os crimes permanentes e os continuados, sobre os quais o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou na súmula 711: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”. (BRASIL, 2010c, p. 2.082). Portanto, o STF assumiu o entendimento de que vale a aplicação da lei penal mais grave que entrou em vigor até a cessação da continuidade ou permanência do fato delituoso.

2.1.3. Princípio da extra-atividade da lei penal

A questão do conflito de leis penais está intimamente ligada aos princípios que regulam a vigência da lei penal no tempo. Extra-atividade é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo, regulando fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto, a extra-atividade como gênero, do qual seriam espécies a ultratividade e a retroatividade (GRECO, 2009). Denomina-se “*retroatividade* o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua *vigência* e *ultratatividade* à aplicação dela após sua revogação.” (MIRABETE, 2007, p. 40).

Assim, no que diz respeito à lei penal no tempo, a regra geral é a da prevalência da lei vigente à época da prática do fato – *tempus regit actum*. Com isso, a irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem as quais não haveria as condições preliminares de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais (BITENCOURT, 2011).

Assim é que, no campo do direito punitivo, o princípio da irretroatividade sofre a exceção contida no inciso XL do artigo 5º da Constituição da República: “a lei penal não retroagirá, salvo para

beneficiar o réu.” (BRASIL, 2010b, p. 20). Aliás, desde a Constituição da República de 1946, a retroatividade da lei mais benigna é assegurada em qualquer fase em que se encontre a ação ou a execução penal, sem qualquer ressalva. Isso se deve não só com base em razões humanitárias, de liberdade, de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária (PRADO, 2010).

Ademais, essa exceção também está prevista no parágrafo único do artigo 2º do CPB: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (BRASIL, 2010a, p. 513). É o caso da *novatio legis in melius*, ou seja, a lei penal posterior deverá retroagir, se, mantendo a incriminação do fato, gerar qualquer situação ou hipótese de benefício ao acusado.

Não menos importante é o artigo 2º do CPB, segundo o qual: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” (BRASIL, 2010a, p. 513). É o caso da *abolitio criminis*, que exclui todos os efeitos penais da sentença criminal quando a lei posterior torna atípico o fato incriminado.

Vale ainda assinalar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 678, de 1992, que dispõe no artigo 9º que ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delitos, de acordo com o direito aplicável. O mesmo artigo dispõe ainda que não se poderá impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular pena mais leve, o delinquente dela será beneficiado.

2.1.4. Princípio da taxatividade legal e interpretativa

O princípio da taxatividade legal e interpretativa, corolário da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* –, impõe certeza

na descrição das normas penais incriminadoras. O fato é típico ou atípico, não admitindo ampliações. Assim, “as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma.” (NUCCI, 2008, p. 46).

Desse modo, torna-se imperiosa para o legislador a proibição de elaboração de tipos penais com a utilização abusiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, expressões ambíguas e de conceitos indeterminados, duvidosos, dúbios ou vagos, de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos sobre a conduta incriminada.

Fato é que o tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente expressões que não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo-se do magistrado um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Exemplo disso é a expressão *objeto obsceno* prevista no artigo 234 do CPB (BITENCOURT, 2011).

2.1.5. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade é uma conquista do Direito Penal moderno, que resgata a ideia de que a liberdade é a regra, e a prisão ou a restrição de direitos, a exceção. Além disso, trata-se de mais uma limitação ao *jus puniendi* do Estado, com o intuito de defender o acusado de eventual injustiça que lhe possa sobrevir. Na lição de Luiz Regis Prado (2010, p. 145) “a culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano”. É nesse sentido que a fórmula latina *nullum crimen sine culpa* demonstra que “a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico.” (JESUS, 2007, p. 3).

Este princípio está estabelecido no artigo 18 do CPB, que diz que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa. Note-

se, ainda, o exposto no parágrafo único do mesmo artigo 18: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 2010a, p. 514). Portanto, a regra adotada na esfera penal para fundamentar e legitimar a punição é buscar o dolo do agente. Não o encontrando, deve-se procurar a culpa – desde que expressamente prevista, alternativamente, no tipo penal incriminador. Somente em hipóteses extremadas e devidamente previstas em lei, é que se pode adotar a responsabilidade penal objetiva fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, esteja presente o dolo ou a culpa, como ocorre no artigo 28, inciso II, do CPB, e em outros.

2.1.6. Princípio da pessoalidade

O princípio da pessoalidade, ou da responsabilidade pessoal, impede a punição, em matéria penal, por fato alheio. Vale dizer, somente o delinquente – e mais ninguém – deverá cumprir a pena criminal (PRADO, 2010).

Este princípio visa garantir que a cominação da pena e sua execução jamais ultrapassem a pessoa do criminoso, atingindo terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime. Assim, na esfera penal, fica vedada a transcendência da pena, ou seja, o seu cumprimento por outra pessoa.

Assim é que o inciso XLV do artigo 5º da Constituição da República preconiza o caráter estritamente pessoal da responsabilidade penal:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 2010b, p. 20).

Nesse trilhar, a família do condenado não pode ser afetada por crime por ele cometido. Isso não significa, no entanto, que não haja possibilidade de garantir à vítima do delito a indenização civil ou

que o Estado não possa confiscar o produto do crime. “O crime não deve produzir lucro, o que afronta o princípio geral de direito voltado ao impedimento do enriquecimento sem causa.” (NUCCI, 2007, p. 39).

Ademais, o parente de um criminoso morto não pode beneficiar-se da prática do delito, cabendo ao Estado confiscar-lhe os bens herdados, desde que apurada a origem ilícita. O mesmo se diga do direito do ofendido de perceber a reparação pelo dano que lhe foi causado, ainda que se volte contra o sucessor do criminoso falecido, respeitado, contudo, o limite do patrimônio que este transferiu àquele.

Fica claro que a sanção criminal não é transmissível a terceiros, devido ao caráter personalíssimo da pena, que é a medida da reprovação social merecida pelo autor, instigador ou cúmplice, segundo o seu comportamento e em razão de sua própria culpa. Vê-se, portanto, que este princípio diz respeito à autoria e participação, com seus elementos objetivos e subjetivos.

2.1.7. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato

O princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato – ou no brocardo latino *ne bis in idem* ou *non bis in idem* – traduz a proibição de processar e punir alguém duas ou mais vezes pela mesma infração penal. Este princípio “constitui infranqueável limite ao poder punitivo estatal. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato.” (PRADO, 2010, p. 158).

Ainda dentro deste prisma, o *ne bis in idem* é postulado de natureza essencialmente material, relativo à imposição de pena, ainda que se manifeste também no campo processual – quando diz respeito à impossibilidade das persecuções múltiplas. Este princípio serve, ainda, de base à aplicação das normas penais, em especial ao concurso de normas, sem deixar de lastrear também o concurso de delitos (PRADO, 2010).

O CPB faz referência indireta à matéria em exame quando versa sobre a pena cumprida no estrangeiro (artigo 8º) e a detração (artigo 42).

Interessante também citar a aplicação do princípio a comunidades indígenas, que são bastante comuns na América Latina. Embora não haja previsão no CPB pátrio sobre a questão, o fato de a Constituição reconhecer os costumes dos indígenas torna legítimo o uso do *ne bis in idem* também nesses casos. Nas palavras de Zaffaroni *et al*:

Trata-se de pessoas que, por pertencerem a povos indígenas com culturas diferenciadas, têm seu próprio sistema de sanções e de solução de conflitos. Quando uma dessas pessoas já tiver sido punida, segundo os ditames da cultura indígena à qual pertence, o Estado não poderá impor-lhe uma nova pena ou, pelo menos, deverá computar a pena comunitária como parte daquela que pretendia impor-lhe, evitando assim incorrer em dupla punição. Embora inexistam em nossa lei penal disposição expressa nesse sentido, o reconhecimento constitucional dos costumes e tradições dos índios (art. 231 CR) obriga a levá-los em consideração, inclusive no âmbito penal; não cabe dúvida de que seu sistema de solução de conflitos é fundado nos costumes e tradições que a Constituição reconheceu e portanto legitimou. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 236, grifo nosso).

Já no âmbito da legislação penal internacional, há várias e importantes manifestações relativas ao postulado do *ne bis in idem*. Assim, por exemplo, a já comentada Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – assegura, no item 4 do artigo 8º, como garantia judicial, que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Ora, se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito.

Ainda na defesa das garantias judiciais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, estabeleceu no item 7 do artigo 14 que ninguém poderá ser processado ou punido por um delito

pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Além desses, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998, ratificado pelo Decreto Presidencial n. 02, de 2002, trata em seu artigo 20 do *ne bis in idem*, de forma expressa e minudente, no sentido de que nenhuma pessoa poderá ser julgada por tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido, bem como que nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal devido a um crime pelo qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo tribunal.

O mesmo artigo 20, por fim, estabelece que um tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, a menos que o processo tramitado neste tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do tribunal, ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, ou ainda tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, revele-se incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

2.1.8. Princípio da individualização da pena

Este princípio, que caminha junto com o princípio da pessoalidade, tem o significado de eleger a justa e adequada pena, tornando-a individual quanto à cominação legal (espécie e quantidade), a forma de sua execução e ao perfil do sentenciado, fazendo dele único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus (NUCCI, 2007).

É o que prevê o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República:

[...] A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 2010b, p. 20).

Desse modo, percebe-se que deve haver sempre uma medida de justo equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta.

2.1.9. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade (lesão), ou ofensividade (ofensa), reveste-se na orientação – de capital importância – de que o delito há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. Portanto, a lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas, imorais ou pecaminosas. Disso ressaí que somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado (BITENCOURT, 2011).

Cumpra destacar que o ilustre autor Guilherme de Souza Nucci não considera o princípio da lesividade como algo autônomo, com vida própria, pois, segundo ele, falece a este princípio força e intensidade para desvincular-se de outro princípio, qual seja, a intervenção mínima, ou subsidiariedade, do Direito Penal.

Por outro lado, o princípio da lesividade, que tem sua origem atribuída ao período iluminista, foi importante para desfazer a confusão que havia entre o Direito e a moral, por intermédio do movimento de secularização (GRECO, 2009).

Assim é que a

[...] primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressa pelo brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais. (GRECO, 2009, p. 53).

Ora, jamais uma pessoa poderá ser punida por aquilo que traz no íntimo do seu ser. Se a ira, por exemplo, não for exteriorizada ou não produzir lesão a bens de terceiros, jamais poderá ser punida.

Assim, o Direito Penal não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas ou não repercutem sobre qualquer bem de terceiros, que não excedem ao âmbito do próprio autor. É o que ocorre com a autolesão, com a tentativa de suicídio ou mesmo com certas condutas reprovadas sob o aspecto moral da sociedade, como tatuar o próprio corpo, não tomar banho regularmente, entregar-se a práticas sexuais incomuns e outros (GRECO, 2009).

Amoldam-se também sob essa perspectiva as hipóteses de crime impossível, pelas quais não existe possibilidade de lesão ao bem jurídico em face da absoluta ineficácia do meio utilizado ou da absoluta impropriedade do objeto (GRECO, 2009).

Outra função do princípio da lesividade é a de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo que fez, já que o Direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Busca-se, assim, impossibilitar que seja erigido um autêntico Direito Penal do autor (GRECO, 2009).

Enfim, aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas – que, naturalmente, são diferentes (GRECO, 2009).

2.1.10. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, ou da subsidiariedade, estabelece que o Direito Penal “só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.” (PRADO, 2010, p. 148).

Mesmo sem a sua formalização no ordenamento penal-constitucional pátrio, este princípio possui especial aplicabilidade no Direito Penal, uma vez que trata de uma importante garantia constitucional do indivíduo, a liberdade.

Dessa forma, se, para o restabelecimento da ordem jurídica violada, forem suficientes medidas civis ou administrativas, são elas que deverão ser empregadas, e não as penais. Assim, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2011).

É interessante lembrar, como importante manifestação internacional, que se assenta no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias. Ora, essa Declaração limita a ingerência do Estado e compõe a base do Estado democrático de direito.

Vale destacar, por derradeiro, que o princípio da intervenção mínima se presta também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Ora, é com fundamento neste princípio que o legislador poderá retirar do ordenamento jurídico-penal pátrio alguns tipos incriminadores, pois certos bens que, no passado, eram da maior relevância deixam, na mudança da sociedade, de ser importantes (GRECO, 2009).

2.1.11. Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, ou essencialidade – corolário do princípio da intervenção mínima – significa, em síntese, que, de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, somente os bens jurídicos dotados de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa serão tutelados pelo Direito Penal. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do Direito, por meio de indenizações civis ou punições administrativas (GRECO, 2009).

Assim, a tutela do Direito Penal se apresenta de maneira fragmentada, dividida, fracionada, ou seja, com fragmentos de delitos penalmente relevantes. Essa fragmentariedade não significa deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores ou na busca de certos fins. Significa um limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

Desse modo, a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas relativa, visto que todo o ordenamento jurídico dela se ocupa. Este princípio pressupõe que “o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.” (PRADO, 2010, p. 149).

2.1.12. Princípio da insignificância

Ligado aos chamados *crimes de bagatela*, ou delitos de lesão mínima, o princípio da insignificância – cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964 – tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico (GRECO, 2009).

Aliás, é fato que o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio estatal, mas não impede que o Estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador (BITENCOURT, 2011).

Nos casos abarcados pelo princípio da insignificância, a restrição típica não deve operar com total falta de critérios ou derivar de interpretação meramente subjetiva do magistrado, mas, ao contrário, há de ser resultado de uma análise acurada de cada caso concreto de modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

2.1.13. Princípio da adequação social

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, possui dupla função. Uma delas serve de orientação ao legislador no sentido de retirar do ordenamento jurídico a proteção sobre bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade (PRADO, 2010).

A segunda função quer dizer que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não pode constituir delito se for socialmente adequada ou aceita pela sociedade, isto é, se estiver reconhecida como ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, 2010).

É o caso da lesão corporal representada pela incisão cirúrgica quando o médico opera um paciente, bem como a hipótese dos efeitos colaterais produzidos pelo consumo de determinados medicamentos receitados pelo médico para combater certa doença. Também são socialmente adequadas as privações de liberdade decorrentes do uso de meios de transporte coletivo, exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão desportiva, entre outros. Ilustrando bem essa situação, Rogério Greco nos ensina que:

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se a convivência social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas. (GRECO, 2009, p. 57).

Convém destacar ainda que a *adequação social* não se confunde com o *risco permitido*. O traço comum entre ambos está na existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um resultado penalmente típico (desvalor do resultado). No caso da adequação social, esse resultado é excluído por uma interpretação teleológica restritiva do tipo; no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa (PRADO, 2010).

Enfim, as consequências da chamada adequação social não encontraram ainda o seu porto seguro. Discute-se na doutrina se ela pode revogar tipos penais incriminadores, uma vez que o costume, sempre que beneficie o acusado, é fonte do Direito Penal. Greco entende que mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe a alegação de que o fato praticado se encontra adequado socialmente, pois uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (GRECO, 2009).

O certo é que a imprecisão do critério da adequação social, diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência, explica por que muitos autores não a aceitam, nem como excludente de tipicidade, nem como causa de justificação (BITENCOURT, 2011).

2.2. Princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal

Os princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal pressupõem, em certa medida, o fundamento e o limite do exercício da atividade punitiva estatal. Assim, os princípios gerais que versam sobre a matéria influenciam em certa medida seu caráter sancionador, enquanto condicionam, com prevalência, o conteúdo e a matéria penalmente disciplinada (PRADO, 2010).

2.2.1. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade das penas exige uma responsabilidade social do Estado em relação ao condenado, em uma livre disposição de ajuda e assistência social direcionada à sua recuperação (MIRABETE, 2007).

O Direito Penal deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, garantindo o bem-estar da coletividade, inclusive dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade só porque infringiram a norma penal, nem ser tratados como se não fossem seres humanos, até porque uma das finalidades da pena é a ressocialização do delinquente (NUCCI, 2008).

A propósito, sobre a noção de humanidade, é oportuno, nesse momento, destacar as célebres palavras de Cesare Beccaria em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, cuja primeira edição veio a lume em 1764:

Deixa de existir liberdade sempre que as leis permitam que em determinadas circunstâncias um cidadão deixe de ser ‘um homem’ para vir a ser ‘uma coisa’ que se possa pôr a prêmio. (BEC-CARIA, 1983, p. 67).

Portanto, ainda quando não se espere de outra pessoa nada de bom nem de mau, a natureza exige que ela seja considerada como nosso semelhante ou afim – como ser integrante da espécie humana. Só essa razão já é suficiente, ainda que não existisse outra, para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica (PRADO, 2010).

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. “Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas.” (PRADO, 2010, p. 152). A título de exemplo, cita-se a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 1984), que em seu primeiro artigo destaca como objetivo do cumprimento da pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal.

Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais – o castigo e a reintegração social –, mas observando-se apenas o primeiro, mostra-se ilegal e contra a incolumidade da pessoa como ser social (BITENCOURT, 2011). Sobre este aspecto, discorre Guilherme de Souza Nucci:

Enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, o que é realidade incontestada atualmente, deve-se buscar, ao menos, garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, não significando isso a manutenção, ao condenado, de um padrão de vida superior ao cidadão honesto que está fora do presídio, mas, em verdade, que possa deter seu status de pessoa humana, o que não ocorrerá se o princípio da humanidade ficar apenas na letra fria do papel da lei e da própria Constituição. (NUCCI, 2007, p. 41-42).

Ademais, é o princípio da humanidade que permite o perdão judicial previsto no § 5º do artigo 121 do CPB, de acordo com o qual:

Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (BRASIL, 2010a, p. 525).

É o caso de uma mãe que esquece o bebê dentro do carro, causando-lhe a morte. Ainda que o texto legal estabelecesse que a aplicação de pena para tal crime fosse necessária, se aplicada, ela seria cruel.

2.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, convém destacar que parte da doutrina entende que a dignidade da pessoa humana não é um princípio penal, mas tão somente um fundamento do Estado democrático de direito, conforme previsão do inciso III do artigo 1º da Constituição da República. O renomado autor Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 47) afirma que “a dignidade da pessoa humana é uma meta a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico”.

Lado outro, no presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana foi incluído como princípio geral do ordenamento jurídico, aplicável à matéria penal, por ser a dignidade humana corolário natural da aplicação do princípio da humanidade, que condiciona a sanção penal como forma de garantir a defesa dos direitos humanos.

Assim é que o princípio da dignidade da pessoa humana veda a criação, a aplicação ou a execução de penas cruéis e infamantes, bem como de qualquer outra medida de cunho degradante e desumano, como a tortura e os maus-tratos nos interrogatórios policiais. Dessa forma, a força normativa deste princípio se espalha por toda a ordem jurídica, servindo de alicerce aos demais princípios penais fundamentais.

Embora de difícil tradução, pode-se entender a dignidade da pessoa humana como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o homem mais vil e detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor (GRECO, 2009).

Apresenta-se, ainda, a dignidade humana como

[...] uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. (PRADO, 2010, p. 153).

Não podemos nos esquecer, contudo, de que somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, nos artigos III e V, foi assegurado, no âmbito da legislação penal internacional, que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, bem como que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Na mesma linha e ainda no âmbito internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, delineou em seu artigo 7º que ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Determinou, em particular, que ninguém será submetido, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

O Brasil também foi signatário da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 1985, ratificada pelo Brasil em 1989.

Por essas razões, a Constituição da República de 1988 reproduziu, quase literalmente, as garantias humanitárias já elencadas em documentos internacionais. No inciso XLI do artigo 5º, dispôs expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; no inciso XLVII, que “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”; e no inciso XLIX assegurou “[...] aos presos o respeito à integridade física e moral.” (BRASIL, 2010b, p. 20).

Ainda na defesa dos direitos humanitários, como forma de demonstrar sua preocupação e seu interesse em repudiar a tortura, o Brasil editou a Lei n. 9.455, de 1997, para definir o crime de tortura – equiparado a crime hediondo por força da Lei n. 8.072, de 1990 – e estabelecer as correspondentes penas.

Enfim, convém destacar que foi no ano de 1990, quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990), que a tortura foi tipificada como crime quando a vítima fosse criança ou adolescente.

De igual forma, a Lei de Execução Penal já dispunha em seu artigo 3º que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. No parágrafo único

do mesmo artigo, estabelece que “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política.” (BRASIL, 2010d, p. 1401).

2.2.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso, exige um juízo de ponderação entre a gravidade do delito cometido pelo agente e a consequência da sanção penal a ser a ele infligida. Assim, não há cabimento o exagero, tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Desse raciocínio decorre que a proporção se torna uma verdadeira condição da legalidade da pena, que tem de estar entre o necessário – limite mínimo – e o suficiente – limite máximo (PRADO, 2010).

Embora o princípio da proporcionalidade remonte à Antiguidade, foi a partir das obras iluministas do século XVIII que ele passou a ter mais relevância (GRECO, 2009). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente em seu artigo 15 que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do delito praticado e a sanção a ser aplicada.

A proporcionalidade da pena se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal com Beccaria, em sua já mencionada obra. Nela, o autor esclarece que:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos. (BECCARIA, 1983, p. 61).

Por sua vez, Montesquieu encontrava na proporcionalidade entre o delito e a pena uma forma de impedir o excesso, vedando a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira de combate ao crime, isto é, que a pena seja uma violência do homem para com o homem (PRADO, 2010). Portanto, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade.

Com efeito, a Constituição da República consagrou a proporcionalidade de maneira implícita, ao estabelecer no artigo 5º a individualização da pena (inciso XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (inciso XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (incisos XLII, XLIII e XLIV) (BITENCOURT, 2011).

2.2.4. Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade significa que a pena deve ser razoável, ou seja, deve ter aptidão para atingir os objetivos a que se propõe sem, contudo, representar excesso algum. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o acusado (BITENCOURT, 2011).

Convém ressaltar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há de se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo *razoabilidade* para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense (BITENCOURT, 2011).

Pois é justamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo da proporcionalidade, qual seja, a lei de talião, isto é, “olho por olho, dente por dente”. Inegavelmente, essa lei adotava a proporcionalidade, sem, no entanto, qualquer razoabilidade. Esta exerce função controladora na aplicação da proporcionalidade (BITENCOURT, 2011).

2.2.5. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, pressupõe que todos são iguais perante a lei, não podendo uma pessoa ser discriminada em razão de sua cor, sexo, religião, raça, origem social, etnia, entre outros. A igual-

dade perante a lei é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia (NUCCI, 2007).

A regra da igualdade “[...] não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 111). Ora, a República, reafirmando a filosofia de Aristóteles, calca-se na consagração da igualdade entre os cidadãos, na representatividade, na eletividade e na responsabilidade dos governantes. A igualdade entre os cidadãos se dá pelo tratamento igual a todos aqueles que estão em situação igual, e pelo tratamento desigual, na medida de sua desigualdade, àqueles que se encontram em situação desigual, não podendo o legislador criminalizar de maneira diversa condutas que estejam dentro de uma mesma situação jurídica.

A grande divergência acerca da igualdade no Direito Penal encontra-se no dever do legislador de tratar não apenas da igualdade formal, mas também da igualdade material, a qual se busca pela inserção da coculpabilidade no sistema, assunto este que será tratado no item seguinte.

3. A coculpabilidade e suas implicações

A coculpabilidade é o reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado sobre as infrações praticadas por seus cidadãos que estão em posição de hipossuficientes e abandonados pelo próprio Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente no aspecto econômico-social, quando deixa de tutelar e promover o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana (MOURA, 2006).

O alto índice de criminalidade marginal provém, em boa parte, do descaso do Estado com as instituições prisionais, o que, em contrapartida, gera um baixo índice de recuperação dos reeducandos que

vivem ou viveram em presídios brasileiros. Sobre o assunto, o autor Nilo Batista aduz:

Neste campo, o tema mais atual é a chamada co-culpabilidade. Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essencial da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e assistência que se lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena, em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (BATISTA, 2007, p. 105).

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída ao Estado quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças e calçadas, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, que não conseguem emprego, pois o Estado, arrecadador de tributos, não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade que os produziu (GRECO, 2009).

No entanto, apesar da aplicação do princípio da coculpabilidade decorrer do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tem-se “como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.” (MOURA, 2006, p. 38).

3.1. Discussão terminológica

Buscando uma definição do termo *coculpabilidade* chega-se à conclusão de se tratar de um sinônimo de *culpabilidade pela vulnerabilidade*. Vários autores definem a coculpabilidade através de

sinônimos, tais como: *exigibilidade social, análise das condições socioeconômicas do agente, culpabilidade delinquencial atenuada*, entre outros (MOURA, 2006).

Os autores que definem coculpabilidade pela expressão *culpabilidade pela vulnerabilidade* usam-na ao elaborar um conceito de culpabilidade de acordo com a realidade socioeconômica e denominam a vulnerabilidade através de uma medida do grau de esforço exercido pelo indivíduo para alcançar uma concreta posição diante do poder punitivo. O termo *coculpabilidade*, analisado no presente trabalho, é uma forma de responsabilização indireta do Estado, dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais.

De grande valia são, neste momento, os ensinamentos de Moura sobre a etimologia do termo *coculpabilidade*:

Inicialmente cabe destacar que o prefixo ‘co’ quer dizer estar junto, em comum, que divide algo etc. Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum.

E o complemento ao prefixo, isto é, o termo *culpabilidade* significa que o Estado, em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve proporcionar aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influência na conduta delitiva, menor reprovabilidade. (MOURA, 2006, p. 39).

Assim, o prefixo *co-* expressa a responsabilidade indireta do Estado pelo cometimento de delitos, ficando, também por esse motivo, sujeito a diminuir a criminalidade para que se atinja o bem comum. Já o termo *culpabilidade*, adjunto ao prefixo, expressa o dever do Estado de, na falta de prestações devidas ao indivíduo – especialmente no que tange à inclusão social dos cidadãos –, influenciar na cominação da pena, trabalhando de maneira que ocorra uma menor reprovabilidade, isso se tais inadimplências estiverem ligadas diretamente ao delito.

Fica claro, assim, que a culpabilidade aqui discutida é abordada de forma diversa à dogmática, pois o Estado sofre responsabilização devido à sua omissão no cumprimento dos seus deveres constitucionais, gerando consequências na cominação, aplicação e execução da pena (MOURA, 2006).

Dessa forma, a cculpabilidade claramente se opõe à culpabilidade, que é um juízo de censura que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo. Na realidade, apenas se está reconhecendo a inoperância do Estado em cumprir seus deveres, o que, como foi afirmado, gera uma menor reprovação social ao acusado.

Rechaça-se, portanto, a defesa da ideia de uma responsabilização penal do Estado consubstanciada no princípio da cculpabilidade, pois seria de uma incongruência tremenda considerar que o Estado, como detentor do *jus puniendi*, é capaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Nesse enfoque, é ditosa a doutrina de Grégore Moura:

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disso, seria impossível o Estado concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e a execução da sanção penal, já que seria 'uma autopunição'. (MOURA, 2006, p. 40).

Fato é que o Estado tem a necessidade de demonstrar sua legitimidade e capacidade de exigir do agente imputado à responsabilidade no cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

Ao que parece, todavia, existe uma inegável parcela de culpa do Estado, principalmente quando o crime cometido apresenta, como

elementos de natureza social, fatos desencadeadores da ausência de condições mínimas que possibilitem a concretização da dignidade humana de cada cidadão.

A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições – de um lado, *a natureza individual do delinqüente*, e, de outro, *as relações exteriores, sociais, e especialmente as relações econômicas que o cercam*. (LISZT, 2006, p. 107).

Nesse trilhar, Eugenio Raúl Zaffaroni *et al* (2003, p. 650-657) propõem a adoção de uma “culpabilidade pela vulnerabilidade”, que, em vez de voltar-se para uma responsabilização da sociedade diante da criminalidade dos excluídos, centra-se no sujeito, que se encontra em posição vulnerável, mais propenso aos efeitos da criminalização, por um sistema penal irracional e seletivo. Dessa forma, procuram responder a crítica de que a coculpabilidade se vincula ao falso pressuposto de que a criminalidade é efeito da pobreza.

Muito embora a expressão “culpabilidade pela vulnerabilidade” seja terminologicamente mais adequada, visto que exclui a ideia de que a pobreza é causa do crime, entende-se pela adequação do termo *coculpabilidade*, pelo fato de ser usado pela doutrina dominante.

3.2. Fundamentos da coculpabilidade

O primeiro dos fundamentos do princípio da coculpabilidade centra-se exclusivamente no sujeito, pois aduz que o grau de autodeterminação de toda pessoa é regido por circunstâncias individualizadas, variáveis de acordo com o lugar, nível de escolaridade, moradia e outros fatores que influenciam na formação da personalidade de cada um.

O segundo fundamento do princípio da coculpabilidade é o reconhecimento da desigualdade social entre os homens. Essa desigualdade deve ser considerada na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado – detentor do poder de punir –, também é, ao mesmo tempo, credor deste mesmo Estado – responsável pela criação de condições necessárias para

o bem-estar dos cidadãos. O Estado deve, então, descontar aquilo que não realizou como devedor, por não ter propiciado condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a coculpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado nos delitos cometidos pelos cidadãos credores do Estado.

Com maestria nos ensina os renomados autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, em termos que não permitem melhor exposição:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2010, p. 525).

Nas sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento, as cotas pessoais de liberdade e determinação foram distribuídas de forma desigual, em direta dependência da condição social ostentada pelo agente: “indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação.” (SANTOS, 2002, p. 231).

Dessa forma, restaria comprometida a efetiva liberdade dos indivíduos socialmente excluídos. Ou, poder-se-ia dizer, que são livres dentro de uma fatalidade dada. Nesse contexto e diante de tal imperativo fático, de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas,

[...] é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada, responsável pela *injustiça* nas condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida. (SANTOS, 2002, p. 231).

O Estado, por mais organizado que seja, não é capaz de proporcionar a todos as mesmas oportunidades de vida. Em decorrência disso, certas pessoas, influenciadas pela sua condição social, possuem um menor âmbito de *poder de* escolha do próprio destino. Por isso, não seria razoável que esse indivíduo, que não está totalmente livre para escolher seus caminhos, sofra a pena em igualdade de condições com um criminoso comum.

Em resumo, é fato que todas as escolhas são, em largas medidas, determinadas por um conjunto de restrições impostas pelas condições socioeconômicas de cada indivíduo. Do mesmo modo, estar restrito em suas opções não é o mesmo que não ter opção. Tanto que a grande maioria das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social não são delinquentes. Na realidade, em última análise, sempre prevalece a própria vontade do agente, que sabe discernir entre o certo e errado, pois se assim não fosse seria considerado inimputável, o que não é o caso. Acontece que é a liberdade de escolha desse delinquente que, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar esta liberdade, pois as circunstâncias adversas impostas pelo Estado na vida dessas pessoas não são eventuais, e sim permanentes.

Acentue-se, no entanto, que o princípio da coculpabilidade não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como princípio corretor dessa seletividade, diminuindo sobremaneira seus impactos, dando ensejo ao desenvolvimento de um espírito crítico e responsável que oriente toda a sociedade (MOURA, 2006). Segundo o doutrinador alemão Franz von Liszt, o reconhecimento de que o crime

[...] tem as suas mais profundas raízes no meio social servirá de proteção contra os exageros da idéia finalística. A convicção da 'culpa coletiva da sociedade' refreará a ação repressiva do Estado; prevenir a prática do crime parecerá coisa de maior monta e de maior valia, tanto para o indivíduo como para a sociedade, do que punir o crime cometido. (LISZT, 2006, p. 120).

Ao permitir a existência de tamanhas desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais, o Estado estaria de alguma forma reco-

nhecendo que não dá chances iguais a todos. Isso não significa que todas as pessoas que sofrem com a vida miserável serão necessariamente infratores, mas em relação àqueles indivíduos com grau de autodeterminação reduzido é quase impossível exigir um comportamento adequado à lei e aos interesses gerais advindos do Direito. Não se trata aqui de determinismo, mas sim, nos dizeres de Grégore Moura (2006, p. 1), de uma *mea culpa* que o Estado deve assumir.

A título de ilustração, consideremos a seguinte situação: um mendigo, ao banhar-se em um chafariz no centro de uma cidade, a fim de lavar o seu corpo, expõe suas partes íntimas àqueles que por ali caminham. Sendo punido pela prática do delito previsto no artigo 233 do CPB (ato obsceno), pode-se perguntar: quais eram as escolhas que aquela pessoa tinha? Estava a ele assegurado o seu direito constitucional à moradia? A dignidade humana lhe estava assegurada? É aqui que se discutiria a aplicação ou não do princípio da coculpabilidade.

Ora, toda ação livre é uma ação voluntária, mas nem toda ação voluntária é uma ação livre. A questão fica mais acentuada quando a redução da esfera de atividade do indivíduo dá-se pela ausência de prestações estatais de direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Grosso modo, a aplicação a um caso concreto da coculpabilidade protege os direitos fundamentais do homem, gerando uma ruptura com a doutrina tradicional e sensibilizando juristas e todos aqueles que se preocupam com as injustiças que as ocasionais imperfeições do nosso CPB possa produzir.

3.3. Aplicação da coculpabilidade

Mesmo não estando expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro – como ocorre em outros países latino-americanos, tais como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica –, começam a surgir no nosso ordenamento jurídico manifestações dos tribunais sobre a coculpabilidade¹. Ainda que sejam poucas, essas manifestações demonstram a coragem e

¹ Ver: RIO GRANDE DO SUL, 2000; SANTA CATARINA, 2005.

perspicácia de alguns julgadores, que, atentos às mudanças econômico-sociais que ocorrem na sociedade, mostram a necessidade de uma efetiva aplicação da coculpabilidade no Brasil.

Lado outro, percebeu-se, após intensa pesquisa nos diversos julgados dos tribunais pátrios, que a maioria das decisões judiciais justificaram a não aplicação do princípio da coculpabilidade, com o argumento de que as desigualdades sociais existentes em nossa sociedade não têm o condão de legitimar as práticas ilícitas, como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza.

Ora, é imprescindível que os magistrados verifiquem a compatibilidade entre o estado de miserabilidade do acusado e o crime cometido, para que haja sua aplicação ao caso concreto. Essa circunstância acontecida antes ou depois do fato ilícito e que tenha influenciado no cometimento do crime ou positivamente na conduta do acusado, pós-crime, é sim, a despeito de divergências, relevante para justificar a aplicação da coculpabilidade.

Destarte, a legislação penal apresenta alguns dispositivos que permitem a análise de condições objetivas e subjetivas que eventualmente impeliram o réu à prática delituosa. Entre eles, tem-se o artigo 59 do CPB, aplicado na fase de fixação da pena-base. Esse dispositivo dispõe que o magistrado deve se ater, no momento de julgar, a certas peculiaridades do caso concreto, denominadas circunstâncias judiciais.

Precisa, assim, atentar o magistrado para os motivos do crime, para as suas circunstâncias, para a conduta da vítima e para as consequências do mal causado pelo delito. Por serem circunstâncias que devem ser aferidas em razão *do crime*, formam a chamada *culpabilidade do fato*. Contudo, o referido artigo traz, ainda, outras circunstâncias a serem avaliadas pelo julgador, tais como a personalidade do agente, seus antecedentes e sua conduta social. Tais circunstâncias, de cunho subjetivo, formam a chamada *culpabilidade do autor*.

Também é o artigo 59 que indica o quantitativo da pena que será aplicado, o regime inicial de prisão para o seu cumprimento, bem

como eventual substituição da pena privativa de liberdade. Portanto, é em sua primeira fase, ou seja, no momento da fixação da pena, quando da prolação da sentença, que se torna possível falar em aplicação efetiva do princípio da coculpabilidade.

