

REVISTA JURÍDICA

1

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS



REVISTA JURÍDICA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE MINAS GERAIS

**PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL**

**REVISTA JURÍDICA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
MINAS GERAIS**

<i>Rev. Juríd. Ministério Público</i>	<i>v. 1.</i>	<i>abr. 1997</i>	<i>Belo Horizonte</i>	<i>Imprensa Oficial</i>	<i>400 p.</i>
---	------------------	----------------------	---------------------------	-----------------------------	-------------------

Capa

*Edifício-Sede da Procuradoria-Geral de
Justiça do Estado de Minas Gerais*

Ficha Catalográfica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional. Revista Jurídica do Ministério Público. v.1. (abril de
1997). Belo Horizonte, Imprensa Oficial.

v.1. - 1997

1 - Direito - Periódico - Minas Gerais 2 - Ministério Público - Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional.

***Procuradoria-Geral de Justiça
do Estado de Minas Gerais***

Procurador-Geral
Epaminondas Fulgêncio Neto

Corregedora-Geral
Ruth Lies Scholte Carvalho

Procurador-Geral Adjunto
Marcos Viola de Carvalho

Chefe de Gabinete
Antônio de Pádua Pontes

Secretário-Geral
Bertoldo Mateus de Oliveira Filho

Diretora-Geral
Míriam Pereira Esteves de Sousa

Diretor do Centro de
Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Antônio Lopes Neto

***Resolução PGJ nº 09/96
de 04/03/96***

***Institui a publicação da Revista Jurídica
do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais***

O Procurador-Geral de Justiça, no exercício de suas atribuições, com fundamento nos artigos 18, XI e XII, e 265, da Lei Complementar nº 34/94, *resolve* instituir a publicação da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na forma desta Resolução.

Art. 1º A Revista Jurídica é órgão de divulgação dos trabalhos jurídicos de interesse dos membros do Ministério Público de Minas Gerais.

Parágrafo Único. A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais será publicada, divulgada e distribuída pela Procuradoria-Geral de Justiça, integrando a estrutura organizacional do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Art. 2º O Conselho Editorial da Revista Jurídica será presidido pelo Procurador-Geral de Justiça e composto pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, pelo

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, pelo membro mais antigo da Câmara de Procuradores de Justiça, pelo membro mais antigo do Conselho Superior do Ministério Público, por dois Procuradores de Justiça e por dois Promotores de Justiça, em atividade ou não, designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 3º Compete ao Conselho Editorial:

I - promover a divulgação das atividades da Revista Jurídica;

II - indicar, entre os componentes, o coordenador das funções de seleção dos trabalhos remetidos para publicação;

III - aprovar, na forma do inciso anterior, a publicação dos trabalhos selecionados;

IV - definir a periodicidade da publicação da Revista Jurídica, zelando por sua regularidade;

V - participar de seminários, debates ou outra forma de intercâmbio cultural, através do respectivo coordenador ou outro membro escolhido;

VI - acompanhar a aplicação dos recursos financeiros destinados ao custeio das atividades desenvolvidas;

VII - apresentar, trimestralmente, relatório dos trabalhos desempenhados;

VIII - exercer outras atribuições compatíveis com a sua finalidade.

Art. 4º A condição de componentes do Conselho Editorial observará, em relação ao Procurador-Geral de Justiça, ao Corregedor-Geral do Ministério Público, ao Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e aos integrantes dos Órgãos Colegiados, o prazo de exercício no cargo respectivo.

Parágrafo Único. Os Procuradores e Promotores de Justiça, designados na forma do artigo 2º, integrarão o Conselho Editorial pelo prazo de um ano, permitida a recondução.

Art. 5º A reunião do Conselho Editorial ocorrerá na forma do calendário aprovado por seus integrantes.

Art. 6º A Revista Jurídica será distribuída gratuitamente entre os membros do Ministério Público, para as bibliotecas mantidas por estabelecimentos de ensino na área jurídica e para as entidades de classe que exerçam atividades culturais assemelhadas.

Art. 7º A Procuradoria-Geral de Justiça poderá firmar convênios ou outra forma de intercâmbio cultural para a publicação, divulgação e distribuição da Revista Jurídica.

Art. 8º A Procuradoria-Geral de Justiça promoverá o custeio das atividades da Revista Jurídica, através de recursos orçamentários próprios ou destinados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 4 de março de 1996.

EPAMINONDAS FULGÊNCIO NETO
Procurador-Geral de Justiça

Revista Jurídica
Ministério Público do
Estado de Minas Gerais

Conselho Editorial

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Epaminondas Fulgêncio Neto

Corregedora-Geral do Ministério Público
Ruth Lies Scholte Carvalho

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Antônio Lopes Neto

Procuradores de Justiça
Antônio Carlos de Barros
Francisco Márcio Martins Miranda Chaves
Edilson Olímpio Fernandes
João Cancio de Melo Junior

Promotores de Justiça
Antônio de Pádua Pontes
Selma Maria Ribeiro Araújo

*Obra publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça por intermédio do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional*

Coordenação Editorial

*Procurador de Justiça Antônio Lopes Neto
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional*

*Digitação, revisão, projeto gráfico, normalização bibliográfica, editoração
eletrônica e impressão de laser film*

*Setor de Publicações do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Cristina Pedrosa Garabini - Marco Antônio Gibim - Maria Amélia Brandão
Szuster - Marise Borges de Mattos Carneiro - Merchid Milen Filho - Rizza
Marina de Freitas Santos*

Endereço

*Av. Álvares Cabral nº 1.690 - 10 ° andar - Santo Agostinho
Belo Horizonte - CEP 30170-001
Tel.: (031) 330.8181 - 330.8182 - 330.8028
Fax: (031) 330.8027*

***Estrutura
do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional***

Diretoria

*Setor Administrativo - Setor de Publicações - Setor de
Supervisão de Estágios*

Núcleo de Pesquisas Jurídicas
Belo Horizonte

Núcleos de Estudos Jurídicos
Barbacena

"Procurador de Justiça Helvécio Miranda Magalhães"
Coordenadora: Promotora de Justiça Dilma Jane Couto Carneiro Santos

Itaúna
"Procurador de Justiça José Valeriano Rodrigues"
Coordenador: Promotor de Justiça Franklin Higino Caldeira Filho

Montes Claros
"Promotor de Justiça Alberto Eduardo Araújo Barreto"
Coordenadora: Promotora de Justiça Tereza Lúcia Franco Martha

Pouso Alegre
"Promotor de Justiça Carlos Ferreira Brandão"
Coordenador: Promotor de Justiça Daniel Francisco dos Santos

Teófilo Otoni
"Procurador de Justiça Cristovam Joaquim Fernandes Ramos"
Coordenador: Promotor de Justiça Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho

Ubá
"Promotor de Justiça Levindo Ozanam Coelho"
Coordenador: Promotor de Justiça André Resende Padilha

Uberaba

"Promotor de Justiça Luciano Justiniano Ribeiro"

Coordenadora: Promotora de Justiça Miralda Dias Dourado

Uberlândia

"Promotor de Justiça Nilson Marques de Souza"

Coordenador: Promotor de Justiça Luiz Henrique Acquaro Borsari

Varginha

"Promotor de Justiça Celso Ribeiro Lima"

Coordenador: Promotor de Justiça Raphael Garcia Monteiro

Viçosa

"Procurador de Justiça Sizenando Rodrigues de Barros Filho"

Coordenador: Promotor de Justiça Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

APRESENTAÇÃO

A realização de atividades culturais, como instrumento permanente de aprimoramento profissional dos membros do Ministério Público, apresenta-se nos dias atuais como necessidade indeclinável no desenvolvimento das finalidades institucionais do *Parquet*.

A par disso, a produção intelectual é a marca indelével, o elemento que registra e esclarece a importância do indivíduo no contexto social vivido. Os livros permanecem no tempo como a memória inamovível do homem, sondando-lhe o espírito no exato instante em que perpassam os êxitos, as agruras, o desfolhar da esperança, o renascimento dos ideais, os avanços e recuos da experiência humana.

O lançamento, no mercado editorial, de uma revista produzida no Ministério Público de Minas Gerais foi, durante certa época, apenas um projeto, senão uma intenção quase sonhadora. O objetivo, no entanto, mereceu a coragem definitiva de Procuradores e Promotores de Justiça, convertendo-se na realidade deste número inaugural.

Mas se a implantação da obra jurídica enseja, por si só, motivação suficiente para o justo orgulho de todos, é preciso notar que se caminhou muito adiante. A qualidade dos artigos, a inteligência de seus autores, a relevância e o alcance doutrinário dos pensamentos expendidos são

conclusões que emergem naturalmente do seu manuseio e leitura.

A semente impelida ao solo não demandou, para a metamorfose em fruto, outra exigência além da fé na chance de germinação. Sim, pois já admoestou Edoardo Giusti:

é importante saber correr riscos que se apresentam, concedendo-se, sem muita ansiedade, a possibilidade de errar. O medo de errar muitas vezes paralisa a ação, mantendo a imobilidade. Uma vida sem erros é vida sem crescimento.

Na condição de Procurador-Geral de Justiça conforta-me o estabelecimento da proposta inserida no programa de gestão, sentimento precedido pela certeza de que a conquista é devida, sobretudo, à participação dos valorosos integrantes da Instituição. Em decorrência, consigno, de modo extensivo a todos os colaboradores, o agradecimento pessoal ao Procurador de Justiça Antônio Lopes Neto que, na direção do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, reservou os melhores esforços para a tarefa vitoriosa de promover a edição da Revista Jurídica do Ministério Público.

Epaminondas Fulgêncio Neto
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

DOCTRINA

A Desjuridicização dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária Civil e Penal. - Atividade de Mera Fiscalização - Atribuição Exclusiva do Ministério Público

Cláudio de Barros Pinheiro - Promotor de Justiça 29

Acesso Frutífero à Justiça e a Realização dos Direitos

Geraldo de Faria Martins da Costa - Promotor de Justiça 51

Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal

Alexandre Victor de Carvalho - Procurador de Justiça 59

Comentários sobre a Aplicação da Pena em Crime Continuado

Duarte Bernardo Gomes - Procurador de Justiça 107

Crimes Omissivos e Dolo Eventual

Hélvio Simões Vidal - Promotor de Justiça 117

Do Exercício das Atribuições Constitucionais do Ministério Público e de sua Atuação junto ao Tribunal de Contas Estadual

Márcio Etienne Arreguy - Promotor de Justiça 143

Do Valor Instrutório do Inquérito Civil

Luciano Luz Badini Martins - Promotor de Justiça..... 151

***Independência Funcional e Obediência Hierárquica:
Princípios Harmônicos no Ministério Público***

José Antônio de Lemos Sobrinho - Procurador de Justiça 159

Juizados Especiais e Defesa do Consumidor

Jane Ribeiro da Silva - Juíza do Tribunal de Alçada 165

O Movimento Mundial dos Consumidores do Século XXI

Mário Frota - Presidente da Associação Internacional de Direito
do Consumidor - Vice-Presidente da Associação Europeia de
Direito Farmacêutico - Presidente da Associação Portuguesa de
Direito do Consumo APDC 189

***O Princípio da Moralidade Administrativa no Direito
Brasileiro***

Galba Cotta de Miranda Chaves - Promotor de Justiça
Jésus Augusto Carvalho Filho - Acadêmico/Estagiário do
Ministério Público (Colaborador) 221

***Os Direitos Políticos no Âmbito do Direito Eleitoral e
Partidário: Perspectivas Atuais e Futuras***

Joel J. Cândido - Escritor, Professor e Advogado 273

Polêmica Constitucional do Princípio da Oportunidade na Remissão

Simone Montez Pinto - Promotora de Justiça 281

Reflexões sobre a Culpa na Separação Judicial

Selma Maria Ribeiro Araújo - Promotora de Justiça 293

Roteiro Prático para Análise dos Expedientes Enviados pelo TCE e Verificação de Idoneidade dos Convênios Firmados pelos Municípios na Esfera Cível

Marcelo Matar Diniz - Promotor de Justiça 307

“Sursis Antecipado” (Art. 89 - Lei nº 9.099/95): Direito Subjetivo do Acusado ou Mecanismo Jurisdicional Ínsito na Discricionariedade Regrada do Acusador Público?

José Ronald Vasconcelos de Albergaria - Promotor de Justiça .. 323

Tutela Penal do Patrimônio Genético

Fernando A. N. Galvão da Rocha - Promotor de Justiça

Marcelo Dias Varella - Acadêmico/Estagiário do Núcleo de Estudos Jurídicos Procurador de Justiça Sizenando Rodrigues de Barros Filho..... 339

Vida e Morte - A Tutela Jurisdicional dos Soropositivos

Fernando Rodrigues Martins - Promotor de Justiça 385

Doutrina

A Desjuridicização dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária Civil e Penal - Atividade de Mera Fiscalização - Atribuição Exclusiva do Ministério Público

Cláudio de Barros Pinheiro

Promotor de Justiça

Sumário: I - Introdução. II - A Jurisdição Voluntária. III - Os Procedimentos Voluntários. IV - O Juiz nos Procedimentos Voluntários. V - A Instituição do Ministério Público. VI - Os Procedimentos Voluntários e o Ministério Público. VII - Uma Nova Ordem Legislativa. VIII - Conclusão. IX - Referências Bibliográficas.

I - Introdução

A proposição do tema que ousamos apresentar para apreciação e estudo tem por escopo focalizar

dois aspectos importantes para o contexto processual em vigor, quais sejam:

1º - a desnecessidade da intromissão da atividade judiciária em questões processuais que não se submetem ao princípio do contraditório constitucional;

2º - a resolução destas questões pelo Ministério Público.

O que se pretende é deixar o órgão judiciário mais fortalecido para cumprir sua mais sublime missão, que é a de promover com presteza e eficiência a composição de litígios, com atuação exclusiva no contencioso jurisdicional e, ao mesmo tempo, fortalecer a função institucional e a atuação funcional do Ministério Público.

É nosso objetivo demonstrar que o Ministério Público encontra-se estruturado orgânica e funcionalmente para exercer funções decisórias nos procedimentos voluntários, podendo avocar para si a responsabilidade de administrar interesses privados.

II - A Jurisdição Voluntária

A jurisdição voluntária, com suas características próprias, será o nosso norte, será a fonte imediata para o desenvolvimento da nossa apresentação.

E isto porque é nessa seara do Direito Processual que nos deparamos com uma função anômala da

atividade judiciária, dado que atua fiscalizando interesses jurídicos privados, divorciando o poder judiciário de sua verdadeira vocação constitucional de compor conflitos de interesses, o que só se verifica na jurisdição contenciosa.

Sabemos que a jurisdição graciosa não tem nenhuma característica jurisdicional. É ela uma atividade meramente administrativa, definida para tutelar negócios e atos jurídicos privados que poderiam muito bem dispensar a ingerência jurisdicional, sem que sofressem prejuízo algum.

O eminente professor ANTÔNIO CARLOS MARCATO mostra que a jurisdição voluntária tem função administrativa (e não jurisdicional), que tem por pressuposto básico um negócio ou ato jurídico, dando origem a um procedimento (e não a um processo) que se desenvolve entre interessados (e não entre partes), que pode ser livremente modificado, caso sobrevenha fato superveniente, posto não estar coberto pela coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 1.111).

Continuando a lição, ensina o professor MARCATO que na jurisdição voluntária inexistente litígio, e o juiz não fica vinculado ao princípio da legalidade estrita (Código de Processo Civil, art. 1.109). Se isso não bastasse, falta-lhe o caráter substitutivo, dado que o órgão judicial não substitui os interessados, mas participa com eles na realização do ato ou negócio jurídico. Por fim, diz que alguns procedimentos podem ser instaurados por iniciativa do próprio juiz (*ex officio*), vulnerando outro princípio, o da inércia da jurisdição (alienações judiciais, abertura e cumprimento de testamento, arrecadação da herança jacente etc. - Código de Processo Civil, arts. 1.113, 1.125 e 1.142, entre outros).

Resumindo, o que se tem, conforme dito, é uma fiscalização a interesses jurídicos dos particulares nos casos em que a identidade do sujeito ou a atividade pretendida acarreta para o Estado Administração o dever de vigia.

Não se justifica continuar o judiciário encarregado de tutelar interesses voluntários. Os tempos são outros, as instituições se modernizaram. Assim como existem procedimentos de interesse jurídico longe dos olhos da toga, podendo ser citados como exemplos: a)- a habilitação para o casamento, quiçá muito mais importante que o processo de separação judicial; b)- a instituição de fundações; c)- a fase preliminar administrativa para regularização de loteamentos urbanos; d)- a emancipação do incapaz feita pelo pai e pela mãe, dentre outros procedimentos, talvez bem mais importantes que muitos da atividade voluntária, pode-se sem dúvida alguma afastar da função jurisdicional todas as questões referidas como de jurisdição voluntária, tanto as elencadas na legislação processual, nominadas e inominadas, como as da legislação extravagante.

III - Os Procedimentos Voluntários

Muitas são as questões de procedimento voluntário espalhadas pela nossa legislação. Na sua maioria estão elas enumeradas na legislação civil, outras são de caráter penal . Vejamos.

1 - Questões Voluntárias de Natureza Civil

O Código de Processo Civil destinou um capítulo inteiro para tratar da jurisdição voluntária. Encontramos ali as exigências para seu processamento (arts. 1.103/1.111), assim como suas hipóteses (art. 1.112), cujo rol não é taxativo, como veremos.

As Hipóteses na Legislação Civil

Os procedimentos voluntários nominados estão elencados no Código de Processo Civil. Vejamos:

- 1 - alienações judiciais (arts. 1.113/1.119);
- 2 - separação judicial (arts. 1.120/1.124);
- 3 - testamentos e codicilos (arts. 1.125/1.141);
- 4 - herança jacente (arts. 1.142/1.158);
- 5 - bens dos ausentes (arts. 1.159/1.169);
- 6 - curatela dos interditos (arts. 1.177/1.193) e
- 7 - organização e fiscalização das fundações (arts. 1.199/1.204).

Entretanto, muitos outros existem e a redação do art. 1.103 do Código de Processo Civil nos orienta nesse sentido ao preceituar: “Quando esse Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste capítulo”.

Dessa forma, muitas outras questões de procedimento voluntário existem que não estão presentes nominalmente naquele capítulo e, podemos então anunciar,

de modo não exaustivo, algumas outras da legislação comum e extravagante, a saber:

I - Previstas no Código Civil:

- a) pedido de aprovação de estatutos de fundações (art. 26);
- b) pedido de suprimimento de idade para fins matrimoniais (art. 185);
- c) pedido de suprimimento de consentimento para fins matrimoniais (art. 188);
- d) pedido de nomeação de curador especial para incapaz (art. 387);
- e) ação de prestação de contas de inventariante, tutor ou curador (art. 394);
- f) ação de interdição (art. 447);
- g) pedido de inscrição de hipoteca legal nas hipóteses enumeradas na lei (arts. 840/842) e
- h) pedido de nomeação de curador para o ausente (art. 463).

II - Previstas no Código de Processo Civil:

- a) ação de prestação de contas quando competir a alguém oferecê-las, onde haja interesses de incapazes (art. 914);
- b) pedido de sub-rogação de vínculos (arts. 1.112, II e 1.104);

- c) pedido de alienação, arrendamento ou oneração de bens de incapazes (arts. 1.112, III e 1.104);
- d) pedido de alienação de coisa comum, ou de quinhão, alienação, locação ou administração onde haja interesses de incapazes (arts. 1.112, IV e V e 1.104).

III - Previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

- a) pedido de guarda de criança ou adolescente (art. 33);
- b) pedido de tutela (art. 36);
- c) pedido de adoção (art. 39);
- d) pedido de autorização para viajar (art. 83);
- e) pedido de curador (art. 142, parágrafo único);
- f) pedido de procedimento administrativo (art. 201, VI e VII).

IV - Previstas na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73):

- a) pedido de habilitação para o casamento, inclusive o elaborado quando um dos contraentes estiver em iminente risco de vida (arts. 67 e 76);
- b) pedido de registro de casamento religioso para efeitos civis (art. 71);
- c) pedido para averbações em geral (arts. 97/105);
- d) pedido de retificação, restauração e suprimento de assento de registro civil (arts. 13, III e 109);
- e) pedido para instituição de bem de família (art. 260).

V - Previstas na Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77):

- a) pedido de separação consensual (art. 4º);
- b) pedido de divórcio consensual (art. 24);
- c) pedido de conversão em divórcio da separação judicial (arts. 25 e 35).

2 - Questões Voluntárias de Natureza Penal

As Hipóteses na Legislação Penal

No âmbito da legislação criminal encontramos procedimentos voluntários típicos para serem fiscalizados por órgãos que não os do poder judiciário, dado que melhor atenderia os interesses do Estado e da legislação penal, podendo a incumbência ser promovida pelo Ministério Público.

I - Previstas no Código Penal:

- a) pedido para confisco dos produtos e instrumentos usados na prática de crimes (art. 91);
- b) pedido de reabilitação (art. 93).

II - Previstas no Código de Processo Penal:

- a) ação para dirimir dúvida acerca do estado civil das pessoas, de cuja solução dependa o julgamento de processo-crime de ação pública;
- b) pedido de restituição de coisas apreendidas (art. 118);
- c) pedido de hipoteca legal sobre imóveis do indiciado (arts. 134, 142 e 144);
- d) pedido de seqüestro de imóveis adquiridos com proventos da infração (arts. 125, 127, 136, 147, 142);
- e) o incidente de falsidade documental (art. 145);
- f) o exame de insanidade mental do acusado (art. 149).

III - Previstas na Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210/84):

- a) procedimento de apuração de faltas disciplinares, com a aplicação da medida cabível (arts. 49/60);
- b) pedido para progressão e regressão de regime de cumprimento de pena (arts. 112/119);
- c) pedido de autorização de saída (art. 120/121);
- d) pedido de saída temporária (arts. 122/125);
- e) pedido de remição (arts. 126/130);
- f) pedido de livramento condicional (arts. 131/146);
- g) cobrança administrativa de multas penais (arts. 164/170);
- h) pedido para execução das medidas de segurança, e sua cessação (arts. 171/175);
- i) as conversões (arts. 180/184);
- j) pedido de anistia e indulto (arts. 187/193).

A justificativa é simples, posto que tanto na esfera civil da jurisdição voluntária, como na criminal, seus procedimentos pautam-se pela exigência de, tão-somente, apresentação de documentos, cálculos e avaliações, quando muito declarações que podem muito bem ser tomadas de modo informal. A jurisdição voluntária é, a meu aviso, matemática. A mera leitura de peças de informação, de alguns dados, acerca do provimento requerido, atende ao propósito da lei.

Alguns exemplos vão ilustrar melhor a explanação.*

a - Para a venda de bens pertencentes a incapaz, o que se exige é sua manifesta vantagem, ou necessidade, precedida de avaliação judicial e hasta pública (Código Civil, arts. 429 e 453).

b - Para suprir a idade núbil de menor sem capacidade para casar, exige-se a anuência de seus pais e, quando em estado gravídico, o atestado médico acompanhado da declaração de que se encontra em condições de coabitar (Código Civil, art. 180, III). Sabe-se que a ONU, pela Convenção sobre Consentimento para Casamento, de 1962, regulou a matéria, autorizando o casamento da mulher menor de 16 anos e do homem menor de 18 anos, desde que existam causas justificadas e no interesse dos futuros cônjuges, derogando, assim, o art. 214 do Código Civil.

c - Para a concessão da guarda de criança ou adolescente é necessário juntar os documentos exigidos pelo estatuto especial (arts. 33/35 e 165 e seguintes da Lei nº 8.069/90).

d - Para a reabilitação penal ser concedida o interessado deverá comprovar, via certidão, o transcurso do prazo de dois anos do dia em que for extinta a pena ou terminar sua

execução. Mais, comprovar domicílio no país durante esse biênio, assim como comportamento público e privado e o ressarcimento do dano causado pelo crime ou a impossibilidade de o fazer, podendo exhibir documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida (Código Penal, arts. 93/94).

Notamos que, em todas estas questões, a presença da atividade jurisdicional é desnecessária, haja vista que inexistente litígio a ensejar sua atuação, face a ausência do contraditório constitucional, e, a par disso, a fiscalização exercida pelos interessados e pelo Ministério Público, efetivamente, a dispensa.

IV - O Juiz nos Procedimentos Voluntários

Após discorrer um pouco sobre a idéia que, repito, ousamos apresentar, falaremos a respeito da posição do magistrado nos procedimentos voluntários.

Por imposição legislativa o juiz é o órgão estatal incumbido de apreciar e decidir as questões de procedimento voluntário (Código de Processo Civil, art. 1º).

Contudo, conforme já foi abordado, participando destes procedimentos o Poder Judiciário se divorcia de sua identidade constitucional, que se harmoniza com a composição das lides, o que se observa, exclusivamente, na jurisdição contenciosa.

Face a previsão legal da atuação do Poder Judiciário nos procedimentos voluntários e sendo esta distinta, como já foi visto, da contenciosa, não podem, conseqüentemente, os atos praticados em uma serem rotulados da mesma forma.

Na jurisdição voluntária o magistrado atua como mero gestor de interesses privados. É o que se verifica quando, no curso de um inventário, surge uma questão de alta indagação, momento em que o juiz remete os interessados para discuti-la nas vias ordinárias (Código de Processo Civil, arts. 984, 1.000, parágrafo único, e 1.001).

Não havendo parte nem lide, mas apenas um ato jurídico ou *apenas um negócio jurídico processual envolvendo o juiz e os interessados*, a FUNÇÃO DO JUIZ SE EQUIPARA À DO TABELIÃO, ou seja, a eficácia do negócio jurídico depende da intervenção pública do magistrado.

Nesta linha de raciocínio, o juiz, dentro da jurisdição voluntária, por um zelo desarrazoado do legislador em exigir sua ingerência em atos e negócios jurídicos de interesses privados, restringe-se a acompanhar questões sobremaneira fiscalizadas, ora pelos interessados, ora pelo Ministério Público, de maneira que, para a validade jurídica dos seus atos, efetivamente, não há necessidade da chancela jurisdicional.

Tem o órgão judiciário atividade eminentemente administrativa, ora de caráter civil, ora de cunho penal.

V - A Instituição do Ministério Público

O Ministério Público é instituição eminentemente independente e seus membros são caracterizados como agentes políticos.

Os agentes políticos, entre os quais situam-se os membros do Ministério Público, são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos de cargos, funções, para o exercício de atribuições constitucionais, atuando com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais (Direito Administrativo Brasileiro, 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993).

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição (ob. citada, p. 73).

Os membros do Ministério Público, de um lado, só devem obediência aos órgãos superiores e de direção da instituição (Procuradoria-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público), mormente por deterem parcela da autoridade estatal.

Lado outro, atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos a sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da instituição (autonomia funcional).

Foi com a Constituição Federal de outubro de 1988 que o Ministério Público se transformou verdadeiramente numa instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tornando-se, portanto, autônomo e imune a arbitrariedades de caráter político e governamental. A Carta Federal traçou normas gerais de organização institucional e funcional para o Ministério Público, deixando, porém, as leis orgânicas específicas a cargo de cada um dos Estados federados.

As conquistas alcançadas pelo *Parquet* são memoráveis e sem precedentes, jungido à condição de instituição política e funcional com absoluta autonomia e independência, até mesmo com dotação financeira exclusiva (CF art. 127 § 2º).

A Lei Federal nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993 - LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - acompanhando as normas constitucionais dispõe sobre:

- a - princípios institucionais (unidade - indivisibilidade - independência funcional);
- b - as funções institucionais (defesa e observância da Constituição Federal e das leis e sua execução; promoção da ação penal pública; promoção do inquérito civil público e da ação civil pública);
- c - a organização de seus quadros (por meio de carreira) e
- d - a autonomia administrativa e financeira.

Continuando, informa:

- a - os órgãos da Administração Superior (Procuradoria-Geral de Justiça - Colégio de Procuradores - Conselho Superior do Ministério Público);
- b - os órgãos de execução (no segundo grau de jurisdição, o Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça e, no primeiro grau de jurisdição, os Promotores de Justiça) e
- c - os órgãos auxiliares (Centro de Apoio Operacional - Comissão de Concurso - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - órgão de apoio administrativo - os estagiários).

Após, trata das garantias (regime jurídico especial - independência nas funções - garantias constitucionais - foro especial), das prerrogativas (tratamento especial), - vestes talares - insígnias privativas - intimação pessoal - prisão especial - comunicação e apresentação ao Procurador-Geral de Justiça, na prisão - cédula de identidade - carteira - porte de arma) e impedimentos (exercícios do comércio - participação em sociedade comercial - exercício da advocacia).

Com sua evolução e com a inovação das leis o Ministério Público, como instituição, vem adquirindo prestígio e credibilidade espetaculares, sendo de reconhecer, de modo absoluto, sua influência decisiva e indispensável nos destinos políticos e jurídicos do país.

Hoje podemos compactuar com aqueles que sempre lutaram para ver o Ministério Público como titular de maior parcela da autoridade estatal. O Ministério Público

moderno, com as recentes conquistas legislativas, não pára; ao contrário, continua trabalhando para seu aprimoramento constante.

Por tudo isso é, sem dúvida alguma, o Ministério Público um órgão com muita identidade com o Poder Judiciário, com estrutura e organização eficiente, com autoridade constitucional definida para servir à administração da justiça, naquilo que for considerado de seu interesse público e privado.

VI - Os Procedimentos Voluntários e o Ministério Público

Sem adentrar na polêmica que o tema proporciona, nos procedimentos voluntários tem o Ministério Público obrigação de intervir, sob pena de viciar juridicamente o ato (Código de Processo Civil, art. 1.105).

Na intervenção do Ministério Público existe para o Estado-Administração especial interesse público nos atos ou negócios jurídicos dos particulares.

Compete, então, ao Ministério Público tomar todas as providências que entender necessárias ou convenientes para a comprovação da veracidade dos fatos apresentados, ou sua proteção, para que receba a chancela autorizativa do juízo.

Assim, bastante amplo é o campo de atuação do Ministério Público nos procedimentos voluntários. Lembrando a lição de CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA, magistrado mineiro, as funções do Ministério Público no contexto da jurisdição voluntária são:

- a - requerer (arts. 1.177, III - 1.178, 1.163, § 2º, - 1.188, parágrafo único, e 1.194);
- b - ser citado (arts. 1.105 e 1.169);
- c - ser representante (art. 1.182, § 1º);
- d - administrar bens e governar pessoas (art. 1.189);
- e - elaborar estatutos (art. 1.202);
- f - aprovar estatutos (arts. 1.200, 1.201 e 1.202);
- g - conceder vista a processo (art. 1.203, parágrafo único);
- h - promover a extinção de fundação (art. 1.204);
- i - apresentar oposição (art. 1.151);
- j - ser intimado (arts. 1.131, III e 1.145, § 2º) e
- l - ser ouvido (arts. 1.122, § 1º, 1.126, 1.141, 1.133 e 1.172).

Conforme notamos, a atuação do Ministério Público não fica limitada a mera fiscalização, mas tem identidade com a própria função jurisdicional, qual seja, a de administrar interesses privados, podendo, por isso mesmo, substituí-la.

O Ministério Público age inspirado nos mesmos princípios que norteiam a atividade administrativa, sendo eles os princípios da oportunidade e conveniência em prol da execução de uma função social do Estado (por PERPÉTUO BRAGA, Carlos Henrique. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 1989. Vol. 18. p. 227 e segs.)

VII - Uma Nova Ordem Legislativa

Demonstrado que o Ministério Público tem estrutura orgânica e autoridade constitucional para atuar como órgão decisório das questões voluntárias, é de todo conveniente a alteração legislativa do art. 1º do Código de Processo Civil, que seria assim redigido:

Art. 1º. A jurisdição civil contenciosa é exercida pelos juízes e os procedimentos voluntários pelos promotores de justiça, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

Para tanto, torna-se imprescindível um projeto de lei ordinária, propondo a alteração da redação do referido artigo de lei, com os consectários alcançando todo o capítulo dos procedimentos especiais e de jurisdição voluntária, assim como da legislação extravagante correlata, que seria firmada pela nova ordem legislativa.

VIII - Conclusão

A nova ordem constitucional consagrou especial atenção ao Ministério Público. Sua autonomia está assegurada por um leque de garantias constitucionais, institucionais e funcionais, chegando mesmo a autogovernar-se, tornando-o, portanto, importante organismo estatal, com *status* de um quarto poder, podendo a ele ser estendidas muitas outras atribuições processuais e administrativas.

A estrutura orgânica do *Parquet*, inclusive contando com dois órgãos de execução em segundo grau de

jurisdição que deliberam e decidem questões de natureza penal e civil, dando a última palavra sobre assuntos de suas áreas de atribuição, quais sejam, o Procurador-Geral de Justiça nos casos de parecer em pedidos de arquivamento de inquéritos policiais (art. 28 do Código de Processo Penal), e o Conselho Superior nos casos de arquivamento de inquéritos civil (art. 9º da Lei nº 7.347/85), e, em primeiro grau de jurisdição, os Promotores de Justiça nas habilitações de casamento (art. 67 da Lei nº 6.051/73), nos procedimentos para criação de fundações (art. 1.199/1.204, do Código do Processo Civil), na titularidade de promover inquéritos civis (art. 5º, da Lei nº 7.347/85), e, por último, com autoridade para dar azo a título executivo extrajudicial (art. 55, da Lei nº 7.244/84), nos induz a pensar na real possibilidade de ver o Ministério Público tomando para si mais uma fatia da autonomia estatal, aquela pertinente às questões de jurisdição voluntária, aumentando ainda mais sua responsabilidade frente ao ordenamento jurídico nacional.

Com estas considerações, algumas sugestões podem ser aventadas a título de simples contribuição.

- a - Sendo a atividade do juiz idêntica à do tabelião na jurisdição voluntária, pode-se conferir ao Ministério Público a função de resolver as questões voluntárias, tanto as de cunho civil, como as de caráter penal;
- b - o Ministério Público nem por isso perderia a legitimidade para iniciar os procedimentos voluntários, fazendo-o com as formalidades exigidas pela legislação em vigor, inclusive com a notificação compulsória de todos os interessados, se necessário;

- c - a supressão da figura do magistrado nos procedimentos não alteraria em nada o seu *iter*, mas seria abreviado, posto que o promotor oficiante, sem muito formalismo, apreciaria os documentos e ouviria os interessados e, se não houvesse a necessidade de outras providências, seria lavrado um termo autorizativo, firmado pelo promotor de justiça, para os efeitos de direito, aproveitando-se todo o complexo judiciário para a devida e necessária documentação da autorização, inclusive no que diz respeito à cobrança dos emolumentos;
- d - o órgão do Ministério Público responderia por perdas e danos quando desse causa a demora, sem justo motivo, à concessão do requerimento, assim como se procedesse com dolo, fraude ou omissão (Código de Processo Civil, art. 133);
- e - os recursos, se houvesse, seriam apreciados por grupo de Procuradores de Justiça, mediante simples requerimento, ou mesmo via telefone ou fax, com resposta imediata ao Promotor oficiante e,
- f - quando surgisse uma questão voluntária, no curso de um processo contencioso, seria ela resolvida pelo magistrado, sempre com a participação do Ministério Público nos casos de intervenção obrigatória.

Estas são as sugestões que apresentamos aos colegas. Todas são possíveis, necessárias e merecedoras de atenção, eis que poderão servir para tornar o Ministério Público um autêntico e independente órgão político e administrativo do Estado, invadindo esfera de atribuição hoje pertencente ao Poder Judiciário, mas que, efetivamente, prescinde da sua atuação.

Para tanto, será necessário contar com uma profunda conscientização jurídica e política e com algumas mudanças legislativas, o que, com o ambiente reformador que foi implantado no país, poderá sem dúvida vir a ocorrer.

Seria a grande desburocratização da justiça brasileira.

IX - Referências Bibliográficas

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado* - atualizado e ampliado por Roberto Delmanto. 3. ed. Renovar, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. Volumes 1 e 3. Saraiva, 1989.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 8. ed. Saraiva, 1990.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 199 e segs.

MAZZILI, Hugo Nigri. *Manual de Promotor de Justiça*. Saraiva, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* Volume 1. 15. ed. Saraiva, 1977. p. 12 e segs.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e Legislação em Vigor*. 12. ed. Malheiros Editores, 1993.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 24. ed. Malheiros Editores, 1993.

Constituição Federal

JUS nº 5 - 1985. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. ZUCHERATO, José Maria. Impedimentos e Garantias Constitucionais. p. 121 e segs.

JUS nº 9 - 1990. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. MEIRELLES, Hely Lopes. Ministério Público Estadual - Organização. p. 127 e segs.

JUS nº 10 - 1990. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. VALADÃO, Alfredo. Ministério Público. p. 175 e segs.

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Volume 18 - Dezembro de 1989. BRAGA, Carlos Henrique Perpétuo. Da Imprestabilidade da Atividade do Juiz na Jurisdição Voluntária. p. 227 e segs.

Revista dos Tribunais - Volume 629/21. CLEVA, Clemerson Merlin. Ministério Público e a Reforma Constitucional.

XVIII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos. Associação Paulista do Ministério Público, 1990. p. 24 e segs.

Acesso Frutífero à Justiça e a Realização dos Direitos

Geraldo de Faria Martins da Costa

Promotor de Justiça

A idéia de “acesso frutífero à justiça” foi proclamada pelo professor KAZUO WATANABE na sua palestra sobre o tema, proferida por ocasião do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil - Consumidor e Meio Ambiente, promovido pelo BRASILCON (Blumenau, nov. /95), tendo ela o sentido de justiça efetiva ao alcance de todos.

Não interessa à sociedade apenas a declaração formal dos seus direitos em textos legais. A realização da idéia do direito é pressuposto essencial da vida social.

O conceito de direito está necessariamente ligado à pessoa que o “possui e está apta a exercê-lo”.¹

¹ MATA MACHADO, Edgar Godói. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora Jega S/A, 1981, p.259.

Buscando o núcleo da sua teoria sobre direito subjetivo em obra de JACQUES MARITAIN, que considera o direito sob o ponto de vista ético, MATA MACHADO vislumbra o seu conteúdo “a partir da noção de *debitum*”². Nesta perspectiva, o direito subjetivo é “o que me é devido, o devido a mim, devido a mim como meu”.³

O ordenamento jurídico confere aos consumidores os direitos que lhes são devidos toda vez que esses direitos são ameaçados ou feridos. O direito à proteção da vida, saúde e segurança, e a proteção dos seus interesses econômicos são garantidos por normas e princípios de ordem pública constitucional. Saliente-se que esta proteção tem caráter preventivo e reparatório.

A lesão ou ameaça a esses direitos não podem ser excluídas da apreciação do poder judiciário. Esta é uma garantia constitucional fundamental.

Mas o problema da realização dos direitos individuais e coletivos está inserido no contexto da sociedade de consumo. Nela, a produção, a comercialização e a contratação de produtos e serviços são feitas em massa. A massa despersonalizada de vulneráveis consumidores é o alvo das mensagens publicitárias, que muitas vezes, criam falsas necessidades de consumo. A cada dia, novos produtos e serviços são oferecidos ao consumidor. Muitos deles inseguros ou inadequados. Colocando em risco a sua saúde ou seus interesses econômicos.

² obra citada, p.277.

³ obra citada, p.277.

Em resumo, o consumidor, estando em situação de desvantagem na relação de consumo, necessita da efetivação de direitos básicos que reequilibrem essa relação entre desiguais.

Já o sistema judicial não está suficientemente aparelhado para solucionar o grande número de litígios que decorrem das relações de consumo.

A garantia constitucional de acesso ao serviço público prestado pelo poder judiciário amiúde se frustra. Barreiras de toda ordem nos impedem de ter acesso ao serviço jurisdicional, impossibilitando a concretização dos direitos conferidos pela ordem jurídica, comprometendo ainda mais o combalido sentimento jurídico do povo e agravando o fenômeno da anomia social.

Fatores econômicos, culturais, psicológicos, entre outros, impedem que a maior parte da população tenha assegurado seu direito de acesso ao serviço jurisdicional.

O professor francês JEAN CALAIS-AULOY, da Universidade de Montpellier, traça com muita clareza o quadro das dificuldades do acesso à justiça:

“Todo cidadão que se sente lesado tem teoricamente a liberdade de recorrer a um tribunal para obter justiça. Mas se trata de uma liberdade formal, cujo exercício é entravado pelo peso das realidades. Entre os consumidores que sofrem prejuízos causados pelos fornecedores, raros são os que intentam individualmente uma ação na justiça. Três obstáculos os dissuadem de

fazê-lo.

Inicialmente, razões psicológicas. A dificuldade de saber qual é o tribunal competente, a complexidade dos procedimentos, o esoterismo da linguagem jurídica, até a beca dos magistrados e dos advogados fazem nascer nos simples cidadãos a impressão que a justiça é um mundo à parte onde é melhor não se aventurar.

Um outro motivo dissuade os consumidores de agir: a lentidão da justiça [...]. O custo do processo constitui a terceira razão que impede os consumidores de procurar a justiça. As despesas são, na maior parte dos litígios de consumo, superiores ao interesse em jogo.

A justiça está mal adaptada aos pequenos litígios. Esta situação não pode ser tolerada, primeiro, porque um litígio nunca é pequeno para aquele que se sente vítima de uma injustiça; e também porque os litígios de consumo somente são pequenos se isolados uns dos outros: eles tomam uma dimensão considerável quando vistos em sua multiplicidade.”⁴

A situação de debilidade estrutural do consumidor se revela particularmente mais grave no panorama de empobrecimento e analfabetismo da sociedade brasileira.

⁴ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. Paris: Précis Dalloz, 3. ed., 1992, p. 353-354.

Reconhecendo esta realidade, a ONU, por meio da Resolução nº 39/284, de 10-4-85, recomendou aos países membros a adoção de regras para “facilitação da defesa dos consumidores”.

Neste enfoque, o CDC estabeleceu como direitos básicos dos consumidores o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais e a facilitação da defesa dos seus direitos.

Para a efetiva facilitação da defesa dos direitos do consumidor, o código estabeleceu instrumentos tais como a manutenção de assistência jurídica gratuita, a instituição de promotorias de justiça e delegacias de polícia especializadas, a criação de varas especializadas e de juizados especiais para a solução de litígios de consumo e a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

A legitimação dessas associações e dos PROCONS para a propositura de ações coletivas permite a proteção de interesses meta-individuais e individuais homogêneos das massas de consumidores. São os consumidores organizados provocando Themis para que ela abra os seus olhos e promova a transformação das realidades de mercado, tornando-o mais justo e juridicamente equilibrado.

O juizado especial - bem estruturado como instituição e bem divulgado - tem por objetivo fornecer ao consumidor uma justiça rápida, barata e efetiva para os problemas de consumo. Ele “e a ação coletiva são

concebidos como dois mecanismos que têm como finalidade facilitar o acesso aos tribunais e garantir o reconhecimento do direito a um verdadeiro acesso à justiça”.⁵

Com os seus direitos concretizados, os consumidores se sentem mais motivados a lutar pelo direito. Antes dispersos, se organizam cada vez mais. Ganham a sociedade e a sua essência material: o direito.

A aptidão dos cidadãos para o efetivo exercício dos direitos constituídos pela ordem jurídica depende da implementação constante do princípio da educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres. Somente se exige ou se recebe o que é devido quando se tem consciência do que é devido.

Uma sociedade que se quer justa não prescinde de renovação persistente da sua consciência jurídica.

A nossa cultura jurídica se consolidará quando o direito for respeitado e cultuado como valor humano e social.

Neste aspecto, o nosso CDC desempenha fundamental papel, na medida em que abre perspectivas de transformação de mentalidades e estruturas sociais, jurídicas e econômicas arcaicas, instituindo uma política nacional de relações de consumo dotada da *instrumentalidade*

⁵ L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 5, jan/mar. 93, p.21.

*substancial*⁶ que potencializa a renovada realização dos direitos subjetivos individuais e coletivos.

Referências Bibliográficas:

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. 3. ed.. Paris: Précis Dalloz, 1992.

L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, jan/mar. 1993. p. 5/26.

MATA MACHADO, Edgar Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora Vega S/A, 1981.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr/jun 1994. p. 48/60.

WATANABE, Kazuo. *Ação Civil Pública - Reflexões após dez anos de aplicação* - (coord. Édís Milaré). São Paulo: RT, 1995.

⁶ Observa o prof. Kazuo Watanabe que "partem hoje os processualistas para um instrumentalismo mais efetivo do processo, com visão mais penetrante de toda problemática sócio-econômica-jurídica" (*in Ação Civil Pública - Reflexões após dez anos de aplicação* - (coord. Édís Milaré). São Paulo: RT, 1995, p. 326.

Acesso Frutífero à Justiça e a Realização dos Direitos

Geraldo de Faria Martins da Costa

Promotor de Justiça

A idéia de “acesso frutífero à justiça” foi proclamada pelo professor KAZUO WATANABE na sua palestra sobre o tema, proferida por ocasião do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil - Consumidor e Meio Ambiente, promovido pelo BRASILCON (Blumenau, nov. /95), tendo ela o sentido de justiça efetiva ao alcance de todos.

Não interessa à sociedade apenas a declaração formal dos seus direitos em textos legais. A realização da idéia do direito é pressuposto essencial da vida social.

O conceito de direito está necessariamente ligado à pessoa que o “possui e está apta a exercê-lo”.¹

¹ MATA MACHADO, Edgar Godói. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora Jega S/A, 1981, p.259.

Buscando o núcleo da sua teoria sobre direito subjetivo em obra de JACQUES MARITAIN, que considera o direito sob o ponto de vista ético, MATA MACHADO vislumbra o seu conteúdo “a partir da noção de *debitum*”². Nesta perspectiva, o direito subjetivo é “o que me é devido, o devido a mim, devido a mim como meu”.³

O ordenamento jurídico confere aos consumidores os direitos que lhes são devidos toda vez que esses direitos são ameaçados ou feridos. O direito à proteção da vida, saúde e segurança, e a proteção dos seus interesses econômicos são garantidos por normas e princípios de ordem pública constitucional. Saliente-se que esta proteção tem caráter preventivo e reparatório.

A lesão ou ameaça a esses direitos não podem ser excluídas da apreciação do poder judiciário. Esta é uma garantia constitucional fundamental.

Mas o problema da realização dos direitos individuais e coletivos está inserido no contexto da sociedade de consumo. Nela, a produção, a comercialização e a contratação de produtos e serviços são feitas em massa. A massa despersonalizada de vulneráveis consumidores é o alvo das mensagens publicitárias, que muitas vezes, criam falsas necessidades de consumo. A cada dia, novos produtos e serviços são oferecidos ao consumidor. Muitos deles inseguros ou inadequados. Colocando em risco a sua saúde ou seus interesses econômicos.

² obra citada, p.277.

³ obra citada, p.277.

Em resumo, o consumidor, estando em situação de desvantagem na relação de consumo, necessita da efetivação de direitos básicos que reequilibrem essa relação entre desiguais.

Já o sistema judicial não está suficientemente aparelhado para solucionar o grande número de litígios que decorrem das relações de consumo.

A garantia constitucional de acesso ao serviço público prestado pelo poder judiciário amiúde se frustra. Barreiras de toda ordem nos impedem de ter acesso ao serviço jurisdicional, impossibilitando a concretização dos direitos conferidos pela ordem jurídica, comprometendo ainda mais o combalido sentimento jurídico do povo e agravando o fenômeno da anomia social.

Fatores econômicos, culturais, psicológicos, entre outros, impedem que a maior parte da população tenha assegurado seu direito de acesso ao serviço jurisdicional.

O professor francês JEAN CALAIS-AULOY, da Universidade de Montpellier, traça com muita clareza o quadro das dificuldades do acesso à justiça:

“Todo cidadão que se sente lesado tem teoricamente a liberdade de recorrer a um tribunal para obter justiça. Mas se trata de uma liberdade formal, cujo exercício é entravado pelo peso das realidades. Entre os consumidores que sofrem prejuízos causados pelos fornecedores, raros são os que intentam individualmente uma ação na justiça. Três obstáculos os dissuadem de

fazê-lo.

Inicialmente, razões psicológicas. A dificuldade de saber qual é o tribunal competente, a complexidade dos procedimentos, o esoterismo da linguagem jurídica, até a beca dos magistrados e dos advogados fazem nascer nos simples cidadãos a impressão que a justiça é um mundo à parte onde é melhor não se aventurar.

Um outro motivo dissuade os consumidores de agir: a lentidão da justiça [...]. O custo do processo constitui a terceira razão que impede os consumidores de procurar a justiça. As despesas são, na maior parte dos litígios de consumo, superiores ao interesse em jogo.

A justiça está mal adaptada aos pequenos litígios. Esta situação não pode ser tolerada, primeiro, porque um litígio nunca é pequeno para aquele que se sente vítima de uma injustiça; e também porque os litígios de consumo somente são pequenos se isolados uns dos outros: eles tomam uma dimensão considerável quando vistos em sua multiplicidade.”⁴

A situação de debilidade estrutural do consumidor se revela particularmente mais grave no panorama de empobrecimento e analfabetismo da sociedade brasileira.

⁴ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. Paris: Précis Dalloz, 3. ed., 1992, p. 353-354.

Reconhecendo esta realidade, a ONU, por meio da Resolução nº 39/284, de 10-4-85, recomendou aos países membros a adoção de regras para “facilitação da defesa dos consumidores”.

Neste enfoque, o CDC estabeleceu como direitos básicos dos consumidores o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais e a facilitação da defesa dos seus direitos.

Para a efetiva facilitação da defesa dos direitos do consumidor, o código estabeleceu instrumentos tais como a manutenção de assistência jurídica gratuita, a instituição de promotorias de justiça e delegacias de polícia especializadas, a criação de varas especializadas e de juizados especiais para a solução de litígios de consumo e a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

A legitimação dessas associações e dos PROCONS para a propositura de ações coletivas permite a proteção de interesses meta-individuais e individuais homogêneos das massas de consumidores. São os consumidores organizados provocando Themis para que ela abra os seus olhos e promova a transformação das realidades de mercado, tornando-o mais justo e juridicamente equilibrado.

O juizado especial - bem estruturado como instituição e bem divulgado - tem por objetivo fornecer ao consumidor uma justiça rápida, barata e efetiva para os problemas de consumo. Ele “e a ação coletiva são

concebidos como dois mecanismos que têm como finalidade facilitar o acesso aos tribunais e garantir o reconhecimento do direito a um verdadeiro acesso à justiça".⁵

Com os seus direitos concretizados, os consumidores se sentem mais motivados a lutar pelo direito. Antes dispersos, se organizam cada vez mais. Ganham a sociedade e a sua essência material: o direito.

A aptidão dos cidadãos para o efetivo exercício dos direitos constituídos pela ordem jurídica depende da implementação constante do princípio da educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres. Somente se exige ou se recebe o que é devido quando se tem consciência do que é devido.

Uma sociedade que se quer justa não prescinde de renovação persistente da sua consciência jurídica.

A nossa cultura jurídica se consolidará quando o direito for respeitado e cultuado como valor humano e social.

Neste aspecto, o nosso CDC desempenha fundamental papel, na medida em que abre perspectivas de transformação de mentalidades e estruturas sociais, jurídicas e econômicas arcaicas, instituindo uma política nacional de relações de consumo dotada da *instrumentalidade*

⁵ L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 5, jan/mar. 93, p.21.

*substancial*⁶ que potencializa a renovada realização dos direitos subjetivos individuais e coletivos.

Referências Bibliográficas:

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. 3. ed.. Paris: Précis Dalloz, 1992.

L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, jan/mar. 1993. p. 5/26.

MATA MACHADO, Edgar Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora Vega S/A, 1981.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr/jun 1994. p. 48/60.

WATANABE, Kazuo. *Ação Civil Pública - Reflexões após dez anos de aplicação* - (coord. Édís Milaré). São Paulo: RT, 1995.

⁶ Observa o prof. Kazuo Watanabe que "partem hoje os processualistas para um instrumentalismo mais efetivo do processo, com visão mais penetrante de toda problemática sócio-econômica-jurídica" (*in Ação Civil Pública - Reflexões após dez anos de aplicação* - (coord. Édís Milaré). São Paulo: RT, 1995, p. 326.

Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal

Alexandre Victor de Carvalho

Procurador de Justiça

Este trabalho visa examinar a reforma do Código Penal Brasileiro, que já se iniciou e prosseguirá gradualmente, exigida por vários setores da sociedade, com exame de alguns aspectos das leis que já entraram em vigor e, por outro lado, dos projetos que se encontram tramitando no Congresso Nacional, bem como apresentar sugestão para solução de grave problema da legislação criminal pátria.

O tema é muito amplo e complexo, razão pela qual deliberei fracionar a exposição em quatro distintas etapas, as quais denominei:

- I - Da Subsidiariedade do Direito Penal;
- II - Das Modificações Ocorridas (Comentários sobre alguns aspectos);
- III - Dos Projetos de Lei que Tramitam no Congresso Nacional (Comentários sobre alguns aspectos);

IV - Da Sugestão para Alteração na Legislação Penal Codificada.

I - Da Subsidiariedade do Direito Penal

Há no país, indubitavelmente, uma sanha reformista, no que diz respeito à legislação processual e material.

Movida por uma idéia, cada vez mais forte, de que o aumento de ilícitos civis, penais, tributários, comerciais, administrativos etc., teria origem na impunidade, que por sua vez seria ensejada pela formalidade da legislação processual e ineficácia da legislação material, que estariam em dissonância com as necessidades da vida contemporânea, a parcela da sociedade que consegue exteriorizar sua opinião e, portanto, é tida como porta-voz dos anseios da coletividade, pressiona os Poderes Executivo e Legislativo para a efetivação das modificações que reputa necessárias.

No conjunto destas alterações, insere-se a reforma do Código Penal, especialmente da Parte Especial, onde são descritos os delitos e cominadas as sanções respectivas. É que a referida porção do Diploma Penal é cinquentenária, tendo vindo à tona com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940, ao contrário da Parte Geral, que sofreu profunda modificação em 1984, pela Lei nº 7.209, de 11 de julho.

Se não fosse pela motivação já mencionada, o sentimento de que a impunidade gera o aumento dos

ilícitos penais e está umbilicalmente ligada à ausência de meios legais de coerção eficaz, em virtude da caducidade do ordenamento positivo, ainda assim justificar-se-ia o movimento reformista.

Com efeito, conforme salienta ALBERTO SILVA FRANCO:

“entre o Código de 40 e a atualidade já transcorreu mais de meio século e, nesse lapso temporal, o mundo (e nele o Brasil) se modificou, de modo marcante. Uma guerra mundial e conflitos limitados foram travados. Assistiu-se à derrubada dos “muros” ideológicos, mas os totalitarismos continuaram às soltas. As sociedades modernizaram-se e os processos de desenvolvimento tecnológico, desprovidos de qualquer direção ética, tiveram impulso incomum. A energia atômica tanto foi manipulada para o bem, como para o mal. Avião supersônicos, satélites com as mais variadas finalidades, e mísseis reduziram os espaços físicos e tornaram menor o universo: puseram em xeque a idéia de soberania nacional e desvendaram os segredos militares estatais. Os meios de comunicação de massa assumiram um poder político de incrível expansão e de difícil controle. Os computadores, dos mais simples aos mais aprimorados, passaram a ser instrumentos de uso comum, armazenando um volume inimaginável de informações. Aparelhos

extremamente sofisticados invadiram a privacidade das pessoas. As ciências biomédicas chegaram às técnicas de reprodução assistida e a engenharia genética não terá dificuldade maior, num futuro não tão remoto, de produzir concretamente o homem-clone do Admirável Mundo Novo. A psicanálise desvendou os intrincados atalhos da alma humana e a mulher, após longa luta, ocupou, na sociedade, o seu espaço público” (em artigo intitulado *A Reforma da Parte Especial do Código Penal - Propostas Preliminares*, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT nº 03/93, p. 69).

É óbvio, como frisa o citado professor bandeirante, que “participando desse mundo tão complexo e tão diferenciado, o Brasil conheceu, em confronto com o ano de 1940, transformações profundas, radicais...” (ob. cit., p. 69).

A imperiosidade das alterações resulta evidenciada. Todavia, o *grau de intervenção reformista* deve correlacionar-se, ao meu sentir, com a idéia de *subsidiariedade do Direito Penal*.

Segundo CLAUD ROXIN, em modelar lição:

“o direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde

bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar..." (trecho do estudo *Sentido e Limites da Pena Estatal*, contido no livro *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, edição portuguesa da Vega, p. 28).

A natureza subsidiária do Direito Penal fundamenta o princípio da *intervenção mínima*, pelo qual tal ramo jurídico "só deve intervir em relação às condutas humanas que constituam ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância", excluindo do seu raio de abrangência todas aquelas questões que possam ser razoavelmente solucionadas por outras vias (o trecho entre aspas refere-se a citação constante do artigo de ALBERTO SILVA FRANCO, já mencionado, p. 73).

Configurar as mudanças da Parte Especial, tendo-se em mente o princípio da *intervenção mínima*, é uma diretriz unânime entre os criminalistas, especialmente no momento em que é percebida uma tendência criminalizadora, como se a inserção de fatos materiais no âmbito do ilícito penal e o aumento desmesurado das penas fossem a panacéia para todos os males de que padece a sociedade brasileira.

Corre-se o risco, caso este alerta não seja entendido pelos legisladores, de ser criada a figura de um *Direito Penal Simbólico*, ao qual se refere o penalista alemão WINFRIED HASSEMER.

Conforme o criminalista germânico:

“este tipo de reação, em tempos de especial temor generalizado em virtude da delinquência, é muito capaz a curto prazo de jogar por terra os esforços de muitas décadas para se conseguir um Direito Penal equilibrado e moderno e pode reduzir o Direito Penal a uma mera função simbólica: as normas e as cominações sociais penais sobre as quais recaem sérias dúvidas acerca de sua efetividade frente ao delito, somente podem ter sentido se o sistema penal demonstrar sua presença e capacidade de reação ante o interesse socializado da vítima, é dizer, de transmitir a aparência de efetividade e proteção social. Um Direito Penal que em muitos de seus âmbitos tenha tão-só um efeito simbólico não será capaz de cumprir com sua tarefa...” (trecho extraído do livro *Fundamentos del Derecho Penal*, tradução espanhola de *Francisco Muñoz Conde* e *Luis Arroyo Zapatero*, Editora Bosch, Barcelona, Espanha).

O Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, respeitado estudioso do Direito Penal, adverte que com a falência das

“instâncias informais de controle da criminalidade, tais como a moral, religião, família, escola, clubes”, que se constituíam em verdadeiros filtros de contenção dos “comportamentos desviantes” em seu nascedouro, ocorrida em função da “anomia que contamina a sociedade contemporânea”, há crescente utilização do Direito Penal como instrumento de substituição destas entidades retentoras da delinquência, atribuindo-lhe função para a qual não foi arquitetado e nem pensado, “e portanto não está preparado” (trechos extraídos de palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público sobre a *Reforma do Código Penal*, quando do 1º Seminário de Direito Penal e Processual Penal do MPMG, realizado de 26 a 28/10/1994).

Idêntica preocupação foi revelada na exposição de motivos da proposta de Lei nº 92/VI, de Portugal, que autorizou o governo lusitano a rever o Código Penal daquele país, *verbis*:

“Um sistema penal moderno e integrado não se esgota naturalmente na legislação penal. Num primeiro plano há que se destacar a importância da prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes: a operacionalidade e articulação recíproca das forças de segurança e, sobretudo, a eliminação de factores da marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações e da criação de mecanismos de integração das minorias. Paralelamente, o combate à criminalidade não pode deixar de assentar numa investigação rápida e eficaz e

numa resposta atempada dos tribunais. Na verdade, mais do que a moldura penal abstractamente cominada na lei, é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, funcionando, nessa medida, como referência para a comunidade. Finalmente, a execução da pena revelará a capacidade ressocializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes.”

É importante que as propostas reformistas não contenham qualquer desvio às concepções e princípios de política criminal que inspiraram a mudança da Parte Geral em 1984, assim como a edição da Lei nº 7.210.

Embasando a Teoria do Crime na noção de culpabilidade e inspirando a Teoria da Pena no princípio da prevenção especial, que vê no fim da sanção criminal a melhoria do delinqüente, objetivando a sua ressocialização, a reforma levada a cabo em 1984 propôs uma política criminal absolutamente aceitável, mesmo que possamos criticá-la num ou noutro aspecto.

Os princípios estatuídos pela alteração ocorrida na legislação penal há doze anos conformam-se, indubitavelmente, com os valores e interesses fundamentadores do Estado Democrático de Direito.

Desejo, sinceramente, que nesta reforma já iniciada o legislador não macule o sistema jurídico-penal com textos desarmônicos do resto do ordenamento positivo, tal

qual fez quando editou a Lei nº 8.072/90 (Dos Crimes Hediondos).

Feitas estas iniciais reflexões, passo ao exame de alguns aspectos das modificações já ocorridas.

II - Das Modificações Ocorridas (Comentários sobre alguns aspectos)

No plano das principais alterações já existentes, há alguns aspectos que devem ser examinados.

A Lei nº 9.099, de 26/09/1995, que dispôs sobre o Juizado Especial Criminal, estabeleceu este como competente para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando-se como tais as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Tal diploma legal, que se constituiu na mais profunda modificação da legislação penal e processual penal brasileira desde a reforma da Parte Geral do Estatuto Repressivo em 1984, foi objeto, desde sua publicação e período de *vacatio*, de exame em várias obras doutrinárias, todas construídas para o esclarecimento dos inovadores institutos constantes do supra mencionado texto legal.

Procurarei, em breves considerações, manifestar-me sobre alguns tópicos que considero mais importantes e que são de natureza material.

Disciplina-se, no art. 84 e seu parágrafo único, o pagamento da pena de multa e a conseqüente extinção da punibilidade.

Inexiste dúvida que a execução da multa resultante de definitiva condenação deverá ser feita nos moldes estabelecidos nos arts. 50 e 51 do Código Penal e dos arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Assim sendo, apesar de não constar expressamente do texto do referido art. 84, o prazo para o pagamento espontâneo da sanção pecuniária será de dez dias depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo haver parcelamento para a quitação, segundo os termos da legislação penal codificada e da LEP.

Suprimida que foi a hipótese da conversão da multa em pena privativa de liberdade, ocorrente com a vigência da Lei nº 9.268/96, evidencia-se, a meu juízo, a revogação tácita do art. 85 da Lei nº 9.099/95, restando vedada qualquer possibilidade de conversão da sanção pecuniária resultante de condenação transitada em julgado, inclusive a inovação relativa à sua transformação em pena restritiva de direitos.

Isto porque, apesar da derrogação não ter sido expressa, o sobredito art. 85 determinava que a conversão se fizesse nos termos da lei, devendo-se entender por esta tanto o Código Penal quanto a Lei nº 7.210/84.

Poder-se-ia objetar: mas os dispositivos revogados previam apenas a conversão da multa em detenção, espécie de pena privativa de liberdade, não se referindo à transformação da sanção pecuniária em pena restritiva de direitos, uma inovação surgida na Lei nº 9.099/95. Assim sendo, o sistema conversional estabelecido pela referida lei, neste particular, seria especial e, inexistindo expressa referência à sua revogação, como ocorreu com os §§ do art. 51 do CP e com o art. 182 da LEP, não permaneceria em vigor?

Parece-me que não. Como argumento cito a exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à 9.268/96, em que S. Exa. o Ministro da Justiça aduz:

“Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093, de 23 de março de 1994. Como se verifica por esses diplomas, existe uma generosa e necessária destinação dos recursos obtidos: construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; manutenção dos serviços penitenciários; formação,

aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário, além de programas de assistência aos presos, aos internados carentes e às vítimas do crime... Se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde a determinada conduta delituosa com a pena de multa é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para repressão e prevenção do delito. A conversão da pena de multa em prisão, por fato posterior à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente a todas as formas de reação punitiva...”

Inferre-se do texto que a modificação não visou impedir a conversão da multa em detenção, mas sim vedar a possibilidade da transformação da sanção pecuniária em outra espécie de pena, para permitir a execução da multa criminal, o que dificilmente ocorria com a licença legal para a mutação do tipo de pena a ser executada.

A busca de recursos para a implementação de uma política penitenciária, pelo que se depreende, falou mais alto para a mudança. Pouco importa. O certo é que a alteração objetivou pôr fim a qualquer possibilidade de conversão da multa, seja em detenção ou em pena restritiva de direitos.

Finda a possibilidade de conversão da multa aplicada em outra espécie de sanção criminal, privilegiando-se a execução da pena pecuniária e o recebimento do seu

valor pelo Estado, submetem-se o pagamento espontâneo e coativo da pena pecuniária à regra geral, obstruída a via da transformação da natureza da sanção.

Entretanto, será que a impossibilidade da conversão pode ser argüida na hipótese da multa resultante da transação penal proposta pelo Ministério Público, no caso do art. 76 da Lei nº 9.099/95?

Proponho tal questionamento, que pode parecer à primeira vista absurdo, em virtude da discussão acerca da natureza jurídica desta sanção originada da decisão que homologa a transação penal havida entre o órgão do *Parquet*, no exercício de sua *discretionariedade regulada*, e o acusado, autuado ou indiciado (repilo a expressão “autor do fato”, imprópria e abusiva).

Com efeito, vozes de doutrinadores renomados levantaram-se contra o instituto introduzido na legislação penal brasileira pelo referido art. 76, ao argumento de que permite ele aplicação de pena, seja de multa ou restritiva de direitos, conversíveis, uma ou outra, em pena privativa de liberdade, sem que o acusado responda ao devido processo legal.

A tese fundamenta-se na própria dicção legal, onde se observa a locução “o juiz aplicará a pena...”, afirmando tais doutrinadores não ser admissível tal aplicação inexistindo ação penal e sem a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com ofensa ao princípio maior do *nulla poena sine iudicio*.

Este entendimento, pelo que se nota das construções doutrinárias e pretorianas, foi superado pela consideração de que se cuida de instituto novo, que deve ser examinado sem as amarras das idéias doutrinárias tradicionais, constituindo-se em importante instrumento para a “despenalização”, ou seja, propiciar, sem descriminalizar, que a máquina judiciária não seja movimentada desnecessariamente para os delitos pouco significantes, que importem em diminuta lesividade social, conforme, com outros termos, afirmou LUIZ FLÁVIO GOMES em sua obra *Suspensão Condicional do Processo*, RT, 1995.

Assim, abriu-se o leque para as especulações dogmáticas acerca da natureza jurídica da sanção decorrente da transação penal.

Alguns, como AFRÂNIO SILVA JARDIM, entendem haver em tal procedimento preliminar a aplicação de efetiva sanção penal, averbando existir uma atividade jurisdicional do Estado (em palestra proferida na AMMP em dezembro de 1995).

Diz o referido doutrinador:

“quando o Juiz aplica a pena...em razão da transação aceita pelo réu, não se viola o Princípio do Devido Processo Legal, como alguns andaram dizendo, porque esse é o Devido Processo Legal. Há atividade jurisdicional do Estado, por isso há pena. O Juiz aplica a pena e, parece-nos que não deixa de ser, temos que pensar a respeito, um outro tipo de ação penal que está sendo

exercitada pelo Ministério Público. O Ministério Público está indo ao Poder Judiciário, manifestando uma determinada pretensão e sugerindo a aplicação de uma determinada pena. Sanção no sentido penal mesmo, restritiva de direito, pena não privativa de liberdade, pena de multa”.

Esta idéia pode ser encontrada inclusive na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.480/89, em que se declara, sobre a medida aplicada em função da transação penal, que “a sanção tem natureza penal, mas sem reflexos na reincidência...”.

Em trabalho de fôlego constante do Boletim nº 35 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, consideram os Drs. PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, Promotores de Justiça de São Paulo, não possuir a sanção resultante da sentença prevista no art. 76 caráter penal, constituindo-se, conforme doutrina de MANUEL DA COSTA ANDRADE, professor português citado pelos referidos articulistas, em “sanção de índole especial, a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena nem a correspondente comprovação de culpa ” (em *O Novo Código de Processo Penal, Consenso e Oportunidade*, Almedina, 1988).

Adiro, modestamente, a esta última posição. Não concebo a imposição de pena sem culpa. Aliás, a Carta Magna brasileira contém esta vedação pelos princípios adotados no art. 5º. No procedimento da transação não há aferição de culpa, há, tão-somente, um acordo de vontades,

“de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo) ; e, de outro, o acusado aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta, que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade” (trecho extraído do artigo *Breves Considerações sobre A Proposta do Ministério Público*, publicado no Boletim nº 35/95 do IBCCrim, de autoria dos Promotores paulistas retromencionados).

É, em verdade, um consenso, excludor do processo e da própria pretensão punitiva, caso seja cumprida a medida aplicada, mas não estabelecedor de culpa, tanto assim que a sentença não importará em reincidência (§ 4º), não gerará antecedentes criminais (§ 6º) e não se constituirá em título executivo judicial, cabendo a discussão do mérito do fato supostamente delituoso na esfera cível, onde inclusive poder-se-á julgar improcedente o pedido por ausência de responsabilidade dolosa ou culposa do réu.

Trilhando o mesmo caminho, o Dr. ANTÔNIO CARLOS BATISTA TORRES, Promotor de Justiça em São Leopoldo, Rio Grande do Sul, diz que “a ‘sanção consentida’ não implica em confissão ou reconhecimento de culpa..., não produz qualquer efeito de uma sentença condenatória criminal...” ,entendendo-a como de natureza declaratória, pois não absolve nem condena (trecho extraído do artigo *A Nova Justiça Criminal*, publicado na Revista Jurídica da Editora Síntese, nº 219, p. 140).

Assentada tal premissa, para responder à primeira pergunta cabe um outro questionamento: não sendo de natureza penal a sanção aplicada em razão da transação, aplicam-se à hipótese as regras da Quarta Seção do Capítulo III da Lei nº 9.099/96, denominada Da Execução?

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, Promotores bandeirantes já mencionados, sustentam que:

“as medidas cumuladas na proposta, eventualmente descumpridas, não devem ser submetidas a processo de execução, que fica reservado para as penas aplicadas no procedimento sumaríssimo” (artigo supra-referido).

Todavia, ainda quando não havia sido vedada a possibilidade de transformação da multa em privação da liberdade ou restrição de direitos, não foram poucos os que responderam afirmativamente à pergunta e defenderam uma idéia mista, negando a hipótese da conversão da sanção pecuniária em pena privativa de liberdade, sob a alegação de que para a aplicação desta espécie de pena seria necessário um devido processo legal, e admitindo, por outro lado, a mutação da multa em restrição de direitos, em virtude de o próprio dispositivo legal permitir a imposição alternativa de uma ou outra por proposta do Ministério Público.

Apesar de inadmitir a execução por entender que ela só é possível quando da condenação resultante do procedimento sumaríssimo, inclino-me a aceitar a tese da

conversão da multa em restrição de direitos, quando do não-pagamento daquela, ao fundamento de que o próprio art. 76 admite a imposição de uma ou de outra através de proposta do Ministério Público.

Ora, se a imposição de uma das duas espécies da sanção não penal é alternativa, o não-cumprimento da multa poderia, perfeitamente, ser convertido em cumprimento de sanção restritiva de direitos, precipuamente porque a finalidade da transação, como já se disse, é a não movimentação da burocracia judiciária para o processamento e julgamento das infrações de pequeno potencial lesivo, enquadrando-se neste objetivo - atrevo-me a afirmar - a ausência de movimentação da máquina para a execução coativa das sanções.

Retorno ao questionamento inicial: mas a vedação da conversão da multa em outro tipo de pena não teria suprimido a hipótese de transformação também na situação do art. 76?

Lembremo-nos da anterior exposição acerca da natureza jurídica da sanção originada da transação. Considerando que o art. 51 do Código Penal cuida do cumprimento ou da execução da pena de multa, é dizer, da pena pecuniária prevista no art. 32, inc. III, do mesmo diploma, que, por sua natureza, deve resultar de sentença condenatória definitiva, e que a sanção pecuniária resultante do procedimento prévio do art. 76 da Lei nº 9.099/95 não tem estrita natureza criminal, por não se originar de decreto condenatório, configurando-se em medida de índole especial, logo não teria sido atingida pela modificação havida com a vigência da Lei nº 9.268/96.