Nesse sentido, alguns autores brasileiros, entre os quais citamos José Henrique Pierangelli, Nilo Batista, Rogério Greco, Grégore Moura etc., sustentam a positivação da coculpabilidade no CPB, para se criar maior segurança jurídica. É notório que:

[...] a precisão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59. (MOURA, 2006, p. 94).

Sob essa ótica, a coculpabilidade passaria, obrigatoriamente, a ser considerada como circunstância judicial prevista para fixação da pena-base.

Existe hoje no Congresso Nacional o anteprojeto de Lei n. 3.473/2000, que visa à reforma da Parte Geral do CPB, inserindo-se a coculpabilidade no artigo 59. Esse anteprojeto prevê alterações nas diretivas de aplicação da pena e passa a considerar, no juízo de reprovação, o agente integrado, de certa forma, a uma conjuntura social.

No que tange às circunstâncias judiciais, o anteprojeto elimina a referência à *conduta social* e à *personalidade do agente*, mesmo porque tais aspectos raramente são considerados na prática, além de poderem dar lugar a um subjetivismo do julgador, tornando demasiadamente elástica a sua discricionariedade. Acrescenta, todavia, a circunstância relativa às *oportunidades sociais oferecidas ao réu*, conforme transcrito a seguir:

Individualização judicial da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, *bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas*, aos motivos, circunstâncias e

consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34. (BRASIL, 2000, grifo nosso).

O PL n. 3.473/2000 propõe inserir no corpo do artigo 59 a coculpabilidade, sob a justificativa de assegurar a individualização da pena de maneira mais abrangente do que a reforma de 1984, mantendo as três ordens de fatores gerais acerca da individualização da pena: as relativas ao fato, ao agente e à vítima. O artigo 59 teve, assim, suas diretrizes alargadas. Determina o anteprojeto que o magistrado atenda à reincidência e às condições pessoais do acusado, bem como às oportunidades sociais a ele oferecidas.

Lado outro, deve-se reconhecer que a simples menção a tais requisitos, por si só, não basta para a individualização da pena. É necessário que eles sejam analisados à luz do caso concreto, para que o apenado receba a pena mais adequada, pois entre as circunstâncias integrantes do artigo 59 do CPB, a culpabilidade figura como a mais importante, a que ganhou, após a reforma penal de 1984, maiores contornos jurídicos, sendo as demais circunstâncias apenas critérios para aferição desta. Portanto, resta claro que, entre todas as circunstâncias judiciais verificáveis no rol do artigo 59, a culpabilidade constitui verdadeira pedra de toque.

Assim, a primeira das circunstâncias judiciais a ser aferida pelo magistrado é, justamente, a culpabilidade. É este, pois, um momento propício à perquirição, também, da coculpabilidade. Isso porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o *quan-*

tum de censura atribuível ao Estado, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há *divisão* da culpa entre o agente transgressor e o Estado omissor. Já que a culpabilidade é a circunstância judicial que possui maior peso a favor do Estado, caso também esteja presente, a coculpabilidade deve incidir a favor do réu, punhando-se pela manutenção da pena no mínimo legal.

Além do PL n. 3.473/2000, há na legislação pátria alguns escassos exemplos de dispositivos nos quais se pode vislumbrar, nas entrelinhas, a intenção do legislador em atenuar a culpabilidade do agente infrator em virtude de circunstâncias sociais limitadoras de sua autodeterminação, como é o caso do artigo 14, inciso I, da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), *in verbis*: “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente.” (BRASIL, 2010e, p. 1730).

Outro exemplo interessante veio pela reforma advinda da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que previu significativas mudanças em vários artigos do Código de Processo Penal (CPP) no âmbito do interrogatório judicial. Interessam ao presente trabalho, especificamente, as alterações do art. 187, § 1º, *in verbis*:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a 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*. (BRASIL, 2010f, p. 599, grifo nosso).

A partir dessa lei, o interrogatório judicial dividiu-se em duas partes: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre o fato a ele imputado. Com isso, quis o legislador que se apurassem de forma separada, mas não estanque, a culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato, para que, posteriormente, caso se decidisse pela condenação, fossem ambas analisadas à luz do artigo 59 do CPB.

Entre o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), há os questionamentos acerca das *oportunidades sociais*. Com isso, certas informações acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignadas no interrogatório, podendo ser utilizadas tanto pela defesa, quanto pela acusação, haja vista o interrogatório ter natureza jurídica mista, isto é, pode ser meio de defesa e meio de prova – não obstante as divergências doutrinárias.

E serão essas informações, colhidas na instrução processual, que nortearão o julgador no momento da fixação da pena, mormente da pena-base. Assim, caso haja, no caso concreto, informações sobre a ausência de oportunidades sociais na vida do autor e sobre as condições em que sua vida foi desenvolvida, esses dados passam a ser de suma importância na avaliação da pena a ser aplicada.

Por outro lado, os dispositivos mencionados (art. 14, inciso I, Lei n. 9.605/1998, e art. 187, § 1º, do CPP), bem como o PL n. 3.473/2000 se traduzem em vias alternativas àquela encampada pelo artigo 66 do CPB para a aplicação do princípio da coculpabilidade no Direito pátrio.

Por se tratar de um princípio, a sua positivação não se faz obrigatória, já que os princípios vinculam até mesmo o legislador e este, por sua vez, concretiza na norma os valores defendidos nos princípios.

Por isso que, neste trabalho, defende-se a aplicação da coculpabilidade como causa atenuante inominada prevista no artigo 66 do CPB, *in verbis*: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 2010a, p. 520). Segundo Grêgore Moura (2006, p. 90) “esse artigo dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo às peculiaridades do caso concreto”.

Nesta linha, tem o magistrado mais uma disposição para atenuar a pena do acusado, criando mais possibilidades na concessão de benefícios legais como o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, reconhecimento da prescrição em tempo

mais curto, entre outros. Comentando o artigo 66 do CPB, tem-se a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer *circunstância relevante*, ocorrida *antes* ou *depois* do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante de *clemência*, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinquente que se converta à prática constante da caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. (NUCCI, 2007, p. 257-258).

Enfim, insta salientar que o reconhecimento do princípio da culpabilidade será um importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto, o direito à igualdade e à individualização da pena, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o § 2º do artigo 5º da Constituição da República.

Entretanto, vale ressaltar que, mesmo com a efetivação da culpabilidade, o intérprete deve ter em mente que deve haver compatibilidade entre o estado de miserabilidade do acusado – gerador de um reduzido grau de autodeterminação – e o crime cometido, para que haja sua aplicação no caso concreto.

4. Conclusão

Neste trabalho, percebeu-se que o princípio da culpabilidade é fruto de recentes construções teóricas em âmbito penal, em busca de um Direito mais efetivo, humanista, liberal e defensor do princípio da igualdade e da individualização da pena, que são impres-

cindíveis para proteger e igualar os hipossuficientes. Além disso, a coculpabilidade reflete o anseio por se estabelecerem, nas sociedades periféricas, limites à atuação do Estado, num claro respeito à necessidade de constitucionalização e humanização do Direito Penal.

O escopo primordial foi pautado para uma necessidade de se avaliar o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminoso. Quando o espaço decisório do delinquente se encontrar muito limitado por suas condições socioeconômicas, impõe-se o reconhecimento pelo Estado de certo grau variável de corresponsabilidade pela conduta delituosa, que, em parte, foi impelida por tais condições adversas.

Ficou claro, por meio deste estudo, que é possível reconhecer a coculpabilidade como expressão da menor reprovabilidade da conduta delituosa, em razão da privação socioeconômica experimentada pelo agente transgressor, que, não raro, por condições de vida desfavoráveis, age com menosprezo à sociedade, vista como reduto excludente, bem como do reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, arrecadador de tributos, responsável pelas políticas sociais, mas, contudo, omisso.

Embora tal princípio não esteja isento de críticas, isso obviamente não o desqualifica de plano. Ante o apelo social nele presente, é preciso um esforço teórico no sentido de aprimorar-lhe o conteúdo, o qual resultará na melhor alocação de referido princípio no ordenamento jurídico, independentemente da posição que ocupe agora.

Neste estudo, não se buscou esgotar o assunto; tem-se a clara noção de que o tema ainda se encontra incipiente na doutrina pátria, e sua total aplicação está condicionada às decisões dos órgãos judiciais pátrios, como resultado de uma ampla discussão estabelecida entre as partes aos casos concretos, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

5. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Petro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Projeto de Lei n. 3.473/2000. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120 do CP). 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, tomo 1: arts. 1º ao 10. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Fac-similar, 2006. 1 v. (Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal)

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da Pena*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n. 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, Porto Alegre, 28 de abril de 2000. *DJ*, 30 ago. 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70000792358&-code=6977&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20GRUPO%20CRIMINAL>. Acesso em: 29 maio 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2005.025762-8, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Irineu João da Silva, Florianópolis, 27 de setembro de 2005. *DJ*, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Código Penal (1940). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

BRASIL. Súmula 711 do Supremo Tribunal. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010c.

BRASIL. Lei n. 7.210/1984, Lei de Execução Penal. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010d.

BRASIL. Lei n. 9.605/1988, Lei de Crimes Ambientais. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010e.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010f.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Artigo recebido em: 07/02/2012.

Artigo aprovado em: 05/11/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130004

**A CITAÇÃO POR EDITAL DO ACUSADO À LUZ DAS
TEORIAS DO PROCESSO E DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FLÁVIA SIQUEIRA COSTA PEREIRA

Mestranda em Direito Público

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

flaviasiqueiracosta@gmail.com

1. Da citação por edital

A citação é o ato processual através do qual o acusado toma conhecimento dos fatos contra ele imputados, para que a partir daí possa se defender das acusações que lhe foram feitas. De fato, a citação é ato imprescindível para o início de qualquer relação jurídica processual penal, já que dá efeito ao direito à informação, sendo certo que sua ausência constitui causa de nulidade absoluta do processo.

Nos dizeres de Pacelli, o ato citatório:

[...] é indispensável para a regularidade do feito, uma vez que é ele que possibilita ao réu não só o conhecimento da demanda, mas a oportunidade do exercício da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio e das demais garantias processuais individuais [...] (OLIVEIRA, 2009, p. 498).

Contudo, há situações em que, muito embora o Oficial de Justiça empenhe todos os meios a seu dispor para a localização e citação pessoal do acusado através de mandado, não logra êxito em encontrá-lo.

Diante da não localização do acusado, realiza-se a “citação ficta”¹, consistente na elaboração de um edital com o nome do acusado e a finalidade da citação, dentre outros requisitos, que será afixado na porta do juízo onde o processo está tramitando e publicado na imprensa oficial. Esse procedimento é feito para, em tese, dar publicidade ao ato citatório em relação à sociedade para que, então, chegue ao conhecimento do acusado.

A citação por edital é também denominada citação ficta, pois muito embora haja a presunção do conhecimento do acusado acerca da ação penal, trata-se de presunção *juris tantum*, a qual pode ser posteriormente descaracterizada pelo mesmo no momento em que ele, de fato, tomar conhecimento da ação. Ainda, é certo que o processo não tramitará regularmente sem o comparecimento pessoal do acusado, como será explicitado abaixo.

Frise-se que a citação pessoal é o único meio que dá certeza de que as garantias constitucionais do processo estão sendo cumpridas, devendo a citação por edital ser utilizada somente nos casos em que já tenham sido realizadas:

[...] todas as diligências cabíveis e pertinentes, e se, ainda assim, não for ele encontrado, deverá o oficial de justiça certificar nos autos que o réu se acha em local incerto e não sabido. Por óbvio, não se exige a adoção incondicional da expressão local incerto e não sabido, como se tratasse de fórmula sacramental. O que há de ser exigido é a referência expressa às providências adotadas pelo oficial de justiça, bem como a impossibilidade de prosseguimento das diligências, pelo desconhecimento do paradeiro do réu. (OLIVEIRA, 2009, p. 498).

De acordo com a legislação processual penal, diante da citação por edital do acusado, caso o mesmo não compareça ao processo nem consti-

¹ Há quem defenda que, com o advento da Lei n. 9.271, a citação por edital deixou de ser ficta, já que não é mais considerada uma “citação efetiva”, tendo em vista que o processo não seguirá em contraditório formal, sem a participação do acusado. Entendemos, contudo, que não há razão para deixar de considerar a citação por edital como uma citação ficta, já que, de alguma forma, cria uma “ficção jurídica”.

tua advogado, o processo e o prazo prescricional deverão ser suspensos até posterior apresentação pessoal do acusado no processo².

Isso porque, tendo em vista que o acusado ainda não compareceu efetivamente no processo, já que sua citação foi ficta, obviamente o mesmo não poderá prosseguir sem que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente. Percebe-se, aqui, uma evidente expressão do princípio do devido processo legal e do contraditório no Processo Penal, já que indispensável a formação, de fato, da relação jurídico-processual para o andamento regular do feito.

O problema urge a partir da possibilidade, prevista na legislação processual penal, da produção antecipada de provas consideradas “urgentes”, haja vista que tal medida obviamente prejudica a participação do acusado do processo, abalando, portanto, o princípio do contraditório.

A possibilidade de tramitação do processo penal sem a efetivação do contraditório, no âmbito da citação por edital, é temerária e questionável, não podendo resultar em arbitrariedades do magistrado.

Nesse contexto, faz-se mister a análise do instituto da citação por edital sob o prisma das teorias do processo, a fim de verificar qual o limite da exceção ao contraditório, consistente na produção antecipada de provas, baseando-se, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2. Teorias do processo e a citação por edital

2.1 A citação no contexto das teorias instrumentalista e neo-institucionalista do processo

O ato citatório, no âmbito da teoria instrumentalista do processo, é o pressuposto de validade que constitui a relação processual, posto que tem por finalidade:

² Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

[...] levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe foi formulada, bem como a data e local em que deve comparecer para ser interrogado, propiciando, assim, as informações indispensáveis à preparação da defesa. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2000, p. 101).

Pode-se dizer, portanto, que é a citação válida que fixa a “angularidade da relação processual” (MARQUES, 2000, p. 209) e passa a efetivamente vincular o acusado ao processo penal.

Contudo, tendo por certo que a concepção instrumentalista do processo considera a citação como um pressuposto de validade do processo, ao analisar a situação estabelecida pela citação por edital no processo penal, percebe-se que a citação válida nem sempre atribui validade ao processo.

Isso porque, a legislação processual penal é clara ao exigir a existência do contraditório para que o processo possa tramitar regularmente, já que mesmo diante da citação por edital, caso o acusado não compareça ao processo, o mesmo deverá ser suspenso até que o réu se apresente. Desta forma, sem contraditório, sem a efetiva participação e possibilidade de defesa do acusado, o processo não será válido.

Ora, a citação por edital não deixa de ser uma citação válida, mas nem por isso atribui validade ao processo, que não poderá tramitar sem a presença do acusado.

A citação constitui, na verdade, um pressuposto de existência do procedimento penal, sendo que sua *validade* dependerá da tramitação regular do processo à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como bem aponta Nascimento:

Entretanto, considerando o processo penal na atualidade constitucional brasileira, a citação pessoal é meramente pressuposto de existência do procedimento instaurado, e não de sua validade, que só ocorreria pelo processo, [...] (NASCIMENTO, 2008, p. 112).

Portanto, a teoria instrumentalista do processo não consegue explicar o ato citatório no âmbito do Processo Penal, já que vê o processo como um mero instrumento da jurisdição.

Por outro lado, a teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal (2005), ao propor a aplicação da concepção de democracia procedimental discursiva no processo, consegue explicar a necessidade da existência fática (e não meramente formal) das garantias constitucionais no âmbito do processo penal, o que justifica o tratamento dado à citação por edital. É o que se pretenderá demonstrar doravante.

2.2 Do princípio do contraditório

O artigo 5º da Carta Magna Brasileira estabelece, em seu inciso LV, que:

Artigo 5º. [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

Entende-se por contraditório a obrigatoriedade da ciência de todas as partes envolvidas acerca da própria ação e de todos os atos praticados no processo, a fim de que possam se defender propriamente e argumentar em torno daqueles atos que lhe possam ser prejudiciais, no momento oportuno para tanto. Segundo a lição do Professor Adilson Nascimento:

Por contraditório, deve-se entender, de um modo, a necessidade de se dar conhecimento às partes da existência de ação e de todos os atos do processo, e de outro, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, e de realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, o direito de serem ouvidos, paritariamente, no processo, em todos os seus termos, [...] (NASCIMENTO, 2004, p. 74).

Em se tratando de processo penal, o princípio do contraditório deve ser observado ainda com mais afinco, já que trata de direitos sensíveis ao envolver cerceamento da liberdade de ir e vir de um indivíduo. Adilson Nascimento, citando Fernandes, ensina que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares. (NASCIMENTO, 2004, p. 52).

2.3 A Citação como fundamento para a existência de um procedimento em contraditório

A teoria neo-institucionalista do processo explicita que, no atual contexto democrático, o Direito Processual só pode ser identificado através da aplicação efetiva da principiologia do devido processo constitucional. Segundo ela, “é o devido processo legal que vai estabelecer o espaço discursivo legitimados da decisão a ser preparada por todos os integrantes da estrutura procedimental” (NASCIMENTO, 2008, p. 114).

Ao trazer para a concepção de processo a efetivação das garantias constitucionais, dentre elas o contraditório, é evidente que a teoria neo-institucionalista explica com mais completude o processo penal atual como um todo, mormente em relação ao instituto da citação por edital.

Com o advento da Lei n. 9.271/96, a qual modificou o tratamento da citação no âmbito do processo penal, restou evidente a intenção de se coadunar o sistema processual penal com as garantias constitucionais estabelecidas pela Constituição da República de 1988, diante da exigência da citação pessoal do acusado para o regular andamento do feito.

Tal diploma legal extinguiu o anterior “contraditório formal”, que ocorria nas vezes em que o acusado, citado por edital, não comparecia no processo, o qual tramitava sem a sua presença e resultava, muitas vezes, em uma condenação sem qualquer participação do acusado na construção do provimento final.

Desta forma, o Sistema Processual Penal Brasileiro atual permite a participação efetiva do acusado no processo, tanto através da necessidade de sua presença física nos atos processuais, quanto na obrigatoriedade de elaboração de uma defesa técnica por advogado, constituindo verdadeiro processo dialógico e democrático, ao contrário do mero “processo formal” existente anteriormente.

Considerando que, como explicitado alhures, a citação por edital sem comparecimento do acusado impede a tramitação do processo, suspendendo-o, resta evidente a importância dada às garantias constitucionais do processo. Pode-se afirmar, portanto, que a citação é o ato essencial que possibilita a concretização dos princípios constitucionais do processo, mormente o do contraditório, senão vejamos:

Os princípios institutivos do processo só são efetivados através da citação. Esta é a porta de entrada para o devido processo legal, visto que o manejo de toda a sua principiologia necessita-se da ciência pessoal do acusado, sendo, pois, a comunicação prévia um antecedente lógico e imprescindível. (NASCIMENTO, 2004, p. 78).

Ao contrário das colocações observadas pela teoria instrumentalista do processo:

[...] a citação válida deve ser entendida, no processo penal advindo da constitucionalidade democrática brasileira, como pressuposto de existência do procedimento em contraditório, e não como pressuposto de existência e validade do procedimento (ação) instaurado e trazido no intrínseco e exclusivo ato jurídico de mera cientificação pessoal do acusado (NASCIMENTO, 2008, p. 118).

Assim, é certo que a citação não é somente o ato que cientifica o acusado acerca dos fatos que lhe são imputados, mas sim o *ato que assegura e concretiza a garantia processual do contraditório*, considerado como o espaço de participação do acusado no procedimento para a construção do provimento final.

Neste sentido, é o brilhante apontamento do Professor Adilson Nascimento:

Assim, ao se aplicar a concepção habermasiana de democracia, que preconiza a inclusão do princípio discursivo nas formas jurídicas, chega-se à contribuição fazzalariana no sentido de que o processo é espécie de procedimento que se desenvolve em contraditório. Com o acréscimo da teoria neo-institucionalista – que considera o procedimento o espaço-tempo estruturante do exercício dos direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, expressos numa principiologia regente de toda a procedimentalidade –, teríamos o alardeado processo garantista, em que as partes terão ampla participação na construção do provimento final, sendo destinatárias e autoras de tal provimento, o que trará legitimidade quanto aos fundamentos que lhes venham afetar, porque expendidos no âmbito processual de argumentações compartilhadas, caracterizadoras do Estado de Direito Democrático. (NASCIMENTO, 2008, p. 119).

E, ainda, conclui:

Portanto, o ato citatório só se valida no pressuposto de existência do procedimento em contraditório, assegurando a efetiva e ampla participação daquele a ser afetado pelo provimento final. (NASCIMENTO, 2008, p. 125).

2.4 A produção antecipada de provas e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Diante da adoção da teoria neo-institucionalista do processo, identificada através da essencialidade do contraditório para a regular tramitação do feito, insta analisar a produção antecipada de provas no âmbito da citação por edital, a fim de delinear seus limites.

Como dito anteriormente, o juiz poderá determinar a produção antecipada de provas ditas “urgentes”, caso o acusado, citado por edital, não compareça no processo ou não constitua advogado. Pois bem, a adoção de tal medida cautelar antecipatória implicará na tramitação do processo sob a égide do contraditório formal, com a presença somente de defensor dativo.

Tal medida afronta evidentemente o direito de defesa do acusado, que não estará efetivamente presente para acompanhar todos os atos do processo. Questiona-se, neste contexto, até que ponto se pode ceifar o direito do acusado ao efetivo contraditório.

Há quem defenda que o direito do acusado de acompanhar todos os atos processuais, diante da produção antecipada de provas, pode ser expressado na possibilidade de, fazendo-se presente no processo, requerer que a prova seja produzida novamente³. Não entendemos, contudo, da mesma forma.

De acordo com a jurisprudência do STF, mormente na análise do Habeas Corpus RS nº 108.064, toda a antecipação de prova realizada nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal deve estar vinculada a uma decisão fundamentada acerca da necessidade concreta do ato.

No mesmo julgado da Suprema Corte, estabelece-se que:

[...] “[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2012).

O artigo 225 do CPP, por sua vez, determina: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista,

³ Neste sentido: TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. A revelia e a suspensão no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 66.

o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

No caso concreto, a determinação da produção antecipada de provas pelo juiz *a quo* foi baseada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, primando pela verdade real, possui precedentes em que a possibilidade da demora na produção das provas resultar no esquecimento das testemunhas acerca dos fatos que presenciaram, por si só, justificaria a medida cautelar antecipatória.

No STF, contudo, este argumento não prosperou, já que os ministros, por maioria, deram primazia ao princípio do contraditório e impediram a produção antecipada de provas no caso concreto. Desta forma, pode-se dizer que o limite para a determinação da produção antecipada de provas, em detrimento da defesa do acusado, são os critérios estabelecidos pelo supracitado artigo 225 do CPP.

3. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a concepção neo-institucionalista do processo foi adotada pela sistemática processual penal no que tange à citação por edital do acusado, diante da evidente primazia dada ao princípio do contraditório.

A exceção ao princípio, consubstanciada na possibilidade de produção antecipada de provas sem a presença efetiva do acusado no processo, é limitada a critérios objetivos estabelecidos no próprio Código de Processo Penal, e não pode ser fruto de mera arbitrariedade do magistrado que a determina.

Ainda, entende-se como acertada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da produção antecipada de provas, que também possui laços com a teoria neo-institucionalista do processo, sendo evidente a necessidade de se resguardar ao máximo o direito do acusado ao efetivo contraditório.

4. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 5 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 108064/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 13 dez. 2011. *DJe*, 27 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28108064.NUME.+OU+108064.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tomson-IOB, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. Vol. II.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado: interpretação do artigo 366 do Código de Processo Penal com a redação da Lei n. 9.271/96 no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Dos pressupostos processuais penais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130005

3

Direito Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO DANO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO

THE IMPOSSIBILITY TO ACKNOWLEDGE PARENTAL AFFECTIVE ABANDONMENT AS A DAMAGE SUBJECT TO COMPENSATION

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

RESUMO: A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais e, por outro lado, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de maturação democrática. Além disso, a matéria nos traz um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, que é o de determinar quais danos extrapatrimoniais, entre aqueles que ocorrem no comércio ordinário da vida humana, são passíveis de reparação pecuniária.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo parental; dano moral; indenização; impossibilidade; Estado-juiz.

ABSTRACT: The analysis of the subject is justified because this growing question in our courts and, secondly, because of the complex needs of a society in constant process of democratic maturity. Moreover, the matter puts us one of the most exciting of liabi-

lity, which is to determine what moral damages, among those that occur in ordinary commerce of human life, are subject to monetary compensation.

KEY WORDS: Parental emotional abandonment; damage; indemnity; impossibility; the Judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Abandono afetivo parental: conceito. 3. Autonomia moral do indivíduo. 4. Liberdade afetiva parental. 5. As correntes de pensamento a respeito da matéria. 6. A monetarização do amor e da moral. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Há, na comunidade jurídica, muitas questões que suscitam polêmicas e estão longe de ser totalmente equacionadas à luz do conhecimento jurídico moderno. Entre elas, eleva-se o abandono afetivo parental e a possibilidade de indenização, como medida determinada pelo Estado-juiz.

A matéria sub oculis põe-nos um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, que é o de determinar quais danos extrapatrimoniais, entre aqueles que ocorrem no comércio ordinário da vida humana, são passíveis de reparação pecuniária.

A análise do tema justifica-se em face do crescente questionamento em nossos tribunais e, por outro lado, em virtude das complexas exigências de uma sociedade em contínuo processo de maturação democrática. Esta conjunção de fatores cobra do intérprete e aplicador jurídico posicionamentos sólidos (com bom lastro teórico) para uma maior efetividade da justiça em responder às demandas formuladas.

2. Abandono afetivo parental: conceito

O abandono afetivo parental é um claro reconhecimento de que a paternidade ou a maternidade não é apenas biológica, mas principalmente afetiva. Esse estado (abandono afetivo) configura-se na

indiferença e na ausência de assistência afetiva (e amorosa) durante o desenvolvimento físico, psicológico e social do filho. Verifica-se, em regra, em famílias monoparentais. Podem praticar tal conduta omissiva tanto o pai quanto a mãe.

O fim de um relacionamento afetivo entre os pais acaba, algumas vezes, inconscientemente, por ser estendido aos filhos, acarretando um trauma pelo abandono. Esse trauma pode se manifestar em crises depressivas, instabilidade emocional, complexos de culpa e de inferioridade, orientação sexual etc.

3. Autonomia moral do indivíduo

Inicialmente, pergunta-se se pode o Estado, direta ou indiretamente, obrigar o indivíduo a ser bom ou mau, amoroso ou desamoroso, afetuoso ou indiferente. Se ele é capaz de dizer por qual escala moral deve o indivíduo medir seu comportamento, enfim, se pode o Estado impor um padrão moral à sociedade e ao indivíduo.

Definitivamente, como diz B. Russell (1957, p. 183), o Estado não deve considerar-se como o guardião da verdade na ciência, na metafísica ou na moral. O Estado não pode subvencionar com imposições à moral individual e social, assim como fez, em tempos recuados, com a religião. Se lhe é atribuída a coordenação da atividade exterior das diversas instituições sociais, para que não entrem em conflito, não pode, todavia, usurpar-lhes a autoridade e os objetivos (AZAMBUJA, 1945, p. 60).

A propósito, diz Saul K. Padover: “En su búsqueda de la verdad la mente humana no debe estar trabada por ninguna organización gubernamental o cuerpo eclesiástico”. (PADOVER, 1962, p. 68).

O plano intangível da consciência é um dos poucos espaços em que o Estado moderno, concebido como um deus mortal, não pode penetrar (YANNUZZI, 2007, p. 114). O Estado há de ser neutro nas questões atinentes à moral. E essa neutralidade resultou em conquistas históricas e postulados constitucionais consagrados como a liberdade de consciência e a liberdade de cultos.

A religião e a moral são reconhecidamente assuntos em que não deve haver interferência do Estado. São forças sociais que têm de encontrar por si mesmas o seu próprio equilíbrio dentro da estrutura estatal. Um indivíduo ser cristão, maometano ou judeu, ou ainda, ser altruísta, generoso ou egoísta, não constitui matéria de interesse público, desde que eles obedeçam às leis; e as leis devem ser obedecidas por indivíduos de todas as religiões ou perfis morais. De acordo com Vigo (2010, p. 264), o Direito não tem por sentido tornar os homens bons, mas se conforma em modelar bons cidadãos, ou seja, que ao final respeitem e confirmem aos outros o que lhes corresponde.

O Estado é uma criação jurídica e moral da sociedade, uma simples delegação do país (um subordinado pouco confiável, que tem de ser controlado e atrelado a limites precisos), encarregada da manutenção das leis e do custeio dos encargos gerais da comunidade (ORTIGÃO, 1887, p. 194; SCHMITT, 2009, p. 66). A direção moral do indivíduo e da sociedade não pode, de modo algum, caber ao Estado (por quaisquer das suas formas de expressão de poder: Estado-administrador, Estado-juiz ou Estado-legislador). É unicamente à família, à sociedade, e por óbvio, ao próprio indivíduo que ela compete. O dever ético não se incute como a gramática na aula ou o exercício militar na caserna.

Admitir a interferência direta do Estado na esfera moral individual seria aceitar o totalitarismo estatal¹, o domínio total da esfera pública sobre a esfera privada e renegar a democracia que tem na autonomia, na liberdade e na dignidade humana, sua pedra angular. Retirar a autonomia moral do homem equivale a privar-lhe de liberdade, a torná-lo um autômato. Sabemos que a liberdade de escolher entre o certo ou o errado (o poder de autolegislação moral) é o que torna o homem um agente moral (livre, portanto).

¹ SCHMITT (2009, p. 24) define o Estado total como a identidade entre Estado e sociedade, Estado que não se desinteressa por nenhuma área e que abrange, potencialmente, qualquer área. Para o totalitarismo, o Estado constitui o começo e o fim de toda vida social.

O Estado, na qualidade de organização social de tipo especial, tem como objetivo delimitar e ordenar as forças volitivas socialmente eficazes. Trata-se de *animá-las*, não *dominá-las*. Não tem, nem sequer potencialmente, todos os objetivos sociais da humanidade também como seu fim. Não lhe compete propor modelos de vida ou dirigir condutas (numa espécie de paternalismo moral). Para estes propósitos existem os moralistas e os reformadores sociais.

Se os homens, livres e iguais em direitos, no estado pré-político, renunciaram a uma parcela da sua liberdade e da sua igualdade para que pudesse surgir o poder político, os limites deste, como produto da vontade, são os daquela própria renúncia. Dessa forma, a sua autoridade jamais pode ser compreendida extensivamente; ao contrário, sempre restritivamente (SOUZA, 1979, p. 109-110).

Os símbolos da democracia são os mesmos da liberdade, da vida livre, da livre escolha, da expansão da personalidade e da completa manifestação de cada um (MERRIAM, 1947, p. 112). Diz Ramalho Ortigão (1888, p. 136) que, quando o Estado se constitui protetor, torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do governo é uma derivação da fé no milagre. Essa fé dissolve todas as aptidões, todas as iniciativas, todas as forças de uma sociedade.

Há no mundo um núcleo intangível de liberdade atribuído a cada ser humano: a moral. E não se muda a moral por lei, por ato administrativo ou por sentença. Os costumes, em que a moral tem origem², são modificados lentamente por um trabalho igualmente paulatino de reforma social.

Como ensina Recasens Siches (1943, p. 163-164), em valioso estudo sobre Leopoldo Wiese: em todos os processos que têm caráter estatal, pretende-se o estabelecimento e a conservação de uma ordem externa em que se objetivam relações inter-humanas de poder. Essa ordem, estabelecida pelo Estado, pretende tão somente uma regulação meramente externa, que leva em conta o visível e ignora

² A palavra moral tem origem no latim *morus*, significando os usos e costumes.

– quase por completo – a vida interior do homem³. Por isso, a esfera estatal da vida se caracteriza por uma especial rigidez, por uma certa dureza e rigor, numa espécie de “ausência de alma”. Nessa esfera domina frieza e objetividade. Do homem interessa ao Estado apenas a função que desempenha neste; e, portanto, é tomado em conta unicamente na medida e grau em que a cumpre ou a infringe. Para o Estado, o homem é sempre considerado como membro servidor; não interessa como homem autêntico, como personalidade individual entranhável, apenas na sua qualidade de súdito ou de funcionário (no sentido de desempenhar uma função: contribuinte, cidadão, conscrito, etc.).

Em verdade, o Estado não existe para, com sua estrutura de poder, obrigar o homem a ser melhor, mais generoso, mais temente a Deus, mais carinhoso, afetuoso, altruísta, amoroso, etc. O Estado pode proporcionar meios⁴ para que o indivíduo alcance ou aprimore esses bens morais, mas não pode substituir-se ao *eu individual*, traçando parâmetros morais pelos quais o ser humano deve se guiar. O Estado é mais *direção* e menos *dominação*. (SOUZA, 1979, p. 64). Seria, ademais, um atentado contra a diversidade e a diferença, aspectos responsáveis pelo progresso vital da humanidade. Essa questão nos remete aos seguintes esclarecimentos de B. Russell:

Não há um ideal único para todos os homens sob a égide do Estado ou qualquer outra instituição humana, mas um ideal diferente para cada homem. Todo indivíduo o possui em seu ser para desenvolver como coisa boa ou má: para ele, existe um melhor e um pior possíveis. As circunstâncias irão determinar se

³ A prova disso é que, no direito penal, a cogitação, a intenção, o simples pensamento de praticar um crime é impunível – *cogitationis poenam nemo patitur* (LÉVY-BRUHL, 1964, p. 36). Mentalmente, todo delito pode ser idealizado e o Direito Penal (é dizer, o Estado) não se interessa por isso.

⁴ O Estado pode, por exemplo, fixar sanções premiais para estimular o indivíduo a ser generoso ou altruísta, mas sempre dentro de um modelo aceito socialmente (pela moralidade positiva). Pode, por exemplo, oferecer incentivos fiscais para quem contribuir com a cultura, com a causa menorista etc. A função do Direito não é mais só protetora-repressiva, mas também, e sempre com maior frequência, promocional. É a passagem do Direito como forma de controle social para a concepção do Direito como forma de controle e de direção social (BOBBIO, 2008, p. 119).

suas aptidões para o bem serão desenvolvidas ou esmagadas, e se os seus impulsos serão reforçados ou, pouco a pouco, canalizados para o bem. (RUSSEL, 2001, p. 10).

Também Michael Walzer (2003, p. 388), em retrospectiva histórica, é enfático ao referir que os direitos feudais de tutela e casamento, dos quais os reis absolutistas se apoderaram por algum tempo, não são da competência jurídica e moral do Estado. Suas autoridades não podem controlar o casamento dos súditos nem interferir em suas relações pessoais ou familiares, nem regular a criação de seus filhos.

Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado(-juiz) “obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo”, mesmo que indiretamente, ao condenar uma pessoa a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Admitir que o Estado possa obrigar o pai ou a mãe a amar os filhos é comparável, guardadas as devidas proporções, a mover o Poder Judiciário para exigir que determinado indivíduo conceda uma esmola a um mendigo (obrigando-o, em consequência, a ser generoso ou altruísta).

4. Liberdade afetiva parental

O abandono afetivo parental põe frente a frente duas situações: de um lado a liberdade parental, de outro, a solidariedade familiar e a integridade psíquica dos filhos.