Sendo assim, possibilitada ainda estaria a conversão, em caso de omissão no pagamento da multa aplicada em razão de transação penal, da sanção pecuniária em medida de restrição da liberdade.

É evidente que esta é apenas uma tese, lançada para a análise criteriosa e severa de todos aqueles que se dignarem a apreciá-la.

Ainda sobre a Lei nº 9.099/95, há um outro aspecto relevante, que merece exame.

Respeita à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89.

Disciplinam os §§ 3º e 4º do dispositivo suso indicado as hipóteses de revogação obrigatória e facultativa do *sursis* processual.

Excluída a hipótese de não-reparação do dano injustificadamente, não foi estabelecida pela lei qualquer forma de prorrogação do período de prova quanto às demais, à semelhança do que pode ser encontrado no análogo instituto da suspensão condicional da pena (art. 81, §§ 2º e 3º, CP) e no livramento condicional (art. 89, CP).

Tal se deu, creio, em virtude da natureza do instituto, por haver o legislador entendido que havendo suspensão do curso da ação penal, e não da pena, as hipóteses de revogação deveriam ser mais rígidas, existentes, inclusive, quando o beneficiário viesse a ser, no curso do prazo, processado por outro crime ou por contravenção.

A solução, neste particular, não foi das melhores, pois poderá ensejar injustiças quando de decisões revocatórias do benefício.

É que, inexistente o mecanismo da prorrogação do período de prova até a condenação definitiva, possível será que o beneficiário possa ser processado, por ação penal instaurada no curso do prazo, pela prática de crime ou contravenção e, ao final do processo criminal, seja absolvido (por haver praticado o fato típico em legítima defesa, por exemplo).

Neste caso, a suspensão condicional do processo já terá sido revogada e o acusado, muito provavelmente, condenado.

Ora, além de injusta, a hipótese traduz solução contrária aos objetivos da lei, pois haverá dispêndio de trabalho, tempo e pessoal, quando o fim legislativo foi abortar o trâmite do processo, com considerável economia judiciária.

Constata-se, com facilidade, que a suspensão da ação penal contém os mesmos matizes do *sursis* e relativamente a ela deveriam ter sido adotados os mesmos efeitos da suspensão condicional da pena. Frise-se que há extinção da punibilidade quanto ao delito objeto da denúncia, efeito semelhante ao prescrito no art. 82 do Estatuto Penal.

Mesmo sendo benefício, a suspensão do processo, desde que aceita pelo acusado, constitui forma de extinção da punibilidade, direito público subjetivo que não lhe

pode ser retirado por presunção de culpa. Há que estar provada a culpa.

Friso que entendo a suspensão condicionada do processo como instituto que se insere no princípio da *discricionarietà regulada*, tal qual a transação penal, considerando que somente pode ser proposta pelo Ministério Público.

Antes, portanto, da formulação da proposta, do aceite do denunciado e da decisão judicial, não há qualquer direito subjetivo daquele à suspensão processual.

Contudo, após o aperfeiçoamento deste ato complexo, tenho como direito público subjetivo do beneficiado o cumprimento das condições impostas na suspensão, durante o período de prova fixado, inexistindo possibilidade de revogação do benefício, caso tenha havido a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e o beneficiário estiver cumprindo as demais condições impostas, apenas em virtude do trâmite de processo por crime ou contravenção, instaurado no curso do prazo probatório.

Há, creio, indireta afronta ao princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Não sei como os juízes irão se comportar diante deste problema. Pelo menos, *de lege ferenda*, é indispensável, ao meu sentir, a inserção ao art. 89 de um parágrafo disciplinando a prorrogação do período de prova na hipótese de o beneficiário vir a ser processado, no curso do prazo, por outro crime ou contravenção.

Volto os olhos, agora, para a Lei nº 9.268, de 01/04/1996. Tal lei, tradução da nova estratégia legiferante de reforma dos sistemas positivos, modificou substancialmente o regime da execução da pena de multa, suprimindo, como já afirmado alhures, a possibilidade de conversão desta em detenção, quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução, e estabelecendo que a multa será, doravante, considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no concernente às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Algumas dúvidas surgiram a respeito da modificação. Duas, contudo, desejo examinar.

A primeira respeita à submissão da execução da multa ao regime da dívida ativa da Fazenda Pública.

Ou seja, será que ao determinar a aplicação à execução da pena pecuniária das normas da legislação relativa à dívida ativa pretendeu o legislador sujeitar a sanção penal ao burocratizado procedimento de constituição da dívida ativa da Fazenda Pública?

Em outubro de 1994, estando no auditório da Associação Mineira do Ministério Público para proferir palestra sobre *A Reforma Do Código Penal*, o Eminentíssimo Ministro do STJ, Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, apreciado doutrinador do Direito Penal, elencou algumas mudanças que considerava necessárias para corrigir distorções da legislação, inserindo, dentre elas, a não-

submissão da pena de multa à prescrição penal do art. 114 do Código Penal, que a torna incobrável na maioria dos casos, pois, como dívida de valor, “deveria sujeitar-se à prescrição quinquenal das dívidas ativas da Fazenda Pública, com as mesmas causas interruptivas e suspensivas”.

Não é surpreendente, pela autoridade do digno Ministro e penalista e por sua influência na reforma, que a idéia por S. Exa. esposada ainda em 1994 tenha sido praticamente agasalhada na Lei nº 9.268/96.

Note-se que a preocupação do Professor *ASSIS TOLEDO* ao propor a modificação embasou-se no aspecto da falta de cobrança da pena de multa, que S. Exa. entendeu em grande parte ocorrente pelo curto prazo prescricional estabelecido no art. 114 (2 anos), além da inexistência de hipóteses interruptivas ou suspensivas da perda do direito estatal de execução da sanção.

Análoga preocupação demonstrou o não menos eminente Ministro *NÉLSON JOBIM* na exposição de motivos do projeto gerador da Lei nº 9.268/96, afirmando que:

“duas grandes frustrações com a execução da pena de multa resultam de fatores históricos. O primeiro deles, diz respeito à inflação que corrói o valor nominal da moeda; e o segundo, resulta da prescrição. Para corrigir a primeira distorção, a Lei nº 7.209/84, de 11 de julho de 1984, instituiu o sistema do dia-multa, cuja introdução no Código Criminal do Império demonstrava, já naquele tempo, a necessidade de adequação

às flutuações do valor monetário. E, para obviar o problema da prescrição, tanto pela pena cominada como pela pena aplicada, o projeto contém duas propostas: a) trata diferentemente a multa quando for cominada, alternativa ou cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, regulando-se a prescrição pelo tempo da pena de prisão; b) amplia as causas de interrupção da prescrição...”.

Verifica-se, iniludivelmente, que o ponto fulcral da atenção dos Ministros do STJ e da Justiça foi a luta contra a usina prescricional que, é verdade, havia no processo executivo da pena de multa.

Realmente, a demora no ajuizamento da ação executiva e qualquer suspensão em seu curso, delineado conforme os contornos previstos nos arts. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, propiciava a fluência do lapso prescricional, tornando a multa, no dizer de TOLEDO, incobrável.

Do exposto, inclino-me a concluir não haver sido a pena de multa submetida ao regime de constituição da dívida ativa da Fazenda Pública, apesar da abrangência que a Lei nº 6.830/80 dá ao conceito de Dívida Ativa, admitindo a execução fiscal como procedimento judicial aplicável tanto à cobrança dos créditos tributários como dos não-tributários.

Em verdade, a menção feita à legislação relativa à Dívida Ativa da Fazenda Pública teve dois objetivos, ao meu sentir: a) explicitar claramente qual o

procedimento da execução da multa, em virtude da redação constante do § 2º do art. 164 da LEP; b) criar barreiras interruptivas ou suspensivas da prescrição, aproveitando-se dos marcos existentes na Lei nº 6.830/80.

Se diferente fosse, porque o legislador não utilizou a oração: "...a multa será considerada como dívida de valor, constituindo-se em dívida ativa da Fazenda Pública..."? Por que a manutenção do procedimento especial previsto no art. 164 da LEP (considerando que foi revogado expressamente o art. 182 da LEP, que tratava da conversão da multa em detenção)?

Desta forma, parece-me, a matéria é nova e tormentosa, que para a execução da sanção pecuniária não se cogita de inscrição e nem da lavratura do Termo de Inscrição, nos moldes mencionados na Lei de Execução Fiscal.

A ação de execução da sanção pecuniária é de natureza penal, respeitando as opiniões em contrário, configurando uma hipótese anômala, eis que depende de citação necessária para a formação válida à existência da ação executória, ao contrário das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos, cuja execução

"inicia-se independentemente da provocação dos órgãos da persecução penal, procedendo o juiz de ofício ao ordenar a expedição da guia de recolhimento ou execução" (trecho extraído da obra *Execução Penal*, de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Atlas, 2. ed., p. 413).

Entretanto, uma questão avulta-se como extremamente complexa: se ao processo executivo da multa devem ser aplicadas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, qual o marco inicial do impedimento da marcha do curso prescricional previsto no § 3º do art. 2º da Lei nº 6.830/80?

Reza o sobredito dispositivo:

“A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição para todos os efeitos de direito, por 180 dias ou até a distribuição de execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

De acordo com ANTÔNIO CARLOS COSTA
E SILVA:

“é a partir da inscrição, vale dizer da constituição definitiva do crédito (art. 174, C.T.N.), que se verifica a suspensão” (trecho extraído da obra *Teoria e Prática Do Processo Executivo Fiscal*, Aide, 2. ed., p. 64).

A expressão “*constituição definitiva do crédito*”, ainda segundo COSTA E SILVA, significa que o crédito transforma-se em dívida pública, ou seja, torna-se apto à provocação da jurisdição executiva (ob. cit., p. 61).

Na execução da sanção pecuniária, é cediço que somente após ultrapassado o décimo dia da citação do condenado (art. 164 da LEP) é exigível o débito. Durante tal período o pagamento é espontâneo.

Logo, poder-se-ia imaginar uma hipótese de inscrição da exigência na Secretaria do Juízo Criminal, caso o condenado, ultrapassados os dez dias, não efetuasse o pagamento da multa ou o depósito da respectiva importância ou, ainda, não nomeasse bens à penhora, o que caracterizaria a necessidade de execução, havendo a suspensão da prescrição.

Após, a execução tramitaria da forma como mencionado nos arts. 6º e seguintes da Lei nº 6.830/80.

Como não considero haver a lei tornado a sanção criminal pecuniária dívida ativa da Fazenda Pública, entendo não haver perdido eficácia o disposto no art. 166 da LEP, que dispõe sobre a prorrogação da competência do juiz da execução penal para processar a execução caso a penhora não recaia em bens imóveis.

Isto porque a regra de que a competência das Varas da Fazenda Pública para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública é absoluta, excluindo a de qualquer outro Juízo, não se aplica à hipótese, pois neste caso há execução de uma sanção penal, não transformada em dívida ativa.

Desta forma, subsistem as disposições dos arts. 165 e 166 da Lei de Execução Penal.

Como consequência do entendimento esposado, não considero haver o Ministério Público sido aliado da execução da sanção pecuniária, mantendo sua legitimidade para a propositura da ação penal executiva.

Aliás, tendo natureza penal, a ação de execução da multa é prolongamento necessário, inexistindo o pagamento espontâneo, da ação de conhecimento criminal, motivo pelo qual sujeita-se aos princípios desta, quais sejam, em se tratando de ação penal pública incondicionada ou condicionada: legitimação privativa do MP; obrigatoriedade; indisponibilidade etc.

Confesso aos senhores que o tema é por demais complexo, ainda mais em razão da dubiedade da redação legal e da ausência de elementos possibilitadores de uma interpretação mais clara acerca do objetivo da modificação. Desejo ouvir outras opiniões, sujeitando-me, humildemente, à mudança de entendimento, caso seja convencido por argumentos contrários.

O segundo aspecto a ser abordado em relação à alteração procedida no art. 51 do Código Penal refere-se à definição da multa penal como dívida de valor.

Dívida de valor é aquela na qual a moeda aparece como a medida de valor, contrapondo-se à dívida de dinheiro, onde a moeda recebe tratamento de mercadoria.

A distinção entre as duas espécies de dívidas tem grande importância no campo da incidência da correção monetária.

Antes da vigência da Lei nº 6.899/81, que determinou a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, admitia o Supremo Tribunal Federal a correção monetária apenas em relação a hipóteses de dívidas de valor, nos casos de responsabilidade civil por ato ilícito, não tolerando a incidência dos fatores e índices de recomposição nas dívidas caracterizadas como de dinheiro, casos de responsabilidade decorrente de culpa contratual.

“Posteriormente, evoluiu a jurisprudência do Excelso Pretório no sentido da equiparação das dívidas, uma e outra, para fim da incidência da correção monetária. Assim se fez sob o fundamento de que *a obrigação do devedor não é a de pagar uma quantia em dinheiro, mas sim, a de restaurar o patrimônio do credor na situação em que se encontrava, anteriormente, à lesão*” (trecho extraído da obra *Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, Editora Saraiva, LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA, 1993, p. 138).

Consolidando e consagrando a construção pretoriana veio a Lei nº 6.899/81, estendendo a incidência de correção monetária aos casos em que legalmente ainda não se aplicava.

Todavia, questão polêmica surgiu após a vigência da referida lei. É que a Lei nº 5.670/71 excluiu a incidência de fatores de correção monetária legalmente prevista sobre período anterior a sua instituição. Mas, a partir da Lei nº 6.899/81 ficou legalmente admitida quanto à dívida

de dinheiro, ou no que diz respeito a responsabilidade por ilícito contratual.

Subsistiu, pois, indagação acerca da incidência da correção monetária em período anterior à Lei nº 6.899/81, cuidando de dívidas de valor, diga-se, decorrentes de atos ilícitos contratuais ou extracontratuais.

Conforme esclarece o Ministro do STJ, GUEIROS LEITE:

“a orientação jurisprudencial que se prolongou após a Lei nº 6.899/81 deve ser mantida...em face do princípio da mais ampla reparação do dano (CC, art. 159). Como a reparação deve ser expressa pelo seu valor em moeda corrente (CC, art. 1.534) e esse valor encontra-se corroído pela inflação, importa seja corrigido monetariamente a partir do evento, quando se tratar de dívida de valor” (REsp. 1.519-PR).

O entendimento de que a incidência da correção monetária, nas dívidas de valor, ocorre a partir do efetivo prejuízo, restou sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 43), nos seguintes termos: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Penso que a consideração da multa como dívida de valor termina com a discussão que havia quanto ao momento da incidência da correção monetária.

Havia várias posições, a saber:

- a) incide a partir da data da infração penal;
- b) incide a partir da data da sentença condenatória;
- c) incide a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para o réu;
- d) incide a partir da data do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes;
- e) incide quando esgotado o prazo para o recolhimento espontâneo da pena de multa;
- f) incide a partir da citação do réu para a execução;
- g) incide a partir da data da infração, mas desta ao trânsito em julgado o valor da multa será corrigido pela variação do salário mínimo. A partir daí, sua atualização será pelos índices de correção monetária.

Não tenho dúvidas na subsistência da primeira posição, tão-somente. Ou seja, a correção monetária deverá incidir a partir da data do evento infracional, tomando-se por base o salário mínimo vigente ao tempo da infração.

No que se refere às modificações realizadas, finalizo fazendo breve comentário sobre o reflexo que haverá na prescrição da pretensão punitiva com o estabelecimento, pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, ainda não vigente, de uma causa de suspensão do prazo prescricional.

Altera a lei mencionada a redação dos arts. 366 a 370 do Código de Processo Penal, prevendo, no art. 366, que

“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”.

Conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.897-A/95, gerador da retroreferida lei modificativa:

“em relação à citação por edital, artigo 366, cogita-se da suspensão do processo e do próprio curso da prescrição para a hipótese do não comparecimento do acusado. Tal hipótese, sem dúvida, leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação, posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ‘ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LVI) conferem o respaldo legal à nova pretensão do art. 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (§ 1º) a autorização para que se produzam, antecipadamente, as provas consideradas de maior urgência. No entanto, a revelia do acusado após o seu comparecimento inicial não pode servir de obstáculo ao

prosseguimento da instrução criminal (art. 367)".

Tencionando, portanto, evitar seja o acusado processado e julgado sem conhecer a imputação, alude a alteração legislativa a uma suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Suspensão do curso do prazo prescricional "significa um hiato, uma parada momentânea": a fluência do lapso fica pendente, recomeçando o trâmite após a cessação da causa impeditiva, com o cômputo do tempo anteriormente decorrido (trecho em parênteses extraído da obra *Manual de Direito Penal*, de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Atlas, 6. ed., p.389).

Evidente resta que a suspensão impede o curso da prescrição da pretensão punitiva com lastro na pena em abstrato.

Também é esta a conclusão a que se pode chegar no pertinente à denominada prescrição retroativa, ocorrente, neste particular, entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolação da sentença condenatória recorrível, ou sua publicação em mãos do escrivão, e regulada pela pena em concreto, conforme a permissão constante do § 1º do art. 110 do CP.

É que a suspensão determinada pelo art. 366 é do curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva, como ocorre também na denominada prescrição retroativa, que fulmina o *ius puniendi* estatal e não a pretensão executória.

Outro não pode ser o entendimento, eis que a chamada “usina prescricional” ocorre exatamente pela possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto, tendo como referência prazos anteriores à própria sentença.

A suspensão da fluência do prazo da prescrição da pretensão punitiva, neste caso e na hipótese do art. 368, é medida salutar, que trará reflexos, não tenho dúvidas, na redução da impunidade.

III - Dos Projetos de Lei que Tramitam no Congresso Nacional (Comentários sobre alguns aspectos)

Está em tramitação no Congresso Nacional uma série de projetos de lei objetivando a modificação de várias disposições do Código Penal, em especial quanto à Parte Especial.

Os mais importantes, respeitados os demais, são os que tiveram origem no Poder Executivo, emanados da Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a reformulação gradual da legislação penal brasileira.

Destaca-se, preambularmente, o de nº 724-A/95, que, modificando os arts. 33, 83, 121 e 334 do Estatuto Repressivo, define os delitos de especial gravidade.

Segundo consta da exposição de motivos elaborada pelo Ministro NÉLSON JOBIM:

“o projeto cria uma nova categoria de crimes denominados ‘de especial gravidade’, enumerando-os taxativamente para evitar controvérsias a respeito. São espécies de crimes cometidos com emprego de violência à pessoa ou que apresentam essa potencialidade, como é o caso do narcotráfico e da quadrilha. Essa proposta, transformada em Lei, permitirá o tratamento rigoroso destes crimes, que se irradiará para todo o sistema, seja na aplicação da pena, seja na sua execução, sem contudo viabilizar a individualização dessa mesma pena. A nova categoria de crimes contém uma distinção técnica, justifica-se à luz de princípios de Política Criminal e, além disso, tem o mérito de não trazer em seu bojo a carga de indefinição e de emocionalidade de que padece a inusitada e recente denominação ‘crimes hediondos’, tão criticada por todos”.

Como se percebe, o projeto visa dar nova regulamentação ao inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, elencando novamente os crimes hediondos, renomeados “de especial gravidade”, derogando a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) em vários aspectos, que eram objeto de severas críticas doutrinárias e jurisprudências.

Assim é que haverá permissão da progressão de regimes, malgrado seja obrigatório o cumprimento de pelo menos metade da pena, terminando com a odiosa vedação constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que colide

com o princípio constitucional da *individualização da pena*, previsto no art. 5º, XLVI, da Magna Carta.

Outras mudanças propostas, não relacionadas diretamente com os delitos de especial gravidade, são:

- a) “a permissão da execução do regime aberto, com repouso noturno em casa de albergado, em recinto especial e separado de estabelecimento penal, nas Comarcas em que não haja casa de albergado. Essa possibilidade evitará a prática de colocar-se em regime fechado o condenado que obteve o regime aberto, como também a de conceder-se liberdade plena ou prisão domiciliar a quem a isso não faça jus” (conforme exposição de motivos);
- b) a previsão de uma nova qualificadora para o delito de homicídio, quando praticado com plano de extermínio. Alude a exposição de motivos, como exemplo desta hipótese de qualificação do homicídio, ao crime dos denominados “justiceiros”;
- c) a previsão de uma nova qualificadora para os crimes de contrabando ou descaminho de armas ou munições. Obviamente que esta medida visa coibir, pela punição mais grave, o ingresso ilegal de armas e munições para os traficantes e seqüestradores;
- d) a revogação expressa dos parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do CP, acrescentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, “nos quais contraditoriamente são estabelecidas penas menores para o estupro e o

atentado violento ao pudor quando a vítima seja criança menor de quatorze anos” (conforme exposição de motivos). Esta questão já estava resolvida pela doutrina e jurisprudência, que consideraram revogados tacitamente os parágrafos, ao argumento de que a anterioridade da lei se estabelece pela promulgação e não pela vigência, razão pela qual a Lei nº 8.072/90, promulgada depois que a Lei nº 8.069/90, teria derogado implicitamente as figuras qualificadas, ao aumentar os limites mínimo e máximo da pena abstrata cominada aos tipos fundamentais dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tornando-as maiores que as penas cominadas aos parágrafos.

A par dos aspectos positivos da proposta, detecto alguns negativos:

- a) a ausência de referência expressa à revogação do rol dos delitos previstos no art. 1º e parágrafo único da Lei nº 8.072/90. Esta medida seria providencial, porquanto a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), não constante do elenco dos crimes de especial gravidade, pode continuar, em interpretação absolutamente admissível, a ser entendida como crime hediondo, sujeitando-se o agente ao cumprimento integral de dois terços da pena em regime fechado, com o que lhe estará sendo imposta situação mais gravosa que os praticantes de delitos de especial gravidade, também resultante da mesma matriz: o art. 5º, XLIII, CF, em evidente ofensa ao princípio da isonomia;

- b) a falta de definição expressa do número mínimo de participantes para a configuração do *grupo de extermínio*. Não comungo, *concessa venia*, com o entendimento expendido por DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, no sentido de que tal mínimo seria de cinco. Diz o respeitado doutrinador que o número não seria de duas pessoas, porque a legislação, quando se contenta com tal mínimo, refere-se expressamente, como no furto e no roubo. Não seria de três, porque a legislação, quando se contenta com tal mínimo, utiliza-se de expressão genérica, como no art. 141. Não seria de quatro, porque senão o legislador teria usado a expressão *quadrilha* ou *bando*, do art. 288. Então, conclui, seria de cinco. Malgrado o respeito que nutro pelo penalista citado, discordo. Parece-me que o número mínimo seria de quatro pessoas, porque o legislador não quis vincular a hipótese da existência do homicídio cometido com participação em grupo de extermínio à existência da quadrilha ou bando, em virtude da exigência, para a caracterização deste delito, do elemento subjetivo referente à especial finalidade de agir ("para o fim de cometer crimes"). Pode ocorrer que haja eventual associação das pessoas para o extermínio, como no caso dos "justiceiros", não se configurando a figura típica o art. 288 por falta da idéia de estabilidade ou permanência da associação. Todavia, concordo com DAMÁSIO quando alerta se teria o legislador pretendido tratar como de especial gravidade o homicídio cometido por um grupo de cinco e não aquele cometido por um grupo de quatro. Creio que não, mas o legislador tem a oportunidade, neste projeto de lei, de esclarecer a duvidosa interpretação (o entendimento do penalista suso mencionado foi extraído

da palestra sobre *Crimes Hediondos*, que S. Exa. proferiu no 1º Seminário de Direito Penal e Processual Penal, promovido pela AMMP, de 26 a 28 de outubro de 1994).

Outro projeto de lei que demanda apreciação acurada é o de nº 725/95, que modifica os arts. 155, 157, 180, 309, 310 e 311 do Estatuto Penal.

Tal projeto propõe a alteração da Parte Especial para o “combate a uma crescente e inquietante forma de criminalidade contemporânea”, qual seja, “o roubo, furto, receptação, remarcação, desmanche e transporte para outras regiões do País e até para o exterior, de veículos automotores” (cf. exposição de motivos).

São várias as modificações sugeridas.

Destaco, como mais importantes, a criação de uma figura qualificada de furto, consistente na subtração de veículo que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; o aumento de pena do roubo na hipótese supra aludida e quando o agente mantiver a vítima em seu poder restringindo sua liberdade; a elevação para sete anos do mínimo da pena cominada ao roubo qualificado por lesão grave; a ampliação do rol das condutas configuradoras da receptação dolosa, com a adição, ao tipo básico, dos verbos transportar e conduzir; a criação de figura qualificada da receptação dolosa, com a seguinte formulação: “Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que

deveria saber ser produto de crime”, com evidente supressão da exigência de dolo direto constante do tipo fundamental e contentamento com a existência de dolo eventual; a criação do tipo autônomo de “adulteração de sinal identificador de veículo automotor” (art. 311).

Respeitante a estas modificações, que fencionam coibir especificamente os crimes contra o patrimônio que tiverem por objeto material veículos automotores, desejo tecer duas considerações.

A primeira concerne à figura da receptação qualificada. Pelo projeto irá se configurar tal hipótese quando o agente desmontar, no exercício de atividade comercial ou industrial, em proveito próprio ou alheio, coisa que deveria saber ser produto de crime. A pena, no caso, é de reclusão de três a oito anos e multa. Diz o § 2º do art. 180 “equiparar-se-à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência”.

Supondo que o proprietário de um ferrovelho, clandestino ou não, subtraia um automóvel, desmonte-o, com a ajuda de um auxiliar e venda suas peças, repartindo o dinheiro com o assistente, qual delito cometeria?

Num primeiro momento a resposta parece fácil. Toda a doutrina afirma não poder ser sujeito ativo do delito de receptação o autor, co-autor ou partícipe do delito anterior ou original.

Assim sendo, tendo cometido o delito de furto, responderia o agente pelo fato tipificado no art. 155,

caput. Acresça-se, para reforçar a mencionada solução, a tese doutrinária de que o dano posterior ao furto não é punível, se praticado pelo mesmo sujeito ativo, contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito passivo, objetivando o proveito do delito anterior (pelo princípio da consunção - *postfactum* impunível).

Contudo, tal solução, dependendo das circunstâncias do fato, pode configurar-se injusta. Imaginando ter havido furto simples, do *caput*, o agente do exemplo acima proposto seria punido com pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Tal apenação seria muito menor que aquela prevista no sugerido § 1º do art. 180 (reclusão de três a oito anos e multa). Com uma agravante: este agente do nosso exemplo, que furtou o veículo e depois o desmontou, auferindo grande lucro com a venda das peças, seria punido de uma forma mais branda que o seu auxiliar que, devendo saber que a coisa era produto de crime, ajudou a desmontar o automóvel em proveito comum.

Penso que, na hipótese, há de se estipular, legalmente, uma preferência punitiva pelo delito mais grave ou determinar-se um concurso de crimes, sob pena de ser estabelecida mais uma polêmica doutrinária e jurisprudencial, à semelhança da ocorrente entre os delitos de falsificação de documento público e estelionato.

A segunda abordagem toca à construção do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Conforme a exposição de motivos:

“o anteprojeto procura coibir a adulteração ou remarcação de chassi ou sinal identificador

de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, instituindo crime autônomo a respeito. Tal conduta, indispensável para o sucesso da comercialização do produto do crime, predominantemente veículo automotor ao qual se restringe o tipo, tem encontrado sérias dificuldades de enquadramento na legislação vigente, tornando-se necessária a medida ora cogitada”.

Com razão o Ministro da Justiça, autor da exposição de motivos. Em verdade, enorme dificuldade existe para a tipificação correta da conduta daquele que adultera ou remarca número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

Há decisões discrepantes. Existem julgados que consideraram tal conduta como caracterizadora de favorecimento real (art. 349).

A criação de um tipo autônomo afigura-se-me a solução mais correta e, mesmo que o agente tenha participado do delito anterior, de furto, roubo ou receptação, parece-me caracterizado o concurso de crimes, por serem diferentes os bens jurídicos ofendidos (patrimônio em relação aos delitos mencionados e fé pública em relação ao crime do art. 311).

IV - Da Sugestão para Alteração na Legislação Penal Codificada

Apresento, por derradeiro, de forma tímida, uma sugestão para mudança a ser introduzida na legislação penal pátria.

Dispõe o art. 28, II, do Estatuto Penal, que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal.

Norteia-se a regra, como se infere da exposição de motivos da Parte Geral de 1940, aplicável por expressa menção da exposição de motivos de 1984, pelo princípio da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência.

Vem a doutrina afirmando, com razão, que nem em todos os casos de embriaguez voluntária ou culposa, ao contrário da hipótese de preordenação, o agente, ao ingerir a substância que o levou ao estado de inconsciência, poderia alcançar a previsão do delito que vem a cometer no estado de intoxicação.

Assim mesmo, o legislador, utilizando-se de uma verdadeira ficção jurídica (deu por imputável quem, na realidade, não o era), considerou o agente, em qualquer hipótese, como portador tanto da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, como da capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Há, evidentemente, uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, ofensiva ao princípio do *nullum crimen sine culpa*, princípio maior em que se assenta toda a reforma da Parte Geral ocorrida em 1984.

Para solucionar a questão, entendo, como anota ALBERTO SILVA FRANCO, que melhor seria a inserção na legislação brasileira de fórmula semelhante à concebida no Código Penal Português.

Reza o art. 282 do CP lusitano, sob a rubrica “Crime praticado em estado de embriaguez”:

“1 - Quem, pela ingestão, voluntária ou por negligência, de bebidas alcoólicas ou outras substâncias tóxicas, se colocar em estado de completa inimputabilidade e, nesse estado, praticar um ato criminalmente ilícito, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

2 - Se o agente contou ou podia contar que nesse estado cometeria factos criminalmente ilícitos, a pena será de prisão de 1 a 3 anos e multa até 150 dias.

3 - A pena aplicada nunca pode, porém, ser superior à prevista para o facto que foi praticado pelo inimputável e o procedimento criminal depende de queixa se o procedimento criminal pelo crime cometido também o exigir.”

Apreciando o dispositivo, VICTOR SÁ PEREIRA, magistrado e doutrinador português, ensina que:

“a criação de estados de inimizabilidade não consente correlativa impunibilidade. Daí este tipo autónomo, que se funda em perigo abstracto. A inimizabilidade exclui a culpa do acto criminalmente ilícito que o agente praticou. Mas esta regra tem de ceder às hipóteses em que aquele se tenha posto, propositada ou intencionalmente, em estado de completa inimizabilidade, para cometer o facto criminoso. Então haverá dolo do facto cometido, funcionando o nº 4 do art. 20º (*actio libera in causa*)” (in *Código Penal*, Livros Horizonte, p. 319).

art. 282:

Averba o mesmo autor, examinando o nº 2 do

“O nº 2 não se refere à punição do acto ilícito perpetrado, em cujo âmbito não existe uma verdadeira vontade do facto. O agente limita-se a prever ou a estar em condições de prever eventual comissão de factos criminalmente tipificados. E não tem de aceitar esta mesma comissão, porque a agravação qualificativa - reportada ao nº 1 - a propósito, se funda na personalidade, ao nível da preparação para manter uma conduta lícita (art. 72) (ob. cit., p. 319).”

Verifica-se que o legislador português soluciona a hipótese da embriaguez de forma interessante. Pune a própria conduta, voluntária ou negligente (culposa), daquele que se embriaga sem ao menos prever o fato pelo qual depois vem a responder.

Não se trata, como visto, de punição pelo fato ilícito causado pelo agente em estado de embriaguez. Mas de punição da grave falta de preparação para a manutenção de uma conduta lícita, manifestada no fato.

Discordo da solução lusitana para as hipóteses em que o agente, ao se embriagar, teve previsão do evento lesivo, malgrado não o admitisse, não aceitasse sua ocorrência (nº 2 do art. 282 do CP português).

Este caso, entendo, soluciona-se pela regra geral da *actio libera in causa*, manifestada no art. 28, II, do CP brasileiro, assim como na hipótese de dolo eventual, em que o agente previu o resultado lesivo e consentiu na sua ocorrência.

Penso, arrimado nestes argumentos, que nossa legislação penal poderia conter um dispositivo assim:

Quem, pela ingestão voluntária ou culposa de álcool ou substância de efeitos análogos, colocar-se em estado de completa inimputabilidade e, assim, praticar um fato tipicamente ilícito, será punido com pena de reclusão de um a cinco anos.

§ 1º A pena será aumentada de um a dois terços no caso de resultar morte ou lesão corporal de natureza grave.

§ 2º A ação penal dependerá de representação ou queixa, se assim o exigir a relativa ao fato tipicamente ilícito cometido.

Comentários sobre a Aplicação da Pena em Crime Continuado

Duarte Bernardo Gomes

Procurador de Justiça

Diz o art. 71 do Código Penal:

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único: Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena

de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código.”

Assevera, em linhas gerais, a melhor doutrina penal, que o crime continuado constitui, em sua essência, a forma de concurso de crimes, configurando espécie amena de concurso material, em que se observa o sistema de absorção de penas e não de cumulação delas.

“O crime continuado é realmente uma ficção jurídica criada com propósitos de política criminal e objetivando impedir excessos decorrentes do acúmulo material de penas”.
(RT 521 388)

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo cujo relator foi o eminente Desembargador OLIVEIRA LIMA.

Pois bem, evidenciada a ficção criada pelo legislador penal, resta-nos traçar alguns comentários sobre o citado instituto, positivando, de forma singela, aspectos distintos insertos no conceito de crime continuado.

Existe a nível dogmático aberta discussão sobre a discrepância de conotação subjetiva, isto é, unidade de propósito, em confronto com elementos de caráter objetivo, estruturados pela reforma de 1984.

A objetividade do crime continuado vem estampada nas condições de unidade de tempo, lugar, modo

ou maneira de execução, ou, ainda, outras semelhantes, além da violação do bem jurídico alheio, e a utilização, pelo agente, de uma dada situação pessoal.

Comentaristas penais apontam dois momentos diferentes no crime continuado, podendo ser ele real ou fictício.

Real, quando se caracteriza por duas ou mais ações seguidas, com a intenção de se obter, no fim, um resultado previamente planejado (elo subjetivo-objetivo entre as ações).

Fictício, por ser figura imaginária criada pela lei para evitar pena excessiva no caso de dois ou mais crimes seguidos, guardando circunstâncias semelhantes de tempo, lugar e modo de execução. Finge-se uma ligação entre os vários crimes para permitir a aplicação de uma só pena (elo puramente objetivo entre as ações). *In R. Dir. Penal*, p. 109-110.

Anteriormente à reforma penal (Parte Geral) de 1984, o crime continuado vinha disposto no art. 51, § 2º, do Código Penal e silenciava quanto à pluralidade de vítimas.

Duas posições distintas se apresentavam ante o impasse jurídico ocorrido no caso concreto.

A chamada corrente liberal dispensava a homogeneidade de vítimas para a caracterização do crime continuado.

De outra margem, a corrente ortodoxa inadmitia tal situação, entendendo que só havia possibilidade de crime continuado quando cometido contra a mesma vítima.

O próprio Supremo Tribunal Federal admitia a continuidade delitiva em crimes de roubo com vítimas diferentes, mas não a admitia em crimes de homicídio, a ponto de sumular a matéria no verbete de nº 605:

“Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.” (*Justitia*, n. 140, p. 116).

Hoje, o verbete não mais se aplica diante do novo enunciado legal que prevê essa modalidade de delito nos crimes contra a vida.

A bem da verdade, a inovação legal de destinar artigo e parágrafo regulando a matéria sobre o crime continuado, substituindo o parágrafo 2º, do art. 51, deu destaque especial ao assunto, ampliando, sobremaneira, a previsão legal de situações até então inapreciáveis, fadadas a entendimentos diversos, por vezes, prejudicando o acusado.

Bem leciona HERMENEGILDO DE SOUZA REGO (RT 622/398), lembrando o saudoso jurista MANOEL PEDRO PIMENTEL, citado por LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, quando assevera que:

“Adota-se a ficção legal do crime continuado para evitar, por exemplo, que o autor de trinta

pequenos furtos, merecendo, cada um, um ano de reclusão, seja condenado a trinta anos de reclusão, exatamente como o mais feroz e desumano dos homicidas.”

Com efeito, de modo mais abrangente, o legislador penal de 1984 aferiu entendimento diverso para delitos praticados continuamente, distinguindo as infrações de menor potencial ofensivo (art. 71, *caput*, CP) daquelas de maior gravidade (art. 71, parágrafo único, CP), nestas podendo o julgador aplicar a pena até o triplo, obviamente observado o espírito da *fictio juris*, isto é, o limite legal da pena imposta, que não poderá ultrapassar trinta anos (art. 75, CP), nem assemelhar-se ao rigor do concurso material (art. 70, parágrafo único, CP).

Com relação ao cálculo da pena, - e aqui reside o principal fator destes comentários - adotou a reforma penal de 1984 a forma tripartida, em consonância com o entendimento do inigualável NÉLSON HUNGRIA, já que, anteriormente, a forma bipartida, defendida pelo não menos brilhante ROBERTO LYRA, também era utilizada ante a lacuna legal existente.

Dirimida a questão (art. 68, CP), fixa-se no primeiro momento a pena-base, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, ou seja, a personalidade do agente, seus antecedentes, intensidade do dolo, grau da culpa, motivos determinantes do fato etc.

No segundo momento, considera-se sobre a pena-base a incidência de eventuais circunstâncias legais

genéricas, agravantes ou atenuantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal.

No derradeiro instante e sobre a pena resultante da operação anterior, considerar-se-ão as causas de aumento e diminuição, previstas na Parte Geral e Especial do Código Penal.

Em se tratando de continuidade delitiva, conforme ensina o Professor FRANCISCO DE ARAÚJO (*Justitia*, nº 140), quando da análise das circunstâncias judiciais atinentes ao art. 59 do Código Penal, para a aplicação da pena deve o julgador acercar-se de especial cautela, pois seis delas estão reproduzidas no parágrafo único do art. 71 do CP, para que não sejam consideradas mais de uma vez, pois o fato redundaria em inadmissível dupla valoração da mesma circunstância ou causa.

Trazendo-se, ainda, à colação, lições de preclaro autor (*op.cit.*), quando menciona o critério utilizado pelo Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, tem-se que a aplicação da pena em crimes considerados continuados depende do número de infrações cometidas e não das circunstâncias judiciais que já influíram na fixação da pena-base.

Continua o eminente autor dizendo que quanto maior for o número de delitos, maior será o aumento sobre a pena.

Não desapontando o traçado na encimada linha de raciocínio sobre o discutido tema, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, na Revisão

Criminal nº 117.450 - Relator Juiz ERCÍLIO SAMPAIO, sob forma de ementa, dessa maneira se posicionou:

“Assim, em se tratando de dois crimes, o aumento será, no mínimo, de um sexto, incidindo sobre a pena imposta ao crime mais grave; de três crimes, o aumento será de um quinto; de quatro, um quarto; de cinco, um terço; de seis, a metade e, finalmente, de dois terços, quando forem mais de sete delitos.”

Também daquela já mencionada Augusta Corte de Justiça, em acórdão relatado pelo eminente Juiz ADAUTO SUANNES - Recurso nº 306021, tem-se a seguinte ementa:

“Na consideração dos processos para fins de unificação de pena, o magistrado deve abstrair da pena do processo levado em consideração adicionais ali feitos em razão da continuidade delitiva.

Em compensação, ao estabelecer o percentual de acréscimo, deve levar em consideração não o número de processos unificados mas o número de crimes praticados.”

Para os crimes continuados específicos, cuja regra vem insculpida no parágrafo único, do art. 71 do Código Penal, isto é, os de maior gravidade, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, figurando vítimas diferentes, analisados os motivos e circunstâncias dos delitos (caso a caso), desconsiderados os fatores influenciadores da pena-

base, poderá o julgador, com fulcro no entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplicar o acréscimo de um terço dos valores punitivos para o caso de dois crimes (RT 605/267).

Nessa esteira, ficaria a punição da seguinte maneira, no entender de F. ARAÚJO (*op.cit.*):

Duas infrações, aumento de um terço; três, a metade; quatro, dois terços; cinco, o dobro; seis, o dobro mais um terço; sete, o dobro mais a metade; oito, o dobro mais dois terços. A partir de nove infrações, inclusive, o triplo.

Dessa forma, os limites legais são respeitados, inofensiva semelhança ou enquadramento qualquer em concurso material que pioraria a situação do acusado, cuja vedação legal mostra-se evidente.

Mesmo alterando substancialmente o teor da definição de crime continuado em relação à Parte Geral de 1940, o legislador de 1984 sofreu várias críticas de doutrinadores.

Sob o forte argumento de que, mesmo modificada, a legislação instituiu o crime continuado comum e o específico, não reprime a criminalidade violenta dos grandes centros urbanos, exige esta, repressão incompatível com o abrandamento das penas resultantes de indiscriminado reconhecimento de *continuidade delitiva*.

É de se notar que críticas não faltaram à legislação em vigor. Todavia, o tecnicismo jurídico criado pelo legislador de 1984, ao menos, trouxe nova sistemática para a

aplicabilidade de sanções aos infratores contumazes, distinguindo-se, quanto à ofensa produzida ao bem jurídico, bem como divisando-os especificamente quando da consideração das circunstâncias da própria causa de aumento de pena.

Sensível ao tratamento diferenciado, entende-se que o legislador procurou enfrentar com maior severidade a criminalidade profissional organizada, destinando a ela sanções que implicam apenação de até o triplo dos valores punitivos especificados no preceito secundário do tipo penal infringido.

Em conclusão, cumpre-me afiançar que o sistema de aplicabilidade da pena nos crimes continuados, estudado pelos citados juristas pátrios e sob o enfoque destes comentários, assim como a própria experiência jurisprudencial consolidada, se ainda não se mostra como ideal, muito se aproxima, pois, com estruturação na letra da lei, coíbe apenação exagerada ou aplica justo acréscimo, formulando dosimetria compatível e adequada para a punição da continuidade delitiva.

Crimes Omissivos e Dolo Eventual

Hélvio Simões Vidal

Promotor de Justiça

Sumário: I - Teorias do Dolo: a) Teoria da Representação; b) Teoria da Vontade. II - Dolo Direto e Dolo Eventual. III - Dolo Eventual nos Crimes Omissivos. IV - Dolo Eventual nos Crimes Comissivos por Omissão. V - Tentativa e Dolo Eventual. VI - Dolo Eventual e Culpa Consciente. VII - Prova do Dolo. VIII - Referências Bibliográficas.

I - Teorias do Dolo

Para definir o crime doloso duas teorias disputaram o consenso dos criminalistas, notadamente as teorias da *representação* e da *vontade*, constituindo-se a essência do delito doloso, para a primeira, no elemento intelectual, ou seja, na previsão do evento, e, para a segunda (teoria da vontade), o tópico proeminente no momento volitivo, exigindo, para que se tenha agido com dolo, a vontade de causação do evento (ALFREDO DE MARSICO, *Coscienza e Volontà Nella Nozione del Dolo*, 1930, p. 143).

Para a teoria da representação, a existência do dolo requer a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável e, para a segunda, a vontade ou consentimento no resultado. Dissídio este, como lembra NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, T. II, p. 115, superado, pois “dolo é, ao mesmo tempo, *representação e vontade*”.

Diz o Código Penal que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I). Pode-se, então, afirmar, com SÍLVIO RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 68, p. 293, vol. I, Parte Generale, que: “*Si ha reato doloso quando la volontà è diretta a realizzare il fatto, previsto dalla legge come penalmente illecito, che il soggetto si è rappresentato*”. Vontade e representação são os dois elementos essenciais para que haja dolo e para a configuração dos crimes desta modalidade (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 2. ed. p. 212, 1986).

No mesmo sentido, GIULIO BATTAGLINI, *Direito Penal*, 1º Volume, Saraiva, 73, p. 287, para quem a subsistência do dolo requer: 1) previsão ou representação do evento; 2) volição do mesmo (*dolus facti*).

II - Dolo Direto e Dolo Eventual

A doutrina costuma classificar o dolo em direto e eventual, admitindo alguns autores a subdivisão do primeiro em dolo direto de primeiro e segundo grau, quando o resultado é desejado com fim direto ou quando este resultado

é *conseqüência necessária* do meio eleito , EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, 6. ed. 1991, p. 420), como na hipótese em que existe relação necessária entre o meio e o resultado pretendido pelo agente na sua conduta típica. Se este sabe que a ação necessariamente acarreta resultado concomitante e, não obstante, pratica a ação, quer, por certo, também este resultado.

Como doutrina HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Forense, 1986, vol. I, p. 177:

“É o caso de quem, visando eliminar seu inimigo, coloca engenho explosivo no avião que o transporta, sabendo que o mecanismo será acionado durante o vôo. *É o dolo de conseqüências necessárias*”.

No dolo direto (de primeiro ou segundo grau), quer-se, diretamente, o evento como fim ou como conseqüência necessária do meio eleito e escolhido.

ZAFFARONI, ob. cit., p. 419, estudando o aspecto conativo do dolo e suas distintas classes, informa que:

“Se llama dolo directo a aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de

*premer grado y cuando se quiere el resultado como necessaria consecuencia del medio elegido para la obtención del fin, se llama dolo directo de segundo grado o **dolo de consecuencias necesarias**. Cuando un sujeto quiere matar a otro y le dispara cinco balazos, quiere directamente el resultado como fin propuesto (dolo directo de primer grado). En lugar, cuando un sujeto quiere matar a otro y aprovecha un viaje en avión para introducir un artefacto explosivo en el equipaje y provocar una catástrofe aérea, querrá como consecuencia necesaria del medio elegido y directamente querido la muerte de los restantes pasajeros de la aeronave (dolo directo de segundo grado)."*

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal*, Parte Geral, Forense, 3. ed., 1991, vol. I, T. I, p. 725, admite a existência do dolo direto, nele abrangido o chamado *dolo de conseqüências necessárias*, e, noutra classe, o *dolo eventual* que existe "quando o autor representa o resultado como relativamente provável e inclui essa probabilidade na vontade realizadora (assume o risco de sua realização)". Cita, também, o caso dos mendigos russos que mutilavam crianças para excitar a compaixão pública. Naquelas circunstâncias, informa o autor, algumas crianças vinham a falecer e, obviamente, se os mendigos viessem a saber que as crianças poderiam vir a morrer, jamais as mutilariam, pois de nada lhes serviriam mortas. Não aceitavam, diretamente, a morte das crianças, porém, sabendo que poderiam vir a falecer diante das mutilações, *aceitaram a possibilidade do resultado* (ob. cit., p. 723).

Já o *dolo eventual* existe quando o agente assume o risco de produzir o resultado (CP, art.18, I, parte final). Nele a vontade não se dirige ao resultado, mas sim à conduta, com previsão de que esta pode produzir aquele. O agente percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere o agente que este se produza (DAMÁSIO DE JESUS, *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, vol. I, Saraiva, 86, p. 318).

Para a subsistência do *dolus eventualis* é necessário que o agente, tendo previsto o resultado, ainda que somente possível, haja aceitado o risco de sua produção e desde que não tenha agido com a segura convicção de que aquele não ocorreria (FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giufrè, 1991, vol. I, p. 309), pois, como explica SÍLVIO RANIERI, *Manuale, Parte Generale*, cit., p. 305:

“Infine, rientrano nella volontà del soggetto pure quelle conseguenze che si è rappresentate connesse in modo possibile con l'evento vietato, direttamente voluto, purchè abbia esteso il suo consenso alla loro eventuale produzione, **accettando il rischio** della sua condotta. Ed invero il soggetto, pur avendo previsto il possibile avverarsi di queste conseguenze, può agire o con la *sicura fiducia che non si sarebbero verificate* o senza avere tale convinzione. **Qualora, pertanto, tale convinzione non abbia avuta, anche le conseguenze previste come possibili sono volute, perché il soggetto**

ha consentito alla loro eventuale produzione con l'accettare il rischio inerente alla sua condotta" (g.n.).

Para exemplificar, quem fuma nas vizinhanças de material inflamável e prevê como possível um incêndio e, malgrado tal previsão, continua a fumar, sem ter absoluta segurança de que o incêndio não se produzirá, porém aceitando o risco da sua conduta, consente, implicitamente também com o incêndio (DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Annuario Univ. Cattolica di Milano, 1932).

Outro exemplo tem-se no caso de Tício que, desejando a morte de Caio, prevê, como possível, atingir mortalmente Semprônio, que está ao lado daquele, e, todavia, aceitando o risco da sua conduta, dispara, acabando por atingir Semprônio.

III - Dolo Eventual nos Crimes Omissivos

Nos crimes omissivos ou de omissão própria, o sujeito viola um comando de ação, ou seja, não faz aquilo que deve fazer, porém em confronto com um *indefectível predicado normativo* (teoria normativa da omissão, cf. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, Cedam, 86, Parte Generale, p. 292 "*L'omissione, quindi, è una creazione della legge; ha carattere normativo*"). FRAGOSO, *Lições*, vol. I, p. 238, adepto da teoria em comento, acrescenta que

"a omissão, sendo abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar, não é

mero não fazer, mas não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização”,

sendo o conceito da omissão necessariamente normativo, pressupondo a existência de uma norma que imponha a ação omitida.

Ou seja, a conduta havida é julgada em relação de contradição com uma norma que, se não existisse, impediria valorar o comportamento humano (vide PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral, vol. I, Saraiva, 89, p. 51).

Nossa legislação prevê apenas crimes omissivos próprios *dolosos* (FRAGOSO, *Lições*, cit., p. 239). Indaga-se: *seria admissível o dolo eventual nos crimes omissivos próprios?* O Código Penal diz que o crime é doloso quando o agente quis o RESULTADO ou assumiu o risco de produzi-lo. A princípio, pareceu ao legislador somente admitir crimes dolosos nas condutas de ação e resultado. Não se referiu ao dolo nos crimes de omissão própria.

Sucede que também estes podem ser cometidos dolosamente (e somente com dolo), não obstante não se possa falar em *resultado*, como modificação no mundo físico. É que nos delitos de simples atividade (ou desobediência, cf. *Binding*), em que não existe resultado, “o dolo é representação, vontade e consciência da ilicitude da ação” (MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, Saraiva, p. 135).

Com efeito, também o Código Penal italiano, ao definir o crime doloso (ou *secondo l'intenzione*), acresce que se dá este quando

"l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione" (art. 43).

Entretanto, nos crimes de conduta omissiva própria, para que subsista o dolo, é suficiente que o sujeito tenha a conduta omissiva e, além desta, tenha-se recusado a ter a conduta comandada pela norma (SÍLVIO RANIERI, *Manuale, cit., p. 303*).

A pergunta principal ainda não se encontra respondida. Do conceito de dolo eventual, porém, extrai-se que o mesmo requer uma *conduta positiva*, um *facere* que, conduzido pela vontade, deságüe na produção de um outro evento ao qual o agente anuiu, aquiesceu, assumiu o risco de causá-lo. FRANCESCO ANTOLISEI, estudando o momento volitivo do dolo, in *Manuale, cit., p. 309/310*, e sobre o dolo eventual, após aduzir que para a subsistência deste seria necessário que o agente tivesse se comportado sem a segura convicção de que o resultado não ocorreria, acresce que a norma incriminadora não requer expressamente que o sujeito tenha agido com um determinado fim, para poder-se falar em vontade do evento e, mais precisamente, para poder-se considerar querido um certo resultado não é necessário que este seja o *ponto de mira* ou um dos pontos de mira da atividade criminosa.: *"basta che il reo lo abbia*

*previsto come possibile, accettando il rischio della sua verificaione; **basta, in altri termini, che egli ABBIA AGITO a custo de determinar-lo***" (g.n.).

Ou seja, basta que o réu tenha previsto como possível, o resultado, aceitando-o como possível, AGINDO a custo de determiná-lo. O chamado *dolus eventualis*, pois, requer uma CONDOTA POSITIVA, um *facere*, um operar no mundo externo fático, que conduza à produção do resultado antijurídico.

Não se compadece, pois, com os crimes omissivos próprios. A natureza da omissão dolosa requer o dolo direto. A tese sustentada encontra respaldo no direito positivo. Existem, também, outros crimes que não podem ser praticados com dolo eventual porque a conduta típica o exclui. Ex.: receptação, art. 180 CP, denúncia caluniosa, art. 339 CP, etc. (FRAGOSO, *Lições*, p. 178).

Além destes, os crimes omissivos próprios também inadmitem a prática com dolo eventual. Já nas chamadas *fórmulas de Frank* para forjar-se o conceito de dolo eventual, pode-se divisar, inequivocamente, a exigência de uma conduta eminentemente positiva: "seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, AGIREI".

Esta *indiferença*, que particularmente configura o dolo eventual, somente ocorre quando o sujeito AGE, reúne suas forças numa conduta positiva, após prever que, dela, o resultado conexo e possível poderá advir. Nos crimes omissivos, o sujeito não faz aquilo que podia e devia fazer, contrapondo-se ao imperativo legal. Não pode, pois,

agir com dolo eventual, que somente tipifica crimes comissivos, ou seja, de ação e resultado.

IV - Dolo Eventual nos Crimes Comissivos por Omissão

Os crimes comissivos por omissão são aqueles em que o sujeito, mediante uma omissão, *permite* a produção de um resultado posterior, que os condiciona (DAMÁSIO DE JESUS, *Comentários, Parte Geral*, vol. I, 86, p. 193), não havendo relação de causalidade física alguma entre a omissão e o resultado. O que a lei dispõe, com efeito, é sobre a *relevância da omissão*, ou *equiparação desta à ação*. O sujeito responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado (DAMÁSIO, *ob. cit.*, p. 267).

Equívoco, pois, o conceito de CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 3. ed., Renovar, p. 19, quando, tratando dos crimes comissivos por omissão, afirma que tais são aqueles em que o agente, por deixar de fazer o que estava obrigado, *produz* o resultado. FRAGOSO, *Lições*, p. 240/241, com razão, acrescenta que os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios não são, como geralmente se supõe, crimes comissivos. "São crimes omissivos em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado (*não há causalidade alguma na omissão*), mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito é, pois, aqui, a violação do dever jurídico de impedir o resultado". Igualmente equivocado é o conceito de SÍLVIO RANIERI, *Manuale*, Cedam, 1968, p. 232, informando que são comissivos mediante omissão os delitos em que "il

soggetto viola un comando d'azione insieme con un divieto di commissione, ossia, se non fa ciò che deve fare cagionando un evento che non deve essere cagionato”.

Parte da doutrina aceita a adjetivação dos crimes omissivos impróprios como sendo de *omissão qualificada*, justamente porque a condição de *garante* da não-superveniência do resultado está limitada, num dado círculo de autores, pela lei.

“Solo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallan en posición de garante, es decir, en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado” (ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, 91, p. 455).

Embora sem referir-se, expressamente, à existência ou não de relação de causalidade nos crimes comissivos por omissão, ALFREDO DE MARSICO, *Diritto Penale*, Jovene, 1969, Parte Generale, n. 69, p. 98, informa que a obrigação de ativar-se ocorre não só por força de lei, mas, também, em decorrência de um costume ou de uma norma de prudência comum.

Ponto concorde, porém, na doutrina é que os crimes em questão, ditos omissivos impróprios, estão abrangidos na classe maior dos crimes de omissão, sendo também denominados delitos de não impedimento

“che consistono nel mancato impedimento di un evento materiale e per la esistenza dei quali occorre, pertanto, il verificarsi di un tale evento (es.: omicidio del neonato per mancato allattamento da parte della madre; disastro ferroviario per omissão azionamento dello scambio da parte dell’addetto). Qui la legge attribuisce rilevanza penale non alla omissão come tale, ma al non impedimento dell’evento” (FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 92, Parte Generale, 3. ed. p. 168).

Interessante estudo sobre a multiplicação universal dos crimes omissivos no direito penal é feito pelo Prof. MANTOVANI, ob. cit., p. 165. Observa o A. que, tradicionalmente, o direito penal é um direito repressivo, ou seja, de proibições, constituído de crimes de ação e, excepcionalmente, de crimes de omissão. Nos Estados totalitários, constituindo-se a liberdade uma exceção e a coação a regra, finalizando o indivíduo em função dos interesses superiores e absorventes, impõe o Estado uma série de obrigações comportamentais em razão da sua posição no âmbito da comunidade, terminando o ordenamento totalitário por ser, também, de comandos. A *tendência expansiva dos crimes omissivos* é, a outro lado, uma característica da passagem do Estado liberal ao Estado social de direito ou solidarístico, o qual, absorvendo novos deveres em amplas esferas, impõe aos cidadãos a obrigação de determinadas ações, voltadas ao conseguimento de algumas finalidades que assume como próprias, quais sejam, antes de tudo, o cumprimento dos deveres de solidariedade do corpo social, em vista de uma homogeneização

econômico-político-social. Mostra o A. que o recurso aos tipos legais omissivos corresponde, de outra forma, a uma exigência imposta pela sempre maior complexidade da vida de relação, causada também pelo progresso tecnológico e da sempre mais complicada mecanização, que comportam a emanção de um sempre maior número de normas cautelares de conduta, cuja violação consiste, quase sempre, em omissões (ex.: normas em matéria de circulação, tráfego e segurança do trabalho).

No aspecto que interessa ao âmbito do estudo, resta a indagação feita a propósito dos crimes omissivos puros, ou seja, se a classe dos crimes comissivos por omissão admite o dolo eventual.

Integrando os delitos *sub examen* a subespécie dos delitos omissivos, evidentemente que o dolo requer representação e vontade *diretas* de não-ativação, ou seja, da vontade de não realizar a *ação impeditiva* do evento. *Não admitem*, pois, tal como os delitos de pura omissão, a prática através de dolo eventual.

Após informar que nos *delitos omissivos próprios* o dolo é constituído: a) pela representação do pressuposto do dever de agir (encontro de um corpo inanimado; notícia de crime); b) da vontade de não cumprir a ação devida (idônea e possível), ou seja, de não fazer concomitantemente ao final do termo ou em colocar-se, de antemão, na impossibilidade de cumprir o dever, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Parte Generale, cit. , p. 324, acrescenta que, nos *crimes omissivos impróprios* o dolo é constituído:

“a) dalla rappresentazione dell’obbligo giuridico extrapenale di garanzia e dei presupposti di esso (cioè la situazione di pericolo per il bene; b) dalla volontà di non tenere l’ultima azione impeditiva (idonea e possibile) e dell’evento materiale quale conseguenza di tale omissione”.

Esta parece ser a posição assumida por FRAGOSO, *Lições*, Parte Geral, n. 225, que, sobre os aspectos subjetivos da omissão, frisava:

“Nos crimes comissivos por omissão dolosos, a parte subjetiva do comportamento requer vontade de realização da conduta diversa, que corresponde à vontade de omitir a ação devida. Como nota Welzel, o que costumamos chamar de omissão querida é, em realidade, um omitir consciente, ou seja, uma omissão com a consciência do poder de atuar. O dolo deve corresponder, nos crimes omissivos puros, à vontade consciente de abstenção da atividade devida. Nos crimes comissivos por omissão, a ele deve corresponder, além disso, também o desejo de atingir o resultado através da omissão, tendo o agente consciência de que ocorrem as circunstâncias de fato que fundamentam a sua posição de garantidor.”

À luz destes ensinamentos, dificilmente pode-se concordar com HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, T. II, p. 120, que, citando caso ocorrido no Rio de Janeiro, inseriu

como dolo eventual a conduta da proprietária de um cão que, acometido de hidrofobia, atacara uma criança, sem que a dona do mesmo, sabendo do perigo, tomasse providências impeditivas. No caso vertente, não se tratava de um típico crime comissivo, mas, sim, de um delito comissivo por omissão, em que o dolo situava-se, precisamente, na vontade da proprietária do cão raivoso em não se ativar, de qualquer forma, para impedir o evento material (morte da criança, mordida pelo animal hidrófobo). *Se o crime era, como inquestionavelmente se nota, comissivo por omissão, inadmitia a figura do dolo eventual!*

ZAFFARONI, ob. cit., p. 457, estudando o elemento subjetivo na omissão e, principalmente, o *aspecto cognoscitivo do omitente*, assevera com clareza:

“En el aspecto cognoscitivo, el dolo dentro de la estructura típica omisiva, requiera el efectivo reconocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad. Cuando se trata de una omisión impropia, requiere además que el sujeto conozca la calidad o condición que le pone en posición de garante (padre, enfermera, guía, etc.), pero no el conocimiento de los deberes que le incumben como consecuencia de esa posición, porque ese conocimiento es un problema de culpabilidad. Del mismo modo, el sujeto debe tener conocimiento de que es posible impedir a producción del resultado, es decir, del “poder de hecho”(Welzel) que tiene para interrumpir la causalidad que desembocará en el resultado. Así, quien

viendo que se ahoga su enemigo, y, teniendo el deber de salvarle, por su condición de guarda-vidas, contratado para atender esa playa y en ese horario, decide dejarle morir ahogado, actuará con dolo de homicidio si el aspecto cognoscitivo del mismo se integra: con el conocimiento de que el sujeto pasivo se halla en peligro; con la previsión de que el agua le causará la muerte; con el conocimiento de su condición de guarda-vidas, y con el conocimiento de que tiene el poder de impedir que el agua le cause la muerte” (Manual, n. 295, p. 457).

Em todas as fases, pois, do desenvolvimento da conduta, requer-se, quando se trata de crime comissivo por omissão, *dolo direto*, tanto no que pertine ao momento cognoscitivo (representação), quanto no volitivo (vontade direta de não ativar-se ou cumprir a ação impeditiva do evento) (MANTOVANI, ob. cit., p. 324). Em conclusão, também os delitos omissivos impróprios não podem praticar-se senão com dolo direto, *excluído* o dolo eventual.

V - Tentativa e Dolo Eventual

Nos crimes que admitem o cometimento sob forma de *dolus eventualis* também a tentativa deve admitir-se. Ou seja, *é suficiente para a subsistência da tentativa, além do dolo direto, o dolo eventual.*

Sobre a absoluta COMPATIBILIDADE da existência de tentativa com dolo eventual, vale citar SÍLVIO

RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, CEDAM, 1968, vol. I, p. 404/405:

“Poiché, però, nel tentativo gli atti debbono essere diretti a commettere un delitto, e, perciò, anche la volontà che li guida deve avere tale direzione, ne deriva sia che il tentativo è possibile soltanto nei delitti dolosi, sia che la volontà del soggetto, in quanto vi ha rilievo per la sua direzione, vi deve essere intesa propriamente come intenzione. Tuttavia, se nel tentativo il dolo è quello del delitto consumato, tale identità importa che è valida a costituirlo quella stessa forma di dolo che è valida per il delitto consumato. E, quindi, anche per il tentativo è sufficiente, oltre che il dolo diretto, il dolo eventuale. Es. si ha omicidio tentato, e non lesione personale, se si può stabilire che il soggetto ha agito, pur tendendo ad altro risultato, ma avendo preventivamente accettato l'evento mortale, che non si è verificato”(g.n.).

Em sentido contrário, porém, MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 439:

*“Il che vuol dire che si ha delitto tentato solo se il soggetto agisce con dolo intenzionale, e che **non è possibile punire il tentativo con dolo eventuale**, senza violare il divieto di analogia in malam partem, dovendosi ammettere un tentativo con “atti non diretti”.*

A concepção do A. último citado, entretanto, está apoiada no que diz textualmente o CP Italiano que, para a configuração da tentativa, exige “atos idôneos” e “não equívocos” (art. 56, Código Penal) *diretos ao cometimento do delito*. Porém, o mesmo informa não existir dúvidas de que deva ser punido o agente sabedor que, para conseguir seu escopo fraudulento, teria, necessariamente, que dar causa à morte de uma velha senhora, moradora da casa incendiada por aquele, porém, milagrosamente salva das chamas, pelos bombeiros.

Também, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, Direito Penal, cit., p. 725, afirma ser o dolo eventual suficiente para a tentativa, sendo esta a opinião dominante na Alemanha (Frank, Hippel, Jagusch, Welzel, Lees, Schönke-Schröder, Mezger, Mezger-Blei e Maurach), salvo opiniões minoritárias.

Não pode ser negada a existência de tentativa de homicídio com dolo eventual no caso do motorista inabilitado que, embriagado, e dirigindo em via movimentada num grande centro urbano, imprime velocidade excessiva ao automóvel, fazendo, ainda, manobras perigosas em *ziguezague*, levando-o a capotar e atropelar dois passantes, sendo que um deles morre e outro sai gravemente ferido. Restando apurada a existência do dolo eventual, os ferimentos ocasionados numa das vítimas somente poderiam ser atribuídos a título de tentativa, sob a forma de dolo eventual e em concurso com homicídio também doloso. Ou seja, o agente responderia por homicídio doloso (decorrente de dolo eventual), em concurso com tentativa de homicídio. Sendo o dolo único, e não podendo ser fracionado, o

resultado menos grave deverá ser imputado a título de *conatus*.

VI - Dolo Eventual e Culpa Consciente

Questão complexa, em doutrina e jurisprudência, a diferenciação entre o *dolo eventual* e a *culpa consciente*. Vários critérios têm sido utilizados para a individualização de ambos os elementos, valendo citar: 1) critério da doutrina finalista; 2) o critério da predisposição ou não de medidas destinadas a impedir o evento; 3) teoria da representação; 4) teoria do *atteggiamento interiore* e, enfim, 5) o critério do consenso hipotético (MANTOVANI, ob. cit., p. 321/322).

E, contra os quais se objeta: 1) a teoria finalista da ação é esta incapaz de diferenciar o dolo eventual da culpa consciente: ou se põe como pedra de toque a *finalidade real*, faltante em ambas as modalidades, ou a *finalidade potencial* (dominabilidade do evento previsto), presente em ambas; 2) o critério da predisposição de meios ou medidas destinadas ao impedimento do evento não convence, porque é admissível a possibilidade de dolo eventual, não obstante a predisposição daqueles meios (ex: caso de quem, colocada a bomba para fins intimidatórios, procure, sem êxito, afastar os presentes), bem como é admissível a possibilidade da culpa consciente, não obstante a falta de adoção das medidas de cautela; 3) a teoria da representação também não resolve o problema, porque, objeta-se, dolo não é somente representação, mas vontade. De outra forma, dever-se-ia admitir a existência de culpa com respeito a todos os crimes culposos, praticados no

desenvolvimento de atividades perigosas (circulação estradal; atividades industriais perigosas); 4) contra a teoria do *atteggiamento interiore*, que faz corpo sobre critérios emocionais, e para a qual o dolo eventual requer um *quid pluris* consistente na adesão interior ao evento (aprovação, consenso, indiferença), enquanto a falta de tal adesão, ou seja, a esperança da não-ocorrência do evento, dá lugar à culpa consciente, também não pode prevalecer, porque o direito penal, centrado sobre bases objetivas, não pode ter por escopo impedir meros estados interiores, mas concretas posições de vontade; 5) o critério do consenso hipotético, pelo qual o dolo eventual subsistirá sempre que se possa presumir que o agente teria igualmente agido, ainda que se tivesse previsão do evento como consequência da conduta, porque tal critério substitui, arbitrariamente, a natureza do dolo, como entidade psicológica real, e posicionado sobre dados efetivos, por dados hipotéticos, que são de mais árduo acerto (MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 322).

Por isto, a diferenciação entre as duas formas de manifestação do elemento subjetivo deve centrar-se sobre o critério da *aceitação do risco*, havendo dolo eventual quando a vontade não se dirige face ao evento, mas quando o agente o aceita, como consequência eventual, acessória da própria conduta (Cf. MANTOVANI, ob. cit., p. 320/1).

Aceitam este critério: DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Annuario dell'Università Cattolica, 1932; RICCIO, *Il dolo eventuale*, Napoli, 1940; ALTAVILLA, *Dolo eventuale e colpa con previsione*, Riv. It. 1957, p. 169 e PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1988. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, Comentários, cit., p. 174, leciona que sendo o dolo algo de positivo, não pode

ser configurado negativamente (não recusar o evento, não abster-se da conduta etc.).

“Sendo o dolo eventual integrante da parte mais grave da culpabilidade, embora menos intenso que o dolo determinado, *não pode ser expresso em termos aproximativos ou negativos*. O agente haverá de emitir um **JUÍZO AFIRMATIVO**.”

O evento pode dizer-se consentido: a) quando o agente representa pelo menos a possibilidade positiva de seu verificar-se; b) permanece na convicção, ou somente na dúvida de que aquele possa ocorrer; c) tem, não obstante, a conduta, mesmo que a custo de ocasionar o evento, e, por isto, *aceitando o risco* da superveniência causal.

Já na *culpa consciente*, embora tenha o agente previsto o evento, age com a segura convicção de que o mesmo não ocorrerá; ou seja, o agente não aceita a produção do resultado que entrou em seu conhecimento. “*La colpa cosciente o con previsione è caratterizzata dalla fiducia che ha il soggetto sulla non verificazione del fatto tipico*” (SÍLVIO RANIERI, ob. cit., *Parte Generale*, p. 342 ; também ANTOLISEI, *Manuale, Parte Generale*, n. 135: “*nella quale il reo ha agito con la sicura fiducia che l'evento previsto come possibile non si sarebbe avverato*”).

VII - Prova do Dolo

Como lembra GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, 12. ed., Padova, CEDAM, 86, p. 513, por algumas vezes, na jurisprudência e na doutrina se falou de *dolus in re ipsa* ou de dolo presumido, como se existissem fatos típicos respeito aos quais não fosse necessário provar, caso por caso, a presença do dolo no ânimo do agente. Informando que o dolo deve existir durante todo o decurso causal e também no momento em que o evento se realiza, o mestre acrescenta que o dolo deve ser sempre direta e cumpridamente acertado.

Mas, se isto é verdade, como se faz a prova do dolo, caso por caso? Se é árduo reconstruir acontecimentos no mundo externo, as dificuldades aumentam quando se trata de acertar fatos puramente internos, quais a representação e a vontade, o movente, ou o consenso ou a aceitação do risco nos delitos que admitem o dolo eventual.

Neste campo, é preciso achar um entendimento racional que não coloque a acusação em frente a uma *probatio diabolica* (MANTOVANI, ob. cit., p. 328), e para que o órgão acusador não se situe em franca inferioridade, porém, rejeitando-se as presunções legais, que seriam um cômodo pretexto para subtrair tanto o juiz quanto o acusador da tarefa de provar o elemento psicológico.

Há certos comportamentos que mais rapidamente proporcionam o acerto e prova da conduta dolosa. Assim, atos de violência carnal, subtração de valores,

ofensas corporais com arma de fogo ou com instrumentos explosivos, cuja sintomatologia do dolo é imediata. Porém, em outros casos as dificuldades emergem quase insolúvelmente, como, v.g., quando se trata de estabelecer se se trata de homicídio doloso ou preterintencional ou de homicídio tentado. Nestes casos, somente a apreciação dos dados referentes à natureza e sede das lesões, quantidade, modalidade e meios (veneno, p.ex.) , o número de golpes, a região do corpo atingida, sinais de luta corporal, distância e posições entre os contendores, bem como o estado de movimento ou inércia de um ou de outro.

Algumas circunstâncias factuais podem ser hábeis e precisas no descobrimento do elemento psicológico, podendo-se destacar: a) a consideração de todas as circunstâncias exteriores que possam ser expressão do *estado psíquico do agente*; b) de acordo com as regras da comum experiência, inferir-se a existência daquelas circunstâncias indicativas da representação e da vontade, segundo o *quod plerumque accidit*; c) as *regras da experiência* (v.g., apontar e disparar a arma carregada contra o peito do ofendido); d) na consideração das eventuais circunstâncias que deixam razoavelmente de supor um desvio do modo como as coisas normalmente se desenvolvem (ex.: profunda amizade e harmonia entre o agente e a vítima, que renderia plausível a versão de culpa no disparo com a arma carregada).

Mais complexa torna-se a prova do *dolo eventual*, e mais difícil é aferir-se a sua existência das circunstâncias do fato material. Circunstância apenas *indiciária* é a falta de adoção, pelo agente, de medidas voltadas a evitar o evento. O lançador de facas de uma casa

de espetáculos que provoque ferimentos na companheira adorável, que sempre saíra indene de tantas outras exhibições, poderá ter sido atingida, intencionalmente, sempre que se possa provar ter o lançador agido após grave discussão com a vítima.