A liberdade parental divide-se em duas subespécies: a) uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres parentais, dos quais não se pode eximir sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos e, no extrapatrimonial, ser destituído do poder familiar; b) outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto aos filhos.

Dado o enorme caráter subjetivo da liberdade afetiva parental, ela não pode ser imposta, exigida ou obrigada, não se tratando, portanto, de dever, mas sim de uma opção – até mesmo inconsciente – do pai ou da mãe de sentir ou não carinho por seu filho e, assim, dar-lhe afeto (MINAS GERAIS, 2009a).

Os pais têm a obrigação natural (ou moral) de amar seus filhos. Por se tratar de obrigação natural, seu adimplemento não pode ser exigido em juízo. Essa obrigação encaixa-se numa zona intermediária⁵ e, guardadas as proporções, assemelha-se, por exemplo, à obrigação natural pelo adimplemento de dívida de jogo, em que o credor não pode exigir, judicialmente, o pagamento do débito. Isso porque a obrigação jaz no campo da Moral e não do Direito.

De outro lado, a própria lei civil estabelece que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, *poderá* visitá-los e tê-los em sua companhia [...]” (CC, art. 1.589). Claramente, o legislador, respeitando os limites da autonomia da esfera privada humana, não obriga o pai ou a mãe (sem a guarda) a ser presente na vida dos filhos, embora em outros dispositivos obriguem-nos à manutenção material da prole.

5. As correntes de pensamento a respeito da matéria

Os que advogam a tese favorável à indenização sustentam que certos traumas que se verificam na ruptura de um estado de vida, pela desestrutura do bom ambiente familiar, fariam justificar a concessão de uma indenização para que o filho se recuperasse totalmente das adversidades impostas pelo abandono afetivo sofrido. Essa indenização seria para aliviar a dor da rejeição ou da ausência. Os adeptos da não introdução da responsabilidade civil no âmbito do direito de família afirmam que as relações de parentesco e sentimentais são especialíssimas e provocam reações inflamadas, exageradas e explosivas, como o ciúme, o desamor, a vingança e outros valores passionais que são contidos, refreados ou perdoados pela recíproca afinidade. Não seria prudente catalogar de ilícito, na forma do artigo 186, do CC, determinadas atitudes que são essenciais do ser humano, sob pena de reprimir a naturalidade da aproximação e da coabitação⁶.

⁵ “A moral e o direito estão tão próximos um do outro, que não podem deixar de admitir uma zona intermediária” (LÉVY-BRUHL, 1964, p. 38), como as obrigações incompletas ou naturais.

⁶ TJSP, Apel. Cív. 467.531-4/4.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em algumas decisões⁷, vem entendendo que o abandono afetivo é passível de indenização, assumindo um triplo caráter: de recuperação (do *status quo*, ou seja, obrigar o pai ou a mãe a amar o filho), pedagógico e compensatório (amenização da dor do filho).

Também há decisões isoladas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁸ e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência já firme¹⁰, afasta a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, por entender que o dano não é passível de indenização. Entende que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno ou materno. A indenização também não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, pois se trata de punição já obtida com outros meios previstos na legislação civil (como perda ou suspensão do poder familiar, por exemplo).

De uma forma ou de outra, o certo é que há uma tendência, liderada pela jurisprudência do STJ, em não reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de reparação pecuniária. Mas há setores da sociedade e da própria comunidade jurídica que não compartilham esse entendimento.

No Congresso Nacional, por exemplo, existem dois projetos de lei (de duvidosa constitucionalidade, frise-se) sobre o tema.

⁷ Ver: RIO GRANDE DO SUL, 2008.

⁸ Ver: RIO DE JANEIRO, 2008.

⁹ “A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional”. (BRASIL, 2011).

¹⁰ Ver: BRASIL, 2006. No mesmo sentido: BRASIL, 2009.

No Senado Federal, o Projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil e penal. A proposição modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente ao acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança. Em casos de negligência, o pai ou a mãe pode ir para a cadeia e ainda pagar indenizações.

A criminalização do abandono afetivo não se presta à proteção de um bem jurídico. Na lição de Roxin (2009, p. 11-21), os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Se eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. É vedado ao legislador democrático penalizar algo simplesmente porque não lhe agrada. A penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.

Curiosamente, o autor do Projeto de Lei, Senador Marcelo Crivella, reconhece, em sua justificativa, que “amor e afeto não se impõem por lei!” (DILL; CALDERAN, 2011). De fato, a moralidade, como assinala Roxin (2009, p. 13), não é protegida juridico-penalmente porque não é um bem jurídico. Ou como diz Padover (1962, p. 236), não se pode obrigar os homens a serem morais por meio da legislação.

Na Câmara dos Deputados há o Projeto de Lei nº 4.294/2008, do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que sujeita os pais que abandonarem afetivamente seus filhos ao pagamento de indenização por dano moral. O projeto também sujeita os filhos a pagar indenização pelo abandono afetivo de pais idosos.

6. A monetarização do amor e da moral

Desenvolve-se no Brasil, como diz Décio Antônio Erpen (1998), um instituto quasimodesco que instabiliza a aplicação do Direito nos tribunais: a indústria do dano moral.

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição

pouco confortável. Ele, que deve ser o executivo da norma, passa a personalizá-la, criando novos atos ilícitos e indiretamente impondo padrões morais aos indivíduos e à sociedade.

A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, corre-se o risco de gerar insegurança jurídica, bem como uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.

Não é exagero vislumbrar, no futuro, indenizações fundamentadas em casos em que um indivíduo pedirá indenização porque alguém o olhou “feio” na rua e se dirá abalado, ou ainda porque, em determinado dia, seu chefe deixou de cumprimentá-lo no início do expediente (CONSUL, 2002).

O amor deve ser a mais estimada de todas as virtudes existentes. E, assim como os outros valores, não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor (ALMEIDA, 2011). Por esse caráter sublime, o amor não pode ser dimensionado ou quantificado em valores monetários.

No caso de abandono afetivo parental, parece claro que não se pode recompensar amor, carinho e afeto com dinheiro, pois são sentimentos que devem surgir normalmente e espontaneamente entre os pais e os filhos. Como decidiu o TJSC:

Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo. (SANTA CATARINA, 2010).

7. Conclusão

Não é possível reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização, porque o Estado, por meio de quaisquer de suas formas de expressão de poder (executiva, legislativa ou judicial), não pode

nem está autorizado (pelo pacto social), direta ou indiretamente (no caso da indenização), a obrigar o indivíduo a adotar determinado padrão moral. Não é função do Estado determinar que as pessoas amem ou odeiem, que sejam religiosas ou irreligiosas, crentes ou descrentes. A moral evolui por um lento processo de baixo para cima, num ritmo próprio e espontâneo.

A ideia subjacente a essa conclusão preliminar promana de um princípio básico que perpassa a teoria do Estado: o de que o poder estatal de intervenção e a autonomia da esfera privada humana devem ser levados a um equilíbrio, apto a garantir ao indivíduo tanta proteção do Estado quanto seja necessária, bem como tanta liberdade individual quanto seja possível.

Por outro lado, o dano moral afetivo não é um ato ilícito indenizável, mas *caducificante*, ou seja, que gera a perda de direitos ou pretensões. O pai que abandona moralmente seu filho perde o poder familiar (ECA, art. 24; CC, art. 1.638, II), antes garantido, sem ter o dever de indenizar o abandonado. Além disso, é obrigado a prestar alimentos.

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro obrigação legal de amar ou de dedicar amor¹¹ (e, se existisse, sua constitucionalidade seria contestável). A ausência do sentimento de amor e carinho não caracteriza ato ilícito que enseje reparação pecuniária. Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado(-juiz) obrigar um indivíduo a amar ou a manter um relacionamento afetivo, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Além disso, se houvesse tal possibilidade, a decisão judicial não atenderia à finalidade de afeto parental, pois constituiria mais um obstáculo na renovação dos laços familiares¹².

¹¹ “A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor”. (MINAS GERAIS, 2009b).

¹² “[...] a reparação pecuniária, além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno, poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento”. (SANTA CATARINA, 2009).

O abandono afetivo parental restringe-se à esfera da moral e não gera, portanto, sanções de ordem pública, aplicadas por autoridades legalmente constituídas. Os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável. E as sanções no campo moral (arrependimento, vergonha, censura pessoal ou social), como se sabe, também não possuem a força coerciva do Direito¹³. Não se admitem, na esfera moral, imposições externas, direta ou indiretamente.

8. Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O valor do amor*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/guilherme23.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Decadência e grandeza da democracia*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1945.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. *DJ*, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 514350/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, DF, 28 de abril de 2009. *DJ*, 25 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

¹³ A norma moral tem estrutura semelhante à norma jurídica, dado A deve ser B; e, se não o for, deverá ser C (coerção). Este novo elemento C (coerção) já não é próprio da norma moral, que tem sanções, mas não tem formas materiais de realização coativa. (COUTURE, 2001, p. 155).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 20090110114820APC, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho. Brasília, 13 de abril de 2011. *DJe*, 27 abr. 2011. Disponível em: <<http://tjdft19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=8&PGATU>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

CONSUL, Ana Cristina Gularte. A indústria do dano moral: banalização. *Informativo*, Porto Alegre, ano 14, n. 136, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.obinoadvogados.com.br/info1202.btm>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gil-da Maciel Correa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/703>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

ERPEN, Décio Antônio. A indústria do dano moral. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 10 out.1998.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

MERRIAM, Charles E. *Que é democracia?* Tradução de Moacyr N. Vasconcelos. São Paulo: Assunção Limitada, 1947.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0499.07.006379-1/002, Rel. Des. Luciano Pinto, Belo Horizonte, 27 de novembro de 2008. *Minas Gerais*, 9 jan. 2009a. Disponível em: <www.tjmg.gov.br/juridico/jt>. Acesso em 24 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0251.08.026141-4/001, Rel. Des. Nilo Lacerda, Belo Horizonte, 29 de outubro de 2009. *Minas Gerais*, 9 dez. 2009b. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor>. Acesso em: 27 jan. 2012.

ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas: as epístolas*. Lisboa: David Corazzi, 1887. Tomo 2.

ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas: a sociedade*. Lisboa: David Corazzi, 1888. Tomo 6.

PADOVER, Saul K. *Forjadores de una nación*. Tradução de Alfredo G. Glade. Buenos Aires: Victor Leru, 1962.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.001.45918, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2007. *DJERJ*, 9 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=-JURIS&LAB>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021592407, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Porto Alegre, 14 de maio de 2008. *Diário da Justiça*, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021592407&tb>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUSSELL, Bertrand. *O Poder: uma nova análise social*. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

RUSSELL, Bertrand. *Ideiais políticos*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.057288-0, Rel. Des. Fernando Carioni, Blumenau, 18 de novembro de 2008. *DJe*, 8 jan. 2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000CKM60000&nuSeqProcessoMv=33&tipoDocumento=D&nuDocumento=1242500>>. Acesso em: 17 maio 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.029238-1, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Blumenau, 15 de junho de 2010. *DJe*, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 17 maio 2013.

SCHMITT, Carl. *O conceito de político: teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SICHES, Recásens Luís. *Wiese*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

SOUZA, Daniel Coelho de. 2. ed. *Interpretação e democracia*. São Paulo: RT, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YANNUZZI, Maria de los Ángeles. *Democracia y sociedad de masas: La transformación del pensamiento político moderno*. Rosário, Argentina: Homo Sapiens Ediciones, 2007.

Artigo recebido em: 22/08/2011.

Artigo aprovado em: 10/09/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130006

**BULLYING ESCOLAR E A VISÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO
ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA**

SORAYA SOARES DA NÓBREGA ESCOREL

Promotora de Justiça

Ministério Público do Estado da Paraíba, Brasil

soraya@mp.pb.gov.br

1. Introdução

O Ministério Público, com o passar dos anos, vem assumindo funções mais amplas perante a sociedade, exigindo cada vez mais dos seus membros um conhecimento interdisciplinar sobre problemas que afligem a sociedade. Sem que notemos, o Ministério Público passou a exercer forte influência no meio social e passou a ser ente responsável por grandes modificações, atuando como verdadeiro transformador social.

Ferreira define:

É certo [...] que o *Promotor de Justiça* teve sua atuação remodelada para abranger áreas conexas que não eram especificamente próprias de sua atuação. [...] a atual Constituição Federal (1988) apresenta o Ministério Público com um novo perfil institucional, como guardião dos direitos fundamentais assegurados ao homem, defensor dos ideais democráticos e dos interesses sociais. A dimensão social do direito, que via de regra se realiza por meio de políticas públicas, encontrou respaldo na atuação institucional do Ministério Público, que acabou por adquirir destaque no Estado Social e Democrático de Direito, contemplado pela nova ordem constitucional. Este novo perfil institucional do Ministé-

rio Público é muito mais amplo e carregado de novas atribuições [...] não se limitando [...] às questões jurídicas e processuais, sobretudo voltadas à área criminal, que era sua vocação original. A atuação do Promotor de Justiça passou a contemplar questões relativas à educação e uma efetiva proteção aos direitos fundamentais, com especial atenção às crianças e aos adolescentes [...] (FERREIRA, 2008, p.12, grifo nosso).

A partir da Constituição Federal do Brasil de 1988, muita coisa tem mudado, inclusive, quanto à necessidade de aperfeiçoamento e transformação de concepções dos próprios membros e representantes do Ministério Público. Compreendemos que este é também um trabalho de caráter educativo, ancorado, mormente, no pressuposto de que o Promotor de Justiça não precisa ter apenas conhecimentos legais e jurídicos sobre os temas e matérias correlatas a sua esfera de atuação, mas precisa ter consciência de expandir conceitos e aprofundar conhecimentos sobre áreas ou disciplinas até há bem pouco tempo restritas a área de ciências humanas e sociais. O membro do Ministério Público precisa compreender que o diálogo com disciplinas afins no tocante à defesa da sociedade e dos direitos difusos não é algo apenas necessário para o exercício do seu mister, mas imperioso para a construção deste novo formato de Ministério Público Social. Eis o grande desafio. A transformação dos conceitos e paradigmas institucionais passa necessariamente pela consciência da necessidade de modificação da própria visão dos membros do Ministério Público. O desafio de enfrentar situações novas que demandam estudos e ações propositivas de enfrentamento está intrinsecamente relacionado com a relevante missão que o Órgão Ministerial exerce perante a sociedade.

Bullying é uma das temáticas que exige conhecimento aprofundado, visto que é uma das formas silenciosas de *violência* que vem acarretando grandes malefícios/danos a crianças e adolescentes na sociedade. Fante e Pedra (2008, p. 33), à luz de Tatum e Herbert (1999 apud FANTE; PEDRA, 2008, p. 33), ressaltam que “Bullying é uma palavra de origem inglesa adotada em muitos países para definir ‘o desejo consciente e deliberado de maltratar uma outra pessoa e colocá-la sob tensão’”. Falar sobre *bullying* é fazer menção a

[...] todas as atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder, tornando possível a intimidação da vítima. (LOPES NETO; SAAVEDRA apud FANTE; PEDRA, 2008, p. 33).

Fante e Pedra ajudam-nos a compreender ainda:

Bully pode ser traduzido como valentão, tirano, brigão. Como verbo, *bully*, significa tyrannizar, amedrontar, brutalizar, oprimir, e o substantivo *bullying* descreve o conjunto de atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (*bully*) ou grupo de indivíduos com o objetivo de intimidar ou agredir outro indivíduo (ou grupo de indivíduos) incapaz de se defender. [...] O abuso de poder, a intimidação, a prepotência são algumas das estratégias que o *bully* adota para impor sua autoridade e manter suas vítimas sob domínio. [...] Os *bullies* estão em toda parte [...] nos mais diversos contextos sociais. (FANTE; PEDRA, 2008, p. 34).

Outros termos são empregados para se referir ao fenômeno *bullying*. Fante e Pedra elucidam:

São usados, por exemplo, *mobbing*, na Suécia e na Noruega e na Dinamarca; *mobbing*, na Suécia e na Finlândia; *bercèlement quotidien*, na França; *prepotenza* ou *bullismo*, na Itália; *yjitime*, no Japão; *Agressionen unter Schulern*, na Alemanha; *acoso e amenaza* entre escolares ou *intimidación*, na Espanha. Em Portugal, o termo já é utilizado de forma politicamente correta. No Brasil, tivemos dificuldade para encontrar um termo equivalente que expresse o fenômeno com a mesma amplitude do termo inglês. O termo intimidação não expressa as diversas e complexas possibilidades de ações empregadas nesta síndrome psicossocial. (FANTE; PEDRA, 2008, p. 34-35).

Em razão de possuir várias faces, torna-se difícil encontrar um termo, especialmente aqui no Brasil, que expresse as várias faces dessa violência.

Middelton-Moz e Zawaski explicam:

Os comportamentos incluídos no *bullying* são vários: ofender, humilhar, espalhar boatos, fofocar, expor ao ridículo em público, fazer de bode expiatório e acusar, isolar, designar áreas de trabalho ou tarefas ruins ou negar férias e feriados no local de trabalho, dar socos, tapas, chutes, insultar, ostracizar, sexualizar ou fazer ofensas étnicas ou de gênero. (MIDDELTON-MOZ; ZAWASKI, 2007, p. 14).

As vítimas do *bullying* podem reagir de diferentes formas. Middelton-Moz e Zawaski asseveram:

As pessoas que se constituem como alvos do *bullying* costumam sentir vulnerabilidade, medo ou vergonha intensos e uma auto-estima cada vez mais baixa, que pode aumentar a probabilidade de vitimização continuada. As vítimas podem ficar deprimidas e se sentir sem forças. Muitos dos que sofrem *bullying* por um longo período passam a manifestar tendências suicidas. Outros podem retaliar com atos de violência ou começar a exercer *bullying* contra terceiros. Infelizmente, muitas pessoas a quem as vítimas procuram em busca de apoio desconsideram seus sentimentos com atitudes como ‘isso já aconteceu a todos nós, simplesmente ignore’ ou pensam que elas provavelmente mereçam. Para muitos o *bullying* se tornou tão normal [...] que fingem não o ver, tendo-se tornado insensíveis a seus efeitos devastadores. Outros vêem as manifestações de *bullying*, mas evitam intervir porque não se sentem capazes. Estudos indicam que dois terços dos atacantes em 37% dos tiroteios em escolas se sentiam perseguidos em função de seus longos históricos sofrendo *bullying* de seus colegas, que ser alvo de *bullying* é um fator importante no suicídio entre jovens [...] (MIDDELTON-MOZ; ZAWASKI, 2007, p. 14).

Enquanto os profissionais de educação, saúde e operadores do direito, em virtude do desconhecimento sobre a matéria, continuarão a minimizar os efeitos lesivos desta forma cruel e perniciosa de agressão, encarando-a como brincadeira de época ou chacotas típicas da infância e adolescência, um incontável número de vítimas crescerá assustadoramente em nosso contexto social.

No mundo de hoje, onde a “modernidade” impera, tem que haver a consciência por parte do profissional da área jurídica da importância do trabalho educativo, por isso mesmo, essencialmente preventivo, para evitar que crianças e adolescentes possam se tornar pessoas adultas violentas e agressivas, que só sabem resolver seus problemas à base da força e da intimidação, porque foi esta a formação que receberam.

No caso do *bullying*, as vítimas podem-se tornar crianças e adolescentes com baixa autoestima e com dificuldade de se relacionar socialmente. Mas, por falta de sensibilidade dos profissionais que não entendem a importância do trabalho educativo/preventivo, um dia essas crianças/adolescentes (vítimas) podem explodir toda a angústia que trazem consigo e chegam a agredir, suicidar-se ou matar. Aí sim, tornam-se alvo da preocupação de todos. Ou, em alguns casos, da ira de todos.

O silêncio, diga-se, a omissão, expressa uma falta de preocupação com os outros, característica de um individualismo que também pode trazer consigo toques de violência. Middelton-Moz e Zawaski destacam:

Por meio de muitas entrevistas com pessoas que foram *bullies* durante toda a vida, até que alguém tivesse a coragem de intervir, soubemos que elas se sentem temporariamente fortalecidas e que tanto elas quanto suas vítimas são prejudicadas pela impotência, pela apatia e pelo silêncio de outros. Precisamos criar normas para o local de trabalho, para a escola [...] segundo as quais a agressão aos outros seja inaceitável, não em função de leis rígidas ou de punições severas, mas porque nos importamos uns com os outros. (MIDDELTON-MOZ; ZAWASKI, 2007, p. 14).

Este trabalho é uma forma de não pactuar com o silêncio, expressar a nossa preocupação com os outros, nesse caso, os que são vítimas de *bullying*, aliás, vítima de violência.

2. Caso verídico João Pessoa/Paraíba (2007)

O *bullying* já vem sendo alvo de estudos e pesquisas há alguns anos em nosso país, mas, somente com a ocorrência de um caso prático na cidade de João Pessoa, despertou o Ministério Público para este fenômeno, que, apesar de antigo na prática, ganhou contornos diferenciados na atualidade e grau de violência preocupante na sociedade moderna.

Passaremos a relatar agora minuciosamente o caso que chamou a atenção da sociedade local e despertou o interesse de toda a mídia nacional.

Tudo começou no dia 26 de setembro de 2007, quando a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de João Pessoa foi acionada para acompanhar de perto uma ameaça de atentado contra uma escola particular da capital do Estado da Paraíba. Na ocasião havia pressão da sociedade para responsabilizar o “aluno terrorista” que tinha sido capaz de ameaçar toda uma comunidade escolar. De fato, ao se fazer a análise jurídica do caso, fácil foi constatar a ocorrência do crime de ameaça – artigo 147 do Código Penal. As ameaças foram feitas por um aluno anônimo através de *e-mails* e posteriormente pelo Orkut (Comunidade Mundial de Relacionamento), que se dirigia à direção da escola, exigindo da instituição de ensino a adoção de providências preventivas contra o *bullying*¹, de que era vítima.

Na época, o adolescente fez graves ameaças, virtualmente, afirmando que provocaria um atentado ao colégio onde estudava na hipótese de não serem atendidas suas exigências, atemorizando toda a unidade escolar, direção, alunos e professores.

Durante a investigação, descobriu-se que, no dia 14 de junho de 2007, o adolescente encaminhou uma carta anônima à Direção do Colégio onde estudava, deixando-a sobre a mesa da Diretora Peda-

¹ A palavra *Bullying* é de origem britânica, não possuindo ainda uma definição precisa no nosso vernáculo, mas tem sido empregada como toda violência física ou psíquica, repetitiva, intencional, sem nenhum motivo aparente, praticada por uma pessoa ou grupo contra outra pessoa ou grupo, com caráter intimidativo e vexatório.

gógica, relatando que vinha sendo vítima de *bullying* naquela unidade de ensino, oportunidade em que fazia ameaças genéricas à direção, declarando que, se o problema não fosse resolvido, entraria no colégio com uma arma semiautomática e de lá só sairia morto. Mas esse fato ficou apenas no âmbito escolar, que deixou de comunicar o ocorrido à justiça, por entender que resolveria a questão sem precisar recorrer a essa instância.

Posteriormente, as ameaças anônimas se tornaram públicas, através da divulgação no Orkut, acompanhada de fotografia em que o aluno anônimo aparecia utilizando uma máscara e portando uma arma apontada para seu ouvido. A partir daí, houve a intervenção da Polícia e da Justiça, tendo o Ministério Público passado a acompanhar o caso.

Na aludida mensagem ameaçadora e intimidadora, o estudante, a essa altura, desesperado com a falta de providência da escola, dizia que, “caso nada fosse feito dentro do prazo legal informado a eles, *iria recorrer à violência*”.

O fato se tornou público e gerou um clima de insegurança e intranquilidade na escola, nos pais, nos alunos e na sociedade em geral, que temia o acontecimento de uma tragédia. Como ato extremo e de desespero, o adolescente planejou e anunciou que no dia 25 de setembro de 2007, uma terça-feira, realizaria o ato de violência mencionado. Sucede que, no dia 26 de setembro de 2007, a direção do colégio resolveu abordar um dos adolescentes suspeitos pelas mensagens intimidadoras, ocasião em que ele confessou ser o autor de todas as ameaças. Nervoso e chorando muito, além de confessar sua conduta conflituosa com a lei, o adolescente afirmou que agiu sempre sozinho, fazendo um relato detalhado de todo o acontecido, bem como esclarecendo as razões que o fizeram agir dessa forma. Ouvido pelo Ministério Público, o adolescente, de forma lúcida, confessou a prática dos atos infracionais que lhe eram imputados, relatando todas as suas ações com riqueza de detalhes, tendo informado inclusive que fazia uso de medicação de uso restrito à prescrição médica. O Ministério Público encaminhou o adolescente e seus pais para tratamento e acompanhamento por profissionais habilitados na área de psicologia e psiquiatria, bem como ofereceu “Re-

apresentação” contra o estudante, denominação essa dada à “peça acusatória”, a fim de que fosse aplicada em relação a ele medida socioeducativa como forma de responsabilizá-lo por sua conduta antissocial e conflituosa com a lei.

Dando seguimento ao processo, o adolescente foi ouvido perante a autoridade judiciária, confessando a prática de todos os atos que lhe foram imputados, bem como aceitando a aplicação de medida socioeducativa de prestação de serviços comunitários a entidade pública pelo período de seis meses. Paralelamente à questão jurídica, percebeu o Ministério Público a necessidade de ter uma visão multidisciplinar do caso, passando então a se reunir com profissionais de diversas áreas para entender melhor aquela nova situação que se apresentava, situação essa que exigia um aprofundamento e um estudo sobre o fenômeno *bullying*, até então totalmente desconhecido pela Promotoria, assim como desconhecido pela maioria da população e da comunidade jurídica como um todo. Foi o que se percebeu após pesquisa e estudo sobre o assunto.

Passados alguns meses do fato, eis que surgiu mais um capítulo dessa história. Saliente-se que, antes mesmo do início do cumprimento da medida socioeducativa aplicada pela Justiça, o adolescente, já maior de idade, visto que neste lapso temporal atingiu a maioridade, praticou nova conduta ilegal. Tudo recomeçou em fevereiro de 2008 com o surgimento de três vídeos no *Youtube* contendo ameaças e intimidações contra o adolescente que confessara em setembro de 2007 a autoria das ameaças dirigidas à escola particular em que estudava. Os vídeos ameaçavam o estudante anônimo e o culpavam por ser um delator do suposto grupo que se intitulava de *BULICIDA – célula extremista suicida de combate ao bullying* –, que não lhe perdoava a confissão dos planos da “suposta organização”, impedindo o êxito da empreitada criminoso. Ameaçava matá-lo, decepar sua cabeça e apresentá-lo ao público como forma de retaliação e vingança ao traidor do grupo, que teria mentido ao dizer anteriormente que agia sozinho, ignorando a organização a que pertencia. Os textos continham uma mensagem raivosa por não ter se dado a devida atenção à existência do grupo e devido ao menosprezo com que todos tratavam a questão do *bullying*. Desafiava as

autoridades públicas a encontrar o grupo. Nessa ocasião, o Ministério Público, já tendo estudado e pesquisado exaustivamente sobre o assunto *bullying*, logo entendeu que tal atitude não passava de mais uma maneira de o estudante chamar a atenção sobre o problema.

Alguns dias após a divulgação dos vídeos com ameaças graves ao referido estudante, mais um fato chamou a atenção da sociedade e mais um capítulo da história se iniciava. O estudante foi encontrado algemado nos pés e nas mãos numa mata próxima à orla marítima de João Pessoa/PB, com um capuz na cabeça e com as roupas molhadas com substância inflamável, mais especificamente gasolina. Na ocasião, o adolescente foi socorrido por pessoas que passavam pelo local e conduzido até a Delegacia mais próxima, oportunidade em que relatou o ocorrido e afirmou ter sido sequestrado pelo Grupo Bulicida, que ameaçava matá-lo. Essa versão convenceu o Ministério Público.

Mas o clima de insegurança e intranquilidade tomou conta de toda a sociedade novamente. Apesar de o vídeo não conter uma mensagem direta intimidatória contra nenhuma pessoa especificamente, a não ser o próprio adolescente, o teor das mensagens veiculadas gerava um clima de dúvida e incerteza diante da possível existência de um grupo intimidador que poderia praticar atos violentos a qualquer momento.

O Ministério Público foi novamente instado para participar das investigações. Um dos eventos já chamava a atenção antes do suposto sequestro do jovem – era a forma como este havia reagido ante as ameaças dirigidas à sua pessoa através dos vídeos mencionados. Para assistir ao vídeo do Grupo Bulicida com as ameaças dirigidas ao estudante, a Promotoria teve a iniciativa de se dirigir até a sua residência. Chamou a atenção da Promotoria a forma tranquila e serena como o adolescente assistia aos vídeos, nada o chocando ou atemorizando, apesar do forte teor das ameaças. Ao final da sessão, nenhum pedido de ajuda. O jovem estudante insistia em confessar que o Grupo Bulicida existia e ele havia mentido anteriormente quando dizia que teria agido sozinho e que agora o grupo queria pegá-lo. Entretanto, essa versão também não convenceu o Ministério Público.

Para dar veracidade à sua história, o estudante prestou ocorrência à autoridade policial se dizendo vítima de sequestro. E o Ministério Público oficialmente começava a participar das novas investigações.

Numa reunião com autoridades policiais estaduais e federais sobre o caso, o Ministério Público expôs as razões e os motivos pelos quais tinha fundadas suspeitas de que o adolescente era o autor dos vídeos veiculados na Internet e que tudo não passava de uma armação.

O que sempre gerou estranheza ao Ministério Público foi o fato de o Grupo Bulcida sempre tratar o adolescente como o principal elemento do grupo, algo estranho para alguém que seria um traidor. Os vídeos nunca mencionavam o nome do traidor. Este era na verdade o grande temor de Rafael: que seu nome viesse a público, pois desejava desesperadamente o anonimato, temendo represálias e marginalização da sociedade.

A história fantasiosa do estudante chegaria ao fim e o capítulo final estava para acontecer. Após um interrogatório de mais de 8 (oito) horas na Delegacia, o jovem não suportou a pressão psicológica decorrente das inúmeras contradições e incoerências de algumas de suas respostas e terminou por confessar ser o autor dos vídeos veiculados no *Youtube*, bem como que havia forjado o sequestro comunicado a polícia, fatos esses que não foram surpresa para o Ministério Público.

Na cena final dessa história, confessou o adolescente ter agido novamente sozinho, sem a ajuda de ninguém. Contou com riqueza de detalhes como elaborou o vídeo – que segundo profissionais da imprensa era de excelente qualidade – e traçou todas as etapas do seu plano. Justificou ter agido dessa maneira por ter entendido que ninguém levou a sério os problemas por que passam as vítimas de *bullying*. Disse que, após ter cessado o interesse da mídia sobre o assunto que chocou toda a sociedade, ninguém adotou providência concreta no sentido de abordar o assunto e adotar medidas que visassem à prevenção do fenômeno *bullying* e das consequências para agressores e vítimas após a prática desta forma oculta de violência.

Contudo, o jovem se enganou, porque o Ministério Público, atento ao problema, resolveu intervir e saiu à frente no enfrentamento do *bullying*. O Ministério Público entendeu e muito bem o recado do jovem. Não para satisfazê-lo, mas para ir ao socorro de inúmeras crianças e adolescentes que poderiam estar passando por situações idênticas, a Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa mobilizou toda a sociedade em torno do assunto, trazendo à discussão o tema *bullying* através de um seminário, que se realizou na capital do estado em março de 2008, com grande repercussão e grande êxito, onde estiveram presentes especialistas de todo o país, a exemplo da pioneira no estudo do *bullying* – Cleo Fante –, do professor e psicólogo José Augusto Pedra, do procurador da República Guilherme Schelb, do promotor de Justiça de Minas Gerais Lélío Braga Calhau, da presidente da Associação Brasileira de Magistrados (ABMP), Promotoras e Defensoras da Infância e Juventude Laila Said Abdel Kader Schucair e do Fórum Nacional de Promotores de Justiça Coordenadores da Infância e Juventude e Educação (FONCAIJE) Leila Machado, além de uma estudante gaúcha que sofreu *bullying* durante muitos anos e quase morreu, que fechou o evento com seu testemunho, aclamado pelos presentes.

Por ocasião do evento, foi lançada também a *Revista Bullying Não É Brincadeira*, fruto do trabalho de pesquisa e estudo da Promotoria e sua equipe. A revista foi divulgada no país inteiro, merecendo elogios de profissionais de diversas áreas do conhecimento. Em suma, eis o caso do estudante paraibano que sofreu *bullying* durante muitos anos e terminou envolvendo-se num trágico episódio, que lhe custou um processo na Justiça.

O problema gerado pela conduta do estudante trouxe uma grande oportunidade de aprendizado e experiência relativa à abordagem de casos de *bullying* pelo Ministério Público.

Hoje existe a consciência de que os problemas decorrentes do fenômeno *bullying* são bem mais sérios e frequentes do que muitos imaginam, pois gera traumas e consequências profundas na vida das pessoas que tiverem contato com esta forma abominável e silenciosa de violência.

Infelizmente, constatamos que poucos profissionais que lidam diariamente com problemas relacionados a crianças e adolescentes, sejam eles educadores, profissionais de saúde e operadores do direito, estão preparados para abordagem desta nova problemática/temática que lhes é posta: o *bullying*. E a falta de preparo e conhecimento sobre o assunto pode gerar atendimento inadequado a vítimas e envolvidos.

Não raro, encontrarmos profissionais que nem sequer sabem ainda o que é o fenômeno *bullying* e suas consequências. Pior do que tal situação é depararmos com profissionais que, além de não conhecerem sobre esta temática, relevando-a a um plano de insignificância, dão-lhe pouca ou nenhuma importância, fundamentando sua opinião equivocada sob o argumento de que tudo não passa de uma brincadeira típica da idade e que a mídia está dando um espaço e uma atenção exagerada ao assunto. Alegam que estas brincadeiras sempre existiram (“Quem um dia já não passou por isto?”) e fraco é aquele que não enfrenta e supera o problema. Quem pensa assim está longe de trabalhar a prevenção do problema e longe de alcançar resultados no enfrentamento da violência no âmbito escolar, que cresce a cada dia.

O que muitos não sabem é que 80% dos adolescentes em conflito com a lei já foram vítimas de alguma forma de violência na infância e na adolescência. O problema é que a maioria das pessoas só se preocupa com as consequências de determinadas condutas, ignorando as causas que a originaram. Se adotadas ações educativas/preventivas, não somente poderão ser evitados traumas e danos a crianças e adolescentes como também se estará contribuindo para que se reduza o número daqueles que podem ser no futuro protagonistas de atos de violência ou de condutas conflituosas com a lei.

Quando, no início do texto, falamos no papel de transformador social que o Ministério Público atualmente exerce na comunidade, bem como da necessidade de transformação interior de seus membros, queríamos realçar a importância que uma atuação interdisciplinar pode ter num caso concreto, levando em consideração conceitos e orientações de diversas áreas. Temos que ter consciência do

nosso papel social enquanto protagonistas da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Nossa atuação como Promotores de Justiça pode determinar a salvação ou a tragédia de inúmeras crianças e adolescentes no Brasil inteiro.

Em face da negação dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo Estado, *lato sensu*, é que concluímos que a construção da cidadania precisa passar necessariamente pelo Ministério Público. Em verdade, o Ministério Público tem o poder e a missão de influenciar na transformação da vida e do destino dos sujeitos de direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 –, no momento em que são implementadas ações e condutas propositivas voltadas à garantia dos mencionados direitos.

O Promotor de Justiça tem que ter como compromisso precípua a garantia efetiva dos direitos que asseguram cidadania plena para as crianças e os adolescentes. É com essa consciência que tem que agir opondo-se àqueles que aceitam pacificamente a negação desses direitos recepcionados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Promotor de Justiça tem que ter a consciência e a sensibilidade da amplitude da terminologia que envolve o cargo que ocupa e as atribuições que lhes são conferidas. Ser Promotor de Justiça é ter como missão *promover a justiça*. O que seria promover a justiça? A busca da promoção da justiça envolve a luta pelos princípios basilares que alicerçam a Constituição Federal, entre eles, o do respeito à dignidade humana.

Na área específica da Infância e Juventude, poderíamos indagar: em que consistiria a missão ou a atividade do Promotor para promover a justiça?

A criança e o adolescente deixaram de ser vistos como os seres invisíveis da época da legislação menorista (Código de Menores de 1927 e Código de Menores de 1979) e passaram a ser reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz da Constituição do Brasil de 1988, como *sujeitos de direitos*, ganhando visibilidade.

Como então deve agir o Ministério Público Social diante desta visibilidade descrita pelo Estatuto? Qual a atuação do Promotor preocupado em promover justiça na área da Infância e Juventude?

A resposta é simples, mas o desafio é grande. A missão do Representante do Ministério Público de promover justiça na esfera da infância e juventude não pode estar dissociada da exigência de efetivação dos princípios e preceitos constitucionais e fundamentais relativos às crianças e aos adolescentes. É a implementação de ações e condutas propositivas para efetivar o respeito à cidadania e à dignidade humana que eles possuem, bem como a observância da primazia sobre os interesses infanto-juvenis na adoção de políticas públicas voltadas a este segmento, que não raro, são relegados a um patamar inferior e, quando não, são negados em sua totalidade e plenitude. Como mudar esta mentalidade conformista relativa à negação dos direitos da criança e do adolescente? É preciso que o Ministério Público veja primeiramente as crianças e os adolescentes não mais como objeto de direitos, mas como sujeitos e protagonistas dos direitos que lhes são assegurados pela legislação constitucional e infraconstitucional. É preciso urgentemente mudar a concepção de operadores do direito relativamente à visão que muitos ainda possuem das crianças e dos adolescentes, visto que ainda os veem como *menores*, como se estes fossem *seres invisíveis e inferiores*, pois é muito frequente a visão distorcida e assemelhada do menor como um ser inferior que não goza da plenitude de direitos à cidadania ante a *incapacidade civil* a que foram relegados. Não raro, surgem questões de alto grau de complexidade que desafiam a atuação do Representante do Ministério Público na sua atividade de Promover a Justiça, pois inúmeros casos e situações envolvem o conhecimento de disciplinas e ramos do direito humano e social que não lhes são conhecidos, por sua própria formação legal e jurídica.

É de fundamental importância a formação de equipes interdisciplinares para atuação na área da infância e juventude, pois esta inter-relação com profissionais de áreas afins é imperiosa para o sucesso na abordagem e na implementação de ações voltadas a ressocialização e recuperação dos vínculos familiares e comunitários que se encontram fragilizados.

Dessa forma, constata-se a necessidade de conhecimentos aprofundados sobre a história humana, a aplicação da psicologia com crianças e adolescentes, bem como a evidência de uma base científica para termos também uma postura de educador ao exigirmos a aplicação de medidas que não podem ter apenas um significado jurídico e legal de reprimenda a conduta conflituosa com a lei, mas ser também uma “oportunidade” de ressocializar aquele ser que precisa de apoio e mão estendida para sua recuperação, reconstruindo vínculos perdidos ou fragilizados, na sua entidade familiar e/ou comunitária.

3. A verdadeira história do estudante paraibano – uma vítima do *bullying* desde a infância

Era uma vez, um menino, uma criança tranquila, que tinha uma família composta de pais e uma irmã. Viviam bem instalados numa confortável residência. Tinha o necessário para uma vida tranquila, típica de uma família de classe média. Acontece que, aquele menino, boa compleição física e facial, inteligente, apesar de não possuir nenhuma característica física destoante, era alvo de brincadeiras e apelidos. Para muitos, a brincadeira era engraçada e prazerosa. Para ele, um tormento e um sofrimento. Aos poucos, o menino foi “perdendo” sua identidade. Era chamado todos os dias por um apelido que o incomodava. Não adiantava brigar nem ignorar aquela forma de identificação pejorativa que tanto o maltratava por dentro. Ninguém se importava, pois todos achavam normal, uma brincadeira típica da idade. Mas o menino não entendia e se revoltava. Afinal, como poderia ser uma brincadeira se ele não se divertia? Ele havia aprendido desde criança que brincadeira era algo extremamente prazeroso e bom. Todos gostam de brincar e de brinquedos. Só que aquela brincadeira na qual ele era o brinquedo favorito de alguns o estava incomodando e o deixando cada vez mais triste. Não adiantava falar para os amigos que não gostava, pois eles não lhe davam ouvidos. Contar em casa o que estava passando e sentindo? Nem pensar, pois achava que seus pais já tinham preocupações demais para lidar com este tipo de problema.

Tudo aquilo foi se acumulando. Certo dia, a brincadeira sem graça ou típica da idade partiu de um próprio educador da escola. E agora, se até aquele que devia educar e orientar seus amigos discriminava-o também? O que esperar dos outros e de todos? E o menino crescia, mas não aceitava a forma jocosa e discriminatória como era tratado por todos. Não aceitava que na escola, que é um ambiente que se denomina como extensão de sua casa, pudesse sofrer e ver outros tantos amigos também sofrer agressões físicas e morais. Onde estavam os educadores que não se sensibilizaram para aquela forma continuada de agressão e violência contra uma criança indefesa? Que educadores são estes que não se incomodam com as mais diversas formas de discriminação praticadas diuturnamente sem que nada seja feito para cessar tais malefícios? Que tipos de cidadãos os educadores estão formando em suas escolas? Que espécies de adultos estão sendo formados na escola moderna e contemporânea?

Certo dia, surgiu a possibilidade de o menino mudar de vida. *Não*. Não pensem que a escola tomou providências para cessar as agressões reiteradas e imotivadas que tanto incomodavam o estudante. Os seus pais, mesmo sem saber dos problemas que atormentavam o filho, resolveram mudar a escola de sua irmã mais velha e, com isso, ele também mudava. Era impossível esconder a expectativa que tinha com uma vida nova que surgiria. Amigos novos, educadores diferentes, ambiente desconhecido. Talvez, agora, seus problemas ficassem no passado. A ilusão durou pouco tempo. Os problemas mal resolvidos continuavam a incomodá-lo. E, quando foi descoberto seu antigo apelido, toda a esperança que tinha esvaneceu-se. Assim, recomeçou todo o tormento que passara no colégio anterior. Novamente, perdera sua identidade. Novamente, não era permitido ter um nome para ser chamado. Tudo aquilo foi-se maximizando na sua cabeça. Não se incomodava apenas com seus problemas, mas sofria ao ver outros amigos serem agredidos, ameaçados e intimidados e nada acontecer, porque, para todos, aquilo tudo era apenas brincadeira típica da idade, não importando que crianças e adolescentes fossem os brinquedos para alguns.

O tempo passava, o sofrimento aumentava. O adolescente pensava que era preciso fazer alguma coisa para deixar de ser vítima, para deixar de ser um covarde, que fingia não sentir nada ante todo o mal

que lhe faziam. Estava cansado de ser também testemunha silenciosa dos sofrimentos dos outros. Foi aí que decidiu resolver o problema ao seu modo. Começou a tomar indiscriminadamente e sem acompanhamento remédios que necessitavam de prescrição médica para sua aquisição. Nada resolvia. Continuava a se sentir incomodado com a sua própria inércia e fuga dos problemas que tanto o afligiam. Era preciso fazer alguma coisa. Era necessário chamar a atenção de todos para o problema que sofria e que afligia inúmeras crianças e adolescentes da escola. Mas Rafael sabia que não podia se expor diretamente. E aí surgiu a idéia de expressar através de mensagens toda sua angústia, revolta e agressividade diante do *bullying* que sofria. Este nome estranho de origem inglesa era tão desconhecido de todos quanto a preocupação de educadores de enfrentar o problema da violência escolar, assumindo ações propositivas para prevenir as agressões, proteger as vítimas e responsabilizar os agressores.

Foi então que principiou a se comunicar com a Direção do Colégio onde estudava, sempre anonimamente, usando de pseudônimo, através de mensagens virtuais, relatando que vinha sendo vítima de *bullying* naquela unidade de ensino e fazendo ameaças genéricas à direção, declarando que, se o problema não fosse resolvido, entraria no colégio com uma arma semiautomática e de lá só sairia morto. O projeto encaminhado pelo adolescente ao colégio fracassou pelo próprio desinteresse dos alunos voluntários, aumentando a revolta do estudante, que tornou pública as ameaças que vinha fazendo ao colégio, através de sua divulgação no Orkut, acompanhada de fotografia em que aparecia utilizando uma máscara e portando uma arma apontada para seu ouvido. Nessa mensagem, dizia que, *“caso nada fosse feito dentro do prazo legal informado à direção do colégio, iria recorrer à violência”*. As investigações levaram à identificação do estudante como o autor das mensagens ameaçadoras, que confessou os fatos, bem como os motivos que o levaram a provocar tanto pânico no colégio e na sociedade em geral. Por sua ação, o jovem respondeu a procedimento no Juizado da Infância e Juventude da capital paraibana, sendo-lhe ao final aplicada medida socioeducativa de prestação de serviço gratuito a entidade pública, bem como foi orientado pela Promotoria a se submeter a tratamento psiquiátrico e psicológico, juntamente com sua família.

Infelizmente, a história não tinha acabado para o jovem, pois ainda sofria ao saber que, após a ampla cobertura dada ao caso pela mídia local e nacional, o assunto já não despertava mais interesse e tudo continuava como antes. A violência escolar persistia silenciosa e camuflada nas escolas públicas e privadas sob a forma de brincadeira típica da idade. O estudante se sentia excluído e marginalizado, pois, apesar de o seu nome não ter aparecido na mídia e o Promotor de Justiça ter cumprido a exigência legal no tocante a proibição da identificação do nome do adolescente em conflito com a lei, muitos sabiam de fato que ele era o responsável por todo aquele terror gerado na cidade. Inconformado, passados alguns meses, o adolescente, antes mesmo do início do cumprimento da medida socioeducativa aplicada pela Justiça, agora já maior de idade, visto que neste lapso temporal atingiu a maioridade, praticou nova conduta ilegal. O jovem, desejando novamente chamar a atenção para o problema do *bullying*, produziu vídeos na internet, mais precisamente no *Youtube*, nos quais gerava tensão em face das informações veiculadas sobre a existência de um grupo extremista que espalhava pânico ao ameaçar matar e decepar a cabeça do jovem que havia se entregado anteriormente e “estragado” o fantasioso atentado que haveria na escola particular. Na verdade, o estudante, autor do vídeo e das ameaças anteriores, “ameaçava a si próprio” para trazer novamente o problema à tona.

Para dar veracidade a sua trama fantasiosa, simulou seu próprio sequestro realizado por um grupo que só existia na sua mente. Descoberta a farsa e constatado que o aluno anônimo era novamente o responsável por tudo, houve uma grande revolta na sociedade, que exigia cadeia para o adolescente, sem se preocupar com a questão psicológica e sem querer saber de fato o que havia acontecido na sua vida.

A população, em sua maioria, ficou revoltada com a conduta do estudante. Desejava que ele fosse preso, afastado da sociedade e alguns queriam mesmo que ele fosse agredido, pois expressavam que o adolescente merecia na verdade era uma bela surra. A pressão era grande para “acabar” com aquele “monstro”, “terrorista” que causou tanta intranquilidade na sociedade. Na ótica de todos era preciso se dar um exemplo, e o exemplo mais correto na visão de

muitos seria mais violência, seria uma prisão por tempo indeterminado. As pessoas não queriam saber do histórico disciplinar do estudante, que não registrava nenhum incidente de violência nas escolas em que estudou, apesar de tudo que já havia sofrido. As pessoas não se interessavam pelos problemas, pelo sofrimento e pela violência que o jovem havia passado durante anos no meio escolar, desde a infância. Não se preocupavam nem se interessavam em saber por quais sofrimentos ele havia passado. Poucos tentavam se colocar no lugar do jovem, acuado, fragilizado e “desequilibrado mental e emocionalmente”, necessitando de ajuda e socorro. É bem verdade que nem todos pensavam assim. Alguns sentiam pena do adolescente e de sua família. Achavam que precisava de ajuda e de tratamento. O adolescente justificava sua conduta alegando que as pessoas não levaram a sério os problemas por que passam as vítimas de *bullying*. Alegou também que ninguém havia adotado providência concreta para abordar o assunto e prevenir a ocorrência do fenômeno *bullying* e das consequências para agressores e vítimas após a prática desta forma oculta de violência.

O jovem não passava de um menino deprimido e descontrolado emocionalmente. Sabia que as pessoas não o perdoariam. Tinha consciência de que sua identidade era agora do conhecimento público. Aonde fosse, por onde andasse, traria consigo a marca de sua conduta, seria marginalizado e o que era pior, mas estigmatizado e perseguido do que havia sido até aquela data. Não existia para ele mais sentido em viver. Sentia-se derrotado. Perdido. Fracassado. Enfim, chegara ao fundo do poço ou quem sabe, ao fim de seu próprio caminho e de sua própria história. Por esta razão, decidiu que seria melhor morrer. Tentou o suicídio ingerindo uma grande quantidade de remédio e teve que ser hospitalizado com urgência. Felizmente, fracassou novamente, não por sua culpa, mas porque foi encontrado por sua mãe, que, com o instinto maternal, pressentiu o perigo e socorreu seu filho em tempo hábil, levando-o para o hospital.

Atualmente, o jovem é acompanhado por excelentes profissionais da área da psiquiatria e psicologia e tem demonstrado uma grande evolução. Ele vem cumprindo a medida socioeducativa que lhe foi aplicada pela Justiça, prestando serviços gratuitos justamente na

Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa, relativamente ao procedimento que respondeu em razão das ameaças que fez quando ainda não tinha atingido a maioridade. *Tem produzido belos vídeos na Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa/PB, sobre diversos assuntos, entre eles adoção, violência doméstica e abuso sexual.* Tem surpreendido a equipe da Promotoria com a realização dos trabalhos que lhe são solicitados, o que faz com grande entusiasmo e dedicação. É impressionante, como já parece outra pessoa. *É impossível fazer prognósticos sobre seu futuro, mas não resta dúvida de que um olhar diferenciado sobre esse caso trouxe um crescimento e uma nova visão para todos que integram a equipe da Promotoria da Infância e Juventude da capital paraibana.*

4. Considerações finais

Todos os atos e ações relativamente ao “Caso Paraíba” foram exaustivamente discutidos e analisados com psicólogos e educadores. Uma visão puramente legal talvez não tivesse um efeito tão importante para a ressocialização do jovem. Era preciso que ele tivesse consciência da conduta conflituosa com a lei que praticou. Era necessário que tivesse ciência também de que a medida “punitiva” que lhe havia sido imposta recomendava-lhe uma reflexão profunda sobre seus atos e a consequência destes. Mas, era de fundamental importância que a medida punitiva – medida socioeducativa – visasse também à sua recuperação e tivesse de verdade um caráter ressocializador, como ordena a lei.

Registre-se, ao final, a importância do trabalho envolvendo profissionais de várias áreas afins, que propiciou um debate rico sobre diferentes focos, uma vez que a visão jurídico-legal foi associada à concepção psicológica e pedagógica do caso concreto.

A história do estudante paraibano, até por ser verídica, não nos permite dizer qual será o seu final. Entretanto, sem dúvida alguma, uma certeza trazemos conosco: o problema vivido e gerado pela conduta do estudante trouxe uma grande oportunidade de aprendizado e experiência para o Ministério Público relativamente a abordagem e conhecimento do fenômeno *bullying*, bem como a melhor forma para sua prevenção e enfrentamento.

E para o estudante, como protagonista dessa história, ficam as lições e uma certeza: *Vale a pena buscar ajuda. A ajuda de profissionais sérios e comprometidos pode salvar uma vida.*

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 10. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1998.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. *Bullying escolar*: perguntas & respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor*: reflexos na sua formação e atuação. São Paulo: Cortez, 2008.

MIDDELTON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, Mary Lee. *Bullying*: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130007

4

Direito Coletivo

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO COLETIVO

ARTIGO

GRANDES EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS E SEUS IMPACTOS SOCIAIS

LARGE MINING ENTERPRISES AND THEIR SOCIAL IMPACTS

PAULO CÉSAR VICENTE DE LIMA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
pcvl@mp.mg.gov.br

VITOR VIEIRA DE VASCONCELOS

Consultor de Meio Ambiente
Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Brasil.
vitor.v.v@gmail.com

RESUMO: O Brasil tem presenciado a instalação de diversos empreendimentos de grande porte, com impactos sociais significativos. Este artigo apresenta uma discussão sobre a forma e magnitude desses impactos, ressaltando as dificuldades para sua resolução nos processos de licenciamento ambiental. Nele, focam-se os grandes empreendimentos minerários, bem como suas similaridades com os impactos de empreendimentos hidrelétricos. São apresentadas propostas para uma melhor mitigação desses impactos, envolvendo a educação das comunidades locais, a elaboração de Planos de Assistência Social e a incorporação do instrumento da Licença Social para Operar, como forma de mediação entre o empreendedor e a população afetada. Entendemos que o empoderamento das comunidades por meio da educação e da confiança em seu capital social é um caminho para conduzir

harmonicamente a implantação de grandes empreendimentos, trazendo benefícios para todos os envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: grandes empreendimentos; impactos sociais; mineração; licença social para operar; direito ambiental.

ABSTRACT: Brazil is facing the installation of several large enterprises, with significant social impacts. A discussion is presented on the type and magnitude of these impacts, highlighting the difficulties for its resolution along the environmental permitting processes. The mining enterprises receive special emphasis, as well as their similarities to the impacts of hydropower plants. Proposals are presented for a better mitigation of these impacts, involving the education of local communities, the elaboration of Social Assistance Plans and the incorporation of the denominated Social License to Operate – SLO –, as a tool for mediation between the entrepreneur and the affected communities. We understand that the empowerment of communities through education and confidence in their social capital is a way of leading to the harmonious implantation of large undertakings, bringing benefits to all involved.

KEY WORDS: large enterprises; social impacts; mining; social license to operate; environmental law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceituação de *grande empreendimento*. 3. Grandes empreendimentos no Brasil e seus impactos sociais. 4. Licenciamento ambiental, mitigação e compensação de impactos sociais. 5. Licenciamento ambiental, impactos sociais e educação. 6. O empreendedor e a Licença Social para Operar. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Em um mundo marcado pela complexidade, instantaneidade, fim das fronteiras e certezas, temas como a desterritorialização, decorrente de grandes empreendimentos com seus consequentes impactos sociais, têm-se mostrado cada vez mais presentes e estão a desafiar um novo olhar acerca da abordagem ambiental. Isso acontece

especialmente no que se refere aos empreendimentos que ensejam deslocamentos populacionais – seja através da necessidade de apropriação de terras anteriormente ocupadas por populações locais, seja em decorrência do fluxo migratório de grandes contingentes de trabalhadores em curtos espaços de tempo.

A chamada *rigidez locacional* constitui um agravante dos empreendimentos minerários, já que não é possível um planejamento estatal que compatibilize a riqueza da atividade com as necessidades de desenvolvimento das diferentes regiões de um local. As jazidas encontram-se em determinado lugar e nele serão exploradas, com todas as externalidades positivas ou negativas. É o que acontece com Minas Gerais, principal estado responsável pela extração de minérios no país. O grande desafio do Direito Ambiental Minerário é buscar o caminho do equilíbrio, a sustentabilidade da exploração em suas múltiplas facetas, seja a social, a ambiental e a econômica.

Em uma sociedade capitalista, desumanizada, embasada em arquétipos cartesianos e tecnicistas e na acumulação tipicamente flexível da pós-modernidade, valores culturais, sociais e de confiança construídos a duras penas por séculos são relegados a segundo plano neste contexto de dominação e desigualdade. Isso pode acarretar graves impactos sociais, com consequências que vão além das perdas financeiras dos investidores.

Como o dinheiro não tem cheiro, cor e, atualmente, nem mesmo pátria, corre-se o risco de perdas de valores sociais fundamentais para o fomento de ciclos virtuosos de desenvolvimento, o que já ocorreu por ocasião do descobrimento e dilapidação do patrimônio natural e dos valores sociais dos povos aqui viventes.

Considerando nossa experiência profissional e a partir de levantamentos bibliográficos, pretendemos neste trabalho destacar estratégias e caminhos que possam contribuir para a busca do sonhado desenvolvimento sustentável, cujo conceito, a nosso ver, tem de ser construído a partir da participação popular e da ótica de quem realmente está sofrendo os impactos dos grandes empreendimentos minerários.

Nesta concepção, um empreendimento é sustentável na medida em que leva em consideração os aspectos sociais, ambientais e econômicos e, além disso, é reconhecido pelos habitantes do local.

2. Conceituação de *grande empreendimento*

Um tópico crucial a ser abordado é a identificação do que é um grande empreendimento. Geralmente, o espaço ocupado, o potencial produtivo, o potencial poluidor e o valor dos investimentos do empreendimento são usados como critérios para classificá-lo em *grande porte*.

Todavia, entendemos que a identificação de um empreendimento como de *grande porte* deve ter como referencial também o impacto sobre a comunidade por ele afetada. Isso porque um mesmo tipo de empreendimento pode ser considerado de grande porte para uma comunidade de 5.000 habitantes e não o ser para uma metrópole com milhões de habitantes.

Analisando o grande empreendimento sob uma perspectiva relacional (comunidade e empreendimento), Vainer (2011) identifica as seguintes características:

- alteração na vida da população local;
- intervenção externa ao espaço social onde será implantado;
- concentração do capital e do poder de decisão;
- impactos socioambientais concentrados e significativos.

3. Grandes empreendimentos no Brasil e seus impactos sociais

Nos últimos 10 anos, os países do BRIC – Brasil, Rússia, Índia e China¹, todos eles em desenvolvimento – têm recebido grandes investimentos direcionados à instalação de empreendimentos de grande porte. Tal receptividade de capital nesses países deve-se, em grande parte, à progressiva estabilidade política e social, à presença de um considerável

¹ Em algumas análises, a África do Sul também é incluída no grupo, que passa a ser denominado BRICS.

mercado interno potencial e à abundância de recursos naturais, conduzindo-se a um ciclo de crescimento do PIB – Produto Interno Bruto – em razão dos investimentos sequenciais (PAULINO, 2008).

Nos processos de licenciamento ambiental, dois tipos de grandes empreendimentos chamam maior atenção: as hidrelétricas e as minerações. Ambas ocupam grandes áreas, forçam o deslocamento de habitantes e afetam diretamente a vida da população, acarretando, assim, uma gama de impactos e riscos socioambientais.

Os principais investimentos em mineração previstos de 2011 a 2015 para o Brasil encontram-se direcionados para os estados do Pará (24 bilhões de dólares) e Minas Gerais (21 bilhões de dólares), concentrados em grandes empreendimentos (INVESTIMENTOS..., 2011, p. 11). Em 2011, Minas Gerais apresentava 49% da produção mineral do país, com o maior número de áreas outorgadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM –, embora o Pará desponte como maior potencial de novas jazidas, com produção crescente que já abarca 27% da produção nacional².

Com a aceleração do ritmo de crescimento do Brasil, aumenta a necessidade de instalação de novas usinas hidrelétricas. Dessa forma, mais de 55% dos recursos do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento – destinam-se a este fim (VAINER, 2011). No Brasil, chamam atenção a região norte – em decorrência da vazão dos rios – e o estado de Minas Gerais – em razão do relevo acidentado, mais adequado para a construção de barragens, por apresentar melhor razão entre área inundada e vazão do reservatório.

Os impactos sociais mais significativos para a população local ocorrem durante a fase de instalação do empreendimento, tanto pela necessidade de reassentamento quanto pelo rápido e significativo aporte de operários nas obras de construção civil. Esse aumento populacional desestrutura a economia e as relações sociais locais, sem dar tempo ao município de se adaptar gradualmente às mudanças. Em seguida, após as obras de instalação, os funcionários se retiram e

² Dados referentes à consulta aos sistemas de base de dados do DNPM realizada em 2012.

a economia dos municípios se desestrutura novamente, em virtude da perda do mercado consumidor. Esse fenômeno tem sido denominado por pesquisadores de ciclo *boom*-colapso (MILANEZ *et al.*, 2010).

Sousa (2000) e Souza (2005) apresentam estudos detalhados sobre os impactos sociais da instalação de reservatórios para hidrelétricas. Eles mostram como essa instalação desestrutura a economia local e as relações sociais e culturais da população local. Ressaltamos que muitos desses resultados também se aplicam aos grandes empreendimentos minerários, especialmente pela realocação da população da área minerada e das barragens de rejeito. Entre os diversos impactos apresentados por esses dois autores, selecionamos os seguintes:

a) Em relação à desestruturação econômica:

- pressão sobre os recursos naturais;
- especulação imobiliária;
- perda de sistemas agropecuários;
- perda de recursos turísticos atuais e potenciais e/ou perda de novas oportunidades;
- perda de técnicas e matéria-prima da economia artesanal;
- desequilíbrio entre oferta e procura de bens e serviços no comércio;
- elevação do custo de vida;
- transformações no mercado de trabalho, provocando desemprego e marginalização social;
- surgimento de economia marginal, ou informal;
- endividamento.

b) Em relação à desestruturação social e cultural:

- aumento ou surgimento de tensões e conflitos entre as comunidades atingidas;
- insegurança social, devido à propagação de boatos;
- abandono pela população da área inundada ou minerada;
- perda de identidade social e de sentimento comunitário;
- perda de marcos históricos;
- perda de valores e sentimentos referentes ao local;
- mudanças nas interações sociais cotidianas;
- surgimento de movimentos migratórios;
- pressão sobre a infraestrutura de educação, preservação, lazer, saúde, saneamento e segurança pública;
- surgimento ou aumento de problemas como prostituição, gravidez precoce, alcoolismo etc.

A desestruturação sociocultural, que foi abordada em termos gerais, adquire contornos complexos e sutis quando analisada nos casos concretos. Machado Júnior (2010) apresenta alguns exemplos, entre os quais ressaltamos:

- famílias, comércios e igrejas, que antes eram próximos, têm suas rotinas alteradas devido às distâncias que surgem após a construção do empreendimento;
- aqueles que são deslocados por barragens têm de reconstruir tudo o que já tinham construído durante suas vidas e até mesmo durante a vida de seus antepassados;
- em alguns casos, o reassentamento é feito em terras não produtivas, e as pessoas esperam muito tempo pelas indenizações;

- os deslocados são obrigados a se matricular em uma nova escola, frequentar uma nova igreja e buscar novas relações sociais;
- tribos indígenas precisam encontrar outro lugar para cultivar suas crenças e tradições ou passam a sofrer com a vida na zona urbana, devido ao processo de aculturação a que são submetidas.

Uma análise dos impactos sociais das hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, em Rondônia, foi realizada por Possamai (2011). Em razão do aporte populacional vinculado às obras de instalação desse empreendimento, os impactos foram muitos. De acordo com o estudo desse autor, esses dois empreendimentos recrutaram cerca de 37 mil funcionários de outros estados do Brasil. Porto Velho, de 2008 a 2010, teve sua população acrescida em 12,5%, com um aumento da taxa de homicídios dolosos em 44%. Jaci-Paraná, distrito de Porto Velho mais próximo aos canteiros de obras, teve, no mesmo período, um aumento no registro de estupros na ordem de 76,8%.

Milanez *et al* (2010) realizaram estudo semelhante em relação ao impacto populacional de grandes empreendimentos minerários no Pará. No município de Parauapebas, exemplo de *boom* populacional, a população cresceu 66% em sete anos (2000 a 2007), com uma previsão de aumento de 150 mil habitantes (2010) para 300 mil em 2014. Cerca de 250 novos moradores chegam ao município todos os dias. O município de Rio Maria, por sua vez, apesar de um aumento do PIB de 88% (2000 a 2007), apresentou um aumento de 250% da taxa de crianças abaixo do peso. O município de Canaã dos Carajás, cuja população cresceu 68% de 2000 a 2007, teve um aumento de 449% da mortalidade por agressões.

4. Licenciamento ambiental, mitigação e compensação de impactos sociais

Os processos de licenciamento ambiental têm enfrentado diversas dificuldades para lidar com os impactos sociais de grandes empreendimentos. Geralmente, nesses empreendimentos os grandes conflitos e impasses, que inclusive atrasam a liberação das licenças, encontram-se não na mitigação e compensação dos impactos am-

bientais (como biodiversidade e desmatamento), mas nos impactos sociais diretos, contra os quais a população local se mobiliza, manifestando-se desfavoravelmente ao empreendimento. O formato procedimental da licença ambiental, com base no direito administrativo convencional, nem sempre é o mais adequado para a resolução de conflitos, que demanda uma abordagem negocial.

A partir de nossa experiência na questão, entre os principais problemas identificados nos licenciamentos ambientais, destacamos os seguintes:

- dificuldade de compreensão da população dos reais impactos dos empreendimentos, o que leva à pouca participação dos habitantes do local;
- falta de enfoque adequado dos impactos socioeconômicos do empreendimento, pelo fato de o estudo ambiental basear-se em dados secundários, geralmente providos do Censo;
- dificuldades metodológicas para quantificar economicamente os impactos socioculturais;
- baixa ou nula presença de representantes da área social nos conselhos e nas equipes técnicas dos órgãos licenciadores;
- discurso de que as políticas sociais (educação, saúde e segurança) são responsabilidade do governo, e não do empreendedor.

Em relação aos empreendimentos hidrelétricos, em Minas Gerais há a previsão de se elaborar e executar um Plano de Assistência Social – PAS –, como requisito para o prosseguimento do licenciamento ambiental. O PAS é disciplinado pela Lei Estadual nº 12.812/1998 e garante as obrigações mínimas do empreendedor em: [1] cadastramento dos atingidos; [2] levantamento da área das propriedades e dos bens de valor econômico; [3] garantia de reposição dos bens expropriados em espécie ou em bens equivalentes; e [4] reassentamento.

As Resoluções do Conselho Estadual de Assistência Social – CEAS/MG – garantem, para o PAS, a realização de:

- diagnóstico socioeconômico;
- programas e ações mitigadoras dos impactos sociais;
- posto de atendimento social, com profissionais de assistência social e psicologia;
- priorização de mão de obra local;
- garantia de vagas a pessoas com deficiências.

Nos termos dessa Lei, compete ao CEAS/MG a aprovação do PAS de cada empreendimento, cuja implantação será fiscalizada pelo CEAS com a cooperação dos Conselhos Municipais de Assistência Social – CMAS.

Em 2011, a Federação dos Trabalhadores da Agricultura do Estado de Minas Gerais – Fetaemg – apresentou proposta de alteração legislativa para que o PAS seja exigido em todos os empreendimentos que envolvam o reassentamento de população rural, tais como mineração e obras viárias (PROPOSTAS..., 2011, p. 19).

No caso dos empreendimentos minerários, uma parcela significativa (65%) da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais – CFEM – é repassada ao município que tem sua área minerada. Todavia, frequentemente o impacto social e ambiental se dá sobre as cidades vizinhas, que não recebem a CFEM. Essa situação ocorre, por exemplo, com os municípios impactados pelas barragens de rejeitos de mineração, bem como com aqueles que servem de cidades dormitórios para os trabalhadores dos grandes empreendimentos. Com a proposta de modificação do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Mineração –, abre-se a possibilidade de se corrigir a distribuição da CFEM, para abranger os municípios impactados pela mineração.

5. Licenciamento ambiental, impactos sociais e educação

A educação, entendida tanto em seu aspecto formal quanto no não formal, é condição essencial para a formação do capital social. Ao longo do licenciamento ambiental, o capital social é, intrinsecamente, o diferencial de uma comunidade para mobilização e reivindicação de seus direitos e anseios.

Nota-se que o processo de licenciamento ambiental parte de um embate desigual entre empreendedor e população local, em relação aos saberes técnicos sobre os impactos do empreendimento. Portanto, como estratégia para o melhor recepcionamento de um grande empreendimento, julgamos essencial a capacitação técnica das lideranças comunitárias, assim como dos membros dos conselhos deliberativos regionais e locais de licenciamento ambiental. Ademais, percebe-se que, nos casos em que as comunidades conseguem apoio de grupos de extensão em universidades, há um significativo empoderamento da população e maior transparência em todo o processo, o que possibilita uma relação menos conflituosa.

Em razão da grande pressão sobre os serviços públicos das prefeituras (educação, saúde, saneamento e segurança), julgamos também ser crucial a capacitação dos seus órgãos técnicos, inclusive os de meio ambiente. Essa capacitação deve ser, se possível, anterior à concessão da Licença de Instalação – LI – e direcionada para as mudanças pelas quais o município irá passar, para amortecer o referido ciclo *boom*-colapso.

Propomos, por essa justificação, que a capacitação e estruturação das secretarias municipais seja um dos focos das condicionantes dos licenciamentos ambientais na ocasião da Licença Prévia – LP. Outra medida eficaz, como condicionante prévia, é a capacitação profissional da população local, para atuar no empreendimento, em vez de se recorrer à mão de obra migrante.

Em Minas Gerais, a Deliberação Normativa nº 110, de 18 de julho de 2007, do Conselho Estadual de Meio Ambiente – COPAM –, ratifica o termo de referência para Planos de Educação Ambiental. De acordo

com essa Deliberação, cria-se a obrigação de execução de Planos de Educação Ambiental para empreendimentos enquadrados nas classes 5 e 6 (ou seja, os de maior porte e maior potencial poluidor, de acordo com os critérios da Deliberação Normativa nº 74/04 do COPAM) e que se refiram à mineração, siderurgia, hidrelétricas e barragens para irrigação, loteamentos, silviculturas, reforma agrária e aos setores sucroalcooleiro e de biocombustíveis. O termo de referência especifica as atividades mínimas que deve abarcar o referido plano. O público-alvo deve contemplar:

- o público interno, ou seja, os empregados diretos em todos os níveis, inclusive os terceirizados;
- o público externo, ou seja, as comunidades localizadas nas áreas de influência direta do empreendimento, conforme o estudo de impacto ambiental.

O Grupo de Trabalho GTM Cerrado, no âmbito do COPAM-MG, em seus trabalhos realizados entre 2009 e 2010, levantou a necessidade de que essas ações do Plano de Educação Ambiental fossem estendidas para toda a cadeia produtiva do empreendimento. Essa medida traria uma eficiência adicional para a mitigação dos impactos ambientais, agindo de forma sistêmica sobre eles ao longo do ciclo de vida do produto.

6. O empreendedor e a Licença Social para Operar

Os conflitos socioambientais desgastam a imagem dos empreendedores, ampliam significativamente o tempo para a obtenção de licenças ambientais e promovem indesejável fragmentação social. A fim de buscar uma melhoria na relação com as populações locais, eles têm começado a dedicar parte de sua política interna e de sua estrutura para o que se denomina *Gestão de Impactos Sociais* (RIBEIRO et al, 2011). Um dos primeiros passos para a Gestão dos Impactos Sociais é a manutenção de canais de comunicação com a população. Entre esses canais, destacam-se as ouvidorias empresariais, as audiências públicas e as pesquisas de opinião.