Os elementos integrantes do dolo eventual são dois: *representação do resultado* como possível e a *anuência* do agente à verificação do evento, assumindo o risco de produzi-lo. Porém, como informa PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, ob. cit., Parte Geral, Vol. 1, p. 174,

“Tais elementos não podem ser extraídos da mente do autor, mas *deduzidos das circunstâncias do fato*. Em caso de dúvida por parte do julgador, deverá concluir pela solução menos rigorosa: a da culpa consciente.”

No caso de dolo eventual, o objeto do acerto refere-se: a) a não-intencionalidade do evento; b) a previsão do mesmo; c) a aceitação na sua ocorrência, que se infere das circunstâncias sintomáticas a tal fim (MANTOVANI, ob. cit., p. 330).

Age com dolo eventual o terrorista que, para matar um político, coloca uma bomba na praça, sabendo que, seguramente, e muito provavelmente, poderia matar outras pessoas que ali transitavam. A existência ou não de meios predispostos a impedir o evento, também, *não afasta* a existência do dolo eventual. No caso do agente que, colocada a bomba para fins de intimidação, procure, sem êxito, afastar os presentes, não se pode dizer que não tenha

agido com *dolus eventualis*, para o resultado que procurou afastar, de forma infausta.

VIII - Referências Bibliográficas

ALTAVILLA, E. *Dolo Eventuale e Colpa con Previsione*. Riv. it., 1957.

ANTOLISEI, Francesco. CONTI, Luigi. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale. 12. ed. Giufrè, 1991.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*, Parte Geral. 1º vol., Saraiva, 1973.

BETTIOL, Giuseppe - MANTOVANI, Pietroello. *Diritto Penale*. 12. ed. Cedam, 1986.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*, Parte Geral. v 1, T. II, 3. ed. Forense, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral. v. 1., Saraiva, 1989.

DELITALA, Giacomo. *Dolo Eventuale e Colpa Cosciente*. Annuario dell'Università Cattolica, 1932.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral. 9. ed. Forense, 1985 (atualizada por Fernando Fragoso).

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I, T. 2, Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. *Comentários ao Código Penal*, Parte Geral. 2. ed.1 v., Saraiva, 1986.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, Parte Generale. Cedam, 1992.

MARSICO, Alfredo de. *Diritto Penale*, Parte Generale. Jovane, 1969.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, Saraiva, 23. ed. (atualizada por ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo). 1985.

PROSDOCIMI. *Dolus Eventualis*. Milano, 1988.

RANIERI, Sílvio. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale. 1. v. 4. ed. Cedam, 1968.

RICCIO, Stefano. *Il Dolo Eventuale*. Napoli, Jovene, 1940.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2. ed. Saraiva, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. 6. ed. Ediar, 1991.

Do Exercício das Atribuições Constitucionais do Ministério Público e de sua Atuação junto ao Tribunal de Contas Estadual

Márcio Etienne Arreguy

Promotor de Justiça

I - Introdução

A implementação do Estado de Direito, iniciada com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e consagrada com a promulgação da nova Carta Magna, em 1988, se fez sentir, com especial intensidade, quando analisada sob a ótica do âmbito de atuação do Ministério Público.

O Poder Constituinte concebeu a Instituição como garantia primordial da Cidadania, incumbindo-a da defesa do Regime Democrático, da Ordem Jurídica e do próprio Estado de Direito, deixando evidente a importância fundamental do Ministério Público no quadro institucional brasileiro.

Pode-se dizer, diante destas circunstâncias, que a concepção do Ministério Público, nos parâmetros estabelecidos pela Constituição, foi a mais notável inovação institucional desde a proclamação da República, retomando o caminho histórico da Liberdade, que norteia a História da Humanidade.

Tal nos parece o perfil do decantado “Ministério Público do Terceiro Mundo”, voltado para a defesa dos mais caros valores da Sociedade e da Civilização.

II - Da Ampliação das Atribuições do Ministério Público

Considerada sua importância no quadro institucional, em consequência da natureza de suas atribuições e das garantias que lhe são asseguradas, pode-se perceber, à primeira vista, que o Ministério Público exerce o papel de peça fundamental no “sistema de freios e contrapesos”, mediante o qual o Estado procura o equilíbrio no exercício do Poder.

Os novos contornos dados ao *Parquet* trouxeram à tona a noção de “Quarto Poder”, inclusive porque lhe foi conferida, de forma legítima, a autonomia orçamentária, financeira e administrativa, pelas disposições da Lei Maior.

Considerado como indispensável ao exercício da função jurisdicional, e incumbido da defesa dos direitos de caráter social e coletivo, o Ministério Público experimentou significativo aumento qualitativo de suas atribuições.

Para viabilizar o exercício de suas funções institucionais guindou-se a ação civil pública ao patamar constitucional, colocando-a a serviço de tais direitos, com a modificação de sua instrumentalidade, antes restrita aos casos previstos na lei ordinária.

Hoje, que respiramos o ar da Liberdade e da Democracia - não foi por outro motivo que nossos bravos soldados morreram nas montanhas da Itália - vivemos sob uma "Nova Ordem", fundada no Direito e na Cidadania, dos quais o *Parquet* é guardião perene e inderrogável.

III - O Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas Estadual

O Tribunal de Contas, ao contrário do que sugere sua denominação, não exerce função jurisdicional. Trata-se de órgão de assessoramento do Poder Legislativo, incumbido do exercício do controle político dos atos da Administração.

O Ministério Público, por sua vez, está incumbido da defesa dos direitos sociais e indisponíveis, dentre os quais a legalidade e a moralidade dos atos da Administração se destacam *prima facie*.

Assim, sua atuação junto àquele Órgão deve consistir na fiscalização das prestações de contas públicas, para, com base nos dados existentes e na análise técnica que os acompanham, adotar medidas cabíveis em cada

caso, de natureza civil ou penal, exigindo, perante o Poder Judiciário, o respeito dos direitos cuja violação se constatar.

Existem, portanto, dois tipos de controle dos atos da Administração que não se confundem, nem se vinculam: o controle político, exercido pelo Poder Legislativo, com a assessoria do Tribunal de Contas, e o controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário, mediante a provocação do Ministério Público, das entidades legitimadas à propositura da ação civil pública, e por cada um dos cidadãos, sujeito ativo da ação popular.

E disso se conclui que a aprovação das contas, pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo, não é fato impeditivo da propositura da ação que vise à recomposição de dano ao patrimônio público, decorrente do abuso da atividade administrativa.

Por outro lado, a defesa desse Patrimônio, atribuída ao *Parquet*, não se exaure em sua atuação junto ao Tribunal de Contas, nem se restringe a outros limites, que não os estabelecidos legalmente, observado o princípio da hierarquia das normas.

IV - Da Ação Civil Pública como Instrumento Viável para o Exercício do Controle Judicial dos Atos Administrativos

A ação civil pública, em sua versão original, antes da vigência da Carta Magna, tinha sua instrumentalidade restrita às hipóteses legalmente elencadas.

Entretanto, seu novo perfil constitucional destinou-a à defesa dos direitos sociais e coletivos, ampliando-se o campo de abrangência.

Apesar disso, estabeleceu-se controvérsia a respeito de ser ou não tal ação o remédio jurídico adequado ao exercício do controle judicial dos atos da Administração.

Alguns Tribunais se posicionaram no sentido de que a via processual correta seria a ação popular, por ser a mesma destinada especificamente a tal finalidade.

A polêmica parece ter sido encerrada após a vigência do Código do Consumidor que, repetindo as disposições constitucionais, estabeleceu a adequação da ação civil pública, para a defesa de "qualquer outro interesse coletivo".

Parece-nos duvidoso que alguém possa excluir a integridade administrativa e o patrimônio público do rol desses interesses, senão mediante a força e o arbítrio.

Há, ainda, a expressão legal: SEM PREJUÍZO DA AÇÃO POPULAR, que afasta qualquer tipo de obstáculo do caminho da viabilidade da ação civil pública, como instrumento de exercício do controle judicial dos atos da Administração.

Tal expressão consagra a convergência de finalidade dessas medidas, no âmbito do exercício do aludido controle judicial.

V - Conclusão

Admitida a instrumentalidade da ação civil pública para os fins expostos, fica evidenciada a legitimidade ativa do Ministério Público, titular nato de tal ação, para atuar no âmbito do controle judicial dos atos da Administração.

Anterior entendimento dos Tribunais, negando a legitimidade ativa do *Parquet*, se fundava na tese de que o Ministério Público só poderia postular a defesa dos direitos elencados na redação original do art. 1º da Lei nº 7.347/85, hoje modificado pelas disposições inseridas no Código do Consumidor, conforme já foi explicado.

Outra polêmica que também parece superada diz respeito à questão de o conceito “patrimônio público” abranger ou não o Erário, eis que a inserção da expressão “qualquer outro interesse coletivo” torna flagrante a possibilidade de enquadramento legal do Erário, e de sua proteção pela ação civil pública, ainda que fora do conceito “patrimônio público”.

Esse conjunto de posições contrárias ao instituto da ação civil pública e, *ipso facto*, à plenitude do desempenho das atribuições Ministeriais, jamais foi corrente predominante nos Tribunais de Justiça dos Estados.

Ainda assim, espantou-nos ter visto negada a vigência da Constituição, apesar da clareza de seu texto e da aplicabilidade das normas pertinentes ao tema (*In claris, interpretatio cessat*).

Pareceu-nos óbvio o propósito do legislador constituinte no sentido de instrumentalizar a ação civil pública, de legitimar o Ministério Público como sujeito ativo e de incluir o Erário no rol dos interesses juridicamente tutelados.

O entendimento de que todas essas questões só foram contempladas depois da vigência da lei ordinária desafia a valiosa contribuição de Hans Kelsen e a teoria do primado constitucional, reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional.

A Lei Maior se sobrepõe a todas as outras, revogando as disposições em contrário!

A aceitação dessa simples premissa teria evitado numerosos recursos e calorosos debates, pacificados apenas depois da edição do Código do Consumidor.

A atuação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, sob a ótica dos novos contornos da Instituição, inerentes ao regime democrático, é ainda fato novo em nossa cultura jurídica e política e de muito servirá para a repressão dos abusos que, impiedosamente, nos assolaram ao longo do curso da História.

Do Valor Instrutório do Inquérito Civil

Luciano Luz Badini Martins

Promotor de Justiça

Sumário: I - Introdução. II - Inquérito Civil. Valor Probante. III - Conclusão.

I - Introdução

O inquérito civil, criado através da Lei nº 7.347/85 (art. 8º, § 1º), tem sido objeto de escassa literatura e, não raro, limitam-se os compêndios a tecer comentários acerca dos dispositivos inseridos no referido diploma legal. Nem sua consagração expressa no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 129, III) teve o condão de estimular análise mais detalhada do instituto em seara doutrinária.

A despreensão deste trabalho inviabiliza o preenchimento desta lacuna, notadamente em razão de ser diverso seu escopo.

À evidência, a precisa inteligência da natureza e valor instrutório do inquérito civil permitirá, em nossa ótica, que ações civis públicas que, atualmente, estão vocacionadas ao fracasso, passem a coroar-se de êxito, notadamente aquelas propostas no exercício da Curadoria de Defesa do Patrimônio Público.

Árduo o exercício das atribuições ministeriais nesta esfera. Censuráveis “práticas políticas” têm-se perpetuado. As versões têm prevalecido ante os fatos. É momento de o Poder Judiciário se aperceber de sua função essencial na reconstrução dos valores éticos do país, e é atribuição do Ministério Público fornecer elementos que permitam a mudança da postura judicial. Não há tempo a perder, adverte o mestre NORBERTO BOBBIO¹:

“Comecei com Kant. Concluo com Kant. O progresso, para ele, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os ‘políticos’ por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que ‘o mundo foi sempre assim como o vemos hoje’. Kant comentava que, com essa atitude, tais ‘políticos’ faziam com que o objeto de sua previsão - ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história - se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios

¹ *A Era dos Direitos*, ed. Campus, 1992, p. 64.

que poderiam assegurar o progresso para o melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com o nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.”

II - Inquérito Civil. Valor Probante

Em nosso entendimento, a alteração deste sombrio quadro passa, necessariamente, pela perquirição do valor instrutório do inquérito civil. Multiplicam-se decisões judiciais que têm conferido a este, sob o prisma axiológico, importância secundária e, em consequência, têm julgado improcedentes as postulações ministeriais então formuladas.

O fim da “imobilidade e monótona repetitividade da história” passa, necessariamente, pela correta análise e valoração do arcabouço instrutório produzido no curso de ações civis públicas.

Para tal mister, *a fortiori*, faz-se necessário traçar um quadro comparativo acerca da natureza e valor instrutório do inquérito policial e inquérito civil.

De regra, conceitua-se o inquérito policial como procedimento inquisitorial, instaurado e presidido por autoridade policial, que visa demonstrar a materialidade e revelar a autoria dos delitos, de tal sorte a permitir,

oportunamente, ao Ministério Público, a propositura da competente ação penal.

De feito, ressalta com acerto ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, em precioso artigo jurídico², “que ao contrário do que ocorre com o inquérito policial (em que se imputa a alguém a prática de um crime), no inquérito civil o que se investiga é a ocorrência e autoria de um mero ilícito civil”. E conclui: “Em caso de desvio de poder, ou de finalidade, portanto, as consequências danosas sobre a pessoa do ‘investigado’ são bastante diversas, num e noutro caso (*são muito mais severas no primeiro*).”

De mais a mais, o inquérito civil é presidido pelo próprio Órgão do Ministério Público e visa à proteção de direitos individuais homogêneos (“acidentalmente coletivos”, na feliz expressão de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³) ou direitos superindividuais (difusos e coletivos), “essencialmente coletivos”.

Reafirme-se, de tudo quanto fora exposto tem-se que as mazelas do inquérito policial superam, em muito, as que, em tese, maculam o inquérito civil.

Não bastasse, o procedimento inquisitorial criminal, presidido por autoridade distinta da que efetuará a propositura da ação penal, poderá servir de substrato para a restrição do *status libertatis* do cidadão. Em contrapartida, o

² *Apontamentos Sobre o Inquérito Civil*, in Revista JUSTITIA 157/33.

³ *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*, in Temas de Direito Processual, terceira série, cit. p. 195-6.

inquérito civil, presidido pelo próprio *Parquet*, tem o escopo de apurar violações a direitos individuais homogêneos, difusos ou coletivos; contudo, as conseqüências ao infrator limitar-se-ão, em princípio, à esfera cível.

Diz-se mais: nos termos do artigo 9º da Lei nº 7.347/85 (LACP), convencendo-se da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, cabe ao Órgão Ministerial *promover* o arquivamento do inquérito civil, sem qualquer intervenção judicial.

Ipsso facto, o Ministério Público empreende diligências, instrui o procedimento e, ao final, com isenção, fundamentadamente, opta dentre dois caminhos diversos - o da promoção do arquivamento ou do ingresso em Juízo com a ação civil pública - o rumo correto a ser trilhado. Neste diapasão, vale transcrever a lição irretocável de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO⁴ acerca da natureza do inquérito civil, senão observe-se:

“O projeto de lei que dispõe sobre a ação civil pública institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O *inquérito*

⁴ Nota constante do processo relativo ao projeto de que resultou a Lei nº 7.347/85.

civil, em suma, configura um procedimento preparatório, **destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública**. Com ele, **frustra-se a possibilidade**, sempre eventual, **de instauração de lides temerárias.**”

Apesar de todas as mazelas que revestem o procedimento inquisitorial criminal, é corrente o entendimento no sentido de que seu valor probatório demonstra-se inequívoco.

As provas colhidas em fase pré-processual criminal, encontrando **“algum suporte probante judicial”**⁵, obtido em instrução contraditória, são suficientes para autorizar a expedição de decreto condenatório em desfavor do acusado, e, dessarte, limitar seu *status libertatis*. Em obra específica sobre a matéria, pontifica o insigne FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO⁶, *litteris*:

“Sendo o inquérito policial simples *informatio delicti*, isto é, o continente ou o todo que materializa as investigações policiais levadas a efeito para apuração preliminar de determinado fato tido como crime, e estando inserida em seu conceito a idéia de investigação, óbvio é que a peça policial informativa não poderia seguir, como de fato não segue, o princípio constitucional do contraditório. O inquérito policial, por espelhar

⁵ TJSP, A p. 37.024-3, Rel. Des. SILVA LEME, *in* RT 611/353.

⁶ *Prova Penal*, ed. AIDE, 1. ed., 1994, p.141.

uma instrução preliminar provisória e subsidiária, cujo desiderato é, tão-só servir de lastro para eventual ação penal, constitui caderno de cunho eminentemente inquisitivo. De tal arte, **as provas coligidas unicamente em inquérito policial, sem a mínima corroboração pela instrução judicial**, não são aptas a alicerçar um decreto condenatório."⁷

Ora, impõe-se raciocínio lógico. Inicialmente, tem-se que as provas colhidas em inquérito policial, se minimamente corroboradas pela instrução realizada em juízo, servem de amparo para a expedição de decreto condenatório e cerceamento da liberdade do acusado. Em contranota, conceitua-se o inquérito civil - também de natureza inquisitorial, contudo presidido por órgão isento - como instrumento destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública, frustrando a possibilidade de instauração de lides temerárias.

Em conclusão, tem-se, com evidência palmar, que o arcabouço instrutório produzido no curso de inquérito civil, se encontrar *algum suporte probatório judicial*, será apto a amparar o julgamento da procedência do pedido formulado na ação civil pública.

⁷ Em sede jurisprudencial, tal entendimento encontra igualmente amparo, senão vejamos: "Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito policial pode ser convocada para fundamentar decisão condenatória" (RT 621/290). "A prova policial inquisitória só deve ser desprezada, afastada, arredada como elemento válido e aceitável de convicção quando totalmente, absolutamente, ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em Juízo, através de regular instrução" (RT 622/276).

III - Conclusão

Inestimável o valor probante do inquérito civil. O arcabouço instrutório neste produzido é suficiente para amparar a pretensão ministerial deduzida em ação civil pública desde que minimamente corroborado pelo suporte probatório produzido em sede judicial. Vale dizer, quando não desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em Juízo, a prova inquisitória civil não pode ser desprezada como elemento válido e aceitável de convicção.

Entendimento contrário corresponde a recusar-se ao inquérito civil seu inequívoco e inestimável valor instrutório e, em contrapartida, autorizar que, com nossa incredulidade, indolência e ceticismo, permaneça imóvel e monótona a repetitividade de nossa história.

Independência Funcional e Obediência Hierárquica: Princípios Harmônicos no Ministério Público

José Antônio de Lemos Sobrinho

Procurador de Justiça

O Ministério Público “não é órgão jurisdicional, mas administrativo - segundo PONTES DE MIRANDA - já que se afigura corpo autônomo, ao mesmo lado e diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo” (Comentários à Constituição de 1934, v. 1, p. 778).

Entendendo com mais acuidade, ainda, a questão, ALLORIO afirmou que ele está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional.

São, inegavelmente, serventuários públicos mas, conforme acentuaram bem GLASSON e TISSIFE, guardam uma certa independência, que não têm os demais

funcionários, *apud* FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 258).

“O órgão, no exercício específico de suas funções, age em nome do Ministério Público” (princípio da unidade), uma vez que é o Ministério Público (e, não, a pessoa física que ocupa, eventualmente, o cargo) quem, por exemplo, denuncia, encetando a ação penal. Neste particular, o órgão, no avaliar se é criminosa, ou não, a conduta, e, se criminosa, qual incidência, não presta obediência ao seu superior hierárquico (Procurador-Geral) nem, tampouco, ao chefe do Governo a que esteja formalmente vinculado (Presidente da República ou Governador de Estado).

Age, soberanamente, de acordo com a sua consciência, com a sua cultura jurídica (dentro dessa, consoante a corrente doutrinária ou jurisprudencial esposada), com a sua inteligência posta a serviço da Pátria, como órgão do Estado e não do Governo, com missão vinculada à realização da Justiça, em todas as suas nuances. Já OCTACÍLIO PAULA SILVA asseverou (Ministério Público, p. 13):

“A submissão do membro do *Parquet* à disciplina interna da Instituição não significa, por outra parte, abdicação da liberdade de opinar.”

A adoção do princípio do promotor-natural (ou procurador-natural), que guarda raízes profundas nos predicamentos da magistratura, estendido aos integrantes do Ministério Público pela Constituição da República vigente, não pode e não deve ser compreendido com tanto dílgue, a

ponto de marcar a Instituição com a insubordinação, a desordem, a anarquia.

A própria democracia não tem tamanha amplidão conceptual, posto que nada mais se afigura do que um governo de Povo pelo Povo, todavia sob o império das leis feitas pelo mesmo Povo através de seus representantes.

É verdade que ninguém é obrigado a fazer, ou a não fazer algo, sem que haja preestabelecimento legal; contudo, há princípios ínsitos que, certamente, não conduzem à insurreição contra a direção institucional.

Não pode o órgão do Ministério Público ser censurado porque amplexou um conceito doutrinário ou porque abraçou uma corrente jurisprudencial Não pode, por esta razão, ser substituído, temporária ou definitivamente, mesmo porque não pode ser submetido a uma norma de agir que seja adversa ao seu modo de pensar.

Inclusive, a designação de outro procurador ou promotor para funcionar em feito determinado de atribuição do titular apenas se acha possível se houver concordância deste, nos termos da lei.

Mutatis mutandis, é a mesma questão do juiz que se não mostra subordinado à força interpretativa das súmulas, da jurisprudência uniformizada, dos acórdãos reiterados dos tribunais quando decide, transplantado para o Ministério Público, valendo dizer que o Ministério Público somente deve obediência à lei.

CÉSAR SALGADO, no mandamento X do decálogo famoso, fora incisivo declarando: "Sê independente. Não te curves a nenhum poder, nem aceites outra soberania senão a da lei."

Volta-se a insistir que se não apresenta delida ou inexistente a subordinação hierárquica fora do campo da independência funcional.

OCTACÍLIO PAULA SILVA orienta dizendo que "estão, de um lado, as atribuições legais (com independência) no desempenho dos deveres do cargo, e, de outro, a subordinação administrativa aos superiores hierárquicos" (Ministério Público, p. 270).

É obrigado, pois, a acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da administração superior do Ministério Público (art. 43, inciso 14, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, do art. 110, inciso 15, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994).

O membro do Ministério Público, como liderado da Sociedade em que exerce as suas atividades funcionais, tem a obrigação, por exemplo, de combater o crime!

E este bom combate não se faz tão-só na repressão, mas também na prevenção.

Os órgãos superiores do Ministério Público podem traçar normas neste sentido, que importam e comportam obediência.

Há situações, análogas ou semelhantes, em que igualmente se impõe a obediência.

Distinguidos e expostos os princípios da independência de natureza funcional e da obediência hierárquica, colunas mestras do templo do Ministério Público, resta dizer, apenas, que elas devem conviver harmoniosamente, reinando sempre, na tomada de decisões, o bom-senso, a serenidade, o equilíbrio (muitas vezes, a prévia discussão, posta pelo Procurador-Geral ao Conselho Superior ou à Câmara de Procuradores, ainda que a atribuição se lhe mostre exclusiva, denota vontade maior em acertar).

Juizados Especiais e Defesa do Consumidor

Jane Ribeiro da Silva

Juiza do Tribunal de Alçada

Os Juizados Especiais Criminais têm constituído tema de nossa preferência, não só enquanto ideal, mas, agora também, pelo sucesso, na prática, do procedimento e inovações determinados na Lei nº 9.099/95.

Não bastassem tais considerações, outro tema sempre nos preocupou, ou seja, a tutela legal do consumidor, sonho que começou a se tornar possível, de modo eficaz e específico, primeiramente, quando o legislador constituinte o inseriu expressamente no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, dizendo: "*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*". Dispondo, ainda, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria código de defesa do consumidor.

Os juristas convidados para elaborá-lo, Ada Pellegrini Guinover, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Buto Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, cujos nomes foram sugeridos ao Ministro Paulo Brossard, aceitaram o desafio e, já em 04 de janeiro de 1989, o Diário Oficial continha o Anteprojeto e, em 11 de setembro de 1990, era promulgada a Lei nº 8.078, denominada Código Nacional de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, ao lado de outras normas existentes nos Códigos Civil, Comercial, Penal e outros diplomas legais, passou a ser uma arma eficiente para a grande parte dos males que afligem os consumidores, mas faltavam ainda meios judiciais eficazes, rápidos, informais e simplificados que lhes consolidassem a almejada proteção, ao lado das medidas já previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Outrossim, quando dos trabalhos da Assembléia Constituinte, dois juízes de São Paulo, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva, apresentaram à Associação Paulista dos Magistrados um anteprojeto de lei federal sobre juizados especiais criminais e, tendo havido a promulgação da Carta Magna de 1988, onde se previa expressamente a criação dos Juizados Especiais Criminais, o Presidente do Tribunal de Alçada de São Paulo nomeou quatro juízes para o examinarem: Antônio Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves, sendo convidada para integrar o grupo a professora Ada Pellegrini Guinover, que já presidira a comissão dos trabalhos do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a qual, por sua vez, convidou

outros professores, os Procuradores de Justiça Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes.

A Comissão, assim formada, elaborou substitutivo, que foi apresentado ao Presidente do Tribunal de Alçada de São Paulo, e depois submetido à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, sendo enriquecido com sugestões das mais diversas categorias jurídicas do Estado, até que, aperfeiçoado, o anteprojeto foi levado ao Deputado Michel Temer, que o transformou no Projeto de Lei nº 1.480/89.

Vários projetos haviam sido apresentados sobre o mesmo assunto, sendo relator de todos eles, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, que acabou por selecionar o Projeto Michel Temer, no que dizia respeito aos Juizados Especiais Criminais, unindo-o ao Projeto Nelson Jobim, referente aos Juizados Especiais Cíveis, num único substitutivo, que foi aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado, sendo relatado pelo Senador José Paulo Bisol, que apresentou um substitutivo de sua autoria. Retornando à Câmara dos Deputados, o Deputado Abi-Ackel manteve o substitutivo anterior, já aprovado pela Câmara, e assim se aprovou definitivamente o substitutivo resultante dos Projetos Temer e Nelson Jobim, consistente na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passou a vigorar a partir de 26 de novembro de 1995.

Ora, até então, no Brasil, para se chegar à punição, como meio de resguardar a sociedade, recuperar o criminoso e prevenir a delinquência, nosso sistema penal e processual penal reclamava mudanças urgentes e a Lei nº

9.099, de 26 de setembro de 1995, constitui um primeiro e grande passo para a reestruturação que se impõe.

O Código Penal Brasileiro, conquanto tenha sofrido, em sua parte geral, modificações substanciais, ainda contém infrações penais que não mais têm razão de ser, e outras condutas estão a reclamar punição, como, por exemplo, os crimes contra o meio ambiente, os que nasceram com a informática, novos delitos ligados à relação de consumo, não previstos na legislação específica, e outros diplomas legais, além de tantos outros.

Novos tipos penais devem ser previstos pelo legislador para tutelar situações novas ante atuais condutas lesivas à sociedade e que, antes, jamais foram imaginadas.

Por outro lado, nosso Estatuto Processual remonta a 1941, data da vigência inicial do Decreto-Lei nº 3.698/41, e é sob essas normas, em sua grande maioria ultrapassadas, extremamente formais, que se apuram as infrações penais e seus autores, e que o Estado concretiza o seu direito de punir, não o alcançando, na maioria das vezes, quer pela prescrição, quer pela imprestabilidade das sanções impostas ou pela ineficiência de seus órgãos e instituições e deficiência das próprias leis .

Não se atentava, naquela ocasião, para a desmedida violência, hoje patente, e para as modificações operadas na sociedade brasileira, com novos hábitos e natural progresso, e onde impera acentuado desnível social e de renda *per capita*, com uma grande parcela da população vivendo em estado de extrema penúria, em favelas, amontoada em barracos, crianças que se transformam em

adultos, sem nenhuma educação e que, desde cedo, fazem do crime o seu meio de subsistência e do traficante, que o assiste na miséria, o seu modelo de herói.

Considerando tudo isso, denunciar, processar, defender, julgar e, sobretudo, punir alguém, principalmente com pena privativa de liberdade, é atribuição de grande responsabilidade, mormente quando se verifica que a prisão vem representando um grave risco para a sociedade, pois a contaminação dos males carcerários evidencia-se, a cada dia, a tal ponto que hoje se entende que a pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar, efetivamente, um perigo para a sociedade.

As estatísticas demonstram que a reincidência é muito mais freqüente entre os condenados que passaram pelo cárcere do que aqueles que foram beneficiados com penas substitutivas ou com a sua suspensão condicional.

Acrescente-se que a população carcerária cresce, desmedidamente, a cada ano, e o valor gasto para mantê-la, bem como toda a estrutura penitenciária, tem constituído impeditivo para destinação de maiores verbas para a saúde, educação e obras públicas de grande significação social.

Muitas das infrações penais, cujas conseqüências interessam mais diretamente ao ofendido que ao próprio Estado, podem ser resolvidas de modo mais simplificado, através da iniciativa da própria vítima ou através de representação, bem como a maioria das penas privativas

de liberdade podem ser substituídas por outras, notadamente a pecuniária e as substitutivas de direito.

Tal entendimento não é restrito somente ao nosso País, mas vem sendo exposto em todo o mundo, sendo que, em 1991, na promulgação do "*Criminal Justice Act*", na Inglaterra, ficou estabelecido para os magistrados que

"ninguém deve ser enviado para a prisão, a menos que o juiz considere a infração cometida tão séria que apenas a privação de liberdade seja capaz de proteger o público do dano que poderia ser causado pelo infrator".

Ante todas essas considerações, testa-se, agora, no Brasil, um novo modelo de Justiça Criminal, conforme acentua LUIZ FLÁVIO GOMES em sua obra *Suspensão Condicional do Processo*. Provoca-se uma verdadeira revolução jurídica e de mentalidade, substituindo-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pelo princípio da oportunidade, logicamente limitado pela própria lei.

Acentua o mesmo autor que a verdade material pode ser substituída pela verdade consensuada, bem como a vítima é agora lembrada, pois previu-se a reparação dos danos.

O consenso entre o ofendido e o autor do fato, nas ações penais privadas e nas públicas sujeitas à

representação, substitui um longo , formal e demorado processo.

Com efeito, o art. 92 da Lei nº 9.099/95, ao apontar os princípios orientadores dos Juizados Especiais Criminais, indica a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pelas vítimas e aplicação de pena não privativa de liberdade.

Entretanto, a Lei nº 9.099, no que se refere aos Juizados Criminais, embora contenha pouco mais de trinta artigos, tem ensejado controvérsias em relação à interpretação de muitas de suas disposições, que já se fazem acirradas, sendo que nossa exposição tentará preferencialmente enfocá-las, dada a exigüidade de tempo.

O Juizado Especial Criminal alcança infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que ela preveja procedimento especial.

O novo Juizado passou a ter competência para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo que, para os efeitos da Lei nº 9.099/95, são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que se preveja procedimento especial; logo, as infrações penais previstas no Código de Defesa do Consumidor, desde que não tenham pena superior a um ano, poderão ser examinadas através do procedimento dos

juizados especiais, pois o legislador não lhes previu qualquer rito especial, limitando-se a defini-las.

O Código do Consumidor, nos arts. 63, § 2º; 66, § 2º; 69; 73 e 74, prevê penas privativas de liberdade de um a seis meses ou multa, alternativamente; nos arts. 66, *caput*, e § 1º; 67; 70; 71, penas de três meses a um ano e multa, cumulativamente; no art. 72, seis meses a um ano de pena privativa de liberdade ou multa, alternativamente, sendo que tais infrações permitem o procedimento da Lei nº 9.099/95.

Já as infrações penais previstas no art. 63, *caput* e § 1º; 64, *caput* e parágrafo único; 65 e 68, embora não alcançadas pelo referido procedimento, o são pela suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que alcança toda e qualquer infração penal, cuja pena mínima não exceda um ano, mesmo aquelas que tenham procedimento especial; logo, todas as infrações penais previstas no Código do Consumidor foram alcançadas de algum modo pela lei nova, daí o justificado interesse de todos aqueles que, de alguma maneira, labutam pela defesa do consumidor.

Entre os crimes praticados contra o consumidor, previstos no Código Penal, quase todos foram também alcançados pela Lei nº 9.099/95, alguns sujeitos ao procedimento ali previsto, outros à suspensão condicional do processo, excetuando-se o do art. 272 e seu § 1º, e as formas qualificadas previstas no art. 285 c.c. 258, quando resultar lesão corporal grave ou morte, se considerarmos abstratamente as penas aumentadas, o que alguns entendem possível, desde que os mínimos superem um ano.

Vê-se, assim, que a ação penal, para alguns crimes previstos na Lei nº 8.078, sofreu alterações.

Como todos os delitos ali previstos eram punidos com detenção, não lhes tendo o legislador determinado procedimento especial, estavam eles, até então, em sua totalidade, sujeitos, exclusivamente, ao rito sumário dos crimes.

Por outro lado, apesar de permitida a ação penal privada subsidiária, em princípio, a ação penal referente aos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor é de ação penal pública incondicionada, o que gera conseqüências das mais diversas.

Não se tem, em relação às referidas infrações, o inquérito policial, salvo quando dificuldades na apuração dos fatos fizerem necessária apuração mais detalhada, quando, neste caso, o procedimento a ser imprimido não será mais o dos Juizados Especiais, mas sim o do Juízo comum, ainda que alguns entendam que as normas despenalizadoras devam ser aplicadas, enquanto outra corrente espoca o entendimento de que só seria então possível a aplicação da suspensão condicional do processo, sendo este o entendimento do ilustre Procurador de Justiça ALBERTO VILAS BOAS DE SOUZA, em artigo que integra a publicação *Juizados Especiais*, divulgada pela Associação Mineira do Ministério Público.

Também não há que se falar em prisão em flagrante nas chamadas infrações penais de pequeno potencial ofensivo, sendo que, repita-se, vários crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor passam a ser

assim considerados, desde que o autor da infração assuma o compromisso, perante termo firmado com a autoridade policial, de comparecer, posteriormente, ao Juizado (art. 69 da Lei nº 9.099/95), tornando discutível a possibilidade de lavratura do flagrante nos crimes e contravenções a ele sujeitos, o que acarretará, notadamente no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor, graves consequências, tornando inaplicável a tais infrações o art. 79 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, sendo o flagrante a certeza visual do crime, prova por excelência da acusação, entende-se que a situação de flagrância persiste, sendo que só a prisão é afastada e o auto de prisão em flagrante é substituído pelo termo circunstanciado de encaminhamento; logo, embora não se prenda o autor da infração, ele terá contra si o próprio termo.

Todavia, tem-se abordado questão prática de grande relevância: se o autor da infração não quiser assinar o termo de compromisso e se recusar ao encaminhamento para o Juizado Especial, caberá a lavratura do auto de prisão em flagrante?

Alguns entendem que, neste caso, o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado e substituído o termo circunstanciado, mas a questão não é pacífica. O mesmo Dr. Vilas Boas, no artigo já anteriormente referido, entende que; ante a recusa do autor do fato ao seu encaminhamento ao Juizado, ou quanto à assinatura do compromisso de a ele comparecer, deverá a prisão ser imposta.

O procedimento da Lei nº 9.099/95 prevê duas fases distintas: a preliminar, nitidamente conciliatória, e o procedimento sumaríssimo.

Na primeira, à qual deverão comparecer o autor do fato, a vítima, o responsável civil, sempre que possível, bem como seus advogados, temos, inicialmente, a possibilidade do acordo civil entre as partes, gerando título executivo judicial, mas nada obsta que, ali mesmo, seja satisfeita a obrigação assumida.

Entendo que o acordo civil, quanto aos danos, possa sempre ser feito, mas só levará à extinção da punibilidade quando se tratar de ação penal exclusivamente privada ou pública condicionada, o que não ocorre com os crimes previstos no Código do Consumidor.

A maioria dos autores de obras sobre Juizados Especiais Criminais esposam o entendimento de que o acordo possa ser feito nas ações penais públicas incondicionadas pois, além de gerar título executivo judicial, mesmo não implicando sua homologação causa extintiva da punibilidade, se rejeitada a transação, não sendo caso de arquivamento, com oferecimento da denúncia e oferta da suspensão condicional do processo, se aceita pelo réu, o Juiz, ao receber a peça acusatória, estando presentes os requisitos legais, deverá aplicá-la, e uma das suas condições é a reparação do dano; logo, nada impede que este seja feito inicialmente, através de acordo civil entre as partes, já ficando satisfeito o requisito do art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95, com a garantia de se ter em mãos um título executivo judicial, imediatamente executável, independentemente do prosseguimento da ação penal.