Consolidada no meio internacional, mas ainda pouco debatida no Brasil, a Licença Social para Operar – LSO – pode ser conceituada como o nível de aceitação ou aprovação da comunidade local para a operação de um empreendimento ou projeto (NELSEN; SCOBLE, 2006). A manutenção da LSO foi escolhida internacionalmente como a quarta maior preocupação das empresas de mineração e metal no período 2011-2012 (ERNST & YOUNG, 2011).

A LSO surgiu no meio empresarial da mineração, reconhecendo-se a população local como um poder paralelo ao do licenciamento ambiental governamental. Portanto, não se trata de uma licença administrativa propriamente dita, mas sim de um fator de risco ou de oportunidades para os investimentos empresariais. Uma exceção é o caso da mineração em áreas indígenas, que em diversos países requer uma anuência formal dessas comunidades (SOSA, 2011). Rapidamente, o conceito de LSO tem se difundido para outros ramos econômicos além da mineração, em especial aqueles com maior potencial para conflitos com a população local.

A fim de monitorar e aprimorar a LSO, foram desenvolvidas diversas metodologias, de natureza quantitativa e qualitativa. Em seu aspecto quantitativo, a LSO apresenta-se como um sistema de indicadores, advindos de pesquisas estruturadas, permitindo um monitoramento contínuo (THOMSON; BOUTILIER, 2011). Um exemplo de monitoramento quantitativo pode ser visto na Figura 1, que mostra as fases de pesquisa mineral, construção e operação da Mina de San Cristobal, na Bolívia. Nesse exemplo, o sistema de indicadores estrutura-se de modo hierárquico entre os níveis de legitimidade, credibilidade e confiança:

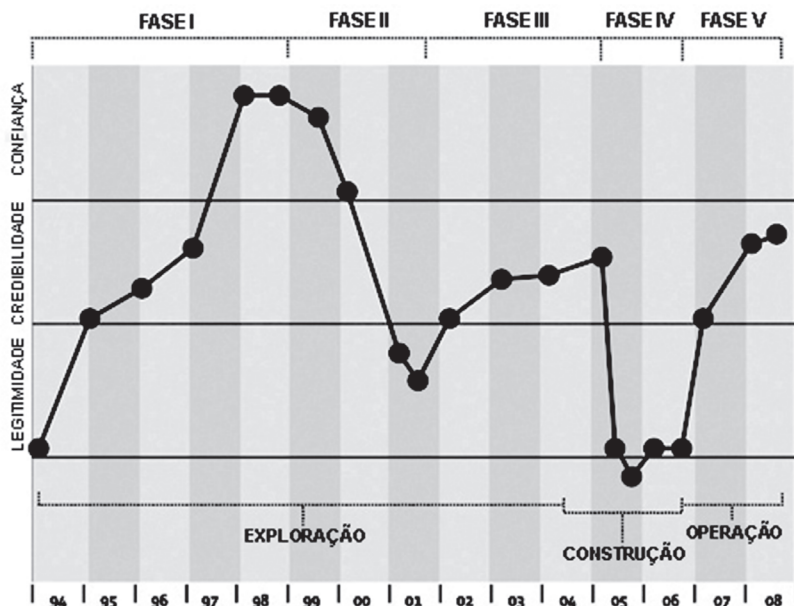


Figura 1: Monitoramento da Licença Social para Operar da Mina de San Cristobal, Bolívia, de 1994 a 2007. Adaptado de WEST, (2011, p. 16).

No que tange ao aspecto qualitativo, um dos aportes metodológicos principais tem sido o de Análises Situacionais (CLARKE, 2005), por meio das ferramentas SWOT e PEST (NELSEN; SCOBLE, 2006). Em ambas, procura-se analisar fatores sociais, econômicos, ambientais e políticos de uma maneira integrada, sob enfoques de riscos e potencialidades. Shepard (2008) atenta que, para uma metodologia qualitativa que procure analisar e aprimorar a LSO de um empreendimento, é crucial inserir métodos participativos, que promovam a interação entre o empreendedor e as comunidades.

Propomos, como inovação ao contexto brasileiro, que o monitoramento e a manutenção da LSO sejam incorporados aos grandes empreendimentos, como condicionante dos licenciamentos ambientais ou como cláusula em Termo de Ajuste de Conduta – TAC. Uma forma eficaz dessa incorporação pode ser feita pela articulação de um método quantitativo com outro qualitativo.

Pelo método quantitativo, executado preferencialmente por uma instituição independente, é possível monitorar a aceitação e a legitimidade do empreendimento, abrangendo dois focos populacionais: [1] os diretamente atingidos e [2] a população total dos municípios afetados. Paralelamente, o empreendedor utiliza um método qualitativo participativo, realizando reuniões periódicas com a comunidade, a fim de discutir e acordar as ações adequadas para manutenção e melhoria da LSO, tomando-se como base os resultados do monitoramento quantitativo contínuo. Nesta fase, entendemos que a utilização de uma equipe independente de mediação de conflitos pode ser o ponto nevrálgico rumo ao estabelecimento da transparência e fortalecimento dos laços de confiança.

O licenciamento ou TAC pode prever, adicionalmente, que os relatórios completos das abordagens quantitativa e qualitativa devam ser divulgados publicamente, por atalho direto na página inicial da empresa, na internet. Dessa forma, o resultado de sua LSO adquire uma maior importância para o empreendedor e transforma-se em um instrumento efetivo de interação com a comunidade.

7. Conclusão

Na nossa concepção, um empreendimento deve ser considerado *grande* a partir da ótica dos habitantes do local onde será instalado.

Os procedimentos de licenciamento ambiental devem levar em consideração os impactos sociais dos empreendimentos minerários numa perspectiva negocial, sendo certa a necessidade de inclusão de profissionais desta área nas equipes técnicas dos órgãos licenciadores. Instituições com credibilidade perante as populações locais, tais como Ministério Público e Escola, têm papel fundamental no fortalecimento dos laços e capacidades sociais simbólicas, essenciais para o desenvolvimento, na medida em que podem funcionar como instituições catalisadoras das potencialidades locais e garantes dos processos negociais, através de sua confiança e transparência.

A exigência dos PAS para todos os grandes empreendimentos minerários, à semelhança do que já ocorre com as hidrelétricas, é uma

necessidade e pode funcionar como importante instrumento de pacificação social. É essencial uma reestruturação dos processos de licenciamento tradicionais, inclusive com a incorporação de profissionais específicos em suas equipes técnicas, para que possam considerar os impactos sociais dos grandes empreendimentos minerários em uma perspectiva abrangente. A LSO pode ser um importante instrumento para a sustentabilidade, na medida em que dá segurança aos investidores acerca das reais consequências de seus investimentos e convola a população local em sujeito participante do processo, a partir de seu empoderamento social daí decorrente. O empoderamento popular é elemento essencial para a busca da transparência e estabelecimento da confiança em relação aos grandes empreendimentos minerários.

8. Referências

CLARKE, Adele. *Situational analysis: grounded theory after the postmodern turn*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2005. 408 p.

ERNST & YOUNG. Business Risks Facing Mining and Metals 2011–2012, *World Finance Review*, Sept. 2011.

INVESTIMENTOS da mineração serão de US\$ 64,8 bilhões até 2015. *Indústria da mineração*: Informativo do Instituto Brasileiro de Mineração, Brasília, DF, ano VI, n. 41, p. 10-11, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00001260.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

MACHADO JÚNIOR, M. C. Os Impactos Ambientais e Sociais das Grandes Usinas Hidrelétricas. *WebArtigos*, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/os-impactos-ambientais-e-sociais-das-grandes-usinas-hidreletricas/32832>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

MILANEZ, B. et al. Impactos da Mineração. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, p. 34, jul. 2010.

NELSEN, J. L.; SCOBLE, Malcolm. *Social License to Operate Mines: Issues of Situational Analysis and Process*. Department of Mining Engineering, University of British Columbia, Vancouver, Canada, 2006. Disponível em: <<http://mining.ubc.ca/files/SocialLicense/Final%20MPES%20Paper.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

PAULINO, Luís Antonio. Os BRICs e o equilíbrio de poder global. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA: poder, violência e exclusão, 19., 2008, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANPUH/SP – USP, 2008. 1 CD-ROM.

POSSAMAI, Dom Antônio. Hidrelétricas, Latifúndio, Minerações e Migrações. In: SEMINÁRIO GRANDES OBRAS E MIGRAÇÕES, 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Serviço Pastoral dos Migrantes, 2011. p. 12-21.

PROPOSTAS para a Agenda da Assembleia: relatório analítico: desenvolvimento econômico e legislação. In: FÓRUM DEMOCRÁTICO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE MINAS GERAIS, 2011, Belo Horizonte. *Relatório...* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, abr. 2011. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2011/forum_democratico/docs/livretos_temas_pdf/livreto_desenvolvimento_economico.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2012.

RIBEIRO, R. C. S. et al. Gestão dos impactos sociais e ambientais de uma distribuidora de energia elétrica através de indicadores. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO, 7., 2011, Rio de Janeiro. *Anais Eletrônicos...* Rio de Janeiro: UFF, 2011. Disponível em: <http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg7/anais/T11_0374_1525.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.

SHEPARD, R. B. *Gaining a Social License to Mine*. [S. l.], 2008. Disponível em: <<http://www.appl-ecosys.com/publications/social-license.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

SOSA, I. Licence to Operate: Indigenous Relations and Free Prior and Informed Consent in the Mining Industry. *Mining.com Magazine*. Sustainability, oct. 2011. 17 p. Disponível em: <http://www.sustainability.com/sites/default/files/indigenouspeople_fpic_final.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.

SOUSA, W. L. Impacto Ambiental de Hidrelétricas: uma análise comparativa de duas abordagens. Tese de Doutorado. 2000 154 p. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2000.

SOUZA, E. A. Reordenamento sócio-econômico e cultural das famílias antigidas pela UHE Engenheiro Sérgio Motta: reassentamentos Pedra Bonita e Santa Emília/Santana em Brasilândia-MS. Dissertação de Mestrado (Geografia), 2005. 166f. Presidente Prudente: UNESP, 2005.

THOMSON, I.; BOUTILIER, R. G. *Modelling And Measuring The Social License To Operate*: fruits of a dialogue between theory and practice. [S. l.], 2011. 10 p. Disponível em: <<http://sociallicense.com/publications/Modelling%20and%20Measuring%20the%20SLO.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

VAINER, C. B. O que é o “Grande Projeto”? : características econômicas, territoriais, políticas e sociais. In: SEMINÁRIO GRANDES OBRAS E MIGRAÇÕES, 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Serviço Pastoral dos Migrantes, 2011. p. 33- 45.

WEST, A. *Championing British Agriculture*. Nuffield Farming Scholarships Trust, July 2011. 27 p. Disponível em: <http://www.nuffieldinternational.org/rep_pdf/1323597810Adam_West_EDITED_report_in_Columns.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.

Artigo enviado: 09/07/2012.

Artigo aprovado: 05/10/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130008

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ENTENDIMENTO
MAJORITÁRIO DO TJMG REFERENTE À OBRIGAÇÃO
DO ESTADO PARA FORNECIMENTO DE FORTÉO®
– MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE
OSTEOPOROSE – EM DEMANDAS JUDICIAIS**

GEÓRGIA CRISTINA BASÍLIO MEDRADO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

georgia@mp.mg.gov.br

1. Introdução

O presente trabalho consiste em um estudo de caso que tem como objetivo averiguar o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em pedidos realizados por cidadãos brasileiros ao Sistema Único de Saúde (SUS), visando ao fornecimento do medicamento Fortéo®. Este produto, usado no tratamento contra a osteoporose, não está incluído na lista de remédios do protocolo para tratamento contra osteoporose elaborado pelo SUS (BRASIL, 2002).

A consciência de que a saúde é um direito de todo cidadão brasileiro e um dever do Estado tem levado muitas pessoas a recorrerem à Justiça quando necessitam de um fármaco que não conseguem adquirir diretamente no SUS. De um lado está o cidadão brasileiro procurando meios de acesso ao tratamento para recuperação da sua saúde requerendo medicamentos ao Estado. De outro lado, o

Estado alega não possuir recursos para atender a todas as demandas por medicamentos de alto custo e não padronizados em protocolos terapêuticos do SUS. A negativa do Estado em fornecer o tratamento requerido leva o cidadão a procurar no Judiciário a efetivação do seu direito à saúde (IAMB, 2008). A provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa assistência, quando o Judiciário determina ao Estado que forneça determinado medicamento, atendimento médico ou insumo terapêutico, constituem a chamada judicialização da saúde. A omissão do Estado e o descrédito da população na Administração têm popularmente legitimado o Judiciário a intervir em decisões dos outros poderes em razão de um pré-conceito, especialmente forte nos dias de hoje, de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não têm a *res publica* e o bem comum em tão elevada conta como deveriam (SILVA, 2005).

Observa-se assim um aumento crescente de demandas judiciais requerendo o fornecimento de medicamentos de alto custo não padronizados e não especificados em portarias elaboradas pelo SUS (BRASIL, 2006). De 2002 a 2006, houve um aumento de 11.063% no volume de recursos utilizados no cumprimento dos mandados judiciais pela Secretaria de Estado de Saúde. O valor passou de R\$ 164.325,00, em 2002, para R\$ 18.179.487,00, em 2006. Os cinco medicamentos mais demandados foram: Temozolomida 100mg, 20mg e 250mg; Teriparatida 20mcg/dose (Fortéo®); Etanercepte 25mg; Adalimumabe 40mg e Aripiprazol 15mg e 25mg (MARQUES, 2007). Conforme levantamento efetuado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS), as causas mais comuns de ingresso das ações judiciais foram falta do produto, recusa para efetuar fornecimento pelo fato de a indicação estar em desacordo com os protocolos estabelecidos pelo SUS e medicamento não padronizado (BRASIL, 2007). Estudo relativo a ações impetradas contra a Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro demonstrou que vários dos medicamentos pleiteados são os da atenção básica e os excepcionais, o que pode ser indicativo da omissão das gestões municipais e estaduais (MESSER, 2005). Análise semelhante realizada no estado de São Paulo evidenciou que 62% dos medicamentos solicitados fazem parte de listas de programas

do SUS (VIEIRA, 2007). Diversos *sites* de associações/organizações não governamentais/entidades organizativas de usuários encorajam a utilização da via judicial para a obtenção de determinados fármacos e tratamentos, com disponibilização de modelos de mandados judiciais com pedido de liminar, orientando pacientes e advogados para ajuizamento de ações (BRASIL, 2007).

Pesquisa realizada pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais (ESP-MG) identificou o medicamento Fortéo® como um dos mais solicitados em demandas por fornecimento (MINAS GERAIS, 2008). O Fortéo® é indicado para tratamento de osteoporose. Tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (BRASIL, 2003), Food and Drug Administration (FDA) (UNITED STATES OF AMERICA, 2003) e European Medicines Agency (EMA) (UNITED KINGDOM, 2002). Contudo, não faz parte do rol dos medicamentos constantes no protocolo para tratamento da osteoporose elaborado pelo SUS (BRASIL, 2002). Fortéo® é o nome de marca do remédio teriparatida. O Fortéo® foi lançado no mercado brasileiro em 2003. É o primeiro de uma nova classe de agentes formadores de osso. Não existe similar. Em um grande estudo placebo controlado, o Fortéo® aumentou a densidade óssea significativamente, reduziu a incidência de fraturas em mais da metade e causou mínimos efeitos colaterais. O mecanismo de ação da teriparatida (Fortéo®) é diferente das outras drogas atualmente indicadas para tratamento de osteoporose (bifosfonados, calcitonina, estrogênios). Os bifosfonados também aumentam a massa óssea, mas atuam inibindo a reabsorção e o remodelamento ósseos, conservando a microarquitetura óssea, enquanto a teriparatida atua estimulando a formação e o remodelamento ósseos e melhorando a microarquitetura óssea. Enquanto as primeiras aumentam a massa óssea por deposição de minerais, a teriparatida forma um osso maior, mecanicamente mais forte, e não apenas mais denso. A administração diária de Fortéo® estimula a formação de osso novo, aumenta a massa óssea e reduz a incidência de fraturas vertebrais e não vertebrais em pacientes com osteoporose. (DEAL, 2003). Um curto ensaio comparando teriparatida e alendronato de sódio observou aumento maior e mais precoce da densidade óssea da coluna vertebral e do colo femoral no grupo que usou a teriparatida. Por outro lado, não houve evidências

da superioridade da eficácia da teriparatida em evitar fraturas, e por isso o seu custo mais elevado pode não justificar o seu uso como terapia de primeira linha. A intolerância gastrointestinal ao uso de bifosfonados seria uma indicação precisa para o uso da teriparatida (HODSMAN, 2005). Uma revisão sistemática dos remédios destinados ao tratamento da osteoporose em mulheres na pós-menopausa foi publicada no Brasil, em 2008. Este estudo buscou subsidiar as discussões a respeito dos protocolos clínicos, com base em evidências científicas na literatura. Os bifosfonados têm demonstrado melhor eficácia clínica, principalmente o alendronato e o ibandronato via endovenosa. A terapia de reposição hormonal demonstrou efeito, mas seu uso tem sido associado ao aumento de risco de doenças cardiovasculares e outras. Teriparatida e monofluorofosfato apresentaram eficácia antiosteoporótica. Cálcio e vitamina D foram dados aos pacientes como suplemento alimentar (BRANDÃO, 2008). O tratamento com teriparatida deve ser considerado para mulheres na pós-menopausa e homens, com osteoporose grave. Essa terapia não é recomendada durante mais de dois anos (HODSMAN, 2005).

A judicialização da saúde tem se tornado um tema cuja discussão é cada vez mais necessária. Para tanto, pesquisa de jurisprudência foi efetivada no *site* do TJMG (<http://www.tjmg.gov.br>) usando a palavra-chave FORTEO, no dia 27/06/2008. Todos os acórdãos referentes a pedido de fornecimento de Fortéo® publicados na internet até o dia 27/06/2008 foram lidos na íntegra. Os dados coletados tiveram como objetivo verificar: a porcentagem de decisões favoráveis à concessão do medicamento; a porcentagem de decisões desfavoráveis à concessão do medicamento; o número de acórdãos proferidos a cada ano; a quantidade de deferimentos e indeferimentos para fornecimento do medicamento a cada ano; a citação dos instrumentos normativos, dos discursos e dos argumentos mais usados na fundamentação dos acórdãos. Busca-se, com a análise relatada, observar qual o entendimento majoritário do TJMG e quais as normas mais citadas em acórdãos referentes a demandas do fornecimento de Fortéo® – medicamento de alto custo, não relacionado na lista de fármacos de dispensação em caráter excepcional do SUS e não integrante do protocolo para tratamento contra osteoporose elabo-

rado pelo SUS. A análise das decisões proferidas pode subsidiar os Poderes Executivo e Judiciário em atuações eficazes e integrais, em benefício dos cidadãos brasileiros.

2. Metodologia

Pesquisa de jurisprudência foi efetivada no *site* do TJMG (<http://www.tjmg.gov.br>) usando a palavra-chave FORTEO, no dia 27/06/2008. Todos os acórdãos selecionados pela pesquisa publicados na internet até o dia 27/06/2008 foram lidos. Obteve-se um total de 123 acórdãos selecionados, os quais foram lidos na íntegra. Destes, para coleta de resultados e análise, foram excluídos os embargos de declarações (sete acórdãos), um agravo interno e os acórdãos que tratavam de requerimento de medicamentos diversos – Humira®, Enbrel®, Cetuximab® e Tracleer® (dez acórdãos). Foram coletados dados dos 105 acórdãos restantes, todos referentes a pedidos de cidadãos para que o SUS fornecesse medicamento utilizado para tratamento da osteoporose: Fortéo® (teriparatida). Durante a leitura da íntegra dos acórdãos, foram identificadas e analisadas as seguintes variantes:

- número do acórdão;
- data do julgamento do acórdão;
- quantidade de acórdãos que julgaram procedentes e improcedentes os pedidos de fornecimento do medicamento Fortéo® pelo SUS;
- quantidade e porcentagem de acórdãos deferindo e indeferindo pedidos de fornecimento do medicamento Fortéo®, a cada ano;
- instrumentos normativos citados e sua prevalência na fundamentação dos acórdãos, considerando-se os votos dos vencidos;
- discurso e argumentos usados na fundamentação dos acórdãos, considerando-se os votos dos vencidos.

Os dados coletados foram lançados em tabelas do programa *Excel*, com análise pela tabela dinâmica e obtenção de porcentagem, de gráficos e de tabelas. Com a finalidade de simplificar os gráficos e tabelas criadas, adotou-se a palavra “sim” para traduzir a concessão do fornecimento do medicamento pleiteado e a palavra “não” para traduzir o indeferimento do pedido para concessão do medicamento pleiteado.

3. Resultados

Este trabalho analisou 105 acórdãos do TJMG proferidos de 21/09/2004 a 27/05/2008, publicados na internet, no *site* do TJMG (<http://www.tjmg.gov.br>), até 27/06/2008. Os acórdãos estudados eram referentes a pedidos de cidadãos para que o Estado lhes fornecesse o medicamento Fortéo®.

Identificação dos acórdãos:

1.0024.04.376385-3/00; 1.0024.04.494592-1/00; 1.0024.04.444071-7/00;
1.0024.04.443443-9/00; 1.0024.04.521472-3/00; 1.0024.04.408849-0/00;
1.0024.04.376385-3/00; 1.0024.04.457549-6/00; 1.0024.04.494592-1/00;
1.0024.04.521472-3/00; 1.0024.05.681185-4/00; 1.0024.05.699294-4/00;
1.0707.07.139138-7/00; 1.0707.07.138362-4/00; 1.0707.07.145922-6/00;
1.0000.04.413576-9/00; 1.0024.04.521581-1/00; 1.0024.04.521470-7/00;
1.0024.04.443444-7/00; 1.0024.04.376330-9/00; 1.0024.04.443444-7/00;
1.0024.04.518815-8/00; 1.0024.05.799386-5/00; 1.0024.04.392088-3/00;
1.0024.04.521470-7/00; 1.0024.04.521581-1/00; 1.0024.05.700253-7/00;
1.0024.04.538668-7/00; 1.0024.05.699871-9/00; 1.0000.07.449716-5/00;
1.0707.07.129720-4/00; 1.0024.04.463876-5/00; 1.0024.04.395253-0/00;
1.0024.04.501935-3/00; 1.0024.04.463876-5/00; 1.0024.05.699482-5/00;
1.0024.04.408847-4/00; 1.0024.06.215827-4/00; 1.0024.04.393038-7/00;
1.0024.04.445532-7/00; 1.0024.05.463875-7/00; 1.0024.04.493335-6/00;
1.0024.04.337089-9/00; 1.0024.04.465820-1/00; 1.0024.05.700280-0/00;
1.0000.05.429903-7/00; 1.0024.05.699480-9/00; 1.0024.05.648970-1/00;
1.0024.04.628014-2/00; 1.0000.06.437545-4/00; 1.0000.06.448576-6/00;
1.0000.07.455590-5/00; 1.0000.07.138906-8/00; 1.0024.04.493335-6/00;

3.1 Quantificação dos acórdãos que obrigaram e que não obrigaram o Estado a fornecer o medicamento Fortéo®

Entre os 105 acórdãos analisados, prolatados pelo TJMG, 90 (86%) apresentaram decisão favorável ao fornecimento do medicamento Fortéo® pelo Estado e 15 (14%) obtiveram decisão desfavorável ao fornecimento do medicamento Fortéo® pelo Estado.

3.2 Quantidade de acórdãos proferidos em cada ano

Observou-se que o início do julgamento e dos acórdãos se deu em 2004, com apenas três acórdãos. Verificou-se crescimento súbito de acórdãos proferidos em 2005, quando foram prolatadas 41 decisões. Notou-se queda progressiva a partir de então, com 34 acórdãos em 2006, 18 acórdãos em 2007 e 9 acórdãos em 2008, até o dia 27 de junho (gráfico 1).

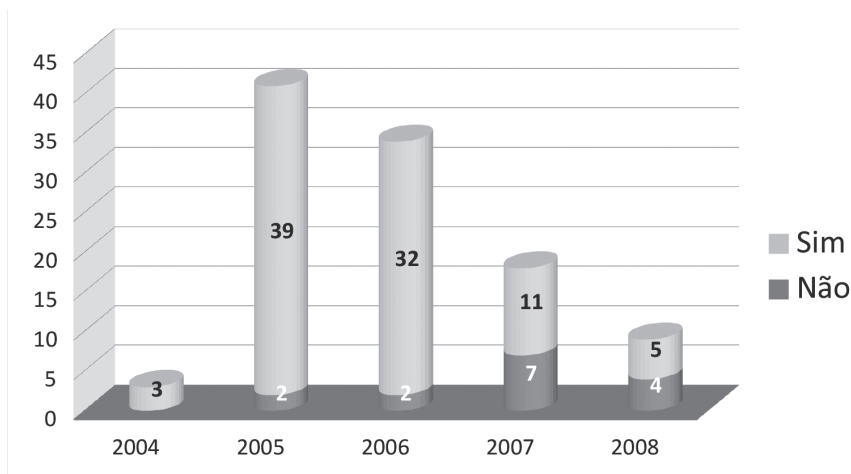


Gráfico 1: Quantidade de acórdãos proferidos em cada ano e seus resultados.

O gráfico mostra a quantidade de acórdãos publicados em cada ano, assim como a quantidade de acórdãos que deferiram o pedido de Fortéo® (“sim”; parte superior da barra) e a quantidade de acórdãos que indeferiram esse pedido (“não”; parte inferior da barra)

em cada ano. Percebe-se que todos os acórdãos proferidos em 2004 obrigaram o Estado a disponibilizar o medicamento Fortéo®. Há grande aumento do número de acórdãos proferidos em 2005, com queda progressiva desse número, a partir de então.

3.3 Quantificação das decisões favoráveis e desfavoráveis ao fornecimento do medicamento proferidas nos acórdãos, a cada ano (gráfico 1)

Verificou-se que em 2004 apenas três acórdãos foram proferidos, todos eles obrigando o Estado a fornecer o medicamento Fortéo® (100%). Em 2005 foram proferidos 39 acórdãos obrigando o Estado a fornecer o referido medicamento (95%) e dois acórdãos que decidiram que o Estado não tinha obrigação de fornecer o remédio (5%). Em 2006 foram proferidos 32 acórdãos obrigando o Estado a fornecer o referido medicamento (94%) e dois acórdãos que decidiram que o Estado não tinha obrigação de fornecê-lo (6%). Em 2007 foram proferidos 11 acórdãos obrigando o Estado a fornecer o referido medicamento (61%) e sete acórdãos que decidiram que o Estado não tinha obrigação de fornecê-lo (39%). Em 2008 foram proferidos cinco acórdãos obrigando o Estado a fornecer o referido medicamento (56%) e quatro acórdãos que decidiram que o Estado não tinha obrigação de fornecê-lo (44%).

3.4 Instrumentos normativos citados durante a fundamentação dos acórdãos analisados

Entre as normas citadas nas fundamentações dos acórdãos analisados, aquela que registrou maior número de citações foi a Constituição Federal (75%), seguida da Lei nº 8.080/90 (16%), da Portaria nº 1318/2002 (7%), da Constituição Estadual (1%), da Lei nº 10.741/2003 (1%), da Lei nº 9.313/96, da Portaria nº 3916/98 e da Portaria nº 470/2002 (1%). A tabela abaixo lista os instrumentos normativos citados nas fundamentações dos acórdãos analisados e sua frequência (tabela 1):

NORMAS CITADAS NA FUNDAMENTAÇÃO	N.º DE CITAÇÕES
CF, art. 196	92
CF, art. 6º	42
CF, art. 198	25
PORTARIA Nº 1318/2002	21
LEI Nº 8080/90, art. 6º	14
CF, art. 5º	13
CF, art. 197	13
CF, art. 194	12
CF, art. 1º, III	10
LEI Nº 8.080/90 sem especificar artigo	10
LEI Nº 8.080/90, art. 7º	9
LEI Nº 8.080/90, art. 2º§1º	8
CF, art. 23, II	7
LEI Nº 8.080/90, art. 4º	5
CF, art. 199	4
CF, art. 30, VII	3
CE, art. 190, XI	3
LEI Nº 10.741/2003	3
CF, art. 7º, XII	2
CF, art. 24, XII	2
CF, art. 170	2
CF, art. 193	2
CF, art. 200	2
CE, art. 186	1
LEI Nº 8.080/90, art. 5º	1
LEI Nº 8.080/90, art. 9º	1

LEI Nº 8.080/90, art. 18	1
LEI Nº 8.080/90, art. 35, V	1
LEI Nº 8.080/90, art. 71	1
LEI Nº 9.313/96, art. 1º, §1º	1
PORTARIA Nº 2.577/2006	1
PORTARIA Nº 3.916/98	1
PORTARIA Nº 470/2002	1

TABELA 1: Normas citadas nas fundamentações dos acórdãos.

Verifica-se a identificação de cada norma citada nos acórdãos estudados, assim como sua frequência.

3.5 Argumentos e discursos citados durante a fundamentação dos acórdãos analisados

A identificação e a frequência dos argumentos e dos discursos mais usados nas fundamentações dos acórdãos estão listadas na tabela abaixo (tabela 2).

DISCURSOS MAIS USADOS NA FUNDAMENTAÇÃO	N.º DE CITAÇÕES
• A saúde é direito de todos e dever do Estado;	81
• Indissociabilidade do direito à vida e do direito à saúde;	47
• É dever do Estado prestar assistência terapêutica integral e farmacológica àqueles que necessitam, a fim de manter a saúde dos cidadãos brasileiros;	47
• Dignidade da pessoa humana;	32
• Não cabe ao Estado questionar prescrição fornecida por especialista (médico);	32
• O Estado deve prestar atendimento de saúde digno e adequado;	30
• Legislação infraconstitucional e demais atos normativos envolvendo interesse financeiro carecem de legitimidade para limitar o direito à vida e à saúde, amplamente tutelado pela CF;	29
• A saúde é um direito social;	21
• Saúde é um direito fundamental;	19
• Ausência de provas ou necessidade de perícia técnica;	17

• Sobreposição da vida humana a todo e qualquer outro direito;	15
• O Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional;	14
• Não é aceitável que atestado de um só médico particular possa se opor a elementos fundados confiáveis de serviço médico oficial;	13
• Cabe ao Estado assegurar o direito à vida através dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia, permitindo aliviar o sofrimento e a dor;	9
• O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Estadual o cumprimento da disposição constitucional que garante o direito à saúde, sob pena de compactuar com a dor e o sofrimento de milhares de brasileiros, pobres e carentes que, ao buscarem, por falta de opção, tratamento no Sistema Único de Saúde, ficam à mercê de um sistema de saúde precário e ineficiente que muitas vezes conduz à morte;	6
• As declarações do médico, especialista, não são infirmadas, simplesmente, por oposição fundada nos protocolos genéricos de diagnóstico e padronização de medicamentos adotados pela SES;	4
• Teoria da cláusula da reserva do possível – reserva da Lei Orçamentária;	4
• Diante da precária prestação de serviços do sistema de saúde pública deste país, em desatenção ao comando constitucional e em desrespeito ao cidadão, o Judiciário não pode se quedar inerte, sendo conivente com tal situação, pelo que, sempre que instado a fazê-lo, deverá se manifestar de modo a garantir os direitos do povo brasileiro;	3
• Inviável determinação judicial para que o ente público forneça a determinada pessoa medicamentos não integrantes da lista básica do SUS, pois implicaria privilégio do direito de um em detrimento do direito de muitos;	1
• A intervenção do Judiciário no fornecimento de medicamentos não relacionados na lista de fármacos da rede pública significa intolerável violação ao princípio da separação dos poderes;	1
• Ausência dos requisitos necessários para a antecipação da tutela.	1

TABELA 2: Discursos e argumentos mais usados nas fundamentações

A tabela identifica os argumentos e discursos usados na fundamentação dos acórdãos analisados, assim como sua frequência.

4. Análise dos resultados

Analisando-se os acórdãos prolatados pelo TJMG no período de 21/09/2004 a 27/05/2008, publicados no *site* desse Tribunal, referentes a pedidos de cidadãos para que o estado disponibilizasse Fortéo®, medicamento de custo elevado, não incluído na lista de medicamentos excepcionais/de alto custo do SUS, verificou-se que:

- A maioria dos acórdãos analisados obrigou o Estado a fornecer o medicamento Fortéo® (86%);

- Observou-se um aumento substancial do número de acórdãos proferidos em 2005 (41) quando comparado ao ano de 2004 (3). Constatou-se uma queda progressiva do número de acórdãos proferidos a partir de 2005: 34 acórdãos em 2006, 18 acórdãos em 2007 e nove acórdãos até o dia 27/06/2008;

- A análise ano a ano dos acórdãos constatou um aumento progressivo e consistente das decisões que não obrigam o Estado a fornecer o medicamento Fortéo®: de 0% em 2004, aumentou progressivamente: 5% em 2005, 6% em 2006, 39% em 2007 e 44% em 2008. A análise das decisões ao longo dos anos constata que há uma tendência à diminuição das decisões que obriguem o Estado a disponibilizar o medicamento Fortéo®, apresentando tendência ao aumento da força dos argumentos e discursos usados nas decisões e nos votos que não obrigam o Estado a fornecer o medicamento;

- Considerando-se todos os acórdãos analisados, verifica-se que o instrumento normativo mais utilizado foi a CF (75%), seguido pela Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080/90 (16%), e pela Portaria 1318/2002, sobre medicamentos de alto custo do SUS (7%). Cita-se também a Constituição do Estado de Minas Gerais (CE) e o Estatuto do idoso – Lei nº 10.741/2003 (1% cada uma). Com menor frequência são citadas a lei para distribuição de medicamentos gratuitos para tratamento da AIDS – Lei nº 9313/96, as Portarias nº 470/2002 (protocolo do SUS para tratamento da osteoporose), nº 2577/2006 (regulamenta medicamentos de alto custo do SUS e revoga a Portaria nº 1318/2002) e nº 3916/98 (Política Nacional de Medicamentos) (1% todas elas);

- Observando-se os discursos usados na fundamentação desses acórdãos, os mais incidentes foram os seguintes:

- A saúde é direito de todos e dever do Estado;
- Indissociabilidade do direito à vida e do direito à saúde;
- O Estado tem o dever de prestar assistência terapêutica integral e farmacológica àqueles que necessitam;
- A dignidade da pessoa humana deve ser tutelada;
- Não cabe ao Estado questionar prescrição médica;
- O Estado deve prestar atendimento de saúde de forma digna e adequada;
- Legislação infraconstitucional e demais atos normativos envolvendo interesse financeiro carecem de legitimidade para limitar o direito à vida e à saúde, amplamente tutelados pela CF.

- Considerando-se as decisões que determinaram improcedentes os pedidos de Fortéo®, assim como os votos divergentes nas decisões procedentes, têm-se como argumentos e discursos usados na fundamentação dos acórdãos:

- Argumenta-se a ausência de provas ou a necessidade de perícia técnica;
- Não aceitação do atestado do médico assistente em oposição a elementos fundados e confiáveis de serviço médico oficial;
- Teoria da cláusula da reserva do possível;
- Constitui intolerável violação ao princípio da separação dos poderes a intervenção do Judiciário no fornecimento de medicamentos não relacionados na lista do SUS;
- Implicaria privilégio de um em detrimento do direito de muitos a intervenção do Judiciário no fornecimento de medicamentos não relacionados na lista do SUS.