Se não houver acordo preliminar quanto à reparação do dano, concedida a suspensão do processo, sendo ela um requisito do benefício, poderá ser satisfeita ao longo da referida suspensão do processo, mas não haverá um título executivo judicial, devendo-se atentar que, se não cumprida, haverá apenas revogação da suspensão efetuada, restando à vítima, para obter a reparação do dano sofrido, promover a competente ação no juízo cível, podendo, no caso, tratar-se do Juizado Especial Cível, se preenchidos os requisitos da Lei nº 9.099/95, uma vez feita a opção pelo interessado ou perante o Juízo Comum.

Quanto à execução do título executivo resultante do acordo entre autor da infração e vítima, segundo entendimento esposado na obra escrita por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, o competente só poderá ser o Juízo Cível Comum, uma vez que a Lei nº 9.099/95, no § 1º do seu art. 1º, restringiu a competência dos Juizados Especiais Cíveis, no que se refere ao processo de execução, apenas à de seus julgados.

Na obra *Juizados Especiais*, lançada pelo Departamento Cultural da Associação Mineira do Ministério Público, já referida, por mais de uma vez, quando são abordados "Estudos Referentes aos Juizados Especiais Criminais" feitos pela Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, às fls. 64, item 3.10, diz-se que:

"nos casos de ação penal pública incondicionada, a composição dos danos não exclui possibilidade de aplicação do procedimento previsto no artigo 76, podendo

ser considerada como critério no oferecimento da proposta pelo representante do Ministério Público".

Não aceito o acordo preliminar, em se tratando de ação penal pública condicionada, será dada oportunidade à vítima para oferecer a representação .

Oferecida a representação, ou se tratando de ação penal pública incondicionada, abre-se oportunidade para a transação a ser oferecida pelo Ministério Público.

Muito se tem discutido em relação à recusa do Ministério Público quanto ao oferecimento da transação, principalmente para se admitir ou não a possibilidade de o Juiz fazê-la de ofício ou o autor da infração requerê-la.

Entendeu a Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95, quando de reunião em Belo Horizonte, na Escola Judicial da Magistratura Mineira, em sua décima terceira conclusão, que:

"Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o Juiz fazê-lo."

Conquanto a solução proposta possa parecer salutar, ante a recusa injustificada do Ministério Público em oferecer a transação e a suspensão do processo, entendo que não possa o Juiz, em hipótese alguma, mesmo na fase do art. 79 do Código Penal, já no início da fase do procedimento sumário, depois de oferecida a denúncia,

efetuar, de ofício, as propostas em questão, pois, além de estar-se substituindo a vontade do acusador, ainda estaria exercendo poderes que não lhe são próprios.

Melhor solução, entendo, foi dada pelos juízes criminais do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em recente conclusão tomada, por unanimidade, em reunião do seu centro de estudos, quando se entendeu que o Juiz não pode jamais oferecer, de ofício, as propostas de transação e suspensão condicional do processo. Entretanto, não as oferecendo o Ministério Público, injusticadamente, deverá o magistrado, já na fase do art. 79 da Lei dos Juizados Especiais, ouvir a defesa, ante o princípio da isonomia processual, e, requerendo esta a sua aplicação, ouvida a acusação sobre o requerimento feito, em face da disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não poderá o Juiz esquivar-se da resposta jurisdicional.

Sugerem outros que adote o Juiz, por analogia, o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, submetendo tal questão ao crivo da Procuradoria-Geral de Justiça.

Só a Jurisprudência dos Tribunais Superiores resolverá o impasse.

Outro ponto de grande divergência diz respeito ao prazo de representação que, em regra, é de seis meses (art. 38 do Código de Processo Penal), mas nos inquéritos e processos em andamento, inclusive em fase recursal, o ofendido ou seu representante legal deve ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência (arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95). Entendem

alguns que o prazo de trinta dias diz respeito não só aos processos e inquéritos em andamento por ocasião da vigência da Lei, mas também a qualquer infração ocorrida após 26 de novembro de 1996.

Feita a representação, nos casos em que se fizer necessária, não oferecida ou recusada a transação, será dada oportunidade ao Ministério Público ou ao querelante para oferecimento da peça acusatória, ainda na fase preliminar, que será produzida oralmente, sendo reduzida a escrito, fornecendo-se cópia ao autor da infração, que, na mesma oportunidade, será citado, se presente, bem como intimados a vítima e os advogados, para a audiência do rito sumário, então designada. Entendo que só dois crimes de exclusiva ação penal privada estarão sujeitos ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais: o do exercício arbitrário das próprias razões e o dano qualificado, pois os demais estão sujeitos a procedimento especial.

Não haverá, no Juizado especial, citação editalícia e, se ela se fizer necessária, os autos deverão ser remetidos ao juízo comum, atentando-se ali para as recentes modificações no Código de Processo Penal, que determinam a suspensão do processo e do prazo prescricional, desde que o réu, assim citado, não compareça ou não constitua advogado.

Na audiência, se não tiver sido possível a conciliação na fase preliminar, compreendendo o acordo civil e a transação, poderá o Juiz ensejá-la inicialmente.

Primeiramente, o réu apresentará sua defesa e, só depois, na própria audiência, deverá ou não o Juiz

recebê-la, decidindo sobre a suspensão condicional do processo, se ofertada e aceita pelo réu.

Questões de grande relevância devem ser enfatizadas em relação à suspensão condicional do processo. Previu o legislador que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, sujeitos ou não ao procedimento do Juizado Especial, entendendo-se que, mesmo estando sujeitos a procedimento especial, sendo o seu exame de competência da justiça estadual ou federal, desde que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, poderá beneficiar-se da suspensão do processo.

Entende-se também possível a suspensão no que se refere às contravenções penais, embora o legislador tenha se referido apenas aos crimes.

Afastada a questão do oferecimento do benefício de ofício, pelo Juiz, a que aplico o mesmo entendimento já exposto sobre a oferta de transação, da qual já falamos anteriormente, surge a primeira controvérsia no que diz respeito ao concurso de crimes. Uma corrente, majoritária, entende que ele só seria admissível se, somadas as penas mínimas dos crimes componentes do concurso, o total não excedesse a um ano. Dentro dessa corrente existem ainda aqueles que acham que as causas especiais de aumento e diminuição devem ser consideradas, e existem aqueles que não admitem tal hipótese, dizendo que se trata de questão a ser considerada na pena em concreto e, no caso, o legislador quis se referir à pena em abstrato, uma vez

que a pena em concreto só surgirá ao final do procedimento sumário, caso haja condenação.

Outros entendem que as infrações devem ser consideradas isoladamente, à semelhança do disposto no art. 119 do Código Penal, no que se refere ao reconhecimento da extinção da punibilidade. Tal hipótese é mais benéfica aos réus, mas acho que conduzirá à impunidade, devendo ser repelida, embora creia que a jurisprudência se orientará nesse sentido, assim como o fez anteriormente a 1984, no que dizia respeito à prescrição.

Ainda com referência à suspensão condicional do processo, discute-se a constitucionalidade do art. 89 da Lei nº 9.099/95, no que se refere aos processos em andamento, mesmo os que já registrem sentença condenatória recorrível, pois, ante a presunção de inocência estabelecida em relação aos réus, até que transite em julgado a condenação pelo crime anterior, processos em andamento não lhes podem gerar qualquer efeito.

Entendo que processos em andamento, por crimes presumidamente praticados, não podem, por si só, ensejar recusa no oferecimento do benefício, mas a situação poderá ser analisada ante o exame das condições previstas no art. 77 do Código Penal, que devem ser vistas também em relação à suspensão do processo.

O legislador se referiu apenas a crimes, não fazendo menção às contravenções, mas igual exame das condições do art. 77 do Código Penal poderá impedir a oferta.

Recebida a denúncia, não sendo oferecida ou recusada a suspensão do processo, serão ouvidas a vítima e as testemunhas, cujo número legal, no que diz respeito às testemunhas arroladas pelas partes, entende-se não deva ultrapassar o previsto no Código de Processo Penal, no caso da ação penal vir a ser examinada pelo juízo comum, entendendo-se que o Juiz poderá limitar o seu número, bem como ouvir outras.

O interrogatório será feito ao final, evidenciando que se empresta hoje ao interrogatório, nitidamente, a função de peça da defesa mais que meio de prova.

Os debates serão produzidos oralmente, passando-se à prolação da sentença, cujo relatório é dispensado, uma vez que se lavra termo contendo os fatos relevantes ocorridos em audiência.

Os atos processuais, sempre que possível, serão concentrados numa única audiência, não se permitindo, como regra geral, adiamentos que, todavia, na prática, podem vir a ocorrer ante situações relevantes. Entendo tal concentração salutar, não só dada a celeridade, como também por aplicação de um princípio que não se exige no Processo Penal, mas é de grande importância, ou seja, o da identidade física do Juiz, possibilitando àquele que colheu as provas proferir a sentença de imediato.

Da sentença cabe apelação, podendo ela ser para as turmas recursais, compostas por três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

Não se atribuiu à turma recursal competência para exame de *habeas corpus* contra as decisões dos Juízes dos Juizados Especiais Criminais, entendendo-se, em Minas Gerais, que competentes seriam os tribunais, conforme lhes foi atribuído pela Constituição Estadual.

Além da apelação, cabem embargos declaratórios.

Alguns autores entendem que também seria cabível, em alguns casos, o recurso em sentido estrito, porém competentes não seriam as turmas recursais, mas sim os tribunais estaduais.

Quanto à revisão criminal, não a tendo excluído o legislador, como o fez em relação à ação rescisória, conclui-se que ela é admissível, mas competente para o seu exame serão também os tribunais estaduais e não as turmas recursais.

Quanto à aplicação retroativa das medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não se pode deixar de constatar que:

* a norma do art. 74 (extinção da punibilidade através da homologação do acordo referente ao dano civil, nas ações penais privadas e públicas dependentes de representação, acarretando renúncia ao direito de queixa ou representação, *ex vi* do parágrafo único do artigo 74 da Lei nº 9.099/95);

** a do art. 76, a transação, ou seja, a proposta de penas preliminares de multa ou restritivas de

direito, efetuadas pelo Ministério Público, que, se aceitas, colocarão fim ao processo e não importarão em antecedentes criminais, salvo para impedir a concessão de igual benefício no prazo de cinco anos;

*** as do art. 88 c.c. 91, ou seja, a representação, nas hipóteses em que a lei passa a exigí-la (no caso de lesões corporais leves e culposas), como norma de procedibilidade nas ações penais a serem instauradas na vigência da lei nova e como condição de prosseguibilidade, com referência aos processos em andamento, pois, se houver decadência, ocorrerá, igualmente, a extinção da punibilidade;

**** bem como a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da referida lei, aplicável aos crimes cuja pena mínima não exceda de um ano (e também às contravenções, segundo entendimento unânime da comissão nacional de interpretação da Lei nº 9.099), desde que presentes os demais requisitos objetivos e subjetivos, vez que, se cumpridas suas condições, ocorrerá, ao final do prazo, extinção da punibilidade,

“todas elas não são normas puramente processuais, vez que são também despenalizadoras, logo de natureza tanto processual como penal”.

Conseqüentemente, a disposição do art. 90 da referida lei é inaplicável em relação às referidas normas penais benéficas, pois não se pode limitar princípio constitucional hierarquicamente superior à referida lei.

A retroatividade benéfica das hipóteses de despenalização dos artigos 74, 76, 88 c.c. 91 e 89, da lei nova, atinge os processos em andamento, inclusive os que se encontram em fase recursal, ante a disposição contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Despacho proferido pelo Ministro CELSO MELLO, do Supremo Tribunal Federal, em processo no qual é relator, no mês de fevereiro do corrente ano, considerou taxativamente a retroatividade benéfica das referidas normas, sendo evidente que tanto a doutrina como a jurisprudência se orientam nesse sentido.

Assim, urge que os Juízes, verificando, em tese, a possibilidade de aplicação de tais normas despenalizadoras, facultem-na, de imediato, em todos os processos que ainda não transitaram em julgado, ouvindo o Ministério Público, o réu e seu defensor e convocando a vítima para a proposta de conciliação, quando possível; que os promotores requeiram, de imediato, a designação de audiência para tais fins, sempre que necessária a presença da vítima, do réu e seus defensores, ou que os advogados requeiram ao Juiz que ouça o Ministério Público e determine as devidas audiências, onde alguns atos deverão ser realizados; que os Procuradores de Justiça, sempre que verificarem a possibilidade de aplicação da norma, em tese, antes de darem seus pareceres recursais, também requeiram a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau para que ali igualmente se proceda, bem como os tribunais transformem os julgamentos em diligência para que o Juiz de primeira instância lhes dê aplicação.

O Centro de Estudos Juiz Ronaldo Cunha Campos, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em reunião extraordinária, com a presença dos seus juizes criminais, ocorrida no dia 27 de novembro de 1995, concluiu, por unanimidade, quanto à imediata aplicação das normas penais despenalizadoras e sua retroatividade benéfica.

Finalmente, ressalte-se que, em Minas Gerais, já foram criados, através de lei estadual e organizados e instalados através de Resolução do Tribunal de Justiça, os Juizados Especiais, desde o início da vigência da Lei nº 9.099/95, tendo sido criadas também as turmas recursais, ainda que, em muitos locais, os próprios juizes criminais comuns estejam examinando as infrações sujeitas ao juizado especial, uma vez que não foram ainda instaladas varas específicas, mas o fazendo mediante o procedimento próprio da Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.099/95, na experiência vivida em Minas Gerais, notadamente em Belo Horizonte, tem sido um sucesso indiscutível, sendo que os Juizados Criminais estão aqui funcionando durante vinte quatro horas, assim como os recursos contra as decisões impostas têm sido sobremaneira reduzidos.

Dependerá, em grande parte, do Ministério Público de primeira instância o sucesso da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que pertine aos Juizados Especiais Criminais, e o Ministério Público de Minas Gerais, a quem respeitamos, pela qualidade moral, inteligência e operosidade de seus integrantes, cumprirá, sem dúvida alguma, a missão que lhe foi imposta, revestindo-se de nova mentalidade e aceitando a revolução jurídica que se inicia.

Os advogados, como sempre, indispensáveis à administração da Justiça, também estão presentes no novo sistema, desde a fase conciliatória até o julgamento final, e a missão que deles se espera impõe, também, *renovação da mentalidade e aceitação da revolução jurídica* que o Juizado Especial Criminal está trazendo, voltados, como sempre, para o *anseio comum da paz social*.

Cabe aos juízes a orientação conciliadora e aplicação das propostas do Ministério Público, dentro dos limites impostos pelo legislador e, se ultrapassadas, a direção do processo sumário e julgamento, devendo despir-se da formalidade tradicional, voltar-se para a oralidade, para a economia processual, a celeridade, a pronta resposta que seus jurisdicionados exigem e merecem, princípios contidos no art. 62 da Lei nº 9.099/95, tendo como objetivo, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

Uma vara do Juizado Especial Criminal voltada apenas para as infrações cometidas contra o consumidor, que estão sujeitas ao procedimento da Lei nº 9.099/95, notadamente em Belo Horizonte, é uma possibilidade que não pode ser afastada e, por certo, será de grande importância para consolidar mais rapidamente a defesa do consumidor.

O Movimento Mundial dos Consumidores no Século XXI

Mário Frota

*Presidente da Associação Internacional de Direito do Consumidor
Vice-Presidente da Associação Europeia de Direito Farmacêutico
Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo APDC*

I - Preliminares

O associativismo constitui uma das expressões do denominado “movimento de consumidores” que, na era moderna, irrompeu como reacção a um modelo económico que se revê na fórmula Smithiana, velha de dois séculos, segundo a qual “o interesse do consumidor é sacrificado, na generalidade, ao do produtor”, e (o sistema económico) parece considerar a produção, que não o consumo, como supremo fim e objecto de toda a indústria e de todo o comércio.¹

O “movimento de consumidores” ou “consumeirismo” não se esgota, pois, no associativismo.

¹ Adam Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, New York, The modern Library, 1937, p. 625.

O movimento dos consumidores é, no entanto, susceptível de se projectar, na esteira de Kotler² e de harmonia com Zulzke³, em quatro períodos marcantes, definidos em determinados termos, a saber:

o primeiro - de finais do século XIX à década de vinte;

o segundo - da década de vinte a meados da década de quarenta;

o terceiro - do termo do segundo conflito mundial a finais da década de sessenta;

o quarto - da década de setenta a meados da década de oitenta;

um quinto período se abre com peculiaridades que se revelarão.

O primeiro período decorre até aos anos vinte e é caracterizado pela subida em flecha dos preços, por problema éticos na produção, distribuição e dispensa de medicamentos, pelas condições inerentes à indústria da carne, cujas denúncias se acham na génese de um sem número de medidas legislativas, a saber, a da adopção do Pure Food and Drug Act (1906), Meat Inspection Act (1906) e a criação da Federal Trading Commission (1914) nos Estados Unidos da América.

² Philip Kotler, Marketing, Ed. Atlas, compacta, 1986, p. 555.

³ Maria Lúcia Zulzke, Abrindo a Empresa para o Consumidor, Ed. Qualitymark, Rio de Janeiro, 1991, p. 5 e ss.

Em 1891, constituiu-se a N. Y. Consumers League que como objectivo fundamental segrega o de prover a uma adequada condição do estatuto dos trabalhadores do comércio.

Em 1899, as associações de Nova York, Boston, Chicago e Filadélfia fundem-se, instituindo a NCL - National Consumers League, que principiara por acudir às deploráveis condições de trabalho de mulheres e crianças nos têxteis.

O movimento dos consumidores começou intimamente associado ao dos trabalhadores. A filosofia dominante do lucro, legitimada no pensamento capitalista (“o que é bom para mim é bom para o país”), além de uma reduzida oferta de mão-de-obra qualificada, exigia que se aumentasse a produtividade, dando espaço ao desenvolvimento da administração denominada científica de que Taylor foi o maior expoente.

O segundo período decorre⁴ até finais dos anos 40 e tem como cenários a “depressão e o surgimento na Europa e no Novo Mundo de laboratórios e institutos de qualidade”.

A propriedade dilui-se entre os accionistas: os gestores obrigam-se a zelar pela posição dos titulares das acções, a intervir por forma a dirimir os interesses conflitantes que opunham a empresa aos assalariados, estendendo-se aos fornecedores e aos *consumidores* (o vocábulo é, porém, ulterior, bem como o conceito que o recobre).

⁴ Maria Lúcia Zulzke, ob. cit., p. 8.

O terceiro período, de harmonia com os reajustamentos introduzidos por Zulzke, que seguimos de perto, atinge o auge com a proliferação de instituições de consumidores na Europa, nos Estados Unidos e em outros países⁵.

Em 1960, é criada a International Organization of Consumers Unions - IOCU, que hoje se denomina CI - Consumer's International e congrega 180 instituições oriundas de sessenta países.

No célebre discurso do Congresso, John Kennedy confere decisiva ênfase aos direitos que se denegam ou não se reconhecem.

O movimento de consumidores tende a expandir-se.

O quarto período, cujos marcos se situam entre os finais dos anos sessenta e meados da década de oitenta, registra, desde logo, a promulgação da Carta Européia de Protecção do Consumidor que o Conselho da Europa dera à estampa de 1973 e as Directrizes das Nações Unidas que remontam a 1985.

O consumismo invade os países desenvolvidos e a qualidade de vida tende a travar o passo a tão pronunciada tendência.

O departamento de consumidores preencheu espaço nos organogramas das empresas.

⁵ Dinamarca, Canadá, Grã-Bretanha, Suécia, Holanda, Alemanha, França, Bélgica, Áustria, Austrália, Japão.

A política de consumidores desperta no seio da Comunidade Económica Europeia com o programa preliminar de 14 de abril de 1975.

No quinto período, registram-se eventos de marca.

Promove-se em Portugal o "I Grande Congresso Internacional das Condições Gerais dos Contratos", que suscita oposição interna no seio da Universidade de Coimbra, mas desperta a Europa e os demais continentes para as candentes questões nele suscitadas.

Constitui-se, em Coimbra, a Associação Internacional de Direito do Consumo, a primeira instituição científica internacional, que visa a alargar o seu âmbito de atuação pelas sete partidas do globo.

Cria-se a sociedade científica de intervenção APDC - Associação Portuguesa de Direito do Consumo, em Coimbra, em 1989.

Cria-se a instituição homóloga no Brasil - o Brasilcon - o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

O movimento expande-se aos demais países da América Latina - cria-se, entre outros, o Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, com sede em La Plata.

A actividade legiferante do Conselho da Europa é particularmente profícua - sucedem-se as

resoluções vertidas em domínios específicos do círculo de direitos dos consumidores.

Os direitos dos consumidores plasmam-se nas Constituições de Portugal, da Espanha e do Brasil.

Os Congressos Internacionais de Direito do Consumidor prosseguem, em ritmo cadenciado no Brasil, sob impulso de António Herman Benjamim, que preside aos destinos do Brasilcon até março de 1996.

Em 1990, tem lugar em Portugal o I Congresso Internacional da Responsabilidade do Produtor por Produtos Defeituosos.

O ritmo das intervenções científicas intensifica-se.

Iniciam-se, em Lovaina, os primeiros cursos europeus de direito do consumo.

O movimento de pendor científico expande-se.

Opera-se o alargamento dos temas à Europa de Leste, à América Latina, à África.

É editado o primeiro Código de Direitos do Consumidor no Brasil.

A França adota, em 1992, um código de compilação.

A Bélgica prepara a sua lei geral, como se de um código se tratasse.

Em Portugal, acaba de ser admitido o princípio da codificação.

Instituem-se, na Comunidade Européia, primeiro, e na União, depois, os planos trienais de acção em vista do respeito no espaço económico do mercado comum dos direitos dos consumidores.

Os direitos do consumidor expandem-se e o direito do consumo (o direito do consumidor) ganha a sua carta de alforria.

As Universidades abrem-lhe as suas portas num sem número de países.

As primeiras revistas científicas surgem:

- Revista Européia de Direito do Consumo(edição trilingue: francês, inglês e espanhol);
- Revista de Direito do Consumidor;
- Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil;
- Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Centro de Estudos de Direito do Consumo, Coimbra, Portugal.

As agressões ao estatuto dos consumidores tornam-se mais persistentes.

Os mecanismos reforçam-se e aperfeiçoam-se.

Os Governos nem sempre dispensam à problemática em foco o cuidado requerido.

As associações tornam-se mais intervenientes.

Novas formas de associações desabroçam, porém, com significativos desvios ao ideal a que tais estruturas apelam.

II - As Perversões Associativas

O que ora se observa, na Europa, no que tange às associações de consumidores, assume foros de promiscuidade manifesta.

Associações de consumidores há que, à revelia das normas imperativas dos códigos civis, se enlaçam em sociedades mercantis cujo escopo é necessariamente egoístico - assentam no lucro e desenvolvem actividades de índole comercial, adentro da lógica própria das sociedades de capitais e de pessoas reguladas pelos códigos comerciais ou pelos códigos das sociedades vigentes em cada um dos ordenamentos jurídicos.

Frisante é a situação da CONSEUR S.A., que alberga, no seu seio, associações de consumidores estabelecidas na Bélgica, na Grécia, na Itália, em Espanha e em Portugal, e tem, em cada um dos países, uma antena, em regra, sob a forma de sociedade por quotas, como é o caso da Edidica, Lda, estabelecida em Lisboa.

A empresa, que tende a confundir-se com a associação, é regida por uma administração que comporta dois administradores belgas residentes.

A actividade da empresa restringe-se aos testes e publicações - testes comparativos, em regra de produtos, dados à estampa, por igual, nas revistas editadas em cada um dos países. Em Portugal, a revista denomina-se ProTeste. Nem sempre são fiáveis os testes. Os métodos analíticos não são revelados. As conclusões, por vezes, exorbitantes e infundadas. Em mercados não estabilizados, a "autoridade" de tais testes e dos métodos de divulgação conhece de momento contestação, que tende a assaltar os espíritos.

Na Bélgica, por exemplo, onde as empresas desenvolvem projectos a este nível, a revista homóloga - "Test Achats" - é, não raro, objecto de contestação.

Decisão recente dos tribunais belgas condena a empresa editorial da "Test Achats", emergente da CONSEUR S.A., a divulgar publicamente a correcção dos erros em que tivera incorrido na apreciação de um novo tipo de fotografias.

Ademais, a editora foi condenada a pagar um milhão de francos para cada dia que tardasse o desmentido público!

Os métodos de promoção dos produtos editoriais são em tudo análogos aos mais agressivos métodos adoptados por empresas do estilo das Selecções do Reader's Digest e de outros produtos comercializados por

meio de catálogos, por correspondência ou em qualquer outro suporte audiovisual.

Não há um recrutamento autónomo de associados, já nem sequer se poderá falar em filiados nas associações, ao menos na perspectiva destas pretensas estruturas associativas de consumidores.

A representação esfuma-se.

A legitimidade esvai-se.

São corpos sem alma.

São, afinal, estruturas de interesses, que pretendem manter a aparência de associações para se lhes reconhecer valimento às actuações.

São empresas que operam nos negócios de consumo.

Assim como o ambiente é, hoje por hoje, domínio por excelência de empresas que exploram tecnologia de ponta, o consumo tende também a transformar-se em hábil domínio de negócios que tem nos *media* a sua fértil sementeira.

A estratégia é a que segue:

1 - publicação de fundo é a que se dirige à divulgação de testes comparativos de produtos;

2 - como publicação acessória, surge uma revista que se debruça sobre questões que revelam interesses económicos dos consumidores: a "Dinheiro & Direitos";

3 - outros domínios se invadem - o dos estratos médios que, sem governo, intentam canalizar o aforro para investimentos ou produtos financeiros credíveis e susceptíveis de valorização - e surge a "Poupança Quinze";

4 - alarga-se o âmbito tangendo domínio sensível aos homens e às mulheres: a saúde - e surge o "Teste Saúde".

Outro tanto ocorre nos demais países em que a empresa transnacional penetrou: a estratégia mercantil não se aparta da que a empresa-matriz traça para cada um dos específicos mercados em que opera.

Que conseqüências se registram?

Os consumidores, já não os sujeitos a que se dirige qualquer acção, são, ao invés, objectivos. Na coisificação a que se tende.

Perverteu-se o ideal. O material invadiu os domínios, o sistema capitalista apoderou-se do movimento consumeirista, abastardando-o e os *robertos de feira* sobrantes, os que aparecem como campeões de cidadania, não conseguem sequer disfarçar os seus intuitos.

Mas as populações, tal como com as seitas que as exploram até à medula, batem palmas, crêem na

pureza das intenções e acabam, afinal, por viver na mais pura ilusão.

As promiscuidades revelam-se.

O ideal tende a esboroar-se à progressão dos interesses que se consolidam em torno das empresas-associações em que sócios são, afinal, os que conduzem os destinos da sociedade anónima ou das sociedades satélites de responsabilidade limitada.

Não há sequer acções de formação, a informação restringe-se às de natureza comercial, a protecção é vagamente postergada.

E quando intervêm de forma mais alarmista, o que têm em mira é “valorizar” o seu produto.

As concertações com outras empresas surgem amiúde - os negócios expandem-se a pretexto de que são consumidores que se servem.

Paulo Duarte, invectivando o processo, revelava em oportuno artigo⁶ a ilegitimidade e a inutilidade de muitos dos resultados.

A reacção da empresa-mãe⁷ tende a capitalizar em seu proveito a ignorância geral a que se reconduzem os consumidores que crêem naturalmente que

⁶ O artigo sugere, em anexo, na íntegra (anexo 1).

⁷ A reacção surge, em anexo, também na íntegra e reflete o atual estado da questão (anexo II).

há quem vele pela qualidade, eficácia e segurança dos produtos e quem zele pela sua posição jurídica.

Há um sem número de equívocos difíceis de superar e que tendem a inverter perigosamente a realidade.

Os testes comparativos que, em rigor, servem de base à publicação são um elemento do sistema, que não algo que contrarie as tendências que nele se desenham.

Os testes provêem ao consumo. Não cortam cerce o passo ao consumo desregulado a que se assiste.

Os testes ajudam a vender. Não obrigam a sustar quem compra.

E ninguém garante, ademais, a sua fidedignidade...

Os testes inscrevem-se nas tendências do consumismo.

Não se enquadram nas reacções que o consumeirismo aparelha.

Claro que os testes terão o seu lugar, mas não poderão, como ocorre nomeadamente com as edições da transnacional Conseur S. A. (sediada e constituída no Luxemburgo pela ABC - Test Achats, de Bruxelas e em que se arregimentaram italianos, gregos, lusos e espanhóis), constituir preocupação marcante, preocupação primeira de quem quer... E, no entanto, no ludíbrio em que se enreda o consumidor, uma das publicações preenche as suas páginas

de testes, numa pretensa partilha temática, que tende a ampliar o número de publicações e necessariamente a levar a que o virtual consumidor das publicações vá abrindo sucessivamente os cordões à bolsa...

Todo o processo em que o consumidor é enredado tende a perspectivá-lo não como *sujeito*, antes como *objecto*...

E é no enxovalho que tal se traduz que é preocupante que os cidadãos consumidores sejam vítimas das próprias associações que os deveriam amparar...

É essa, afinal, a chave da questão.

Os processos dos que deveriam merecer dos consumidores o mais absoluto repúdio são arvorados em benéficos por pretensas constituições, na sua génese empresas, que arvorando o pendão dos consumidores e empenhando o gládio em sua homenagem, os transformam em objecto da sua estratégia, relegando-os para essa miseranda condição e anulando-o como sujeito da parte inteira, como cidadão, como consumidor, dotado de um estatuto por que cumpre pugnar...

São as empresas emergentes das associações de consumidores que, não renegando os processos odiosos do mercado, coisificam o consumidor, na vã ilusão de que estão ao seu serviço e de que pugnam pelo reconhecimento e pela valorização do seu estatuto.

Temível ilusão.

Inultrapassável trapaça!

III - Modelos Prospectivos

Não haverá um só modelo de associações de consumidores. Os modelos poder-se-ão definir consoante o estágio de desenvolvimento dos povos e a necessidade estrita de se embargar o passo a iniciativas que no mercado contrariem frontalmente ou de flanco o estatuto dos cidadãos-consumidores.

Observe-se o que, na Europa, ocorre com os clubes de futebol: a tendência que se registra, em particular ante o futebol-espetáculo, com intérpretes cujo estatuto remuneratório é dos mais exigentes, é a de se forjar um modelo de clube-empresa com atenuações de índole tributária que suporte, em termos empresariais, estruturas que movimentam milhões e já não consentem bases de organização artesanal ou fundadas na devoção dos dirigentes por “amor à camisola”, como sói dizer-se.

A gestão tem de assentar em bases empresariais, a lógica que subjaz à exploração tem de se inserir nas coordenadas do sistema, a vocação para um escopo de índole egoística, vazado no conceito de lucro, objectivo primacial que se não pode preterir.

Um sem número de cenários se perfila ante os nossos olhos.

A situação ideal, no que tange às associações de consumidores, é a que se revê em estruturas que emergem da denominada sociedade civil sob o impulso dos mais esclarecidos e devotados cidadãos que sintam o denodado apelo da cidadania.

A situação ideal, no que tange às associações - associações que outro escopo não persigam que o da formação, informação e tutela da posição jurídica dos consumidores, susceptível de recobrir os conceitos de promoção dos interesses (formação e informação) e de protecção dos direitos (acesso à administração da justiça e regularização/superação dos conflitos de consumo que estalem no mercado) mediante uma justa composição dos interesses em presença.

Para tanto, porém, é de rejeitar liminarmente a subversão dos princípios e de opor tenaz resistência a todas as formas de dissolução do primitivo modelo associativo.

Decerto que as fórmulas associativas que desabrocharam na Grã-Bretanha e constituíram sucesso manifesto sejam irrepetíveis ante a sociedade da informação que ora se revê ante nós.

Por paradoxal que pareça.

Mas há que proceder a adaptações sem que o espírito se subverta, o ideal se perverta ou prostitua.

A promiscuidade entre os objectivos mercantis e os que se assinalaram às associações de

consumidores que perseguem quejando formas de intervenção é susceptível de arruinar o movimento de consumidores, volvendo-o em actividade subsidiária dos objectivos traçados para os negócios em que se envolvem.

Nos países latinos há, em verdade, um *deficit* de gregarismo que pode ser fatal às aspirações das associações que almejam a intervir para se regular as relações económico-jurídicas entretecidas no mercado entre operadores económicos e consumidores.

Os modelos serão distintos, como se assinalou, e corresponderão a distintos estádios de desenvolvimento.

Parece, em rigor, na sociedade de massa em que nos movemos, insusceptível de manter o modelo tradicional das associações de consumidores.

Porém, poder-se-ão descortinar cenários em que se desenvolverão modelos determinados.

Desfolhemos os que se nos afigurem mais exequíveis.

O primeiro, assente em um modelo económico que tende a recuperar o esforço de Rochdale ao serviço dos consumidores.

A criação de cooperativas de consumidores que, pela conjugação dos factores ambiente e consumo, poderão oferecer válida concorrência às grandes superfícies comerciais.

A cooperativa arregimentaria, pelos objectivos a que tende, o maior número de consumidores e, destarte, asseguraria o abastecimento em condições mais vantajosas e, perseguiria, como é de regra, os propósitos que se apontam às associações de consumidores nos planos da formação, informação e protecção, podendo:

- dispor de um centro de formação que prepararia os programas a difundir pelos cooperantes e pelos que integram os respectivos agregados familiares;

- constituir um centro de informação com uma revista de base que serviria de elo de ligação de suporte entre os que aderissem ao projecto: a expansão das actividades poderia permitir aceder a uma cadeia de estações de radiodifusão e, consoante os ordenamentos em que se integrassem, aceder a um serviço público de radiodifusão ou, mediante o poder de penetração conseguido, dispor de um canal de televisão para que se pudesse desenvolver toda uma pedagogia de cidadania, que, em regra, se acha arredada das preocupações;

- dispor de um parque laboratorial e de canais expeditos tendentes à superação dos conflitos que opusessem os consumidores a terceiros.

O segundo, assente em uma estrutura de base, susceptível de congregar os mais esclarecidos, interessados e devotados cidadãos, movidos pelo serviço dos outros e dominados por instantes preocupações sociais, que, sem capacidade de arregimentar um número exponencial de consumidores directa e imediatamente, assumira expressão através de técnicas susceptíveis de exploração, a saber:

- ou por meio de referendo e após a explanação na *media* dos programas de acção de associações constituídas em obediência a um sem número de pressupostos da base em que se assentam os planos, projectos e programas que tendam a animar;

- ou por meio de escolhas a efectuar no momento em que se redige a declaração de impostos e se afecta uma porcentagem dos tributos às associações que se moldariam em face do volume de adesões destarte efectuadas e do previsível movimento processual que tal acarretaria.

O terceiro, nos países tecnologicamente mais desenvolvidos, assente em um modelo de raiz tecnológica, ao estilo de um sistema dedicado, reagruparia os consumidores através de uma rede de base regional, nacional ou transnacional, que se religariam, como ora ocorre com a Internet, e para além de uma quota, susceptível de assumir a expressão dos encargos de acesso, suportariam o inerente às consultas efectuadas e aos demais serviços prestados, consoante as tarifas estabelecidas, em termos de acessibilidade directa e imediata ao manancial de informação disponível, mas de forma não tão despersonalizada como ocorre, na generalidade, sem a interposição pessoal em sistemas do jaez destes.

Como não há, em rigor, modelos puros e os níveis de desenvolvimento no seio dos países se não pautam por uma qualquer homogeneidade - e o Brasil é, afinal, paradigmático neste particular com marcantes reflexos no seu quotidiano - poder-se-iam intercruzar e interpenetrar os

modelos, sendo certo que outros se perfilariam de par com estes que, de forma reducionista, se consignam.

Não mais, no quadro actual, se vislumbra a hipótese de refazer as associações de base familiar ou com expressão em lugares de média implantação das estruturas.