5. Considerações finais

O processo de judicialização começou na última década, especialmente na área de medicamentos. À medida que medicamentos novos são desenvolvidos no exterior e devido ao grande acesso à informação propiciada pela internet, livremente acessada pelos pacientes, estes têm acesso a tudo que há de mais recente, seja com alguma evidência, seja ainda em fase de estudos clínicos. Entretanto, na iminência de não encontrarem outra perspectiva de tratamento, procuram todos os meios para ter acesso àquilo que eventualmente acreditam ser a esperança de cura, tratamento ou postergação de outro desfecho (LAMB, 2008). É nesse cenário que surge o litígio entre o cidadão e o Estado.

Como o Estado pode fazer uma defesa dizendo que tem por base um protocolo que se sabe estar desatualizado? O protocolo para tratamento da osteoporose foi elaborado em 2002 e a teriparatida (Fortéo®) chegou ao mercado brasileiro em 2003. Qual posicionamento deve ser tomado quando se tem um protocolo clínico e uma diretriz terapêutica de 2002 para uma patologia que, sabidamente, tem outras abordagens terapêuticas baseadas em evidências científicas, e esse medicamento não é disponibilizado pelo SUS? Essa situação é observada no caso do medicamento Fortéo®. A permanente atualização dos protocolos de diretrizes terapêuticas e clínicas, no mínimo anualmente, é fundamental, nem que seja para dizer que não houve alteração nenhuma, que as evidências não indicam que esse protocolo deva ser alterado.

Atualmente, a prestação de uma assistência farmacêutica adequada e integral é um dos principais desafios dos gestores do SUS. Como atuar quando são verificadas denúncias envolvendo médicos, associações, advogados e indústria farmacêutica fomentando a judicialização da saúde? O que fazer quando a mídia revela, a cada hora, um novo escândalo envolvendo agentes políticos, gastos descomunais com propaganda política, passagens aéreas custeadas com o dinheiro público para viagens de turismo de parentes e amigos de agentes políticos, escândalos que denotam um total desrespeito aos contribuintes brasileiros? E o subfinanciamento do SUS e o desrespeito

à emenda constitucional nº 29? E a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), criada para a saúde e desvirtuada para outras áreas? E denúncias de corrupção como o escândalo dos sanguessugas e a máfia das ambulâncias? Que providências foram tomadas pelo Estado? Houve ressarcimento aos cofres públicos? Qual é a chance de isso acontecer? E a reforma tributária? E as altas taxas tributárias pagas pela população brasileira – uma das maiores do mundo? Deve-se aceitar a escusa do Estado em não ofertar um tratamento de saúde digno e adequado, por falta de recursos financeiros?

A busca pela Justiça nesses casos é uma questão muito complexa. A omissão do Estado e o descrédito na Administração têm levado a população a recorrer ao Judiciário para ter garantido o seu direito a um atendimento de saúde digno e adequado, uma vez que os Poderes Legislativo e Executivo têm sistematicamente negligenciado o cumprimento de suas obrigações. Daí a judicialização da saúde. Por um lado, a participação do Judiciário pode ser considerada um fenômeno positivo, uma vez que pode reduzir as violações de direito cometidas pelo próprio Estado contra seus cidadãos, além de fomentar a elaboração de políticas públicas que ampliem o acesso a remédios e outros tratamentos. Por outro lado, o excesso de demandas judiciais pode gerar uma individualização da demanda em detrimento do coletivo e a ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas, podendo levar à desorganização dos serviços. Devemos reconhecer que há demandas procedentes e demandas improcedentes relacionadas ao fornecimento de medicamentos pelo SUS. O protocolo estabelecido para tratamento da osteoporose foi elaborado em 2002 e necessita ser revisado. O grande aumento de acórdãos em 2005, seguido de queda progressiva, talvez possa ser explicado pelo lançamento e pelo *marketing* do Fortéo® no mercado brasileiro em 2003. Essa demanda poderia ser justificada por se tratar de medicamento novo e promissor, sem similar, único capaz de formar osso em pacientes com osteoporose. A propaganda em torno desse medicamento pode ter influenciado tanto o paciente quanto o médico, na busca de um tratamento mais eficaz. Contudo, deve-se ter em mente que esse produto apresenta custo muito elevado. Considerando-se as relações de custo-efetividade, não é a primeira opção para tratamento da osteoporose, devendo ser indi-

cado quando o paciente não apresenta resposta ao tratamento instituído, quando apresenta intolerância ou contraindicação ao uso de outras drogas, ou quando houver osteoporose grave. O tratamento com Fortéo® não deve ser prolongado por mais de dois anos, em decorrência de estudos experimentais em roedores que evidenciaram o surgimento de câncer ósseo, durante uso prolongado desse medicamento. Apesar desse experimento, levando-se em conta as considerações acima e conforme documentado em estudos clínicos de elevada consistência, esse fármaco é considerado uma droga segura e eficaz, com registro na ANVISA, na FDA e na EMEA. Apesar de o Fortéo® não ser a primeira opção para tratamento da osteoporose, ele tem suas indicações. Cada esquema de tratamento deve ser individualizado, analisando-se riscos e benefícios.

Sugere-se que os protocolos de diretrizes terapêuticas sejam atualizados anualmente, com avaliação de novas tecnologias. É conveniente lembrar que sempre há doenças e doentes. Não existe uma fórmula mágica universal que resolva todos os problemas de uma determinada doença. Cada caso é um caso. Por isso, a constituição de um corpo de peritos para análise de cada caso específico durante a tramitação do processo judicial seria a medida ideal no auxílio da Justiça.

6. Conclusão

O presente estudo demonstrou que o entendimento majoritário da 2ª Instância do TJMG, ao longo dos anos estudados, considera obrigação do Estado o fornecimento do medicamento Fortéo® ao cidadão brasileiro, apesar de esse medicamento não constar no protocolo para tratamento de osteoporose ou na lista de medicamentos de alto custo elaborada pelo SUS. As decisões do TJMG, em sua maioria, valorizaram o direito à vida e à saúde, com sobreposição desses direitos a quaisquer outros, entendendo que legislação infraconstitucional e atos normativos envolvendo interesse financeiro não devem limitar o direito à saúde e à vida dos cidadãos brasileiros. Contudo, a análise das decisões ao longo dos anos estudados constata que há uma tendência à diminuição das decisões que obrigam o Estado a disponibilizar o medicamento Fortéo®, apresentando tendência de aumento de força dos argumentos e discursos usados nas decisões que não obrigam o Estado a fornecer esse medicamento.

7. Referências

BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas et al. Treatment of postmenopausal osteoporosis in women: a systematic review. *Scielo Public Health, Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, suppl. 4. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311-2008001600011X&lng=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 20 maio 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 490, de 18 de março de 2003. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2003/re/490_03re.htm>. Acesso em: 21 maio 2009.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência farmacêutica no SUS. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores: para entender a gestão do SUS, Livro 7). Disponível em: <<http://extranet.saude.prefeitura.sp.gov.br/biblioteca/livros/colecao-progestores-2013-para-entender-a-gestao-do-sus/livro7.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2012.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 470, de 24 de julho de 2002. Aprova, na forma do anexo desta portaria, o protocolo clínico e diretrizes terapêuticas - osteoporose - bisfosfonados, calcitonina, carbonato de cálcio, vitamina D, estrogênios e raloxifeno. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/PORT2002/PT-470.htm>>. Acesso em: 13 maio 2009.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. Aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 23 maio 2009.

CONSULTA REMÉDIOS. Disponível em: <<http://www.consultaremedios.com.br/cr.php?uf=SP&tp=nome&or=&nome=forteio>>. Acesso em: 19 maio 2009.

DEAL, Chad; GIDEON, James. Recombinant human PTH 1-34 (Forteo): An anabolic drug for osteoporosis. Current drug therapy, 2003. Disponível em: <<http://www.docguide.com/news/content.nsf/PaperFrameSet?OpenForm&refid=2&id=48dde4a73e09a-969852568880078c249&newsid=8525697700573E1885256D-5F0065700E&u=http://www.ccjm.org/pdf/DEAL703.PDF&ref=/news/content.nsf/news/8525697700573E1885256D5F0065700E>>. Acesso em: 20 maio 2009.

HODSMAN, Anthony B. et al. Parathyroid Hormone and Teriparatide for the Treatment of Osteoporosis: a review of the evidence and suggested guidelines for its use. *Endocrine Reviews*, v. 26, n. 5, p. 688-703, 2005. Disponível em: <<http://edrv.endojournals.org/cgi/content/full/26/5/688>>. Acesso em: 20 maio 2009.

LAMB, Lore. *Os desafios do enfrentamento das ações judiciais de medicamentos*: entrevista. [5 ago. 2008]. Entrevista concedida ao Informe ENSP. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/ccs/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=41&infoid=1965&sid=3>>. Acesso em: 25 maio 2009.

MARQUES, Marcella. SES economiza mais de R\$ 2 milhões em medicamentos. *Governo de Minas*, Belo Horizonte, 19 jan. 2007. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/noticias_e_eventos/ses-economiza-mais-de-r-2-milhoes-em-medicamentos/?searchterm=teriparatida>. Acesso em: 20 maio 2009.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lúcia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005.

MINAS GERAIS. Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais. Sistema de pesquisa em direito sanitário. Disponível em: <<http://spdisa.gti.esp.mg.gov.br/login.php>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

SILVA, Francisco Viegas Neves da. *Considerações sobre a judicialização do acesso à saúde*. 2005. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização – submetida à Comissão Julgadora do Prêmio Ajuris – Direitos Humanos)–Escola de Direito da Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2005.

UNITED KINGDOM. The European Agency for the Evaluation of Medicinal Products. Press release, London, 19 Dec. 2002. Disponível em: <<http://www.emea.europa.eu/pdfs/human/press/pr/658902en.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Food and Drugs Administration. New Drug Treatment for Osteoporosis. *FDA*, 14 Apr. 2003. Disponível em: <<http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/psn/printer.cfm?id=10>>. Acesso em: 21 maio 2009.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130009

5

Direito
Público
Constitucional

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: HIERARQUIA NORMATIVA, MOMENTO DE EFICÁCIA, COLISÃO DE NORMAS E RETIRADA DE VALIDADE

INTERNATIONAL TREATIES ABOUT HUMAN RIGHTS: LEGAL HIERARCHY, ENFORCEMENT, NORM CONFLICTS AND VALIDITY

GUILHERME FELER DE PAULA FRAGA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

gfeler@hotmail.com

RESUMO: O reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais brasileiros dos direitos humanos como paradigma normativo eficaz tem crescido consideravelmente nos últimos anos, muito em decorrência do fenômeno do *neoconstitucionalismo* (expressão inequívoca do pós-positivismo), ao se chancelar como valor fundante de uma nação de princípios humanitários de matiz universal, dotados de força normativa. Não obstante o primeiro marco regulatório dos direitos fundamentais na história remontar à Declaração da Virgínia de 1776, assim como o processo de reconstitucionalização do direito tenha sido deflagrado na Europa a partir do término da II Guerra Mundial, o Brasil somente veio a desfrutar dessa profunda transformação com o advento da Constituição de 1988. É, efetivamente, a partir dela, que as normas internacionais definidoras de direitos humanos passam a ser alçadas no plano interno como dispositivos de envergadura hierárquica superior à legislação infraconstitucional.

Este trabalho tem como foco discutir justamente o *status* normativo de tais diplomas, analisando as teorias existentes (paridade à lei ordinária e à Constituição, supralegalidade, supraconstitucionalidade) e respectivos consectários, como o tratamento em caso de colisão de normas, o modo de retirada de sua validade e o momento de produção de efeitos na ordem jurídica interna.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais; tratados internacionais; hierarquia normativa; eficácia.

ABSTRACT: The recognition by the Brazilian courts of human rights as an effective normative paradigm has grown considerably in recent years, much due to the phenomenon of neoconstitutionalism (unambiguous expression of post-positivism) that recognized the foundational value of the nation humanitarian principles endowed with legal force. In spite of the fact that the regulatory milestone of fundamental rights dates back to the Virginia Declaration of 1776 (as well as the process of re-constitutionalization of law triggered out in Europe from the end of the 2nd World War onwards) Brazil has only come to enjoy this profound transformation with the Constitution of 1988. After it international standards defining human rights were internally regarded as devices of a higher hierarchical scale than the legislation below the Constitution. This paper focuses on the discussion of the normative status of such texts, analyzing existing theories (parity to the ordinary law and the Constitution, overlegality, overconstitutionality) and its consecutions, such the treatment in case of rule collision, how to suppress its validity and the moment of production of effects in domestic law.

KEY WORDS: human rights; dignity of the person; fundamental rights; international treaties; normative hierarchy; force.

SUMÁRIO: 1. Afirmação histórica, relevância e finalidade dos direitos humanos. 2. *Nomen juris*. 3. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos. 3.1. Modo de supressão da validade. 3.2. Colisão de normas. 4. O momento de produção de efeitos dos tratados internacionais sobre direitos humanos. 5. Referências.

1. Afirmação histórica, relevância e finalidade dos direitos humanos

Durante a história, o aviltamento da integridade física, psicológica e moral do ser humano fez eclodir um sentimento coletivo de repúdio a essas condutas veiculadoras de opressão, ganância e poder desmedido.

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. [...]

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade. (COMPARATO, 2008, p. 38; 50).

Esta afirmação constitui a primeira parte do art. I da Declaração da Virgínia, de 1776, considerada “[...] o registro de nascimento dos direitos humanos na História.” (COMPARATO, 2008, p. 50)¹.

A “[...] fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança [...]” (segunda parte do art. I da Declaração da Virgínia), constituem o espírito fundante da democracia moderna – inaugurada pelos Estados Unidos da América e pela França – dirigida não para a “[...] defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos [a burguesia] contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável [...]” [nobreza e clero]. (COMPARATO, 2008, p. 51-52).

¹ Fábio Konder Comparato (2008, p. 45-46) adverte, no entanto, que o embrião dos direitos humanos despontou por meio da Declaração das Cortes de Leão (de 1188) e da Magna Carta (de 1215), como reação do clero e da nobreza à reconcentração do poder nas mãos dos reis, disposições que também continham algumas concessões ao denominado “Terceiro Estado”, isto é, o povo.

As declarações de direitos norte-americanos, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. [...]

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. [...]

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. [...]

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. (COMPARATO, 2008, p. 53-54).

Contudo, a ratificação plena dessas novas diretrizes humanitárias somente veio a ocorrer no século seguinte, por meio da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919².

Surge, então, a chamada “fase de internacionalização dos direitos humanos” (iniciada, em verdade, ainda no século XIX, com a Convenção de Genebra de 1864)³, que refletiu sua magnificência a partir da criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), entidade que até 1939 já havia aprovado 67 (sessenta e sete) convenções internacionais. Mas foi em 1948, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre a pre-

² Ver: Comparato (2008, p. 54).

³ Conforme esclarece Comparato (2008, p. 55): “[...] compreende o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico”.

venção e punição do crime de genocídio, que a internacionalização dos direitos humanos atingiu seu apogeu, módulo histórico que se encontra em pleno desenvolvimento (COMPARATO, 2008, p. 57).

Canotilho afirma que aos direitos humanos cumprem

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993 apud MORAES, 2006, p. 541).

Desse contexto, Moraes (2006, p. 2) extrai que os direitos humanos têm como núcleo fundante “[...] consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”. Ramos (2005) também concebe que aos direitos humanos cabe a tarefa de acautelamento da dignidade humana, da mesma forma como Pérez Luño (1995) e Silva (2007). A UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), seguindo trilha idêntica, por meio do documento *Les dimensions internationales des droit de l’homme*, publicado em 1978, outorga aos direitos humanos as tarefas de proteção do homem contra os exageros estatais e de estabelecimento de condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁴.

Os direitos fundamentais guardam em sua essência, pois, a proteção e a promoção do valor *dignidade humana*. E não é por menos. Afinal, a dignidade da pessoa humana constitui:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse senti-

⁴ Ver Moraes (2006, p. 22-23).

do, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2005a, p. 37).

2. *Nomen juris*

Ramos (2005) e Silva (2007) advertem sobre a pluralidade de nomenclaturas dadas pela doutrina e pelos respectivos diplomas jurídicos com a finalidade de traduzir o termo *direitos humanos*, dentre elas direito natural, direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos fundamentais e direitos humanos. Cumpre esclarecer que se adotará neste trabalho a concepção encampada por Ramos (2005), a qual, de forma indistinta, emprega os termos direitos humanos e direitos fundamentais. Eis as críticas.

A expressão *direito natural* apresenta-se equivocada, visto que diante do atributo da historicidade de cada direito pode-se afirmar que os direitos humanos são verdadeiramente “direitos conquistados”, e não forjados de *per si* a partir da mera existência humana, isto é, não são inerentes à natureza do homem⁵. Quem explica, com propriedade, essa distinção é Bobbio:

[...] direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade ‘*sacre et inviolable*’, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. (BOBBIO, 1992, p. 18-19).

⁵ Ver Ramos (2005, p. 23-24).

O termo *direitos do homem*, por sua vez, também se mostra passível de crítica, já que, além de remontar à mesma origem jusnaturalista dos direitos individuais (concepção que se acabou de infirmar), “[...] há quem questione o caráter sexista da expressão, que pretere os direitos da mulher.” (RAMOS, 2005, p. 24).

A designação *direitos individuais* também não fica imune a rejeições, uma vez que tem o condão de incluir apenas uma categoria de direitos, os chamados direitos negativos ou de 1ª geração (RAMOS, 2005, p. 24-25). Não abarca, pois, toda uma gama de direitos e garantias coletivos, como os expressos pelos direitos econômicos, sociais e culturais (2ª geração), pelos direitos de solidariedade e fraternidade (3ª geração), e para aqueles que os admitem como categoria jurídica autônoma, pelos direitos à democracia (direta), informação e pluralismo (4ª geração)⁶.

Já a expressão *liberdades públicas* encontra resistência tendo em vista duas críticas específicas: a) “[...] é pouco adequada num mundo que reconhece entre as referidas ‘prerrogativas’ direitos no plano econômico e social que vão bem mais longe do que meras liberdades” (FERREIRA FILHO, 1998, p. 15); e b) “[...] toda liberdade necessita da intervenção do Estado para sua garantia”, possuindo, ao menos sob essa perspectiva, um substrato público – daí não ser correto reconhecer a existência, em contrapartida, de uma ‘liberdade privada’ que a contraponha⁷.

A última designação comumente adotada para refletir os direitos humanos e, também, não imune a críticas, é composta pela expressão *direitos públicos subjetivos*. Sua equivocidade está em restringir a esfera de alcance dos direitos humanos às relações verticais (isto, é, entre o Estado e o indivíduo), deixando de lado o plano horizontal (em que se desenvolve a vinculação jurídica entre particulares). Ademais, o termo *direitos públicos subjetivos* denota um forte caráter de resistência ou sujeição em face do Estado, aí compreendido

⁶ Ver Bonavides (1997, p. 524).

⁷ Ver Miranda (1993, p. 50).

como Leviatã, deixando à margem o Estado Social e os correlatos direitos prestacionais. O termo se restringe aos direitos de primeira dimensão, apenas⁸.

Direitos humanos e direitos fundamentais são termos, pois, que se equivalem. Há uma diferença cunhada por parte da doutrina, no entanto, que designa os primeiros como aqueles direitos estabelecidos em tratados internacionais, ao ponto que os segundos delimitariam os direitos do ser humano albergados e positivados pelo ordenamento interno de cada nação, em especial pelo direito constitucional (RAMOS, 2005, p. 26). Sarlet (2005a) adota referida distinção terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Comparato (2008), todavia, acolhe o entendimento de que os direitos fundamentais abarcariam os direitos humanos positivados em sua integralidade, ou seja, direito fundamental seria todo e qualquer direito humano previsto tanto nos tratados internacionais como nos ordenamentos internos de cada país.

Por sua vez, Miranda defende a ideia de que “[...] o Direito Internacional utiliza o termo ‘direitos humanos’ para ficar mais transparente a atinência destes direitos aos indivíduos e não aos Estados ou a outras entidades internacionais.” (MIRANDA, 1993, p. 51). Nesse sentido, bem pondera Ramos (2005) quando afirma que a expressão *direitos humanos* deve ser empreendida com prudência, pois “[...] uma vez que não há direito que não seja titularizado pelo ser humano”, o termo representaria um verdadeiro *bis in idem*. Mas dita redundância tem sua significância, adverte o autor – baseado nas lições de Weis (1999, p. 20): “[...] essa expressão é esclarecedora, pois acentua a essencialidade de tais direitos para o exercício de uma vida digna, sendo, por isso, adjetivados como ‘humanos’.”

Há ainda aqueles que optam pela junção dos termos. Assim o faz Moraes (2006), adotando a designação “direitos humanos fundamentais”. Silva também segue essa linha de caráter aglutinativo, tendo forjado a expressão “direitos fundamentais do homem”, à qual empresta a seguinte justificativa:

⁸ Ver Villey (1962, p. 221).

[...] constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível de direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem* não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. (SILVA, 2007, p. 178, grifo nosso).

Essa dicotomia estanque entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais* lastreada na ideia da origem do direito – se proveniente da ordem internacional ou da esfera política interna – apresenta-se a cada dia mais equivocada, na medida em que vem ocorrendo, na esfera dos direitos humanos, “[...] um processo de *aproximação e mútua relação* entre o Direito Internacional e o Direito Interno” (RAMOS, 2005, p. 28), sedimentando, assim, o ideário de *universalização* dos direitos humanos/fundamentais.

Nesta obra, utilizar-se-ão indistintamente os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, concedendo a ambos o mais alto valor jurídico, calcado, de forma primordial, no paradigma ético e moral da *dignidade*⁹.

⁹ “[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.” (SARLET, 2005b, p. 18-19).

3. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Conforme esclarece Rezek,

[...] de setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritaria sua estatura no ordenamento jurídico. (REZEK, 1991, p. 106).

Quase vinte anos depois, já sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante, novamente, da questão envolvendo a hierarquia normativa dos tratados internacionais – agora com enfrentamento das disposições contidas no Pacto de São José da Costa Rica, em especial no tocante à aplicabilidade do art. 7º, VII, que veda a prisão civil por dívida, excepcionada aquela decorrente de obrigação alimentar. Estabeleceu-se, pois, no julgamento do HC nº 72.131/RJ (ocorrido em 23/11/1995), ainda que de forma não unânime¹⁰, conforme voto proferido pelo relator do processo, ministro Celso de Mello, que:

[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao re-

¹⁰ Restaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

conhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...] Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina [...] – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...] Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF/88, art. 5º, LXVII) – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (BRASIL, 2003).

O posicionamento adotado pelo Pleno do STF refletia o entendimento majoritário em voga tanto nos demais tribunais do país, como na própria doutrina especializada¹¹. Nesse sentido, Canotilho e Moreira (1993), ao comentarem o art. 8º da Constituição Portuguesa, que reproduz regra semelhante à inscrita no art. 5º, § 2º, da CR/1988 (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição

¹¹ Ver Lenza (2008, p. 162).

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”), foram contundentes ao consignar que as normas de direito internacional público

[...] vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 85).

Há, contudo, na doutrina, expoentes que advogam a tese de que os *tratados internacionais sobre direitos humanos* possuem força hierárquica de norma constitucional, mormente em razão do teor consubstanciado no art. 5º, § 2º, da Constituição¹².

Acerca desse entendimento, relevante o escólio de Piovesan, adepta da mencionada corrente:

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. (PIOVESAN, 2007, p. 64-65).

Embora tenha sustentado ideário distinto em tempos pretéritos, consoante visto por ocasião do julgamento do HC nº 72.131/RJ (an-

¹² Nesse sentido: Lenza (1999, p. 199-216).

tes citado), no Supremo Tribunal Federal o ministro Celso de Mello é quem de forma mais incisiva advoga referida tese, embasando-se nos escólios de Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*), Antônio Augusto Cançado Trindade (*Tratado de direito internacional dos direitos humanos*), Celso Lafer (*A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*), André Ramos Tavares (*Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça*) e Francisco Rezek (*Direito internacional público – curso elementar*), defensores desse regime jurídico. Convém trazer à tona trecho do voto proferido pelo eminente ministro no seio do julgamento do HC nº 90.450/MG, ocasião em que atuou como relator, que bem sintetiza as razões de sua convicção:

Não se pode desconhecer, nesse ponto, [...] que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais. [...].

Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, deste modo, a visão deste Tribunal, às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional – consideradas as realidades deste emergentes –, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana. (BRASIL, 2009).

Com efeito, buscando compatibilizar e empreender uma interpretação sistemática harmônica entre o disposto no art. 5º, § 2º, e o estabelecido no art. 102, III, alínea *b*, ambos da Constituição, Piovesan (2007) enfatiza que o direito brasileiro adotou um *sistema misto disciplinador dos tratados*. Isto porque, enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos gozam de hierarquia constitucional (por obra do art. 5º, §2º), os demais diplomas internacionais apresentam força de norma infraconstitucional, já que, nos termos do art. 102, III, alínea *b*, da Constituição, compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (PIOVESAN, 2007, p. 60; 67-68). Conforme se percebe, o Constituinte de 1988 colocou os tratados internacionais ao lado da legislação federal, como entes equivalentes do ponto de vista hierárquico-normativo. Tanto que, na alínea antecedente, restou expresso como parâmetro de tutela do recurso extraordinário a própria Constituição, por violação direta. Nenhuma outra espécie normativa é posta em idêntico patamar. Tal ilação é ratificada pela redação insculpida no art. 105, III, alínea *a*, da Carta Magna, ao prever que a contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal perpetrados pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais estaduais, em única ou última instância, autorizam a interposição de recurso especial.

Não obstante menos difundido, há, ainda, o entendimento que consagra os tratados internacionais de direitos humanos como paradigmas normativos *supraconstitucionais* (GORDILLO, 1990, p. 53-55; MELLO, 1999, p. 25-26). Pereira e Quadros, ao analisarem o alcance do termo ‘não excluem’ previsto no art. 5º, §2º, da Constituição – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [...]” – assinalam que à referida expressão

[...] não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 103; 117).

Relevante frisar, outrossim, o surgimento de teoria diversa no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, apesar de pregar a eficácia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, reputou-os atributo de *supralegalidade* hierárquica. Assim se manifestou a excelsa Corte quando do julgamento do RHC nº 79.785/RJ, ocorrido em 29/03/2000, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence¹³. O intuito era conceder aplicação direta às convenções internacionais de direitos humanos, “[...] até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela decorrentes”.¹⁴

Em 22/11/2006, por ocasião do julgamento do RE nº 466.343/SP (finalizado em 03/12/2008), de relatoria do ministro Cezar Peluso, foi novamente sustentada a tese da *supralegalidade*, agora por intermédio do ministro Gilmar Mendes. No instante, examinava-se a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. Eis as palavras do ministro, *in verbis*:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção

¹³ A tese da supralegalidade, encampada pelo ministro relator, teve como amparo doutrinário as lições de Trindade (2000, p. 43).

¹⁴ Trecho reproduzido a partir do voto proferido pelo relator, ministro Sepúlveda Pertence.

Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desse tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. (BRASIL, 2009b).

Calha esclarecer que a tese da *supralegalidade* tem como principal sustentação teórica o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (que passou a vigor na esfera internacional em 27/01/1980), posto que, segundo o referido dispositivo, “[...] uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 2009c)¹⁵.

Há uma crítica, contudo, cunhada por Lenza (2008) e dirigida à tese da *supralegalidade*, a qual é compartilhada neste trabalho, cujo ponto falho pode ser apontado sobre o verdadeiro caráter dúplice extraível da denominada ‘eficácia paralisante’. Ao contrário do afirmado pelo ministro Gilmar Mendes, não são somente as normas infraconstitucionais contrárias aos tratados e convenções designadores de direitos humanos fundamentais que perderiam sua aplicabilidade. O próprio texto constitucional que, porventura, contradisse a norma de direito internacional sofreria com a irradiação paralisante advinda da supralegalidade, posto que, a menos que a norma constitucional gozasse de eficácia plena, sua materialização no plano infraconstitucional estaria obstaculizada, já que a atividade legiferante, nessa hipótese, encontraria óbice no tratado de direito humano. Veja: a Constituição de 1988 permite a prisão civil do depositário infiel. Entretanto, as normas ordinárias produzidas com vistas a regulamentar o texto constitucional teriam sua aplicabilidade infirmada pela convenção internacional que previsse, em sentido oposto, direito fundamental. Ou seja, por via transversa impõe-se a ab-rogação (se é que é possível) de norma constitucional. Embora imbuído pela efetivação dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, esse não parece ser o melhor caminho para se alcançar referido desiderato, havendo outros meios idôneos para

¹⁵ Ratifica tal conclusão Piovesan (2007, p. 60).

tanto, consoante será explicitado em seguida (a partir da interpretação que se pode conferir ao art. 5º, § 3º, da CR/1988)¹⁶.

Elege-se, aqui, acolher o entendimento que confere aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* hierárquico de norma constitucional, seja pela equivocidade da teoria propagadora da *supralegalidade* (em razão do caráter dúplice retirado da ‘eficácia paralisante’ – consoante explicitado), seja, principalmente, em decorrência do anseio ostentado pelo Constituinte, que, não satisfeito com o dispositivo consagrado no art. 5º, § 2º, fez incidir por meio do poder derivado reformador (EC nº 45/2004) a regra insculpida no novel § 3º, que “[...] vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos.” (PIOVESAN, 2007, p. 75) ¹⁷.

Eis a redação do art. 5º, § 3º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

¹⁶ O ministro Marco Aurélio parece também incorrer no mesmo equívoco em torno da supralegalidade (ver HC nº 87.585/TO, julgado em 03.12.2008), assim como os ministros Cezar Peluso (RE nº 404.276 AgR/MG, julgado em 10.03.2009), Carlos Britto (HC nº 94.013/SP, julgado em 10.02.2009), Menezes Direito (conforme voto proferido no já citado HC nº 87.585/TO, de relatoria do Min. Marco Aurélio) e Ricardo Lewandowski (RE nº 590.947/SC, julgado monocraticamente em 24.03.2009). Por sua vez, como já adiantado, o ministro Celso de Mello adota o entendimento de que as normas internacionais definidoras de direitos humanos possuem *status* constitucional (nesse sentido, o mencionado HC nº 87.585/TO) - com igual raciocínio os ministros Eros Grau e Ellen Gracie (HC nº 87.585/TO). Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF (abarcando tanto decisões monocráticas como colegidas) não se encontrou, até 26/09/2009, nenhum precedente que de forma inequívoca possa refletir o entendimento dos ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia quanto ao tema.

¹⁷ Conforme menciona o ministro Celso de Mello em voto proferido no multicitado HC nº 87.585/TO, países como Argentina (art. 75, n. 22), Holanda (art. 94), Rússia (art. 15, n. 4), Paraguai (arts. 137 e 141), França (art. 55) e Venezuela (art. 23) já acatam em suas Constituições normas expressas prevendo a paridade normativa entre as disposições constitucionais e as normas definidoras de direitos humanos.

Explica Piovesan:

[...] por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. (PIOVESAN, 2007, p. 72).

3.1. Modo de supressão da validade

Surgem, então, a partir do § 3º do art. 5º duas categorias de tratados internacionais designadores de direitos humanos, quais sejam, os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais (PIOVESAN, 2007, p. 76). A diversidade apontada faz com que se imponha por regime jurídico especial no que toca à forma de retirada de validade de tais textos sobre o ordenamento pátrio, podendo-se assim sintetizar: a) as normas definidoras de direitos humanos materialmente constitucionais não podem ser expungidas via emenda constitucional, já que explicitam direitos e garantias fundamentais, constituindo-se, pois, em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CR/1988); podem, no entanto, perder eficácia mediante ato unilateral emanado pelo Estado brasileiro, denominado ‘denúncia’, por meio do qual o país manifesta, no plano internacional, sua desvinculação ao respectivo tratado ou convenção; b) já as normas configuradoras de direitos humanos material e formalmente constitucionais (isto é, aquelas internalizadas via procedimento legislativo estabelecido pelo art. 5º, §3º, da Constituição) não são passíveis de revogação nem por emenda constitucional (uma vez que também constituem cláusula pétrea), tampouco por denúncia, visto que, não obstante haja a previsão de denúncia nos próprios tratados, se tais normas internacionais

[...] passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular. (PIOVESAN, 2007, p. 76-79).

3.2. Colisão de normas

Admitida como prevalente a concepção dogmática que concebe aos tratados internacionais de direitos humanos força hierárquica de norma constitucional, surge uma indagação de significativa monta: havendo colidência entre um dispositivo previsto em convenção internacional e uma regra ou princípio albergados pela Constituição, qual disposição deverá prevalecer?

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério 'lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível' [...]. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. (PIOVESAN, 2007, p. 100-101).

Com idêntica posição, Cançado Trindade:

[...] desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno. (TRINDADE, 1992, p. 317).

Esse raciocínio já encontra guarida no Supremo Tribunal Federal, especialmente pelas mãos do ministro Celso de Mello, que, em judicioso voto proferido no julgamento do HC nº 98.893/SP, em 25/08/2009, deixou assim ementada a questão:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico [...], consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (BRASIL, 2009d).

4. O momento de produção de efeitos dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Com arrimo nas lições de Lenza (2008, p. 386), pode-se sintetizar “[...] o trâmite de integração da norma internacional no direito interno em quatro fases distintas”, assim dispostas:

1ª fase – celebração do tratado internacional (negociação, conclusão e assinatura) pelo Chefe do Poder Executivo [Presidente da República], nos termos do art. 84, VIII, da Constituição;

2ª fase – aprovação (ratificação) do ato internacional pelo Congresso Nacional, conforme competência estabelecida no art. 49, I, da Constituição;

3ª fase – troca ou depósito dos instrumentos de ratificação pelo órgão do Poder Executivo na esfera internacional;

4ª fase – promulgação mediante decreto presidencial, secundada pela publicação no Diário Oficial do texto consignado no tratado ou na convenção, em língua portuguesa. (LENZA, 2008, p. 386).

É mister registrar que o STF adota o posicionamento segundo o qual:

[...] o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais [...] conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (BRASIL, 2001).

Pensa de forma distinta Piovesan – opinião da qual se comunga no presente trabalho –, aduzindo, com fulcro no art. 5º, § 1º, da Constituição¹⁸ que, se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais gozam de aplicabilidade incontinenti “[...] e, se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata”. (PIOVESAN, 2008, p. 82).

Da mesma forma entendem Bastos e Martins, segundo os quais

[...] não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa” (BASTOS; MARTINS, 2007, p. 396).

Quanto ao acolhimento doméstico das teses monista ou dualista, arremata Piovesan concluindo que o direito brasileiro fez a escolha por um sistema misto:

[...] relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, §1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. [...] O regime

¹⁸ *In litteris*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é aos tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, exigindo que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro esse ato é um decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Desse modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. (PIOVESAN, 2007, p. 90).

Portanto, não obstante o Supremo Tribunal Federal encampar entendimento diverso, em face do disposto no art. 5º, § 1º, da Carta Magna, pode-se afirmar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (sejam elas originadas da atividade legislante ou do Poder Constituinte nacionais, bem como produzidas no seio das relações estrangeiras) gozam de aplicabilidade imediata, sendo que as expressas em tratados e convenções internacionais passam a gerar efeitos na ordem jurídica interna e a aderir ao *bloco de constitucionalidade* a partir da ratificação dos respectivos diplomas pelo Congresso Nacional (art. 49, I), constituindo o decreto presidencial mera formalidade.

5. Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. *DJ*, 1 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=72131&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.450/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de setembro de 2008. *DJe*, 6 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>>. Acesso em: 23 maio 2013. [2009a]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. *DJe*, 5 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 24 maio 2013. [2009b]

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 maio 2013. [2009c]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98.893, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. *DJe*, 9 out. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 maio 2013. [2009d]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 4 de setembro de 1997. *DJ*, 18 maio 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 24 maio 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Os direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales*: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. In: ROCHA, Júlio César de Sá; MISI, Márcia Costa (Org.). *O direito e os desafios da contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. 3. ed. *Manual de direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília/São José da Costa Rica: IIDH/Friedrich Naumann Stiftung, 1992.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 2.

VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Artigo recebido em: 07/02/2010.

Artigo aprovado em: 30/06/2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130010

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A INVESTIGAÇÃO DE NATUREZA CRIMINAL

LAÉRCIO CONCEIÇÃO LIMA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

laercio@mp.mg.gov.br

1. Introdução

Inicialmente, cumpre analisar a legitimidade do Ministério Público – MP – sob o *prisma constitucional*, nos exatos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, *caput* e incisos I e VIII, da Carta Constitucional. O legislador constituinte atribuiu ao *Parquet*, entre as funções institucionais mencionadas no artigo 127 – defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis –, a defesa dos interesses sociais, quer estes se apresentem como difusos ou coletivos.

No âmbito dos interesses sociais, está o interesse difuso, consistente, por excelência, no direito de punir do Estado e acima de tudo da própria sociedade. Isso se depreende do teor do inciso I do artigo 129 da Carta da República, no qual se inscreve, como função institucional do MP, “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”, e do inciso VIII, que estabelece a prerrogativa do órgão de “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*”, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a legitimação do *Parquet* para a *proteção do interesse de punir* do Estado – antes de tudo constituído em *interesse social*,

representando, por excelência, interesse difuso de todo o corpo social – é recebida diretamente da Carta Magna.

No ordenamento infraconstitucional, ela vem disciplinada em vários diplomas legais, entre os quais a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), nos seus artigos 1º, 25, inciso IV, alíneas “a” e “b”, e 26, inciso I, e a Lei Complementar Estadual n. 34/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais), nos seus artigos 1º, 66, inciso VI, alíneas “a” e “b”, e 67, inciso I.

2. O poder-dever de propor ação penal pública como fundamento da legitimação para a investigação criminal

A legitimação para a investigação criminal é corolário da titularidade da ação penal pública. Não pode ser outro o entendimento, pois ao MP compete promover a proteção do interesse de agir do Estado.

Em função dessa responsabilidade, prevista na Constituição Federal, todos os elementos de convicção no inquérito policial devem ser amealhados para que o MP exerça a promoção da ação penal. Ora, se toda investigação deve ser feita em função do *Parquet*, não há motivo para que ele seja impedido de, por autoridade própria, promover – seja em caráter supletivo ou complementar – a investigação criminal para a apuração de qualquer infração penal. Trata-se de uma competência legal concorrente com a da polícia judiciária, não se justificando a resistência das Polícias Civil e Federal a esse poder investigatório no âmbito criminal.

Caberá ao órgão do MP a decisão de definir em que situação deverá intervir para que a investigação criminal seja por ele levada a efeito. Não se pretende tomar a competência legal da polícia judiciária na apuração dos fatos criminosos; por outro lado, não se quer a negação do poder investigatório do MP.

Aliás, já que essa investigação policial é feita para possibilitar à instituição – titular absoluta da ação penal pública – a proteção dos interesses sociais – entre eles o interesse de punir do Estado, que nada mais é que a proteção dos legítimos interesses e valores da sociedade civil –, a polícia judiciária deveria estar vinculada ao pró-

prio *Parquet*, e não aos governos das unidades federativas, seja a União, os Estados-Membros ou o Distrito Federal. Por isso, toda e qualquer investigação policial deveria ficar sob o controle direto do MP, excluindo-se a intervenção do Judiciário nessa fase, em que os elementos de convicção são colhidos para a formação da *opinio delicti* do órgão ministerial.

É importante dizer que o magistério da jurisprudência de nossos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal¹ e do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de assegurar a legitimidade do *Parquet* para a atividade de investigação, uma vez que lhe é conferida a prerrogativa exclusiva de promoção da ação penal pública.

Isso não significa que seja desprezado ou derogado o papel nobre e relevante da polícia judiciária. O que se quer dizer é que, em casos e situações excepcionais – como ocorre nos crimes perpetrados por Policiais Militares e Cíveis, Prefeitos, agentes públicos do alto escalão dos governos estaduais e federal etc. –, é necessário que o bastião seja encetado pelo órgão do MP. Do contrário, a apuração dos fatos ficaria comprometida, já que envolve agentes integrantes da polícia judiciária e militar e de pessoas que possuem o controle administrativo sobre as polícias.

Em julgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 464.893-GO, pela Segunda Turma, em 20 de maio de 2008, o Ministro-relator Joaquim Barbosa defende expressamente a legitimidade do *Parquet* para a investigação criminal e a não obrigatoriedade do órgão ministerial de promover a ação penal baseada exclusivamente no inquérito policial. No caso em questão, houve oferecimento de denúncia contra Prefeito baseada exclusivamente em inquérito civil. Nas palavras do Ministro:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

¹ O pleno do STF ainda não julgou a legitimidade do MP para a investigação criminal.

A rigor, nesta como em diversas outras hipóteses, é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo *fato investigado*, e não pela ponderação objetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta. (Grifo do original)

Na prática, penso que é possível propor tanto a ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. *Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.* (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

A ementa desse julgado foi assim resumida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade.

2. *O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, § 1º, do CPP).*

3. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Não é diferente o entendimento esposado pela mesma Segunda Turma no *Habeas Corpus* n. 89.837/DF – julgado em 20 de outubro de 2009, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello –, cuja decisão foi unânime pela legitimidade do poder investigatório do MP:

EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’ – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONÓPOLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO ‘PARQUET’ – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO ‘McCULLOCH v. MARYLAND’ (1819) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ‘HABEAS CORPUS’ INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes.

A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério

Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in iudicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

A cláusula de exclusividade inscrita no art., §1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *PARQUET*, o poder de investigação penal.

O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o “Parquet”, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido é o voto do eminente Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* n. 93930/RJ, de 7 de dezembro de 2010, cujo acórdão é da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nele também a decisão pela legitimidade do MP foi unânime.

Extraí-se do referido voto a seguinte conclusão:

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, sobretudo, precedentes emanados desta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELO – RE 535.478, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 87.610/SC, Rel. Min. CELSO DE MELO, v.g.), indefiro o pedido de ‘habeas corpus’, por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitadas, pelo ‘Parquet’, os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, pelos agentes do Ministério Público, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente (e inafastável) controle jurisdicional dos atos praticados pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República. (BRASIL, 2011, grifo do autor).

No excelso STJ, não é diferente a compreensão de legitimação do *Parquet*, que, conforme sua condição de *dominus litis*, é visto como capaz de promover a investigação criminal e subsidiar a formação de sua *opinio delicti*. A consolidação desse entendimento ficou clara no julgamento do *Habeas Corpus* n. 50.095/MG, pela Quinta Turma, em 5 de maio de 2008. Os impetrantes do HC eram Policiais Militares, que foram denunciados por praticar, por setenta e duas vezes, o crime de tortura. O teor da ementa está transcrito a seguir:

HABEAS CORPUS. TORTURA. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM PARTICIPAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DELITO PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES PARA CONTENÇÃO DE MOTIM. EXERCÍCIO TEMPORÁRIO DE FUNÇÃO ATRIBUÍDA À POLÍCIA CIVIL. GUARDA, PODER E AUTORIDADE SOBRE OS DETENTOS, EM TESE, CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. *O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal (art. 129, VI, da Constituição Federal e art. 26, I, b, da Lei 8.625/93), possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis.*

2. *O policial militar que auxilia a polícia civil na contenção de rebelião em estabelecimento prisional, durante a operação, detém, legitimamente, guarda, poder e autoridade sobre os detentos, podendo, nessa condição, ainda que momentânea, responder, em tese, pelo crime de tortura preconizado no art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/97.*

3. *Ordem denegada. (BRASIL, 2008b, grifo nosso).*

É importante destacar alguns tópicos presentes no voto do eminente relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima. Eles deixam clara não apenas a posição do autor, mas também a jurisprudência consagrada e pacífica do STJ a respeito da matéria em questão. Em verdadeira harmonia e plena sintonia com o entendimento da Suprema Corte, o relator traz à colação os seguintes acórdãos:

Conforme relatado, os impetrantes buscam o trancamento da ação penal ajuizada contra os pacientes, sob os argumentos de que as investigações foram realizadas diretamente pelo Ministério Público, sem participação da Polícia Judiciária, e que os policiais militares não podem responder pelo crime de tortura de detentos, pois não são responsáveis pela guarda destes.

Inicialmente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça *consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal* (art. 129, VI, da Constituição Federal e art. 26, I, *b*, da Lei 8.625/93), *possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis*. Cabe consignar, ainda, que o inquérito presidido pela autoridade policial constitui peça informativa que *não vincula a atuação do titular da ação penal à propositura da ação penal*. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Sobre o tema, trago à colação precedente – por tratar da atribuição do MP relativa ao controle externo da atividade policial – a seguinte ementa, que se amolda ao caso em questão:

CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA.

1- *São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.*

2- *Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes.*

3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal.

4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o *parquet* o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia.

5- 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.' (Súmula n. 234/STJ).

6- Ordem denegada. (BRASIL, 2007a, grifo nosso).

Outros julgados no mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ABUSO DE AUTORIDADE E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE ADOLESCENTE SEM ORDEM JUDICIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE.

1. *A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93.*

2. *É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, mormente quando se trata de crime atribuído a autoridades policiais que estão submetidas ao controle externo do Parquet.*

3. A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993.

4. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

5. Recurso desprovido. (BRASIL, 2008c, grifo nosso).

HABEAS CORPUS . DENÚNCIA POR CRIME DE TORTURA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS MÍNIMOS PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL EXISTENTES NO CASO CONCRETO. LEGITIMIDADE DO MP PARA PROCEDER À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. SÚMULA 234/STJ. NEGATIVA DE AUTORIA E FALTA DE PROVAS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. INDICIAMENTO FORMAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO, NO PONTO. PRECEDENTES DO STJ. HC CONCEDIDO PARCIALMENTE, APENAS PARA SUSSTAR O INDICIAMENTO FORMAL DO PACIENTE, SEM PREJUÍZO DO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O trancamento da ação penal é medida de todo excepcional, não sendo admitido quando a alegação é de inexistência ou fragilidade das provas colhidas e de negativa de autoria, de modo a substituir a ação de rito ordinário.

2. Se a denúncia está formalmente em ordem e atribui ao paciente o cometimento, em tese, do ilícito penal de tortura, com a transcrição dos fatos e das provas que embasaram a acusação (laudo pericial e testemunhos), contendo, ainda, os elementos essenciais ao exercício da ampla defesa e do contraditório pleno, revela-se inadmissível a conclusão em sentido contrário na via estreita do *Habeas Corpus*, que, em regra, não comporta dilação probatória.

3. O Ministério Público tem legitimidade para instaurar procedimento investigativo com o fim de apurar eventual prática de ilícito penal. Consoante a Súmula 234/STJ, a participação de membro do Parquet, na fase investigatória criminal, não acarreta o seu impedimento ou a sua suspeição para o oferecimento da denúncia.

4. Constitui constrangimento ilegal a determinação de indiciamento formal do acusado após o recebimento da denúncia, que é ato próprio da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, já ultrapassada. Precedentes desta Corte.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. HC conhecido em parte e, nessa parte, concedida a ordem, tão-só e apenas para sustar o indiciamento formal do paciente, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal. (BRASIL, 2007b, grifo nosso).

Vê-se que é clara a posição adotada nesses julgamentos, especialmente no acórdão do *Habeas Corpus* n. 89.837/DF, julgado em 20 de outubro de 2009 pela Segunda Turma do STF, no qual funcionou como relator o Ministro Celso de Mello, e do *Habeas Corpus* n. 93.930/RJ, julgado em 7 de dezembro de 2010, no qual funcionou como relator o Ministro Gilmar Mendes, ambos decididos por unanimidade.

3. Da conclusão

Estando a legitimidade do Ministério Público assegurada constitucionalmente para a promoção da ação penal pública, de forma exclusiva e privativa, não há dúvida de que ele está autorizado a proceder às investigações diretamente, com a finalidade de apurar eventual prática de ilícito penal.

Nos casos em que o *Parquet* decidir pela persecução criminal, visando à apuração plena dos fatos noticiados, ele não estará dispensado, na busca da construção de elementos probatórios, da chancela do órgão jurisdicional, quando o ordenamento jurídico constitucional e legal exigir a autorização deste para a quebra de quaisquer garantias e direitos dos cidadãos. Sob tal circunstância, far-se-á necessário impetrar as medidas cautelares e urgentes para o alcance desses direitos e garantias, como o direito à intimidade, ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados e à inviolabilidade do domicílio. Trata-se, evidentemente, de garantias constitucionais que só podem ser quebradas mediante autorização da autoridade judiciária competente, em respeito aos princípios do devido processo legal e do juiz natural.

Portanto, não se justifica a Proposta de Emenda à Constituição n. 37 – PEC-37 –, sob votação na Câmara dos Deputados Federais, que visa atribuir exclusividade às Polícias Civil e Federal para a apuração das infrações penais. Se isto vier a se consagrar, haverá, em verdade, graves consequências no combate à criminalidade – praticada por Policiais Militares e Cíveis, Prefeitos, Agentes Públicos do alto escalão dos governos estaduais e federal, entre outras situações e exemplos – e sérios prejuízos à sociedade.

Fica aqui esta reflexão.

4. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 464.893-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 20 de maio de 2008. *DJe*, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539283>>. Acesso em: 8 abr. 2013. [2008a]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89.837/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. *DJe*, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2889837.NUME.+OU+89837.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjpfmy>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93.930/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 7 de dezembro de 2010. *DJe*, 3 fev. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 50.095/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 5 maio 2008. *DJe*, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781120/habeas-corpus-hc-50095-mg-2005-0192386-0-stj>>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2008b]

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 756.719/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 2 fev. 2006. *DJ*, 6 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=756719&b=ACOR>. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 84.266/RJ, Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG), Brasília, DF, 4 out. 2007. *DJ*, 22 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701288403&dt_publicacao=22/10/2007>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2007a]

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 18.845/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 13 dez. 2007. *DJ*, 11 fev. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200502114486&dt_publicacao=11/02/2008>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2008c]

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 61.105/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 20 set. 2007. *DJ*, 8 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=61105&b=ACOR&p=-true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 abr. 2013. [2007b]

DOI: 10.5935/1809-8487.20130011

6

Direito
Público
Administrativo

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

A AUDITORIA EXTERNA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

EXTERNAL ENVIRONMENTAL AUDIT AS A TOOL TO DEFEND THE ENVIRONMENT

JOYCEMARA CRISTINA SALES DE FREITAS

Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado

Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Brasil

joycemara.cristina@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho apresenta discussões sobre a auditoria ambiental, que é de relevante importância atualmente, tendo-se em vista a maior preocupação em criar mecanismos de avaliação da conduta das empresas em relação ao meio ambiente. Verifica, ainda, a auditoria ambiental como instrumento que viabiliza a materialização do conceito de desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: auditoria ambiental; desenvolvimento sustentável; defesa do meio ambiente.

ABSTRACT: This study presents a discussion about environmental audit, whose major importance is due to a greater concern in creating mechanisms for evaluating the conduct of business in relation to the environment. It also discusses the environmental audit as a tool that enables the materialization of the concept of sustainable development.

KEY WORDS: environmental audit; sustainable development; protection of the environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções conceituais de auditoria ambiental. 3. Breve histórico. 4. Normas aplicáveis. 4.1. Lei nº 10.627, de 16 de janeiro de 1992, do Estado de Minas Gerais. 4.2. Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente. 4.2.1. Resolução nº 265/2000 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. 4.2.2. Resolução nº 306/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. 4.3. Séries de normas NBR ISO 14000 e NBR ISO 9000. 5. A contribuição da auditoria externa ambiental para o desenvolvimento sustentável. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O homem necessita intervir na natureza para sobreviver. Ademais, o crescimento econômico e tecnológico melhora, em muitos aspectos, a vida do homem, sobretudo no que se refere à produção de alimentos, à comunicação, à logística e ao combate de doenças. No entanto, há bem pouco tempo, o desenvolvimento econômico era alcançado à custa da destruição indiscriminada dos recursos naturais e da degradação impiedosa do meio ambiente.

Esse modelo de produção destruidor causou impactos negativos sobre clima, solo, ar, água e demais recursos naturais. Sendo assim, a preocupação com o impacto do desenvolvimento no meio ambiente fez com que a ideia de “desenvolvimento sustentável” ganhasse força. Para tanto, foi necessária a criação de instrumentos que viabilizassem a aplicação desse novo modelo.

Um desses instrumentos é a auditoria ambiental, visto que verifica se a conduta da empresa é nociva ou não à natureza, levando em consideração os parâmetros exigidos nas legislações ambientais. Além disso, contribui para o desenvolvimento sustentável porque tem como objetivo fornecer um diagnóstico das atividades da empresa relacionadas com o meio ambiente, favorecendo a definição das ações de controle e de gerenciamento que deverão ser tomadas para melhorar sua performance ambiental.

Assim sendo, pode-se dizer que a auditoria ambiental é mecanismo eficaz na defesa do meio ambiente, já que é capaz de nortear as

ações emergenciais de curto, médio e longo prazo que deverão ser praticadas para efetivar a política ambiental da empresa.

2. Noções conceituais de auditoria ambiental

Preliminarmente, convém dizer que o termo “auditoria” foi empregado pela primeira vez no século XVII. A expressão vem do latim *auditoris* e pode ser definida, genericamente, como um exame sistemático dos fatos obtidos acerca de uma atividade. Isso se faz através de observação, medição e outras técnicas apropriadas para verificar a adequação aos requisitos preconizados pelas leis e normas vigentes e determinar se as ações praticadas pela instituição objeto da auditoria estão de acordo com as disposições planejadas.

Há vários tipos de auditoria, como a de sistemas, a de qualidade, a contábil, a ambiental etc. A finalidade da auditoria de sistemas, por exemplo, é verificar se todo o suporte de tecnologia de informação da empresa atende aos requisitos de segurança, confiabilidade, qualidade e adequação ao uso. A auditoria contábil, diferentemente, visa à confirmação dos registros e consequentes demonstrações contábeis. Já o objetivo da auditoria de qualidade é aquilatar a necessidade de aprimoramento ou de ação corretiva dos produtos e serviços.

Apesar de buscarem diferentes resultados, toda auditoria tem por objeto, segundo Franco e Marra, uma:

[...] ação preventiva, saneadora e moralizadora, para confirmar a veracidade dos registros e a confiabilidade dos comprovantes, com o fim de opinar sobre a adequação das situações e informações contidas nas demonstrações contábeis, na salvaguarda dos direitos dos proprietários, dos financiadores do patrimônio, do próprio fisco e, até, da sociedade em geral. (FRANCO; MARRA, 2001, p. 31).

A auditoria pode ser, ainda, interna ou externa. Conforme a Norma Brasileira de Contabilidade (NBC) T 12:

Auditoria interna constitui o conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo examinar a integridade, adequação e eficácia dos controles internos e das informações físicas, contábeis, financeiras e operacionais da Entidade. (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 1995).

Na auditoria interna, a finalidade é atender as necessidades da administração da instituição auditada. É realizada por um funcionário da empresa e, na maioria das vezes, é adotada para desenvolver aperfeiçoamento e para induzir o cumprimento de políticas e normas. O auditor deve ser independente em relação às pessoas cujo trabalho ele examina, porém subordinado às necessidades e aos desejos da alta administração. Por outro lado, a auditoria externa, apesar de realizar atividades semelhantes, tem como principal objetivo atender as necessidades de terceiros no que diz respeito à fidedignidade das informações colhidas no decorrer da atividade. É realizada por profissionais especializados que não possuem vínculos empregatícios com a empresa, a fim de expressar um parecer imparcial sobre o segmento auditado.

O foco do presente trabalho, no entanto, é a auditoria ambiental externa, que, vale dizer, não possui um conceito fixo e universalmente aceito, apesar de todos convergirem para a mesma finalidade: verificar as diretrizes de uma empresa em relação ao meio ambiente.

Rodrigo Sales ensina:

A auditoria ambiental pode ser genericamente definida como o procedimento sistemático através do qual uma organização avalia suas práticas e operações que oferecem riscos potenciais ao meio ambiente e à saúde pública, para averiguar sua adequação a critérios preestabelecidos (usualmente requisitos legais normas técnicas e/ou políticas, práticas e procedimentos desenvolvidos ou adotados pela própria empresa ou pela industrial a qual pertence). (SALES, 2001, p. 25).

Ainda pode ser compreendida, conforme a Norma Brasileira que traduziu as normas da International Organization for Standardization de nº 14010 (NBR ISO 14010), como:

[...] o processo sistemático e documentado de verificação, executado para obter e avaliar, de forma objetiva, evidências de auditoria para determinar se as atividades, eventos, sistema de gestão e condições ambientais especificados ou as informações relacionadas a estes estão em conformidade com os critérios de auditoria, e para comunicar os resultados deste processo ao cliente. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1996a).

Contudo, para se alcançar a defesa do meio ambiente através da auditoria ambiental, deve-se aplicar ao máximo o conceito da eco-auditoria, que se constitui em:

Um exame e revisão das operações de uma companhia sobre a perspectiva da ecologia profunda. Ela é motivada por uma mudança de valores na cultura da corporação, da dominação para parceria, da ideologia do crescimento econômico para a sustentabilidade ecológica. Ela envolve uma mudança correspondente de gestão mecanicista para gestão sistêmica. O resultado da eco-auditoria é um plano de ação para minimizar o impacto ambiental da companhia e fazer toda sua operação ecologicamente responsável. (CALLENBACH, 1993, p. 534).

3. Breve histórico

Estados Unidos da América foi o primeiro país a desenvolver a auditoria ambiental. Seu objetivo principal era auxiliar no cumprimento das normas legais ambientais promulgadas em grande volume desde o final da década de 1960. Atividades econômicas que promoviam grande impacto no meio ambiente utilizaram a auditoria ambiental como forma de organizar, gerenciar e cumprir com as exigências das complexas legislações ambientais.

Após o pioneirismo dos Estados Unidos, o conceito e a prática da auditoria ambiental disseminou-se pelo mundo, gerando a necessidade de adotar, em escala internacional, normalização técnica de sistemas e instrumentos de gestão ambiental. Dessa maneira, a padronização de produtos e serviços desenvolvidos por entidades nacionais e internacionais resultaram no “British Standards 7750

(BS7750)” e na “ISO (International Organization for Standardization) 14000”, documentos que orientam a constituição de um Sistema de Gestão Ambiental (SGA) para uma instituição.

Cabe ressaltar que um fator importante para o desenvolvimento da auditoria ambiental no âmbito internacional foi a aprovação, em 1993, da versão final do *Eco-management and Audit Scheme* (EMAS) pelo Conselho das Comunidades Europeias. O EMAS foi originalmente concebido como um programa compulsório para 58 tipos de indústrias, mas acabou por ser implementado como norma de adesão voluntária. Na prática, o não cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo EMAS poderá significar uma barreira não tarifária para a comercialização de produtos na Comunidade Europeia (SALES, 2001).

No Brasil, a prática de auditoria ambiental seguiu o desenvolvimento padrão identificado na maior parte do mundo. Logo, os primeiros programas de auditoria foram iniciados no final da década de 1980 como resultado de iniciativas voluntárias de corporações multinacionais, principalmente aquelas de origem norte-americana, canadense e europeia.

Ao lado das iniciativas voluntárias, algumas leis – que tornavam a auditoria ambiental obrigatória para determinadas atividades econômicas – foram editadas em alguns Estados do Brasil, como a Lei nº 790, de 5 de novembro de 1991, do Município de Santos-SP; a Lei nº 1.898, de 16 de novembro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro; a Lei nº 10.627, de 16 de janeiro de 1992, do Estado de Minas Gerais; e a Lei nº 4.802, de 2 de agosto de 1993, do Estado do Espírito Santo. Já no Congresso Nacional, o projeto de Lei Federal nº 3.160, de 1992, visando à obrigatoriedade da auditoria ambiental, foi arquivado naquele mesmo ano. O outro projeto de Lei Federal nº 3.539, de 1997, com o mesmo objetivo, também foi arquivado em 1999.

Apesar disso, a partir do ano 2000, a necessidade de adoção de normas que implantassem a auditoria em favor do meio ambiente fez com que o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) publi-

casasse resoluções nesse sentido e que o Brasil adotasse a série ISO 14000, cujas normas serão explanadas detalhadamente no capítulo seguinte.

4. Normas aplicáveis

4.1. Lei nº 10.627, de 16 de janeiro de 1992, do Estado de Minas Gerais

A lei de auditoria ambiental do Estado de Minas Gerais não foi regulamentada até o momento, apesar de ter sido alterada duas vezes: uma, pela Lei nº 15.017/2004 e outra, pela Lei nº 17.039/2007. No entanto, sua existência é de suma importância para nortear as auditorias voluntárias que já ocorrem.

Essa lei denomina auditoria ambiental como a realização de avaliações e estudos destinados a determinar os níveis efetivos ou potenciais de poluição ou de degradação ambiental provocados por atividades de pessoas físicas ou jurídicas; as condições de operação e de manutenção dos equipamentos e sistemas de controle de poluição; as medidas a serem tomadas para restaurar o meio ambiente e proteger a saúde humana; e a capacitação dos responsáveis pela operação e manutenção dos sistemas, instalações e equipamentos de proteção do meio ambiente e da saúde dos trabalhadores.

Ressalta-se que a lei, em seu art. 4º, obriga a realizarem auditorias ambientais periódicas, com intervalo máximo de dois anos, as empresas ou os produtores de atividades de elevado potencial poluidor, como as refinarias, os oleodutos e terminais de petróleo e seus derivados; as instalações destinadas à estocagem de substâncias tóxicas e perigosas; as instalações de processamento e de disposição final de resíduos tóxicos ou perigosos; as unidades de geração de energia elétrica a partir de fontes térmicas e radioativas; as instalações de tratamento e os sistemas de disposição final de esgotos domésticos; as indústrias petroquímicas e siderúrgicas; as indústrias químicas e metalúrgicas; as indústrias de papel e celulose; e as barragens de contenção de resíduos, de rejeitos e de águas.

Acrescenta-se que, com a finalidade de maximizar a efetividade das auditorias, o parágrafo único do art. 4º faculta ao órgão de meio ambiente competente exigir que sejam realizadas auditorias ambientais em outras empresas e atividades potencialmente poluidoras ou que impliquem risco de acidentes ambientais, além das atividades previstas no artigo e, ainda, deliberar sobre a redução ou a ampliação do prazo de dois anos, conforme o caso.

4.2. Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente

4.2.1. Resolução nº 265/2000 do Conselho Nacional do Meio Ambiente

A Resolução nº 265/2000 do CONAMA foi criada em razão da necessidade de serem estabelecidas estratégias seguras de prevenção e gestão de impactos ambientais gerados por estabelecimentos, atividades e instalações de petróleo e da necessidade de colher lições do grave derramamento de óleo ocorrido na Baía de Guanabara em 18 de janeiro de 2000. Ainda, de contribuir para a eficácia das medidas de recuperação adotadas por entidades governamentais e não governamentais.

Essa resolução determinou que a Petrobras realizasse, no prazo de seis meses, auditoria ambiental em todas as suas instalações industriais, marítimas e terrestres de petróleo e derivados localizadas no Estado do Rio de Janeiro. Também determinou que as empresas do setor petrolífero realizassem, no prazo máximo de 180 dias a contar de sua publicação, um programa de trabalho e respectivo cronograma para a realização de auditorias ambientais no sentido de elaboração ou revisão de planos de contingência e emergência referentes a acidentes ambientais causados pela indústria de petróleo.

Criou, ainda, no âmbito da Câmara Técnica de Controle Ambiental do CONAMA, Grupo de Trabalho de acompanhamento e avaliação do impacto ambiental causado pelo derramamento de óleo ocorrido no dia 18 de janeiro de 2000, na Baía de Guanabara, e das atividades previstas na resolução.

4.2.2. Resolução nº 306/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente

A Resolução nº 306/2002 do CONAMA estabelece os requisitos mínimos para realização de auditorias ambientais. A elaboração dessa resolução se deu pelo fato de a auditoria ambiental ser um instrumento que permite avaliar o grau de implementação e eficiência dos planos e programas no controle da poluição ambiental, além de motivar a melhoria contínua do sistema de gestão. Também foi motivada pela necessidade de aprimoramento da indústria de petróleo, gás natural e seus derivados em sua cultura de controle e conhecimento dos aspectos ambientais de suas atividades. Outra justificativa foi a necessidade de orientar o disposto na já citada Resolução nº 265 do CONAMA, de 27 de janeiro de 2000.

Essa Resolução objetiva nortear, através de regras técnicas e jurídicas, como deve ser realizada a avaliação dos sistemas de gestão e controle ambiental dos portos organizados e instalações portuárias, plataformas e suas instalações de apoio e refinarias, tendo em vista o cumprimento da legislação vigente e do licenciamento ambiental. Estabelece, ainda, que cabe ao Ministério do Meio Ambiente, por meio de Portaria, definir os requisitos mínimos quanto a credenciamento, registro, certificação, qualificação, habilitação, experiência e treinamento profissional que os auditores ambientais deverão cumprir.

Essa norma possui um anexo que delimita o conteúdo mínimo das auditorias ambientais. Basicamente, esse anexo estabelece que as auditorias ambientais deverão verificar o cumprimento da legislação ambiental aplicável e avaliar o desempenho da gestão ambiental das atividades de portos organizados e instalações portuárias, plataformas e suas instalações de apoio e refinarias.

Salienta-se que, quanto ao cumprimento da legislação ambiental aplicável, a auditoria envolverá, entre outros fatores, a verificação da conformidade da instalação da organização auditada com as leis e normas ambientais vigentes; a identificação de existência e validade das licenças ambientais; e a identificação da existência dos acordos e compromissos, tais como termos de compromisso ambiental e/ou termos de ajustamento de conduta ambiental.

Por fim, além do relatório, a equipe de auditores deverá elaborar o Plano de Ação, que conterà, no mínimo, ações corretivas e preventivas associadas às não conformidades e deficiências identificadas na auditoria ambiental; o cronograma físico para implementação das ações previstas; a indicação da área da organização responsável pelo cumprimento do cronograma estabelecido; e o cronograma físico das avaliações do cumprimento das ações do plano e seus respectivos relatórios.

4.3. Séries de normas NBR ISO 14000 e NBR ISO 9000

A International Organization for Standardization (ISO), ou seja, Organização Internacional de Normalização, com sede em Genebra, na Suíça, reúne vários países com a finalidade de criar normas internacionais. Cada país possui um órgão responsável por traduzir essas normas. No Brasil, essa responsabilidade cabe à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A ISO, visando preparar as normas e conquistar consenso internacional sobre o que constitui um Sistema de Gestão Ambiental (SGA), criou o Comitê Técnico 207 (CT 207) em 1993. Do trabalho desse comitê, resultou a série ISO 14000, publicada em 1996, fruto do trabalho de especialistas representantes de quase 70 países. Essa série define os elementos de um SGA, a auditoria de um SGA, a avaliação de desempenho ambiental, a rotulagem ambiental e a análise de ciclo de vida.

As três normas relativas à auditoria ambiental da ABNT, que consistem em traduções das normas ISO 14000, são: NBR ISO 14010 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1996a), que se refere a diretrizes para auditoria ambiental – princípios gerais; a NBR ISO 14011 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1996b), que trata dos procedimentos de auditoria ambiental e auditoria de sistemas ambientais; e NBR ISO 14012 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1996c), referente a critérios de qualificação dos auditores. No entanto, essas três normas foram substituídas em 2002 por uma única, que uniu os procedimentos de auditoria ambiental e da qualidade, a ISO 19011, intitulada de

“Diretrizes para Auditorias de Sistema de Gestão da Qualidade e/ou Ambiental”. A ABNT já publicou sua tradução, a NBR ISO 19011 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2002).

As séries de Normas NBR ISO 9000 e NBR ISO 14000 enfatizam a importância de auditorias como uma ferramenta de gestão para monitorar e verificar a eficácia da implementação da política da qualidade e/ou ambiental de uma organização. Auditorias também são partes essenciais das atividades de avaliação da conformidade, tais como certificação/registo externo e avaliação e acompanhamento da cadeia de fornecedores. A Norma NBR ISO 9000 fornece orientação sobre a gestão de programas de auditoria, sobre a realização de auditorias internas ou externas de sistemas de gestão da qualidade e/ou ambiental, assim como sobre a competência e a avaliação de auditores.

A intenção é que esta norma se aplique a um grande número de usuários potenciais, incluindo auditores; organizações que implementam sistemas de gestão da qualidade e/ou ambiental; organizações que precisam realizar auditorias de sistema de gestão da qualidade e/ou ambiental por razões contratuais; e organizações envolvidas em certificação ou treinamento de auditor, em certificação/registo de sistemas de gestão, em credenciamento ou em padronização na área de avaliação da conformidade.

Pretende-se que a orientação desta norma seja flexível. O uso destas diretrizes pode diferir de acordo com o tamanho, a natureza e a complexidade das organizações a serem auditadas, como também com os objetivos e escopos das auditorias a serem executadas (prefácio da NBR ISO 19011).

Conforme Harrington e Knight (2001, p. 23), os motivos para se implementarem as normas ISO 19011 como diretriz para atualizar o SGA de uma organização são: a ISO 14000 representa a melhor e mais rápida abordagem para controlar o impacto negativo da organização sobre o meio ambiente e ainda permite às empresas multinacionais, com um só SGA para todas as unidades espalhadas pelo mundo, eliminar as necessidades de conformidade a inúmeras normas nacionais. Além disso, o desenho do sistema dessa série é compatível com as normas de sistemas de gestão pela qualidade da ISO 9000.

Destarte, em termos de proteção ambiental, deve-se entender a ISO 14000 como:

[...] uma forma abrangente e holística de administrar o meio ambiente que inclui regulamentos, prevenção de poluição, conservação de recursos, e proteção ambiental, como a manutenção da camada de ozônio e o tratamento do aquecimento global. (UPADHYAY apud HARRINGTON; KNIGHT, 2001, p. 21).

5. A contribuição da auditoria externa ambiental para o desenvolvimento sustentável

O homem, durante muitos séculos, estabeleceu uma relação com a natureza caracterizada pela expropriação. A atitude predatória sobre os recursos naturais ocasionou graves consequências para os ecossistemas. O resultado logo começou a ser externado pela natureza. Foi somente após várias catástrofes naturais e escassez de recursos naturais que as sociedades humanas começaram a pensar sobre a necessidade de mudança de atitude nas relações entre o homem e o meio ambiente, ou seja, passaram a valorizar o modelo do desenvolvimento sustentável.

O termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado pela primeira vez em 1983, por ocasião da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Foi compreendido como o conjunto de processos e atitudes que atendem às necessidades presentes sem comprometer a possibilidade de que as gerações futuras satisfaçam as suas próprias necessidades. A partir de então,

[...] o crescimento econômico deveria estar diretamente condicionado às necessidades socioambientais, rompendo-se com a lógica econômica da privatização dos lucros associada a uma socialização dos prejuízos. (LOBATO; ALMEIDA, 2005, p. 625).

Cristiane Derani define a expressão como:

[...] um conjunto de instrumentos ‘preventivos’, ferramentas de que se deve lançar mão para conformar, constituir, estruturar políticas, que teriam como cerne práticas econômicas, científicas, educacionais, conservacionistas, voltadas à realização do bem-estar generalizado de toda uma sociedade. (DERANI, 2001, p. 174).