É certo que se poderão criar de raiz estruturas que tendam a projectar-se no amanhã, a nível dos ensinos básico, básico integrado e secundário.

IV - Os Clubes Juvenis de Consumo

Como adjuvante e modelo teórico-prático da educação para o consumo que é mister desenvolver no quadro dos programas escolares, ainda que de expressão multidisciplinar, o associativismo é susceptível de ser implementado a nível juvenil através dos *clubes juvenis de consumo*, onde se lançará a semente das associações do futuro ou da inserção dos jovens no termo do seu ciclo formativo, em sentido estrito.

Os clubes juvenis de consumo poderão representar válida experiência com repercussões adequadas na expansão do movimento de consumidores.

Os clubes juvenis de consumo, constituídos sob a égide dos estabelecimentos de ensino em que se inserem e sob a orientação próxima de docentes com especial aptidão para a animação de actividades circum-escolares, deverão possuir estrutura análoga à das

associações envolvendo directamente os jovens nos órgãos de direcção.

Através de suportes vários - das escolas aos Institutos da Juventude - é possível dotá-los de um *quantum* mínimo que os habilite a desenvolver autonomamente as suas actividades.

Ao clube cumprirá definir um plano anual de actividades que contemple as vertentes de actuação na tríplice direcção formação, informação e protecção.

Um estudo de base acerca das necessidades da comunidade juvenil e do modo de se enredar o mercado constitui algo de insubstituível.

As acções de formação deverão contar com a presença de especialistas.

As acções de informação dirigidas aos seus membros deverão comportar, entre outros, um jornal de parede, um jornal reprografado ou com distinto grau de exigência gráfica que constitua veículo adequado das informações de que carecem os jovens face aos embustes ou aos desvarios em que tendem a enredá-los.

No plano da educação para o consumo em sentido amplo, cabem designadamente acções que se religam à educação para a qualidade, à educação para a segurança, nas suas múltiplas vertentes, à educação para a saúde, à educação alimentar e à educação para o consumo *stricto sensu*.

A composição dos interesses deve caber no âmbito da protecção que se integre no plano das actividades do clube.

Face à permanência *ad tempus* dos escolares nos estabelecimentos de ensino a que se acham affectos, há que proporcionar uma permanente renovação dos quadros no seio do clube de que se trata, para que não haja de se processar permanentemente a recriação de tais centros de interesses.

Os clubes juvenis de consumo, que pressupõem sobremodo a formação de formadores em que é mister empenharem-se as escolas superiores de educação e as próprias faculdades, serão decerto, a substância susceptível de levedar, o fermento que poderá permitir que a massa cresça e o pão se reparta.

Os clubes juvenis de consumo constituirão decerto o alicerce de estruturas mais operantes na sociedade circum-envolvente: serão o alfobre de novos valores que poderão identificar-se com os problemas e as soluções que é mister lograr para os superar.

Qualquer que seja a modelação que as associações vierem a assumir no século XXI, o estágio que as escolas proporcionarão é indispensável para a renovação do movimento consumerista, por forma a que se não se dilua na sociedade em que as energias individuais se dissolvem a capacidade de intervenção dos que almejam se logre atingir a consecução do interesse geral perante os desvarios do mercado e dos que lhe conformam o ser.

A aprendizagem que, a esse nível, se busca é indispensável para que os jovens ajam no mercado de harmonia com critério de razoabilidade e de equilíbrio, resistindo à sedução dos métodos adoptados, à agressividade de que se fazem protagonistas tantos dos operadores económicos e reagem ante a sistemática afronta aos seus direitos.

Os clubes juvenis de consumo serão fértil campo em que é essencial investir para que se colham abundantes frutos.

Os clubes juvenis de consumo serão, em rigor, a base matricial do consumeirismo nas modelações que assumir no século XXI.

Daí a importância que, no presente quadro, seria imperioso reconhecer a tais iniciativas, implementando-as em cooperação com as autoridades académicas, em regra nada predispostas a cooperar com terceiros nas tarefas de desbravamento das inteligências.

V - O Papel do Estado

As directrizes das Nações Unidas de 9 de abril de 1985 impõem aos estados-nação a adopção de medidas tendentes à constituição de estruturas de base, em particular emergentes da própria sociedade civil, cujo escopo é o da promoção dos interesses e o da protecção dos direitos dos consumidores.

De entre tais medidas, avulta obviamente a da criação de condições para que as associações se constituam e desenvolvam em autonomia para que cumpram em plenitude os objectivos que se lhes antepõem.

As directrizes, que surgem com assinalável retardamento face a iniciativas institucionalmente assumidas em distintos continentes, nem sempre foram objecto de uma íntima adesão dos Estados.

E nem sempre as afirmações de princípios consignadas em documentos revestidos de autoridade se impõem decisivamente aos governos que declinam, não raro, as responsabilidades que lhes cabem neste congnho.

Para além das instituições emergentes das estruturas orgânicas da administração pública, nem sempre actuastes, nem sempre dominadas por objectivos que tendem a favorecer os povos, nem sempre envolvidas no processo de "libertação" da sociedade civil, nem sempre se desencadeiam acções susceptíveis de assegurar que os cidadãos se envolvam em consequentes projectos já que é ao Estado que cumpre facultar os meios adequados à constituição e funcionamento das associações, não como dádiva, mas como estorno pelo cumprimento de funções que às estruturas estaduais cumpria desenvolver e que destarte se transferem para a denominada sociedade civil.

A Carta Européia de Protecção do Consumidor, de 17 de maio de 1973, editada pelo Conselho da Europa, define sob a epígrafe "O direito de representação e consulta" :

"I) As organizações voluntárias de consumidores deverão ser fomentadas e reconhecidas pelos governos e consultadas em relação a leis, regulamentos, disposições administrativas e serviços consultivos para consumidores, implicando tal reconhecimento para estas organizações a obrigação de publicarem informações exactas acompanhadas de pareceres.

II) Cada país deverá estabelecer, de acordo com as próprias tradições, uma forte, independente e eficaz autoridade que represente os consumidores e interesses comerciais responsáveis, que seja encarregada de aconselhar os órgãos legislativos e executivos em todos os aspectos de defesa do consumidor, capaz de garantir, a nível nacional e local, o inteiro respeito pela legislação e regulamentos sobre o consumidor e que disponha de adequada informação e serviços de consulta.

III) Os serviços públicos deverão ter plena consideração pelos interesses e direitos dos consumidores, providenciando pela nomeação de representantes dos consumidores nos seus órgãos de direcção em número considerado conveniente, ou de comissões de consumidores que expressem tais interesses junto dos órgãos de direcção.

IV) Cada Governo, directamente ou através de um organismo nacional de consumidores, deverá efectuar inquéritos e publicar informações sobre a composição e função dos produtos, etiquetagem e uso dos mesmos, eficiência dos serviços e todas as questões de interesse para os consumidores, devendo instalar, se necessário, centros consultivos locais de consumidores, onde prontamente será dada informação acerca dos serviços oferecidos pelos comerciantes locais.

V) A aplicação de leis de protecção e a administração dos serviços consultivos deverá ser feita, tanto quanto possível, a nível local.

VI) As associações responsáveis de fabricantes e comerciantes, a nível nacional e internacional na Europa Ocidental, deverão ser encorajadas na elaboração dos seus próprios códigos de práticas comerciais que, conformando-se basicamente com as legislações nacionais, deverão promover normas mais exigentes e deverão ser submetidos - juntamente com propostas para uma restrita e efectiva aplicação de tais códigos - em colaboração com os consumidores - à aprovação dos organismos nacionais de consumidores. As autoridades deverão dar protecção pública e apoio aos códigos aprovados."

Os sucessivos programas da ora denominada União Europeia preconizam o reforço do movimento associativo, conquanto se trate, afinal, de declarações de princípio sem conteúdo, já que não há nem reforço das estruturas, nem suporte para as actividades autênticas e autónomas desenvolvidas por associações seriamente fundadas e que desenvolvem consequente actividade neste particular, antes se privilegiam empresas e gabinetes privados de estudos em detrimento das associações ou abastecem-se as empresas que religam determinadas estruturas, como flagrante via para as promiscuidades a que se assiste e o definhamento do movimento de consumidores na pureza do seu ideal e na fidedignidade das acções em que se revê.

Dos mais de 400.000.000 de cidadãos-consumidores, no âmbito da União Europeia, nem sequer 10% se conectam no movimento de consumidores, mesmo considerando os que hoje se limitem a assinar uma revista e, como brinde, para além de um livro de decoração e de uma tradutora electrónica ou de uma calculadora, beneficiem da hipótese de figurarem como “membro” da associação a que a empresa de testes e publicações se religa...

Os financiamentos das estruturas associativas não são transparentes.

A administração pública que, em regra, não cumpre os objectivos que se lhe impõem, furta-se a dotar as estruturas associativas adequadamente.

Não há rigor, não há objectividade, não há, em suma, critérios e o Estado nem sempre se rege por

princípios, o que tende a esvaziar-se de conteúdo e suporte económico-financeiro as instituições privadas que operam neste domínio movidas por um qualquer escopo não egoístico.

VI - O Financiamento das Estruturas Associativas de Consumidores

É indispensável que o Estado defina, com rigor, as formas de financiamento das associações.

À semelhança, de resto, do que se vem exigindo no que concerne ao financiamento de partidos e de políticos.

Os financiamentos subterrâneos e as contrapartidas daí emergentes têm feito adensar as suspeitas sobre os partidos que hipotecam a sua autonomia a grupos de interesses que não tardam em apresentar a “factura” para os consequentes “favores” que os financiamentos propiciam ou impõem...

Mas *financiamento* pressupõe o preenchimento dos conceitos de representatividade e legitimidade, nem sempre transparentes, nem sempre coincidentes.

A representatividade, neste plano, em particular quando em causa se acham as empresas de testes e publicações constituídas sob forma comercial, é susceptível de ser algo de falacioso.

Daí que se assevere em determinados arcópagos que nem sempre um expressivo número traduz efectiva representatividade, em especial se o logro (assinante de revista=membro) persistir.

O financiamento, porém, ou se funda em algo de dissociado do processo de mera expressão numérica das estruturas que se confundem em termos pragmáticos (empresas/associações) ou tende a subverter os dados subjacentes.

Não é fácil se definirem as dotações se persistir o equívoco, ou seja, se não houver associados de raiz e se, afinal, os associados forem uma mera ficção assente no número dos que, atraídos por vigorosas mensagens de publicidade, nem sempre lícitas, se tornarem assinantes.

Os financiamentos, tal como ora se processam, não assentam em base segura - não se cumprem, em rigor, critérios objectivos e, em regra, as dotações inscritas nos orçamentos do Estado são manifestamente insuficientes.

Segundo os modelos propostos, há que definir um quadro-padrão de financiamento.

No que se concerne ao modelo cooperativo e às actividades conexas nos domínios da formação, informação e protecção, há que dissociar o financiamento cooperativo no quadro geral dos incentivos à indústria, ao comércio e aos serviços do financiamento das actividades próprias, no âmbito de uma política de consumidores.

Seriam, pois, financiadas autonomamente as acções de formação, as acções de informação e toda a sorte de intervenções, a nível da protecção em consequência da análise do bem fundado das propostas constantes do plano de que se trata, rateando-se os valores para o efeito inscritos.

No que toca à escolha referendária entre vários projectos renovável quadrienalmente, as dotações saíam do erário público mediante um acréscimo insignificante e para a dotação das associações, com o que satisfaz encargos para a saúde ou a segurança social...

O financiamento, devidamente controlado pelos tribunais de contas ou estruturas análogas, imporia a constituição de uma rede institucional susceptível de responder às mais caras aspirações dos povos.

Se o processo se basear, porém, em opção emergente do formulário dos impostos, o Estado, apurado o número de aderentes, carreará uma percentagem da arrecadação global, a definir em função do número dos que se pronunciaram em favor de uma determinada estrutura, que há de constituir o suporte económico-financeiro da associação.

Os cidadãos-consumidores perceberão graciosamente o veículo de comunicação que a estrutura eleita editar.

Os cidadãos recorrerão às estruturas a que se acham afectos e que terão o poder-dever de adequar os seus meios ao universo de consumidores que os distinguirá mediante a opção efectuada.

No modelo vazado nas tecnologias da informação que, como hipótese enquadrável na sociedade tecnológica, se perfilou, há que significar que necessário seria apetrechar adequadamente sucessivas bases de dados, para o que o Estado suportaria parte considerável ou celebraria com as emergentes associações contratos-programa.

O Princípio da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro

Galba Cotta de Miranda Chaves

Promotor de Justiça

Jésus Augusto Carvalho Filho

*Acadêmico/Estagiário do Ministério Público
(Colaborador)*

“Os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. Em relação à ciência do Direito, constituem seu próprio objeto. Existem independente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. A missão da ciência com relação aos mesmos não é outra senão a de sua apreensão. E a ciência será mais ou menos perfeita, segundo logre ou não a sua determinação. Porque se o ordenamento

jurídico constitui o objeto da ciência do direito positivo, esse conhecimento não será completo enquanto não se alcance a determinação dos princípios que os informam.

Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte cambiante mutável, que determina a evolução jurídica; são idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da nação.”

(Jésus Gonzales Peres)

Sumário: I - Introdução. II - Moralidade Administrativa - Conceituação. III - A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional. IV - A Moralidade Administrativa na Lei nº 8.429/92. V - Controle Judicial da Moralidade Administrativa.

VI - Conclusões.

I - Introdução

A partir da década de 80, e desde então, a moralidade administrativa vem se destacando como um dos temas que mais tem suscitado questionamentos e estudos por parte daqueles que lidam diretamente com a Justiça, como advogados, juízes, promotores, juristas e também administradores em geral.

Realmente, no Brasil, a partir do final da última década, tem-se aprofundado o questionamento acerca dos padrões morais a serem observados pelas pessoas políticas e pelos seus agentes.

Reflexo disso pode ser sentido na própria Constituição Federal de 1988 e na edição da Lei nº 8.429/92.

Em verdade, com a formalização dos diplomas legais acima citados, o Brasil apenas aderiu a um movimento de nível mundial.

Nessa alheta:

“É certo que esta fase de profundas mudanças, visualizadas em seu ápice com a queda do muro de Berlim, contribuiu para a mudança do pólo do debate sobre o modo de produzir riqueza, pela ênfase dada ao sistema capitalista. Este firmou-se classificando a coisa (ou as coisas) em superioridade sobre o homem. Sem coexistir com uma contraproposta, o capitalismo sem discussão suscitou o grande risco de materializar os benefícios, inclusive os públicos, apenas para alguns homens. Pôs-se, então, a imperiosidade do questionamento da ética e da moral pública, a partir dos quais se devem realizar os valores fundamentais da dignidade humana.

De outra parte, a fase de inexistência de uma dialética política no mundo, que os últimos momentos da década de 80 encarnou, determinou o repensamento imediato, sério e profundo do Poder Público, no qual a opção

de um modelo de sociedade e de seus instrumentos de ação não viesse a resultar na aeticidade do seu exercício e na amoralidade da concepção de um modelo de Direito sem fundamento na Justiça.”¹

A nossa Carta Magna, em seu art. 1º e incisos, fala em *Estado Democrático de Direito* e, como um dos fundamentos deste, a dignidade da pessoa humana. Mais adiante, o seu art. 3º diz constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Temos pois, como princípio fundamental da nossa República Federativa, a Democracia. Ora, o princípio desta é a liberdade e aquela jamais sobreviverá sem legitimidade, sendo que sem a legitimidade para fundamentar a Democracia não se terá uma sociedade livre, justa e solidária. E não se pode pensar em legitimidade como um conceito gerado apartado dos padrões morais.

Logo, é questão atualíssima indagar-se até que ponto a norma moral inspira e condiciona a aplicação da norma legal.

A expressa admissão do princípio da moralidade administrativa no atual texto constitucional é consequência direta de um forte amadurecimento político e de um desejo não menos intenso no sentido de se reequilibrar a relação Estado e indivíduo pois, na feliz expressão do culto DIOGO DE FIGUEIREDO

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 175.

“neste fim de século e milênio não mais basta às conscientes e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete à vontade da maioria, mas, ainda, que os governantes se submetem às exigências da moral”.²

Ademais, um sistema jurídico democrático, assentado na legitimidade, essencial à realização do Estado Democrático, só pode ser erigido e firmado com a acentuação da noção do dever administrativo, tendo-se a proteção da moralidade como princípio fundamental, dotado de natureza e vigor normativo.

O presente trabalho procurará, em breves linhas, sem maiores ambições, dissecar um pouco a noção do que seja moralidade administrativa, a sua constitucionalização como princípio, o seu controle judicial e os instrumentos processuais existentes para corrigir os abusos e comportamentos aéticos por parte da Administração Pública, com o fito de ajudar a todos aqueles imbuídos da honrosa missão de moralizar a Administração Pública, seja por uma forma direta ou indireta e, principalmente, funcionar como uma fagulha a provocar o debate, o estudo, em suma, a não deixar que princípio tão fabuloso para o homem se torne letra morta na lei.

Teve participação fundamental na elaboração deste, o estagiário do Ministério Público *Jésus Augusto Carvalho Filho*, tanto na busca de opiniões doutrinárias e

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa - do conceito à efetivação* - in RDA, nº 190, p. 1-44.

decisões jurisprudenciais, quanto na revisão final do texto e demais normatizações.

II - Moralidade Administrativa - Conceituação

“O princípio da moralidade administrativa é de difícil expressão verbal. A doutrina busca apreendê-lo, ligando-o a termos e noções que propiciem seu entendimento e aplicação.”³

Entre os doutrinadores pátrios, HELY LOPES MEIRELLES situa a moralidade como um dos princípios básicos da administração pública, ligando-o ao conceito do *bom administrador*. Para o festejado mestre, a moralidade administrativa é necessária à validade da conduta do administrador público, sendo, mais do que isto, pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

“O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.”⁴

Quem primeiro sistematizou o conceito de moralidade administrativa foi MAURICE HAURIOU, em sua

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, p. 142.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 83 a 85.

obra *Précis de Droit Administratif*, em sede da qual faz questão de ressaltar que quando se fala em moralidade administrativa, em absoluto, está se falando da moral comum, mas sim de uma moral jurídica

“a ser entendida como um conjunto de regras de conduta, próprias do interior da Administração e que são impostas ao agente público, a nortear-lhe a conduta, sempre e sempre, com a finalidade de servir ao bem comum”.⁵

Logo, para HAURIUO, a moralidade administrativa apresentava-se segundo uma disciplina interna da Administração. Com isso,

“Hauriou reconheceu a Administração Pública como uma instituição finalisticamente orientada, exigindo de seus agentes, além da submissão formal à lei, como qualquer agente público, uma específica honestidade profissional”.⁶

Em suma, a Administração Pública rege-se por um sistema próprio de moral fechada, que lhe é inerente, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos.⁷

⁵ *Apud* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 197.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 1 a 44.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 1 a 44.

Mesmo porque, não se pode obrigar alguém a ser administrador público, porém, disposto a tal, imperiosa é a observância de gerir a coisa pública não apenas em observância ao preceito legal, mas também aos critérios do que seja justo, honesto, segundo padrões normativos a revelar a moralidade, pois só assim, estará legitimado o seu *munus* de gestor da coisa pública.

Por sua vez, CELSO BASTOS parece aceitar esta concepção da moralidade como conjunto de regras de conduta da disciplina interna da Administração, com a finalidade última de servir ao bem comum, ao proclamar que

“é imoral, administrativamente, aquele ato que, sem encerrar uma violação frontal a um preceito, termina, no entanto, por constituir uma violência aos fins com que deve ser levada a efeito a atividade administrativa”.⁸

Lançada a semente por HAURIOU, o fato é que a noção de moralidade administrativa vem galgando, ao longo da história, amplos espaços no Direito Administrativo, sendo certo que no Estado moderno, com os intrincados mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica e no domínio social, mais e mais os cidadãos vão exigindo dos políticos e administradores uma postura, no trato com a coisa pública, pautada pela ética e pelo compromisso com a idéia de que o serviço público há de atender ao justo e ao honesto. De forma que, sem exagero, pode-se afirmar que

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 226.

“a moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto”.⁹

Em apertada síntese, com um pouco de ousadia, poder-se-ia dizer que um ato administrativo é moral quando nele não estão presentes o excesso, o desvio, o arbítrio ou motivações divorciadas do interesse público.

Destaca-se que, nada obstante a ausência de faltas legais, o ato poderá ser acoimado de imoral, vindo a ser anulado e provocar repercussões na esfera de seu ordenador e daqueles que, com dolo ou culpa, tenham influído para a sua subsistência pois,

“por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *‘non omne quod licet honestum est’*”.¹⁰

Nesse diapasão, vale a pena transcrever a lição da mestra mineira CÁRMEN LÚCIA, para quem:

“A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos

⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 84.

éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma razão de Estado (...) A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade, segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.

Assim, o Estado não é fonte de uma moral, segundo suas próprias razões, como se ele fosse um fim e a sociedade um meio. (...)

A moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ele é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado.”¹¹

Em suma, a moralidade administrativa como princípio que é, inclusive a nível constitucional, molda o desempenho do administrador, não pelo voluntarismo deste no exercício de seu poder, e sim, por uma ordem ética acordada entre Estado e homem e baseada em valores sociais prevalentes para a realização dos fins da pessoa

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 191.

pública, quais, honestidade do comportamento do administrador público, sua incorruptibilidade, prevalência da boa-fé e da lealdade de seus agentes.

III - A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional

“Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado.”¹²

Os princípios podem funcionar também como um anteparo ao excesso ou desvio de poder, assumindo, assim, uma função positiva ao impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins perseguidos.

J. J. CANOTILHO, dissertando acerca dos caracteres distintivos e constitutivos do Direito Constitucional, ao falar da auto-garantia do Direito Constitucional, chega a dizer:

“que o Direito Constitucional é um direito que gravita sobre si mesmo. Através desta frase lapidar, pretende-se salientar a especificidade dos meios de tutela e das sanções jurídicas das normas constitucionais. Por vezes,

¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 23.

considera-se mesmo o direito constitucional como direito sem sanção ou como um conjunto de normas '*imperfectae* ou *numus quam perfectae*', dado que a sua violação não é acompanhada por medidas de coerção (sanções) jurídicas adequadas. Trata-se de uma perspectiva largamente tributária das concepções imperativísticas do direito. Estas concepções, além de merecerem severas críticas em sede de teoria geral do direito relativamente à exigência de coercibilidade e de sanção como características das normas jurídicas, revelam-se também inadequadas para captar a função promocional do Direito Constitucional."¹³

LÚCIA:

A esse respeito, disserta a mestra CÁRMEN

"que a Constituição, na qual se acredita e se confia neste quase início de novo século, não é mais a lei fundamental posta, mas a lei que fundamenta o que se põe a cada dia segundo o conceito de Justiça formulado socialmente. (...) Para que a transformação libertadora seja possível no Estado Democrático - que se desempenha por norma vivas e eficazes, que se oferecem à renovação segundo a criatividade permanente do ser humano - sem comprometimento da segurança que o Direito ofereça, enfatizam-se mais e mais, os princípios, agora dotados de normatividade e

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1995, p. 141.

eficácia, que não embaraçam a criação jurídica, nem se esvaziam como enunciados sem força ou forma de Direito. (...) Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não jurisdicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. Esta qualidade talvez represente o maior avanço a que chegou o constitucionalismo contemporâneo, pois a normatividade dos princípios alterou a face e o coração do conceito de Constituição. A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submeterem e da qual participam. (...) Por isso, a tese segundo a qual os princípios constitucionais não se dotam de normatividade e vinculatividade vem sendo desfeita e chega-se, agora, às derradeiras luzes deste século, com a certeza de que a Constituição é uma lei e tudo o que nela se contém - especialmente os seus princípios - tem esta idêntica natureza”.¹⁴

Nesse sentido, válida a transcrição abaixo:

¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 25 a 27.

"Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (...) Todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas, ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor."¹⁵

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 183 a 185.

O princípio constitucional da moralidade administrativa está insculpido na Constituição Federal, pelo seu art. 37, *caput*, onde se lê:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade” e, também, ao seguinte: (...)”

Sem dúvida alguma, como já expressado, foi-se o tempo em que os doutrinadores apegavam-se à tese da existência de princípios constitucionais como normas programáticas ou enunciados de intenções despojados de vigor jurídico, de normatividade ou de vinculatividade de norma jurídica.

Com efeito, nos termos dos precisos e cultos ensinamentos da mestra CÂRMEN LÚCIA:

“a inclusão em textos constitucionais das chamadas normas programáticas, carentes de vinculatividade e normatividade efetiva, constituiu a criação de um freio legal aos anseios de progresso do Direito. Direito sem obrigação e aplicação é mentira inútil, que esvazia o conteúdo da norma, desconstrói o sistema jurídico e cala a justiça (...) Por isso, a tese, segundo a qual os princípios constitucionais não se dotam de normatividade e vinculatividade, vem sendo desfeita e chega-se, agora, às derradeiras

luzes deste século com a certeza de que a Constituição é uma lei e tudo o que nela se contém - especialmente os seus princípios - tem esta idêntica natureza".¹⁶

"Daí se afirmar pela impossibilidade de se fornecer guarida na validade do Direito de um Estado Democrático aos comportamentos humanos desconformes, ou incompatíveis, aos princípios constitucionais, mormente pelo fato de que, se a definição do princípio constitucional não é afirmativa positiva, com certeza, ela o será afirmativa negativa, quer-se dizer, não há comportamento que se lhe possa contrariar o preceito."¹⁷

A respeito dos princípios, pode-se afirmar que os mesmos serão sempre aplicáveis, ainda que com uma função negatória para aqueles atos que os atinjam. E aqui vale a pena ressaltar as funções inibidora e desconstitutiva dos princípios.

Para tanto, nos socorremos em DIOGO DE FIGUEIREDO para quem:

"por função inibidora, estritamente ligada à função sistêmica que ajuda a dar uma identidade ética política a cada Constituição, entende-se a decorrente lógica da sua eficácia impeditiva da prática de qualquer ato

¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 41.

a contrariar o princípio e por função desconstitutiva, vinculada às funções sistêmica e inibidora, a decorrente da sua eficácia resolutiva do princípio, seja ato legislativo, administrativo, judicial ou privado”.¹⁸

Outrossim, não se pode olvidar que a obediência aos princípios constitucionais não fica restrita apenas àqueles a quem é incumbida a tarefa de legislar infraconstitucionalmente. Muito ao contrário, a sua obediência é dever de todos os cidadãos, podendo-se dizer que tais princípios positivam-se como normas a direcionar não apenas outras normas, mas todos os comportamentos estatais e até mesmo particulares; ou, quando mais, dos administradores públicos.

Também, impossível descurar para a objetividade dos princípios constitucionais. Destarte, apesar de seus conteúdos, via de regra, serem caracterizados pela generalidade, não se cuidam os mesmos de subjetividade, aleivosias ou lacunosidade.

Por isso, temos como acertado o ensinamento abaixo transcrito:

“A indeterminação dos conceitos utilizados pelo constituinte na principiologia traçada na Lei Maior não contém carência de significados ou equivocidade dos significados a ele atribuíveis, nem supõe a sua indeterminabilidade. Antes, exprime a sua

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 1 a 44.

determinabilidade em face das situações concretamente caracterizadas na experiência constitucional. Daí, poder se afirmar que o princípio nunca é obscuro, pois se o fosse não seria passível de determinar-se no momento de sua aplicação, eis que a obscuridade dependeria de ato estatal típico para sanear tal condição. Mas assim não é. O princípio constitucional - como todo o conteúdo de norma jurídica de qualquer natureza, é nível, na qual compareça um conceito não determinado pelo seu autor - é determinável pela análise da situação de fato sobre a qual deve ele incidir, acoplado aos instrumentos interpretativos postos pelo Direito à disposição de seu aplicador ou intérprete.

Também não se há objetar ser a norma constitucional contenedora de princípio lacunoso, em razão dos conceitos indeterminados nos quais muitas vezes é vazada.

A lacuna na lei importa em ausência de elementos que identifiquem perfeitamente o objeto de que nela se cuida. O princípio constitucional, elaborado com a não determinação formal do conceito, não apresenta lacunas, mas à saciedade os elementos que bem caracterizam e definem o quanto nela posto."¹⁹

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 35.

Logo, temos a normatividade dos princípios constitucionais como característica fundamental do Direito Constitucional, pois sendo a Constituição uma lei, natural a sua carga de coercitividade.

Estas considerações introdutórias são extremamente importantes para a correta compreensão do alcance do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA que:

“comete imoralidade, mediante desvio de finalidade, o agente que pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência”.

Por este ensinamento, tem-se a moralidade como elemento interno da legalidade, que foi, basicamente, o ensinamento, a semente fértil plantada pelo mestre francês MAURICE HAURIOU, ao fazer a integração da moralidade à legalidade do ato administrativo e a sua vinculação inicial à questão do desvio de finalidade.

Todavia, conceitos mais amplos da moralidade administrativa estão a imperar, de forma que esse princípio passou a ter o seu conceito elaborado com força de elemento autônomo na formação e na informação do comportamento administrativo juridicamente válido.

Nesse sentido, os conceitos formulados por MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO e CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA.

Para FRANCO SOBRINHO²⁰.

“a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que é aquele que , usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus efeitos. Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. *Falando, contudo, da boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador*”.

Já para a professora CÁRMEN LÚCIA²¹:

“A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo *uma ordem ética* acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submetem o administrador público” (*ob. cit. p. 192*).

²⁰ *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 85.

²¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 192.

Tendo em vista que o princípio constitucional da moralidade administrativa visa, sobretudo, aperfeiçoar a virtude do comportamento do Administrador Público e que esta virtude é observada pela correta adequação do ato administrativo ao fim posto, como meta a ser atingida, verifica-se, *prima facie*, a sua completa inutilidade, caso possível não fosse o exame crítico, pelo Judiciário, dos meios efetivamente usados pelos agentes, no exercício de sua competência, e, em consonância com a necessidade, e, principalmente, honestidade do meio empregado e fim almejado.

Mais uma vez, nos utilizamos dos conhecimentos valiosos da eminente professora mineira CÂRMEN LÚCIA, para quem,

“neste final de século, a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isto, a moralidade administrativa, que se pretende ver acatada, adentra o reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na idéia do Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito legítimo”.

Mais adiante, finaliza ao dizer que:

“A virtude, que se pretende ver obtida com a prática administrativa moral, fundamenta-se no valor da honestidade do comportamento,

da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos, e todos estes elementos estão na moralidade, como integrantes de sua essência e sem os quais não se há dela cogitar”.²²

Pois bem, como já dito,

“a moralidade administrativa, tendo natureza de princípio e forma de norma de Direito, goza das qualidades de efetividade jurídica e possibilidade de efetividade social formalmente exigíveis. Logo, a obrigação jurídica de conduzir-se segundo os parâmetros de moralidade administrativa submete o administrador público”.²³

Evidente, também, que o fortalecimento deste princípio constitucional, como norma possuidora de efetividade jurídica, deu-se pela aceitação da idéia, de resto corretíssima, de que o serviço público, indelevelmente, há que atender ao justo e honesto, seguindo padrões normativos de justiça e de justeza, configurando-se esta pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade, como bem esposado pela moderna doutrina a respeito.

Afora o conceito estampado no art. 37, *caput*, encontramos, ainda a nível constitucional, várias referências à prática moral, como a dignidade da pessoa humana²⁴, a

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 193.

²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 195.

²⁴ CF/88, art. 1º, III.

prevalência dos direitos humanos²⁵, a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante²⁶, o respeito à integridade moral dos presos²⁷, dentre outros. DIOGO DE FIGUEIREDO enumera 58 normas constitucionais nesse sentido, entre princípios e preceitos.²⁸

IV - A Moralidade Administrativa na Lei Nº 8.429/92

Esta lei foi editada para reprimir os atos de improbidade na Administração Pública.

O art. 4º da citada lei diz que:

“Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade impessoalidade, *moralidade* e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

A seu turno, o art. 11 proclama que:

“Constitui ato de improbidade administrativa, *que atenta contra os princípios da administração pública*, qualquer ação ou

²⁵ CF/88, art. 4º, II.

²⁶ CF/88, art. 5º, III.

²⁷ CF/88, art. 5º, XLIX.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 1 a 44.

omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente: (...)”

As sanções vêm disciplinadas no inciso III, do art. 12, e fala em ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de três anos.

Escapa ao alcance deste trabalho uma análise aprofundada das hipóteses elencadas nos incisos do art. 11, bem como das penalidades previstas no art. 12.

Aqui, vale a pena destacar-se que, nada obstante as hipóteses casuísticas previstas nos sete incisos do art. 11 e a ausência da palavra moralidade no *caput* do art. 11, seria forçoso engano interpretar referido artigo sem estar atento ao art. 4º do mesmo diploma legal que, por sua vez, estão inscritos no art. 37 da Carta Magna, pois óbvio “*ululante*” que os princípios enumerados no *caput* do art. 11 são decorrentes lógicos dos princípios emanados do artigo 4º da própria Lei nº 8.429/92 que, afinal, tiveram sua origem no preceito constitucional insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

Dissertando a respeito, o ilustre Promotor De Justiça MÁRCIO LUÍS CHILA FREYESLEBEN²⁹ diz que

“os agentes públicos devem observar deveres que lhes são impostos pela lei e pela ética

²⁹ FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A Improbidade Administrativa*. in Revista Jurídica do Ministério Público. v. 17, p. 348.

jurídico-administrativa, bem como aqueles que lhes são exigidos pelo interesse público. Os deveres estão estabelecidos no ordenamento jurídico, em especial na Constituição e nas leis administrativas. O conjunto dos deveres forma o que se chama de ordenamento ético (...) O dever de honestidade surge para o agente em decorrência do princípio da moralidade, imposto à Administração Pública (artigo 37, Constituição)".

Aqui, faz-se a ousadia de dizer que a moralidade administrativa é pré-requisito para o cumprimento dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato imoral não é apenas e tão-somente o ato desonesto, mas também o ato eivado de parcialidade por motivos diversos, como, por exemplo, egoísmo, favoritismo etc.; o ato legal juridicamente, porém ilegal perante a ética da instituição, pois, como aqui já dito, nem tudo que é legal é honesto; da mesma forma o ato desleal, vez que aqui estaria em falta o dever de fidelidade, o que é imoral por si só.

V - Controle Judicial da Moralidade Administrativa

Inicia-se este tópico com uma reflexão do eminente AGUSTIN GORDILLO para quem:

“la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: los jueces suelen entender, con descuerdo, que tienen una cierta responsabilidad *política* en la conducción del gobierno, y bajo esa impresión juzgan muy benévolamente los actos del mismo, entendiendo así cooperar con él. De este modo no sólo dejan de ejercer su función, que no es *gobernar* sino *juzgar* de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe, y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escândalo público, y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta ‘invasión’ de sus ‘atribuciones’, que desde luego no es tal. Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar en general dicha constitucionalidad, sino sólo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea ‘clara y manifiesta’, como si no fuera su deber

declarar-la quando existe, sea o no manifesta, etcétera”.³⁰

Da reflexão do mestre, passamos para uma pequena análise da norma tida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual “na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Referida norma acentua o princípio da finalidade e indica o caminho correto a ser palmilhado pelo aplicador do Direito.

Interessantíssimo, pois, transcrevermos dois acórdãos que, até mesmo pela data em que foram proferidos, indicam, sem sofismas, da imperatividade, para o julgador, de decidir sempre visando aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Assim, temos que:

“O Juiz não é mais escravo da lei. Não se pode chumbar à sua letra, muitas vezes escrita há anos, há séculos passados, quando outras eram as condições de existência social, que ela visou disciplinar. Servirá a lei aplicando-se humanamente, tendo em vista as realidades sociais, as exigências da equidade e da *moral coletiva*, livre dos exageros da dialética e do emaranhado de fórmulas escritas. Como disse eminente juiz: o magistrado não pode ficar impassível na majestade do cargo, como

³⁰ GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974, Tomo I, cap. III, p. 7.

se ele também não tivesse, dentro das finalidades de sua missão social e política, tal qualmente o legislador, o dever imperioso de não relegar para segundo plano, com lamentável indiferença, ambiente e situações imprevistas que, por vezes, reclamam diverso tratamento, por ânsia de melhor e mais perfeita justiça.”³¹

“Nenhum Jurista pode fugir, na hora presente, à atração que a revolução nas idéias jurídicas desdobre aos seus olhos, num convite sedutor para levá-lo pela mão, cheio de entusiasmo, ao centro dos acontecimentos envolventes e de lá, com os olhos voltados para todos os ângulos em que se debatem os problemas de direito, os mais agudos, observar e lutar a boa luta dos que devem ver na estruturação jurídica que se processa a base sólida para a verdadeira organização da paz social e jurídica.