A política econômica vinculada a uma política ambiental assentada nos pressupostos do desenvolvimento sustentável é uma estratégia inteligente destinada a minimizar a tensão entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade.

Nesse sentido, a auditoria ambiental se revela como uma ferramenta útil para a compatibilização da atividade econômica com as potencialidades do meio natural, uma vez que é capaz de fornecer um diagnóstico da empresa em relação ao meio ambiente, revelando o nível de atendimento desta à legislação ambiental e favorecendo a definição das ações de controle e de gerenciamento que deverão ser tomadas para se adequar aos conceitos de empresa ecologicamente responsável.

A adoção de novas formas de certificados e de comunicação da informação a terceiros, como, também, a adoção, na gestão interna, de novos sistemas de informação da gestão são inevitáveis e indispensáveis para as empresas que venham a aderir aos princípios do desenvolvimento sustentável. (BOVIN apud MACHADO, 2002, p. 271).

Mister salientar que a auditoria ambiental atua diretamente na relação entre meio ambiente, economia e sociedade, uma vez que, dentro dessa dinâmica de nova atuação dos entes estatais e não estatais, há a preocupação em alcançar um denominador comum entre a atuação do mercado e a utilização dos recursos naturais: assegurar as necessidades das presentes gerações sem comprometer as futuras.

Desse modo, a auditoria ambiental, além de oferecer uma resposta sobre o desempenho ambiental da empresa e apresentar a prestação de contas em relação aos impactos produzidos, destina-se a promover, também, a conscientização para a preservação do meio ambiente.

Como se vê, as auditorias induzem ao uso de tecnologias limpas, à utilização prudente dos recursos disponíveis, identificando áreas de risco e apontando vantagens e desvantagens.

“A auditoria identifica e justifica as medidas apropriadas para reduzir as áreas de impacto, estima o custo dessas medidas e recomenda um calendário para a sua implementação.” (WORLD BANK, 1999).

Acrescenta Rodrigo Sales:

Uma das principais aplicações da auditoria ambiental é o seu uso como instrumento de controle ambiental, ou seja, como uma medida utilizada pelas autoridades ambientais no cumprimento de suas políticas e obrigações legais de fomento, fiscalização e implementação de normas e políticas ambientais que um dos principais objetivos desse tipo de auditoria consiste na fiscalização e implementação das normas ambientais por meio do controle, promovido pelas autoridades ambientais, do cumprimento das políticas ambientais e obrigações legais das empresas. As formas possíveis dessa aplicação são variadas e se estendem desde atividades de cunho informativo e educacional destinadas a esclarecer e fomentar a adoção de auditoria até medidas de controle que impõe a sua adoção compulsória, passando por medidas de incentivos indireto. (SALES, 2001, p. 101).

Destarte, a auditoria revela sua importância para defesa do meio ambiente quando se constitui em uma ferramenta do processo de mitigação dos impactos ambientais proporcionados pelas atividades empresariais. Tal ferramenta aponta, a partir dos resultados de seus exames, o uso de medidas corretivas contra problemas ambientais eventualmente detectados e assegura que as medidas de prevenção, recuperação e monitoramento formalizadas pela instituição sejam efetivamente praticadas.

6. Considerações finais

Uma crescente conscientização pública para os problemas ambientais tem ocorrido atualmente no Brasil. Essa conscientização passou a motivar investigações e ações judiciais tendo como objeto as atividades ambientalmente impactantes.

Não obstante, há uma gama de instrumentos extrajudiciais que contribuem para a defesa do meio ambiente, seja prevenindo a degradação ambiental, seja auxiliando na reparação do dano. A auditoria ambiental é uma dessas ferramentas que podem ser utilizadas para alcançar ambos os objetivos.

Ela pode ser compreendida como uma técnica aplicada ao sistemático exame dos registros, documentos e demonstrações de uma pessoa jurídica, visando a apresentar opiniões, conclusões, críticas e orientações sobre o seu desempenho ambiental.

A auditoria ambiental auxilia, também, na gestão empresarial ao verificar os riscos da empresa resultantes de seus riscos ambientais, ao traçar novos objetivos ambientais da empresa e, principalmente, ao assegurar a adequação da empresa às normas aplicáveis ao empreendimento.

Portanto, o que se espera é que as organizações se preocupem com o impacto social, ambiental e econômico de suas atividades, produtos e serviços e que realizem auditorias ambientais como meio de prevenção e preservação do meio ambiente.

7. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14010*: diretrizes para a auditoria ambiental: princípios gerais. Rio de Janeiro: ABNT, 1996a.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14011*: diretrizes para a auditoria ambiental: norma de sistemas de gestão ambiental. Rio de Janeiro: ABNT, 1996b.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14012*: diretrizes para a auditoria ambiental: critérios de qualificação para auditores ambientais. Rio de Janeiro: ABNT, 1996c.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 19011*: diretrizes para auditorias de sistema de gestão da qualidade e/ou ambiental. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 265/2000, de 27 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res00/res26500.html>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 306/2002, de 5 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30602.html>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

CALLENBACH, Ernest. *Gerenciamento Ecológico*: guia do Instituto Elmwood de Auditoria Ecológica e Negócios Sustentáveis. Brasil: Cultrix, 1993.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC nº 780/95. T 12. Norma Brasileira de Contabilidade, de 24 de março de 1995. Disponível em: <http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/docs/RES_780.doc>. Acesso em: 12 nov. 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. *Auditoria contábil*: normas de auditoria, procedimentos e papéis de trabalho, programas de auditoria, relatórios de auditoria. São Paulo: Atlas, 2001.

HARRINGTON, H. James; KNIGHT, Alan. *A implementação da ISO 14000*: como atualizar o SGA com eficácia. Trad. Fernanda Góes Barro. São Paulo: Atlas, 2001.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; ALMEIDA, Gilson César Borges de. Tributação ambiental: uma contribuição ao desenvolvimento sustentável. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALES, Rodrigo. *Auditoria ambiental*: aspectos jurídicos. São Paulo: LTR, 2001.

TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WORLD BANK, 1999. *OP 4.01 -- Annex A*. Washington: World Bank Operational Procedures, Jan. 1999.

Artigo recebido em: 13/12/2010.

Artigo aprovado em: 06/10/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130012

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

O REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS PROPOSTO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 2.138-6

RENATO BRETZ PEREIRA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

renatobretz@yahoo.com.br

1. Acórdão

Reclamação nº 2.138/DF

Relator: Nelson Jobim

Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, “b”, do RISTF)

Julgamento: 13/06/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe 18/04/2008

Partes:

Reclamante: União

Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC n. 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Interessado: Ministério Público Federal

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, 2008a).

2. Comentários

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em junho de 2007 por ocasião da Reclamação nº 2.138-6/DF, entendeu – por maioria apertada de seis votos a cinco – que Ministros de Estado não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa.

A correta compreensão de tal julgamento deve levar em conta a diversidade dos votos exarados, sendo razoável concluir que, mesmo entre os seis magistrados que votaram pela não responsabilização de Ministros de Estado, a matéria de direito foi apresentada sob diferentes enfoques.

Com efeito, é possível inferir das notas taquigráficas que o então relator, Ministro Nelson Jobim, apresentava o entendimento de que existe um regime de responsabilização disciplinar para os agentes políticos pertencentes ao alto escalão do Estado, os quais se sujeitam exclusivamente às sanções por crimes de responsabilidade, e outro regime para os agentes públicos em geral, que se submetem à Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa.

Argumenta o referido magistrado que os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 dessa lei nada mais são do que crimes de responsabilidade, previstos expressamente na Lei nº 1.079/1950¹. Logo, de acordo com o relator, a incidência das penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa representaria uma dupla punição pela prática do mesmo fato. O magistrado acrescenta que a aplicação de tais sanções pelo juízo de primeira instância implicaria ainda, no caso específico dos Ministros de Estado, invasão da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) prevista no artigo 102, inciso I, alínea “c” para julgamento de crimes de responsabilidade cometidos por tais autoridades, uma vez que o ato de improbidade corresponderia ao crime de responsabilidade.

O relator prossegue seu voto argumentando que seria um contrasenso o fato de um Juiz de primeira instância ser dotado de poder suficiente para afastar um Ministro de Estado de suas funções, já que, entre as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, estão a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos².

Por fim, o ex-Ministro Nelson Jobim faz referência à sua experiência como Ministro de Estado. De acordo com ele, esta função implica uma sobrecarga de trabalho que justificaria alguns privilégios, como fazer uso de aeronaves e hotéis pertencentes ao governo, durante o período de férias e para lazer próprio e da família, sem pagar por tais serviços.

¹ A falsidade da assertiva pode ser facilmente constatada pela simples leitura dos artigos 4º a 13 da Lei nº 1.079/1950, os quais versam sobre os crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, e dos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/1992, os quais tratam dos atos de improbidade. Com efeito, os fatos descritos como ilícitos nos dois diplomas legais são completamente diversos, havendo apenas algumas poucas coincidências, a exemplo do que se verifica entre o artigo 9º, item 7, da Lei dos Crimes de Responsabilidade – “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo” – e alguns dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa. Ainda assim, a coincidência entre os dispositivos depende de interpretação análoga ou extensiva, o que não se afigura possível no processo penal.

² Mais uma vez o argumento é improcedente, já que o artigo 20 da Lei nº 8.429 deixa claro que as penas de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos jamais poderão ser aplicadas antes do trânsito em julgado. Isso faz com que, na prática, tais penas só venham a ser aplicadas pelo próprio STF, órgão a que caberia o julgamento da causa em última instância.

Em seu voto, Nelson Jobim foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Correia, César Peluso e Ilmar Galvão, entre os quais – é relevante ressaltar – apenas um integra a atual composição do Supremo, havendo, assim, forte probabilidade de que o entendimento esposado seja alterado.

O Ministro Gilmar Mendes – único magistrado que acompanhou o relator e que ainda integra o STF – deixou claro, por ocasião de seu voto, que reconhece a impossibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de Ministros de Estado, na medida em que tais autoridades possuem foro por prerrogativa de função para serem processadas por crimes de responsabilidade. No entanto, ele fez questão de enfatizar que tal prerrogativa de foro não impede que o Ministro de Estado venha a figurar como réu em ação civil pública na qual se pleiteie o ressarcimento de danos ao erário.

As notas taquigráficas do julgamento proferido por ocasião da Reclamação nº 2.138-6 apontam que o primeiro voto divergente foi proferido pelo então Ministro Carlos Mário Veloso. A fundamentação deste voto inicia-se por uma breve análise da relevância constitucional do princípio da moralidade, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LXXIII – que trata da propositura da ação popular para anular ato ofensivo à moralidade administrativa – e no artigo 37, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Veloso prossegue seu voto sustentando que a moralidade administrativa é um princípio constitucional autônomo, não vinculado exclusivamente ao âmbito da legalidade. Ele argumenta também que os atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429 nada mais são do que uma “imoralidade qualificada”, expressão utilizada pelo jurista Marcelo Figueiredo. Logo, enquanto a ofensa ao princípio da moralidade administrativa seria o gênero, os atos de improbidade previstos nos artigos 9º a 11 da referida lei seriam espécies de condutas ofensivas à moralidade, às quais o legislador comina as sanções previstas no artigo 12. A Lei de Improbidade Administrativa seria, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade.

Ao contrário do que sustenta o relator, o Ministro Veloso argumenta que a maioria esmagadora dos crimes de responsabilidade previstos na legislação infraconstitucional – Lei n. 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 200/1967 – não se encontra prevista na Lei nº 8.429 como ato de improbidade. Tal circunstância torna legítima a responsabilização do agente político pelas condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei dos Crimes de Responsabilidade.

No curso de seu voto, o ex-Ministro Carlos Veloso faz algumas restrições à aplicação da Lei nº 8.429. Ele alega não ser razoável que o Presidente da República seja afastado do cargo pelo juízo de primeira instância em virtude de um ato de improbidade, motivo pelo qual defende que as sanções de perda do cargo e suspensão de direitos políticos não sejam aplicadas à referida autoridade em razão do disposto no artigo 86 da Constituição Federal³. No mesmo sentido, segundo o magistrado em questão, os deputados não poderão perder o cargo em ações de improbidade, em razão do disposto no artigo 55 da CF.

O Ministro Veloso sustenta ainda que as demais autoridades da República só perderiam o cargo em razão de um ato de improbidade após o trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.429. Tal circunstância afasta, segundo o Ministro, o suposto risco de que um magistrado de primeira instância venha a afastar um agente político de alto escalão.

Na conclusão de sua exposição, Veloso traz à tona alguns dados estatísticos, informando a existência de mais de quatro mil ações de improbidade em apenas quatorze estados da Federação e de um número excedente de inquéritos civis públicos. Tais dados estatísticos, segundo o Ministro, demonstram que o entendimento esposado pelo relator da Reclamação nº 2.138-6 representa um enorme estímulo à corrupção no país.

O Ministro César Peluso, entretanto, acompanha o voto do relator e demonstra indignação com a possibilidade de que Presidente e

³ Referido dispositivo constitucional prevê mecanismo específico de destituição do Presidente da República.

Ministros de Estado possam ser afastados por decisão de Juiz de primeira ou segunda instância.

Cumpre ressaltar que o Ministro Peluso foi indagado sobre a extensão de seu voto, ou seja, sobre quais autoridades não se sujeitariam à Lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos: “[...] Vai do presidente ao vereador? [...]”. Na ocasião, o magistrado respondeu: “[...] não necessariamente [...]” e admitiu a discussão de casos específicos (BRASIL, 2008a). Salienta-se, por outro lado, que o Ministro deixou claro que a Lei nº 8.429 não se aplica a Ministros de Estado.

O Ministro Joaquim Barbosa entende que a Reclamação está prejudicada. Segundo ele, considerando que os fatos praticados se configuram como crimes de responsabilidade, a legitimidade ativa seria do cidadão⁴, que não deu início a qualquer tipo de ação penal. Por outro lado, mesmo que se entenda que a legitimidade ativa seja do Ministério Público, conforme jurisprudência predominante no STF, o vice-Procurador Geral de Justiça também não deu início a qualquer tipo de ação penal por crime de responsabilidade, sustentando apenas que os atos perpetrados se caracterizam como atos de improbidade (matéria cível). Logo, não há que se falar em competência do STF para conhecer da presente Reclamação, já que não houve qualquer tipo de provocação por parte do titular do direito de ação.

O Ministro Barbosa também se insurge contra o raciocínio do relator, aduzindo que algumas autoridades com foro perante o STF para responderem por crimes de responsabilidade, nos termos da Constituição Federal, não possuem tipos penais a elas relacionados na Lei nº 1.079/1950, a exemplo do que ocorre com chefes de missão diplomática permanente.

Logo, não faria sentido que se defendesse a competência privativa do STF para processar determinadas autoridades – como chefes de

⁴ Nesse sentido, o disposto no artigo 14 da Lei nº 1.079: “É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados”. (BRASIL, 1950).

missão diplomática permanente –, por um crime que não existe na legislação pátria.

Defende, ainda, o Ministro que os tipos penais previstos nos artigos 4º a 13 da Lei dos Crimes de Responsabilidade são substancialmente diversos daqueles previstos nos artigos 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa – o que pode ser constatado pela leitura desses dispositivos.

De igual forma, o Ministro Barbosa reitera que as sanções constitucionais para os atos de improbidade administrativa têm natureza eminentemente civil, conforme se infere do próprio texto do § 4º do artigo 37 da CF, o qual se refere à incidência das sanções por improbidade, “[...] sem prejuízo da ação penal cabível [...]”. (BRASIL, 1988).

O Ministro conclui seu voto alegando que a criação de um ordenamento jurídico próprio para agentes políticos representa um retorno à barbárie⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou ser inadmissível que determinado magistrado decida afastamento provisório do Presidente da República. No entanto, entendeu ser viável o ajuizamento de Ação Civil Pública com a finalidade exclusiva de ressarcimento do dano.

Já o Ministro Marco Aurélio suscitou inicialmente questão de ordem consistente na necessidade de suspensão do julgamento para que a atual composição do Pleno do STF se manifestasse sobre o objeto da reclamação. No entanto, foi acompanhado apenas pelo Ministro Joaquim Barbosa.

No mérito, o Ministro reiterou os argumentos já levantados de que as sanções por improbidade serão aplicadas sem prejuízo das implicações penais, conforme o § 4º do artigo 37 da Constituição da República e a competência do STF, fixada exclusivamente no artigo 102 da CF, em caráter taxativo.

⁵ Expressão usada pelo próprio magistrado e constante do corpo das notas taquigráficas.

O Ministro Marco Aurélio, em um ponto bastante peculiar de seu voto, aduziu a existência de um certo preconceito contra os Juízes de primeira instância, os quais também representam o Estado e, por tal motivo, podem perfeitamente aplicar sanções por improbidade, notadamente quando o ordenamento jurídico reconhece sua competência e sua atribuição para tanto.

O Ministro salienta que, segundo disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos só podem ser aplicadas com o trânsito em julgado, o que reduz drasticamente a possibilidade de um magistrado de primeira instância determinar o afastamento de alguma autoridade do alto escalão da República.

Finalmente, o magistrado em tela faz um breve retrospecto de Constituições anteriores, nas quais a prerrogativa de foro sempre esteve restrita à esfera penal. Acrescenta, ainda, que tal prerrogativa dissociava-se de um Estado republicano que deve se preocupar em fornecer tratamento igualitário aos indivíduos.

O Ministro Celso de Melo inicia suas considerações com o argumento de que o Estado republicano exige a implementação de um sistema em que o agente político possa ser responsabilizado, de forma contundente e eficaz, por seus atos.

O Ministro defende, também, que o princípio da moralidade administrativa deve funcionar como autêntico vetor regente das atividades do poder público. De acordo com o magistrado, o referido princípio legitima o controle de todo e qualquer ato do poder público que se dissocie de valores éticos, funcionando como verdadeiro “pressuposto de validade” do ato administrativo. Reitera a natureza cível das sanções do artigo 37, em virtude do próprio texto constitucional, e salienta que a competência do STF submete-se a regime de direito estrito, ou seja, não admite ampliação pelo legislador infraconstitucional.

Fala, ainda, em ofensa ao Princípio da Igualdade, devido ao tratamento privilegiado dado a certos indivíduos que, mesmo diante da ausência de lei, não serão julgados pelo juízo natural.

Por fim, o então Ministro Sepúlveda Pertence sustenta que a ação de improbidade tem natureza cível, a exemplo do que decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797 – ADIN – ajuizada em face das alterações feitas no § 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, e aduz que a perda da função pública só ocorrerá com o trânsito em julgado.

Encerrado o julgamento, o resultado da reclamação – com um placar de seis votos a cinco – demonstra que o assunto está longe de ser pacificado no seio do próprio Supremo Tribunal Federal.

Além disso, não há como ignorar que, dos onze ministros que participaram do julgamento, apenas quatro – Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Melo e Gilmar Mendes – ainda se encontram na ativa. Logo, levando-se em conta que os três primeiros votaram contra o relator e que o quarto acompanhou o entendimento deste apenas de forma parcial, constata-se que há uma tendência de alteração do posicionamento esposado na Reclamação nº 2.138-6.

É possível igualmente observar, tanto na doutrina como na jurisprudência, uma posição intermediária, que impede a inaplicabilidade total da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Tal posicionamento pode ser encontrado no próprio voto do Ministro Carlos Veloso. Mesmo tendo classificado como “desastroso” o entendimento de que a Lei nº 8.429, como um todo, não se aplica a agentes políticos, reconheceu ser mais conveniente a não aplicação, nas ações de improbidade, das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos de autoridades que tenham foro privilegiado para cometimento de crimes de responsabilidade previstos na Constituição. Reitera-se que o posicionamento do Ministro Veloso se restringe à não incidência das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, não havendo óbice à aplicação das demais sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa⁶.

⁶ Afora as aludidas sanções, a Lei nº 8.429 prevê a possibilidade de condenação ao agente ímprobo nas seguintes penalidades: ressarcimento do dano, proibição de contratar com o poder público, multa civil, proibição de receber incentivos fiscais e creditícios.

Ainda de acordo com o referido Ministro, tal regime excepcional – com incidência parcial das sanções previstas na Lei nº 8.429 – somente alcançaria autoridades com foro para responderem por crimes de responsabilidade na Constituição Federal. Entre essas autoridades, estão Presidente, Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, chefes de missão diplomática permanente, Ministros de Tribunais Superiores e membros do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea c da C. F.

Ressalta-se que o entendimento do Ministro Carlos Veloso apresenta algumas incongruências. A Lei nº 1.079 não prevê nenhum tipo penal versando sobre crimes de responsabilidade perpetrados por chefes de missão diplomática permanente, Vice-Presidente, Ministros dos Tribunais Superiores – exceto os do STF – e Ministros dos Tribunais de Contas da União.

Logo, tal como preleciona o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, não há como defender uma suposta prerrogativa de foro para responder por crimes de responsabilidade que não existem no ordenamento jurídico positivo.

Sem embargo de tal circunstância, Mazzilli⁷ parece acompanhar o posicionamento intermediário esposado pelo Ministro Carlos Mário a respeito da aplicação das sanções do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido:

A ação civil pública da Lei n. 8.429/92, processada diretamente perante juízes singulares, não se presta para a decretação de perda de cargo ou de função pública de agentes políticos que, por força da Constituição, tenham forma própria de controle de sua responsabilidade política; entretanto, nada obsta a que as demais sanções da Lei n. 8.429/92 lhes sejam impostas por via de ação popular ou de ação civil pública (como a perda de bens ilicitamente adquiridos, ou o ressarcimento do dano). (MAZZILLI, 2012, p. 213).

⁷ Trata-se do caso que redundou no *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Melo.

A Lei nº 1.079 apresenta, ainda, uma série de outras incongruências que tornam inviável a sua adoção como regime de responsabilização de agentes políticos, como pretende o relator da Reclamação nº 2.138-6.

Uma delas é a legitimidade ativa para dar início à ação penal por crime de responsabilidade, a qual pertence ao cidadão, nos termos do artigo 14 do diploma legal em tela. Tal dispositivo não foi recepcionado pelo artigo 129, inciso I, da CF, que confere legitimidade exclusiva ao Ministério Público para dar início às ações penais públicas.

Também não se pode ignorar que, sem embargo dos inúmeros casos de corrupção envolvendo Ministros de Estado e até mesmo Presidentes da República, a Lei dos Crimes de Responsabilidade se mostrou totalmente ineficaz para o combate de tais irregularidades. Nesse sentido, transcorridos quase 25 anos de promulgação da Carta de 1988, há um único registro de condenação por crime de responsabilidade cometido por tais autoridades descrito na referida lei⁸.

Por outro lado, durante o mesmo período de 25 anos, inúmeras ações de improbidade foram movidas contra as autoridades mencionadas na Lei nº 1.079. Salienta-se que o Ministro Carlos Veloso, no voto prolatado por ocasião da Reclamação nº 2.138-6, faz referência à existência de mais de quatro mil ações de improbidade em andamento em apenas quatorze Estados da Federação.

Tal circunstância demonstra claramente que o entendimento espousado pela maioria do STF na Reclamação nº 2.138-6 implica não apenas a concessão de um regime de responsabilidade diferenciado para agentes políticos do mais alto escalão do governo, mas também a obtenção de um amplo canal de impunidade para as referidas autoridades, sobretudo no que diz respeito às faltas cometidas no trato com o patrimônio público.

Ademais, conforme bem salientado pelos votos que divergiram da posição do relator, observa-se que a ação de improbidade é de na-

⁸ Trata-se de processo desenvolvido perante o Senado Federal, o qual redundou no *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Melo.

tureza cível, circunstância esta que salta aos olhos pela leitura do próprio texto do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal. Este parágrafo menciona a incidência das sanções por improbidade administrativa “sem prejuízo da ação penal cabível”. Referida expressão demonstra não só que as ações pelo cometimento de crime de responsabilidade e de improbidade devem correr em paralelo, como também indica que esta última, dada a sua natureza cível, não pode ser de competência originária dos tribunais superiores, devendo ser iniciada na primeira instância.

Transcorridos quase nove anos do julgamento da Reclamação nº 2.138-6 e levando-se em conta que sete dos onze Ministros que participaram do referido julgamento não mais compõem a Suprema Corte, torna-se difícil a elaboração de prognósticos sobre o posicionamento do STF nos casos vindouros. No entanto, alguns julgamentos do STF posteriores à referida reclamação indicam certas tendências.

A primeira delas é a de que a não incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa se limita aos Ministros de Estado. Com efeito, inúmeras outras autoridades, após o julgamento da Reclamação nº 2.138-6, encaminharam pretensões ao STF para não serem processadas por improbidade. Na ocasião, a Suprema Corte manifestou, de forma categórica e unânime⁹, que o posicionamento defendido por ocasião do julgamento da reclamação em tela não se estende a Prefeitos, Senadores da República e a Deputados Federais, mas tão somente aos Ministros de Estado.

Outro entendimento que tende a se cristalizar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o de que cabe ao próprio STF o julgamento de ações de improbidade movidas em face de seus membros. Nesse sentido, encontra-se o julgamento da Petição nº 3.211-0/DF,

⁹ Nesse sentido, encontram-se os seguintes acórdãos do STF: Petição nº 3.923 QO/SP, de acordo com a qual o entendimento esposado na Reclamação nº 2.138-6 não se aplica a Prefeitos; Petição nº 4.497/AM, que defende a competência do juízo de primeiro grau para processamento de ação de improbidade contra Prefeito; Reclamação nº 6.254, relatada pelo Ministro Celso de Melo, a qual sustenta que Deputados Federais serão julgados por improbidade perante o juízo de primeira instância; Reclamação nº 5.107/DF, cujo julgamento aduz ser competente o juízo de primeiro grau para processamento de ação de improbidade em face de parlamentar.

pelo plenário do Supremo, decidido pelo placar de dez votos a um. Nele, os integrantes da Corte Suprema sustentaram que haveria certa hierarquia interna do Poder Judiciário, a qual impediria que um magistrado de primeira instância julgasse um membro da mais alta corte.

Exemplo dessa decisão é dado pela Corte Especial do STJ, que rejeitou a possibilidade de um Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho ser julgado por improbidade perante um Juiz Federal de primeira instância (BRASIL, 2011). Na ocasião, fora determinado que a ação em tela tramitasse perante o STJ.

Salienta-se que, nos casos em tela – Petição nº 3.211-0 do STF e Reclamação nº 4.927/DF do STJ –, o argumento utilizado para a observância do foro por prerrogativa de função é diverso daqueles sustentados na Reclamação nº 2.138-6. Com efeito, enquanto os votos proferidos na Petição nº 3.211-0 e na Reclamação nº 4.927 concluem pela existência de ofensa à organização hierárquica do próprio Poder Judiciário, o relator da Reclamação nº 2.138-6 defende a existência de um regime disciplinar diferenciado para os agentes políticos.

Verifica-se, dessa forma, que o quadro atual, no que diz respeito à aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos, mostra-se ainda indefinido na jurisprudência dos tribunais superiores. Por isso, é impossível afirmar com segurança, seja em razão da alteração da composição do STF, seja em razão do placar apertado da Reclamação nº 2.138-6 (seis votos a cinco), quais autoridades não estariam sujeitas às sanções da Lei nº 8.429, ou mesmo se alguma autoridade se encontra em tal posição privilegiada.

Tal indefinição gera danos irreparáveis ao combate à improbidade, na medida em que os legitimados ativos para a propositura de ações de improbidade – entre eles o Ministério Público – permanecem em estado de dúvida sobre a legitimidade para conduzir investigações feitas no âmbito de Inquérito Civil Público. Referido quadro de incerteza mantém-se mesmo após o encerramento do ICP que conclui pela prática de improbidade e/ou crime de responsabilidade, uma vez que não há posicionamento jurisprudencial claro pelo ajuiza-

mento conjunto das ações de improbidade e por crime de responsabilidade, ou pelo ajuizamento isolado da ação penal por crime de responsabilidade. Nesta última hipótese, defendida pelo relator da Reclamação nº 2.138-6, resta também uma dificuldade insuperável caracterizada pela legitimidade ativa para processar autoridades por crimes de responsabilidade. Essa legitimidade, como já se disse, é conferida ao cidadão nos termos da Lei nº 1.079, configurando notória afronta ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Por outro lado, pior do que o estado de incerteza a que nos referimos nos parágrafos anteriores seria a consagração do entendimento esposado pelo relator da Reclamação nº 2.138-6. Tal juízo – reiterasse – foi classificado como “desastroso” pelo ex-Ministro do STF e autor do primeiro voto divergente, Carlos Mário Veloso.

Referido entendimento – que admite, tão somente, a responsabilização de agentes políticos por crimes de responsabilidade – incrementa exponencialmente o atual quadro de impunidade por atos de improbidade já existente na realidade brasileira.

A singela análise de um dado da realidade jurídica brasileira, já mencionado no curso do presente artigo, torna possível mensurar as implicações da prevalência do entendimento esposado na Reclamação nº 2.138-6. Tal dado é representado pela existência de uma única ação penal por crime de responsabilidade movida por um cidadão, ao longo dos 25 anos de história da Constituição de 1988. Por outro lado, durante o mesmo período, houve um número incomensurável de ações de improbidade contra as autoridades referidas na Lei nº 1.079. Tais autoridades constituíram mecanismo indispensável de controle da corrupção e dos atos de improbidade administrativa tão frequentes em nossa realidade.

3. Conclusão

Conclui-se, dessa forma, que não se trata de um embate sobre o regime de responsabilização do agente político pertencente aos altos escalões do Estado. Mais do que uma mera opção jurisprudencial pela incidência da Lei dos Crimes de Responsabilidade ou da Lei de

Improbidade Administrativa, a verdadeira discussão – iniciada com o julgamento da Reclamação nº 2.138-6 e ainda não definitivamente decidida pela Suprema Corte – é entre a adoção de um regime de absoluta impunidade dos agentes políticos, que logrou êxito em responsabilizar um único indivíduo ao longo de 25 anos, e um regime disciplinar que se tem mostrado significativamente mais eficaz no controle dos atos de improbidade.

O tema ainda não foi pacificado pelo STF, com a sua atual composição. No entanto, alguns posicionamentos apresentam certa tendência de cristalização.

Nesse sentido, a não incidência da Lei nº 8.429 sobre os Ministros de Estado e a Presidentes da República apresenta leve tendência de ser reconhecida pelo STF.

Por outro lado, não só a possibilidade de cometimento de atos de improbidade por outras autoridades – a exemplo de Prefeitos, Deputados e Senadores – como também a ausência de foro por prerrogativa de função para que tais agentes políticos sejam processados perante o STF já foram objeto de decisões anteriores da referida corte constitucional¹⁰.

Salienta-se, além disso, que, nos termos dos arrestos jurisprudenciais já mencionados ao longo do presente artigo (Petição nº 3.211-0 do STF), o STF tem se posicionado contrariamente ao processamento dos próprios Ministros, por ato de improbidade, perante o juízo de primeira instância. Da mesma forma, a jurisprudência pátria não vem admitindo o processamento de membros da segunda instância do Judiciário por juízes de primeira instância (Reclamação nº 4.927/DF do STJ).

¹⁰ Ver Reclamação nº 2.509/BA, relatada pela Ministra Rosa Weber, a qual sustenta que Deputados respondem por atos de improbidade administrativa no juízo de primeira instância (BRASIL, 2013a); Reclamação nº 13.999/RJ, relatada pelo Ministro Luiz Fux, na qual se entendeu que Prefeitos são responsabilizados por atos de improbidade na primeira instância (BRASIL, 2013b); Petição nº 4.948/RO, em que se reconheceu a atribuição do juízo de primeira instância para o processamento de ação de improbidade contra Senador da República (BRASIL, 2013c).

Nota-se, porém, que, nas hipóteses colacionadas no parágrafo anterior, ao contrário do que foi decidido na Reclamação nº 2.138-6, os integrantes do Judiciário respondem “sim” pelos atos de improbidade praticados e “não” por crime de responsabilidade, como decidido naquela reclamação.

4. Referências

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 4927-DF, Corte Especial. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 15 de junho de 2011. DJe, 29 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16108946&sReg=201001949910&sData=20110629&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138-6/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de junho de 2007. DJe, 18 abr. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reclama%E7%E3o+2138+nelson+jobim%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/btwz-3bv>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2509/BA. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2013. DJe, 6 mar. 2013a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Reclama%C3%A7%C3%A3o+2509+BA&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 13999/RJ. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 5 de março de 2013. DJe, 12 mar. 2013b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Reclama%C3%A7%C3%A3o+13999+RJ&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 4948/RO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. DJe, 22 fev. 2013c. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Peti%C3%A7%C3%A3o+4948+RO&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3923 QO/SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 13 de junho de 2007. DJe, 26 set. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Peti%E7%E3o+3923%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ab74gcb>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 4497/AM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2009. DJe, 2 mar. 2009a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=peti%C3%A7%C3%A3o+4497+am&s=jurisprudencia&casas=STF&casas=STJ>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6254/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de julho de 2008. DJe, 5 ago. 2008c. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Reclama%C3%A7%C3%A3o+6254&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 5107/DF. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 3 de agosto de 2009. DJe, 19 ago. 2009b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Reclama%C3%A7%C3%A3o+5107-DF&s=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130013

7

- Normas de Publicação
para autores
- Writers' Guidelines

Português
English

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado, comentários a jurisprudências. A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Diálogo Interdisciplinar, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Público Constitucional e Direito Público Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público. Comentários a jurisprudências serão selecionados a critério do Editor.

Os artigos enviados à Revista *De Jure* devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do Editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a Linha Editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa procedida pelo Corpo Editorial, formado pelos membros externos convidados e Revisores Ad Hoc.

O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão cega de pares ou blind peer review, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pareceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do Editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o Editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica www.mp.mg.gov.br/dejure.

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois conselheiros, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

6. Os artigos encaminhados para a Revista *De Jure* deverão ter um mínimo de 6 (cinco) páginas e um máximo de 20 (vinte) páginas; os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 (dez) páginas. Técnicas processuais (peças processuais) não têm limite de número de páginas.

7. Os autores deverão incluir mini-currículo contendo afiliação e titulação acadêmica, com, no máximo, 200 palavras. O mini-currículo deverá obrigatoriamente conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

Seguem as normas de padronização dos artigos e comentários a jurisprudência:

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina

automaticamente. Como fonte, usar o *Arial*, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (*abstract e key words*). O resumo apresenta a idéia geral do tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários a jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words* e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo *Bureau* Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI – Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou aceções incomuns devem ser grafados em *itálico*.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 *dots per inchs* [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em *itálico*), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em *itálico*), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

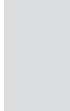
XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente*: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão “In:”, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em *itálico* (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <www.bn.br>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2012, os textos enviados adotem obrigatoriamente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.



WRITERS' GUIDELINES

Materials published in every issue:

Essays

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the Journal Revista *De Jure* should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays after filling in the specific form and uploading the file in the site www.mp.mg.gov.br/dejure, where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

Academic Articles

De Jure publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

Academic Articles: Double Peer Blind Review

The academic articles submitted to *De Jure* must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

Comments on Jurisprudence

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service. These texts are available in Portuguese in the DVD enclosed in each issue.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF.

Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

Submission

Authors who wish to submit articles or essays must access the site www.dejure.mp.mg.gov.br, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words) and key words (maximum of five).

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 *dots per inchs* [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font *Times New Roman* 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to

comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section or chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Book (electronic media): The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1st ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

d) Journal (one article): The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

e) Journal (electronic media): The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

f) Academic work: The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.