Sentimos, a cada instante, essa atração e, sob a influência dos fatos, entramos nas pesquisas, cônscios do nosso dever judicante. E foi por esse aceno de envolvimento jurídico que não nos detivemos no formalismo estático, rebuscando, sem os perigos de meros impressionismos, nos novos cenários, os quadros da vida nesta grande hora de mobilização espiritual, os lugares preciosos donde pudéssemos escolher os rumos seguros para um

³¹ TJES - Acórdão proferido pelo Rel. Des. Bastos, RT 113/779.

reajustamento do aspecto jurídico do caso em apreço.

JOSEPH HUTCHENSON JR., no seu trabalho intitulado o 'julgamento definitivo', refere-se como MAX RADIN, aludindo à nova concepção sobre a influência da intuição que parece desejável ao Juiz aquilo que, de acordo com a sua formação, a sua experiência e as suas concepções reais, o impressiona como sendo a consequência jurídica que deve resultar dos fatos.³²

Deve-se ressaltar, entretanto, que se a norma insculpida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil não obriga ao Juiz, quando a norma for constitucional, mormente aquela (princípio da moralidade), na qual se contém um princípio fundamental do sistema, a observância da finalidade do ato e a sua resultante social, torna-se retor inafastável do comportamento interpretativo, a cargo do julgador.

A observância desse imperativo é de suma importância, sobretudo a fim de evitar a visão autoritária do Direito Administrativo, que alguns ainda insistem em possuir, evitando-se essa visão apertada, na qual, transcrevendo feliz passagem do eminente SÉRGIO FERRAZ³³,

“o indivíduo não tem lugar, a não ser que o próprio Estado o permita, traduzindo uma crença autocrática na exclusividade da direção estatal no exercício da

³² Voto vencido do Des. Cunha Barreto, no Ac. Câms. Civ. Reun. do TJPE, aos 23/10/44, in Arq. For., vol. 17, p. 553 - cit. parcialmente.

³³ FERRAZ, Sérgio. *Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo.*, p. 295.

atividade administrativa, indiscutivelmente favorecendo-a sobremodo”.

O eminente mestre argentino AGUSTIN GORDILLO preleciona que:

“El derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. ‘Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble’, ha dicho un autor; pero aunque no lleguemos a pensar que la tensión o el conflicto sea insoluble, y admitamos la posibilidad de un equilibrio dinámico entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna.”³⁴

De feito, o eminente mestre advoga a tese de que é necessário trazer para o interior do conceito de Direito Administrativo o indivíduo como administrado, preferindo ver este ramo do direito público como aquele que estuda o exercício da função administrativa e a *proteção judicial ao administrado, quando ela se dê ilegal ou abusivamente*.

³⁴ GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, 1991, t. 1, cap. 3, p. 1.

Trazemos à cola mais uma passagem da monumental obra de GORDILLO:

"Aquí reside úno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: la protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto su diferenciación con el derecho administrativo totalitário. Es, pués, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es sólo la administración pública (su organización, sus actos, sus facultates, etc...), sino también su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. Consideramos que el derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y en definitiva de la libertad humana, y que la protección de estos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformase en una de sus más transcendentales finalidades: debe quitárse al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración publica y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y

constante de un equilibrio razonado entre individuo y el Estado.³⁵

Equilíbrio razoável entre indivíduo e Estado. Proteção contra o exercício abusivo da função administrativa. Eis os grandes ensinamentos do mestre portenho.

1 - Possibilidade Jurídica do Controle

Exercício abusivo da função administrativa ou desvio de poder ocorre quando a autoridade administrativa faz uso do poder de que é detentora, em casos e para fins diversos dos pretendidos por lei, tais como, quando atua em discordância ao princípio da moralidade administrativa.

O desvio de poder envolve noção teleológica, por isso o fim perseguido pela autoridade administrativa é básico para julgar a intenção de seu autor.

O bom resultado pretendido pela Administração Pública, sob o pálio da moralidade, não deve ser considerado apenas em relação ao resultado objetivamente considerado, mas também deve atender ao espírito do móvel que impulsionou o agente ao atuar administrativamente.

Desta sorte, a lei só permite que o administrador se manifeste intencionalmente no interesse público. Logo, se o administrador usa de sua competência

³⁵ Apud FERRAZ, Sérgio. *Op. cit.*, p. 296.

para editar determinado ato, ainda que sob a máscara da legalidade, desviando-se do fim legal (moralidade) para satisfazer interesses puramente privados, ainda que seja apenas interesse de ordem moral, como mero capricho ou vaidade, estará, sem dúvida alguma, incorrendo em excesso, desnaturando o ato, eivando-o de vício não passível de convalidação, configurando-se, em suma, o desvio de poder.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe insculpido, em seu art. 37, o princípio da moralidade administrativa, tem-se que o poder administrativo deverá sempre subordinar-se ao bem do serviço público, sob pena de desvio de poder, não importando mais a simples aferição da legalidade estrita, permitindo-se, pois, restrições ao poder administrativo, no que concerne ao móvel que impeliu o administrador a agir.

Ao ato administrativo inquinado de desvio de poder falta o fim moral exigível à natureza do ato, nada obstante, quase sempre, venha oculto sob o véu da legalidade.

Abonando entendimento de SÉRGIO FERRAZ, dúvida alguma fica na veracidade da afirmação de que em várias hipóteses o ato administrativo haverá de ser examinado sob o prisma de sua legalidade, com uma inflexão ou uma reflexão sobre o seu mérito.

De forma alguma, porém, advogamos a tese de

“que a perquirição judicial chegue ao ponto de impor que o ato administrativo seja refeito segundo a avaliação meritória do Juiz.

Haveria aí, ao menos em princípio inconstitucional, invasão e conseqüente usurpação de atribuições e poderes.”³⁶

“Ninguém ousa defender o desaparecimento da discricionariedade administrativa. Sabe-se que os órgãos administrativos não podem, de modo algum, elaborar um código de conduta não-discricionário, específico e simples. Mas não há dúvida que a proteção fundamental dos direitos repousa tanto em processos formais como nos padrões éticos da Administração e agentes públicos, na sua concepção de interesse público e do uso do poder a eles confiado.”³⁷

O que se preconiza aqui é que a motivação integra o campo da legalidade, que o ato imoral é ilegal e que este campo (legalidade/moralidade) jamais poderá ser questionado quanto à sindicabilidade judicial, permitindo, pois, ao Juiz descer aos casos particulares, para penetrar nas regiões dos motivos que levaram o agente a agir, sem contudo ferir de morte a espontaneidade do poder discricionário.

Julgados há que corroboram nosso entendimento. Assim, destacamos:

“É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob o aspecto da moralidade e

³⁶ FERRAZ, Sérgio. *Op. cit.*, p. 300.

³⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

do desvio de poder. Com o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, comportamento ético.”³⁸

“O mérito do ato administrativo refoge à crítica judicial. Ressalvem-se os respectivos fundamentos, ou seja, se a apreciação de oportunidade e conveniência apoia-se em fato legítimo.”³⁹

“O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.”⁴⁰

2 - Instrumentos Processuais

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da Administração, aponta instrumentos para sancionar sua inobservância.

³⁸ Resp. 21.923.5, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU de 13/10/92, p. 17.662.

³⁹ Rec. Esp. 4.790, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 05/11/90, p. 12.425.

⁴⁰ TJSP - Rel. Des. Cardoso Rolim, publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 89, p. 134.

Um deles é a ação popular que pode ser proposta por qualquer cidadão eleitor para anular ato lesivo à moralidade administrativa, consoante disposição contida no artigo 5º, inciso LXXIII.

Outro deles encontra-se previsto no art. 129, inc. III, da Magna Carta, que reza:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - **Promover** o inquérito e a **ação civil pública**, para a proteção do **patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (grifos nossos).

Sobre este tema preleciona HUGO NIGRO MAZZILLI⁴¹ que:

“A *mens legis* consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público seja para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de **responsabilizar** o administrador anterior **ou em exercício** por danos por este causados ao patrimônio público, **ou quando razões de moralidade administrativa** exigem (...)”

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: RT, 1994, p. 114.

Prossegue o mestre:

“A própria Constituição exige a moralidade administrativa como princípio informador da administração pública (art. 37, *caput*).

Na teoria do direito administrativo, a noção de imoralidade administrativa começou por ligar-se à teoria do desvio de poder. Desta forma, o ato imoral, pelos seus fins, fere o princípio da legalidade e, assim como pode ser objeto de questionamento em ação popular, pode também ser atacado por meio de ação civil pública em defesa do patrimônio público (...)”⁴²

Na verdade, tendo o legislador inserido como função constitucional do Ministério Público a Ação Civil Pública para a defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos e, atento ao básico de que todo cidadão possui direito a um comportamento, por parte do administrador, pontilhado pela ausência do abuso e balizado pela razoabilidade, pela ética e pela justiça, e que esse direito é público subjetivo, entendo, *data venia*, a Ação Civil Pública como instrumento processual apto a ser manejado em face do ato imoral para desconstituí-lo, ainda que do mesmo não se tenha registrado prejuízo ao patrimônio público.

Como se vê, a defesa da moralidade administrativa cabe não só ao cidadão, pela ação popular, como também ao Ministério Público, pelo viés da ação civil pública.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 114/115.

A seu turno, a Constituição Federal faz previsão de sanções para os agentes públicos por atos ou condutas de improbidade administrativa. Como cediço na doutrina, a probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa.

Outrossim, o § 4º do art. 37 prevê, para os atos de improbidade administrativa dos agentes públicos em geral, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação indicados em lei.

Essa lei, de nº 8.429, foi editada aos 02 de junho de 1992 e, além de caracterizar como de improbidade administrativa os atos que importam enriquecimento ilícito e prejuízo ao Erário (artigo 9º e 10), o referido texto também qualifica os atos que atentam contra os princípios da administração pública em seu art. 11. Desse modo, como já falado, a lei em tela inseriu, em seu interior, condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material.

WOLGRAN JUNQUEIRA, em obra intitulada *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, à p. 153, esclarece bem a questão ao dizer que os princípios enumerados no art. 11 são decorrentes lógicos dos princípios emanados do art. 4º da própria lei que, afinal, tiveram sua origem no preceito constitucional insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

3 - Meios de Prova

"Se o administrador exercer os poderes em que está investido, quer num fim pessoal, quer num fim político, quer num fim religioso, está caracterizado, de modo insofismável, o desvio de poder.

Por móvel pessoal entenda-se o interesse econômico do autor do ato, ou qualquer tipo de sentimento como a inimizade, o ódio, a vingança pessoal e os caprichos da vaidade do poder.

Por móvel político, a decisão da autoridade com o fito de prejudicar ou ridicularizar, expressando sentimentos de mesquinhez, o adversário político."⁴³

As provas são os elementos que determinam a convicção do Juiz.

Preleciona ULDERICO PIRES DOS SANTOS

que:

"a função da prova é abonar acontecimento posto em dúvida. É, por melhor dizer, declaração instrumentada sobre a verdade do fato colocado sob suspeição".⁴⁴

⁴³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 328.

⁴⁴ PIRES DOS SANTOS, Ulderico. *Meios de Prova*. UPS Editorial, 1995, p. 03.

Regra geral, é difícil encontrar provas diretas a revelar a intenção do administrador, ao editar o ato administrativo, no que diz respeito ao móvel que o impulsionou para a edição do ato em si.

Isto porque, via de regra, o administrador que agiu de má-fé procura mascarar a medida ilegal, envolvendo-a com o manto da ilegalidade.

Como bem diz CRETELLA JÚNIOR:

“Fácil é compreender que, quando o administrador usa os poderes de que é detentor para fim nefando, não será ingênuo em confessá-lo ou em deixar vestígios verdadeiros do ato praticado e apresenta, oficialmente, um pretexto legal. Trata-se de desmascarar o embuste.”⁴⁵

Ou, ainda, pelo mesmo autor:

“Oculto sob a máscara da legalidade, praticado quase sempre por autoridade sagaz que, usando de todo o requinte de sutileza que lhe proporciona a cômoda posição em que se acha, procura dissimular o endereço real do ato editado para que, mais tarde, argüido o desvio, possa eximir-se facilmente da culpa por ausência absoluta de vestígios incriminatórios, o ato administrativo viciado nem sempre se revela à primeira vista, mas o

⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 326.

interessado procura colocá-lo em evidência, apontando-o e denunciando-o, fundamentado nas provas e nos indícios repontáveis aqui e ali, na documentação administrativa, o que denominamos de sintomas do desvio de poder”.⁴⁶

Evidente que, pelas suas peculiaridades, a moralidade administrativa irá exigir de quem a julgue um exame aprofundado em matéria de prova, pois aqui não se irá tratar de elementos externos do ato, como a forma e a competência; o que irá passar, em última análise, pelo crivo do Judiciário será a psicologia do autor do ato, o móvel que o inspirou na prática do ato.

Não se trata, obviamente, de se pedir a quem julga que cumpra a tarefa impossível e impertinente de penetrar nos recônditos da alma, na indevassável mente e no inexplorável pensamento do autor do ato administrativo. Realmente, não se trata de perscrutar os rins e coração do autor do ato administrativo.

Ao contrário, trata-se de se pesquisar certos sintomas, traduzidos estes por indícios, traços, presunções, regras de experiência que, pela sua maneira ostensiva, liberta o Judiciário a proclamar que a autoridade exorbitou, agindo, pois, arbitrariamente, como bem ressalta CRETELLA JÚNIOR.

De acordo, pois, com o salientado, tem-se que, *in casu*, a prova será indireta, porém, não menos válida, eis que tendo o nosso Direito sufragado o princípio do livre

⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 310.

convencimento do Juiz e, assim, abolido e repudiado o sistema hierárquico entre os diversos meios probatórios existentes, impossível é aceitar qualquer assertiva de ser a prova indireta possuidora de menor valor.

Com relação aos indícios, disserta ESPÍNOLA FILHO⁴⁷ que:

“Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à história e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja bem estabelecida, pode o indício adquirir importância predominante e decisiva no Juízo.”

Válidas também são as regras de experiência dos julgadores, assim como as presunções baseadas na experiência e conhecimento dos Juizes.

Diz bem PONTES DE MIRANDA ao afirmar que:

⁴⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 3, p. 143.

“ao lado dos fatos notórios estão os julgamentos da vida, observações gerais, que constituem máximas gerais, ditames, com que exprimimos o que sabemos das nossas reações, de como nos comportamos, às vezes chamados a ‘nossa experiência de vida’, ou a ‘experiência do Juiz’, traquejo, como, por exemplo, em matéria de acidentes de transportes, o perigo e a culpabilidade das companhias pela queda de pingentes nos curvos, o corvejar dos cunhados e tios em torno das heranças.”⁴⁸

Nesta alheta, as jurisprudências abaixo:

“Realmente, há certas coisas no mundo que se tornam conhecidas pela simples experiência diária. É a lição de vida. E a obra humana, quando não encontra censura no senso moral que cada um possui, torna-se livremente consentida, vale dizer, lícita.”⁴⁹

“O Juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o Juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece.”⁵⁰

⁴⁸ *Apud* PIRES DOS SANTOS, Ulderico. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁹ RE 108.272-1 - RS, 2ª Turma do STF, rel. Min. Célio Borja, RT 622/226-230.

⁵⁰ JTA 121/139.

“As presunções assumem o papel de prova privilegiada ou, mais precisamente, de prova específica. E, na avaliação da prova, deve, evidentemente, concorrer a experiência do Juiz o conhecimento que ele tem da vida dos homens, no sentido de dar aos fatos trazidos para o processo a sua real significação.”⁵¹

Com relação ao tema versado nesse texto, as maiores contribuições doutrinárias para delinear os indícios ou sintomas do desvio de poder partiram da doutrina italiana e francesa que, *a partir dos fins do século passado*, com esforço imensurável, construíram o conceito de desvio de poder e a partir das construções pretorianas de seus Conselhos de Estado, foram estabelecendo os critérios para as hipóteses concretas a serem apreciadas pelo Judiciário.

Hoje, com a consagração doutrinária dos autores mais representativos, é possível apontar os sintomas principais e que são suficientes para suscitar o exame do ato administrativo perante a administração ou perante o Judiciário, pedindo-se, via de consequência, o reconhecimento do *desvio* e a sua consequente responsabilidade.

Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, *in Sintomas Denunciadores do Desvio de Poder*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1976, p. 27 a 44, arrola, dentre outros, os seguintes indícios ou sintomas de desvio que, para o caso em análise, são de suma valia.

⁵¹ TJRS, 4ª C. ap. 586.011.116 - Porto Alegre, rel. Des. Oscar Gomes Nunes, Adcoos 10, Ano XIX, p. 151.

Assim, temos: precipitação na edição do ato; motivação escassa; circunstâncias locais anteriores à edição do ato; alteração dos fatos; ilogicidade ou injustiça manifesta; contradição do ato com atos ou medidas posteriores e convergência de feixe de sintomas.

Com a ajuda de CRETELLA JÚNIOR, pelo artigo citado, procurar-se-á, em breve síntese, analisar-se os sintomas referidos.

Logo, no que concerne à motivação insuficiente, tem-se que o ato administrativo exprime a vontade da Administração. Se esta é escassa, o intérprete e o destinatário ficam perplexos a respeito da verdadeira razão inspiradora do administrador. Sem dúvida alguma, tal circunstância ofende três incisos do art. 5º da Constituição Federal, a saber: XXXIV, a; XXXV e LV. Sim, pois a motivação insuficiente, por via oblíqua, estará cerceando a defesa do administrado e a possibilidade sua de levar à apreciação do Poder Público ou ao Judiciário a real motivação da Administração que lhe está a ameaçar do direito.

A seu turno, por circunstâncias locais anteriores à edição do ato, leva-se em consideração o momento fático-político anterior à edição do ato. Por exemplo, um prefeito municipal que toma posse num dia e, no seguinte, resolve colocar em disponibilidade remunerada vários funcionários efetivos da edilidade que, durante a eleição, ostensivamente, manifestaram-se contrariamente a sua eleição, sendo que, com isso, força a entidade a um dispêndio sem a devida contraprestação, movido, única e exclusivamente, pelo sentimento egoístico e mesquinho.

No que diz respeito à alteração dos fatos, CRETELLA JÚNIOR menciona o douto CINO VITTA (VITTA, Cino - *Diritto amministrativo* - 3. ed., v. II, p. 421-432) para dizer que a alteração

“verifica-se como a averiguação ou a avaliação dos fatos, em geral, de modo artificial, com a finalidade de submetê-los a aplicação de preceito de lei, sob o qual, de outro modo, não teriam sido enquadrados. O ato é inoportuno quando não pareça justificado por suficientes motivos de fato, embora subsistindo alguns dos fatos que a lei levou em conta, ao passo que é viciado por travisamento (alteração), quando nenhum dos fatos apresentados corresponde à realidade e esteja assim ausente toda exigência de interesse público”. Exemplo “é a ordem de fechamento de edifício de habitação por insalubridade, alterando-se para isso os fatos, quando na verdade a casa é modelo de salubridade”.⁵²

Injustiça manifesta é a diversidade ou disparidade de tratamento atribuída a situações idênticas. A Administração deve agir com ética. Veja-se a hipótese em que um grupo de funcionários cometem faltas disciplinares e apenas um e outro é punido por esta transgressão, quando fica patente que esse um e outro pertencem a facção política diversa.

⁵² CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 06.

Também a motivação contraditória é sintoma inequívoco da presença do desvio de poder e se revela pelo contraste insanável entre os diversos incisos da motivação ou entre a motivação e o dispositivo.

CRETELLA JÚNIOR cita um caso de desapropriação de mansão particular na Bahia, para a instalação, no imóvel, de escola-parque para excepcionais. Neste caso, o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ofertou um parecer, publicado em RDA 118/435, assim se manifestando:

“A menção deste segundo motivo serve, entretanto, para colocar sob suspeita o primeiro, se outras razões não houvesse para tanto. Como duas cogitações tão díspares, o interesse dos excepcionais e a preservação da beleza citadina podem confluir numa expropriação, sem que se suspeite de que tais motivos foram indevida e falsamente invocados, ou ao menos um deles?”⁵³

Enfim, por convergência de feixe de sintomas deve-se entender a presença de um ou mais sintomas.

VI - Conclusões

1 - Nos dias atuais, a moral pública revestiu a forma jurídica de norma, com o comportamento moral tornando-se questão objetiva integrando o Direito.

⁵³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 06.

2 - O conceito de moralidade administrativa, por ser de difícil expressão, quase sempre é fornecido de forma indireta, procurando-se destacar termos e noções daquilo que representa uma conduta aética, arbitrária ou excessiva.

3 - A moralidade administrativa é um direito público subjetivo do cidadão.

4 - O princípio constitucional da moralidade é dotado de normatividade e vinculatividade.

5 - A moralidade administrativa é pré-requisito para o cumprimento dos deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

6 - Ato imoral não é apenas o ato desonesto, mas também o ato formalmente legal, porém aético para com a instituição, como também são imorais os atos eivados de parcialidade e deslealdade.

7 - Para o combate à imoralidade administrativa, a Constituição coloca para o cidadão a Ação Popular e para o Ministério Público a Ação Civil Pública.

8 - O poder administrativo deverá sempre subordinar-se ao bem do serviço público, sob pena de desvio de poder, não importando mais a simples aferição da legalidade estrita, permitindo-se, pois, restrições ao poder administrativo, no que se refere ao móvel que impeliu o administrador a agir.

9 - Para a análise judicial da moralidade administrativa, por vezes ter-se-á que fazer a mesma com uma inflexão ou reflexão sobre o seu mérito, o que vem sendo aceito em algumas decisões de nossos Tribunais, pois com o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, comportamento ético. Em suma, a motivação integra o campo da legalidade; o ato imoral é ilegal e o campo da legalidade/moralidade jamais poderá ser questionado quanto à possibilidade de sua apreciação judicial.

10 - Para o controle eficaz da moralidade administrativa, a nível judicial, quase sempre deverá se lançar mão das provas indiretas, das regras de experiência dos julgadores, assim como das presunções baseadas na experiência e conhecimento dos juizes, sendo tudo isso formalmente válido em nosso Direito Processual, não se podendo aceitar qualquer assertiva de ser a prova indireta de menor valor.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del-Rey, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. São Paulo: EDIPRO, 1994.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GORDILLO, Agustin A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi Lopez, 1975.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: RT, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 17. ed. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et alli*. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del-Rey, 1994.

SANTOS, Ulderico Pires. *Meios de prova*. São Paulo: UPS, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989.

Os Direitos Políticos no Âmbito do Direito Eleitoral e Partidário: Perspectivas Atuais e Futuras

Joel J. Cândido

Escritor, Professor e Advogado no Rio Grande do Sul

1. Não é e nunca foi possível falar em Direito Eleitoral sem ter presente o conceito de direitos políticos. Estes, para JOSÉ AFONSO DA SILVA, “consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular” (*Direito Constitucional Positivo*, 9. ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, SP, 1993, p. 305), ou, como quer CELSO RIBEIRO BASTOS, “o poder que qualquer cidadão tem na condução dos destinos de sua coletividade, de uma forma direta ou indireta” (*Curso de Direito Constitucional*, 14. ed., Editora Saraiva, São Paulo, SP, 1992, p. 236).

2. Historicamente, podemos identificar quais foram as preocupações do Direito Eleitoral no Brasil, nos diversos períodos de sua história, desde o Código Eleitoral de Assis Brasil. Num primeiro momento - 1932, 1934 até 1946 - foi a criação e fixação, na lei e no texto constitucional, da Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário, moldado, praticamente como ainda hoje se encontra, ou seja, Justiça com organização judiciária atípica, diferente da dos outros órgãos judiciários brasileiros. Após, concentrou-se ela em manter o alistamento prévio e permanente, instituto que vem desde o Império. A concessão do título eleitoral ao cidadão era o grande escopo que toldava até o brilho dos próprios pleitos eleitorais. Em seguida, o corolário deste, as eleições passaram a ser o principal objetivo da Justiça Eleitoral, nesta direção canalizando seu potencial de recursos humanos e a própria prestação jurisdicional. Nesta fase, a mais longa delas, e que até hoje se pode nitidamente observar, bastava à Justiça Eleitoral realizar operacionalmente os pleitos, propiciar facilidades de voto a um número maior de eleitores, apurar os sufrágios com rapidez e publicar, também rapidamente, os resultados. Até disputas de presteza e operacionalidade se tornaram moda entre os Tribunais Eleitorais. Havia - e ainda há - uma máxima, hiperestimada por muitos, de que "Justiça Eleitoral é eleição" e em anos sem pleito ela perde sua razão de ser. Em síntese, o melhor Tribunal era o que melhor e mais rápido realizava a eleição.

3. Desde 1946 a esta parte, os fundamentos legais dos direitos políticos não se ampliaram muito. Em razão de textos constitucionais sobre este assunto não auto-aplicáveis, a Justiça Eleitoral praticamente não se preocupou com eles. Constavam, como pena acessória, no velho Código Penal de 1942, raríssimamente aplicada como tal. Nos anos 60,

apareceram, sob forma de “inabilitação”, no conhecido Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, regulador dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos Municipais, hoje, nesta parte, sem recepção pela Constituição Federal. Esta lei foi, também, pouco aplicada, até mesmo em decorrência da importância de seus destinatários específicos no cenário político nacional, o que até hoje acontece, apenas com algumas poucas exceções pretorianas. Somente agora, nestas últimas décadas, e à luz do crescimento das hipóteses do instituto constantes do art. 15 da Constituição Federal, é que foi ele enormemente prestigiado. Passou a constar, como sanção política importante na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa.

Ressalva-se o período revolucionário pós-1964, época de cassação de um grande número de direitos políticos, mas em decorrência de legislação eleitoral extravagante e por motivos exclusivamente políticos.

4. Vale dizer, a Justiça Eleitoral nunca se preocupou, efetivamente, com os direitos políticos *stricto sensu* no Brasil, e, mesmo agora, não obstante algumas mudanças já poderem ser observadas, ela passa, ainda, ao largo desse instituto e de suas complexas e importantes variantes. Mesmo porque, em mais da metade desses 64 anos de Justiça Eleitoral no país, vivemos, ou sob clima de ditadura, ou, no mínimo, de anormalidade constitucional e democrática, onde o poder de sufrágio surge no cenário como mero coadjuvante, senão como vilão.

5. O mesmo se diga em relação ao Direito Partidário, à medida em que, nesse período e até 1988, Direito Eleitoral e

Direito Partidário se confundiam, e era sensível a intervenção do Estado nos partidos políticos, sistema que muitos nem se deram conta, ainda, que terminou.

6. Das matérias do Direito Público, nenhuma delas sofreu modificação maior, nos últimos tempos, do que o Direito Eleitoral, mormente em decorrência da aplicação da informática em seu sistema e em seu processo. Na prática, a prova dessa revolução se nota até com o desaparecimento das quatro grandes fases do microprocesso eleitoral tradicional.- Preparatória, Votação, Escrutínio e Diplomação - que tínhamos desde 1932, hoje nitidamente reduzida em decorrência da adoção do chamado "voto eletrônico".

7. Assim, cumpre repensar a Justiça Eleitoral, sua finalidade, objetivos, caminhos e fundamentos. Cumpre reexaminar seus principais institutos, trabalho que não se exaure e não se confunde com elaboração de projetos de leis novas, repletos de idéias velhas. E é mister repensá-la profundamente, nestes tempos de tecnologia ousada, acessível e disponível a curto prazo, nestes tempos de possibilidade plena de informatização de todo o processo eleitoral, a concluir-se já antes mesmo do final deste milênio. Da Justiça Eleitoral se haverá de esperar mais, muito mais, do que o mero desincumbir-se exitoso da administração e realização de um pleito, o que uma terceirização pode resolver de modo mais eficaz e mais barato, reformulando-se, se for o caso, para esse fim, nosso sistema constitucional. A ela incumbe, com exclusividade, assegurar os direitos políticos do cidadão, bem como executar os casos de sua restrição, observados o contraditório e o devido processo legal.

8. A garantia do pleno gozo dos direitos políticos, como apanágio natural da cidadania, e a perda ou suspensão desses direitos, como sanção política imposta pelo Estado em casos de séria violação à ordem jurídica, é binômio fundamental e imprescindível num Estado Democrático de Direito, representativo e pluripartidário, com sufrágio universal e direto, voto obrigatório e secreto. E a Justiça Eleitoral deve dele amplamente se incumbir, e por ele se responsabilizar.

9. Muito, todavia, se haverá de trilhar até que alcancemos patamar razoável de domínio sobre este fundamental instituto político. São inúmeros os casos de violação a esses direitos, de responsabilidade do próprio Estado, em tese o maior interessado em assegurá-lo e restringi-lo, à luz das circunstâncias que indiquem o melhor caminho na busca de sua finalidade: o Direito como instrumento de melhora da vida social.

10. Não chegamos, ainda, a bem conhecer e aplicar o Direito Eleitoral tradicional, vindo da República Velha, e já estamos envoltos com os mil rumos ditados pela nova era, o que confirma a moderna lição de Alvin Toffler: "nunca, em época alguma, o poder dependeu tanto da informação como hoje".

Não se asseguram os direitos políticos quando, por exemplo, se nega às mulheres e a seus partidos políticos a disponibilidade do percentual de vagas no número de candidatos, direito que só neste pleito conquistaram (Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, art. 11, § 3º), interpretação equivocada mas robustamente prevalente no cenário jurídico nacional. Negam-se os direitos políticos quando se ameaça impedir o eleitor de votar se não exibir

documento público com fotografia (Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, art. 75, *caput*, e Resolução nº 19.515, TSE, de 18.4.96, art. 32, § § 1º e 2º), quando outra é a solução dada pelo legislador para esse caso (CE, art. 147, § 2º), desprezada por intérpretes apressados e deslumbrados com a nova tecnologia a serviço da Justiça Eleitoral. Apesar de ser a sanção política mais eficaz na defesa dos interesses da sociedade contra lesões a seus bens jurídicos tutelados, de aplicação rápida e barata - ao contrário das mazelas das penas tradicionais - não constam, os direitos políticos, disciplinados sequer em uma lei eleitoral, ao contrário das inelegibilidades, instituto este menor e conceitualmente abrangido por aquele. Por falar em inelegibilidades, duvida-se também da eficácia desta que, em tese, não pode fugir do texto constitucional e da lei complementar, mas que, na prática, é imposta pela simples adaptação do julgador, que assim rotula fatos tratados em lei ordinária, a seu exclusivo talante, chancelado o raciocínio flagrantemente inconstitucional por respeitáveis arestos da Grande Corte, todos a desafiar reestudo imediato, científico e mais profundo (JTSE 5(2) 89-92 e 6(4) 285-302).

E que dizer do Ministério Público Eleitoral, o maior legitimado às lides dos direitos políticos em nossa sistemática processual? Como podemos ter esperança, a curto prazo, de ver o instituto garantido ou negado, conforme ditar o interesse maior da ordem jurídica, se a Instituição que deve promovê-lo sequer sabe, a partir de recente resolução do c. TSE (JTSE 6(4) 396-400), qual de seus agentes pode representá-la junto aos órgãos do Poder Judiciário? Como a questão diz com a regularidade da representação processual da parte - e, aí, a importância do tema subestimado por muitos - com sérios ônus quando irregular (CC, art. 13 e CE, art. 358, III), estamos, ou num barco sem timoneiro, ou em

aeronave com piloto sem habilitação. Em qualquer dos casos, aqui, estamos sem rumo, e em perigo!

11. Enfoque breve se impõe, ainda, e ao final - posto que específico - à consequência imediata advinda da introdução mais efetiva e completa da informática no Direito Eleitoral, no que concerne à execução dos direitos políticos como sanção política imposta pelo Estado. Disciplina legal satisfatória e razoável, embora já arranhada pelo transcurso do tempo, constante do vetusto Código Eleitoral de 1965 (arts. 74 a 81), tem sido preterida quando se trata de executar a suspensão ou perda dos direitos políticos, com sérios prejuízos ao cidadão e à organização administrativa da Justiça Eleitoral. Tem sido ela substituída pela facilidade processualmente anárquica do acionar de teclas de computador, feito por funcionário burocrático, à revelia da jurisdição e da competência enquanto mecanismos processuais. Estes mecanismos são inarredáveis, cogentes e básicos, constantes da teoria geral do processo, e sua inobservância vem em prejuízo do devido processo legal e da ampla defesa, princípios fundamentais alicerçados na Constituição Federal.

Só aos ingênuos pode ainda encantar um "Direito Eleitoral meramente de resultado", não se sabendo o que é pior, nesta quadra da vida da Justiça distributiva do país, se os intérpretes do arbítrio ou o arbítrio dos intérpretes.

12. É, porém, hora de terminar esta exposição. E é bom terminar logo para poder iniciar, também logo, posto que urgente, os tempos de pensar. Pensar grande, pensar científico, pensar num Direito Eleitoral moderno e eficaz, a justificar sempre, e por tudo, o enorme sacrifício do contribuinte. É verdade que, bem ou mal, a Justiça Eleitoral, enquanto pôde funcionar, avalizou, nesses anos todos de sua

existência, a democracia e a liberdade neste país. Em metáfora, ela chega a ser quase como uma criança: “quando está perto, realmente incomoda um pouco; porém, quando está longe, deixa saudade e faz muita falta”.

Que não fique da crítica científica deste trabalho a conclusão equivocada do pessimismo. Troque-se a idéia da pregação da desordem ou da irreverência, nunca sugeridas, pela tentativa sincera de mudança. Troque-se o erro pela indagação inovadora e conclua-se como o célebre estadista americano, cujo mandato, aliás, esteve muito envolto com a Justiça Eleitoral de seu país: “o futuro está a nos oferecer não a taça do desespero, mas o cálice da oportunidade”.

Polêmica Constitucional do Princípio da Oportunidade na Remissão

Simone Montez Pinto

Promotora de Justiça

I - Introdução

O constituinte brasileiro felizmente teve a sensibilidade necessária para incluir na Carta Magna preceitos de proteção ao menor, destacando-se o art. 227 *caput*, que assegura, com absoluta prioridade, uma gama de direitos à criança e ao adolescente.

Embora salvaguardados em seara constitucional os direitos menoristas, a marginalização destes é crescente, vez que a problemática do menor no Brasil não é de natureza jurídica, mas, sim, política e socioeconômica. Tal processo marginalizatório está intimamente ligado ao empobrecimento da família brasileira, sendo que, compelido pela necessidade de sobrevivência ou simplesmente desassistido por ausência de infra-estrutura familiar adequada, o menor passa a delinquir.

Dados científicos, levantados pelo Juizado da Infância e da Juventude da comarca do Rio de Janeiro e ressaltados por ALYRIO CAVALLIERI em recente estudo, apontam que 70% dos atos infracionais cometidos constituem crimes contra o patrimônio (fundamentalmente furtos e roubos), enquanto que o perfil da maioria dos menores que os praticaram corresponde a situação socioeconômica familiar deteriorada (*in Livro de Estudos Jurídicos*, n. 06, p. 290, 1. ed., Ed. IEJ).

Atenta ao drama cada vez maior da criança e do adolescente brasileiro, aliás, drama que cresceu tanto que virou tragédia, e à necessidade imperiosa de mudanças, a nova legislação - Lei nº 8.069/90 - promoveu verdadeira revolução em diversas áreas, sendo que uma das maiores inovações foi a sensível ampliação das funções do Ministério Público, encarregando-o da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e conferindo-lhe verdadeira missão social. Para sua consecução, dotou-o de um instrumento inovador, qual seja, a remissão.

II - Remissão: Conceitos Gerais

Remissão vem do latim *remissio*, *remittere*, que significa renunciar, desistir, absolver. Exprime pois, o sentido de perdão.

Essa nova figura da processualística brasileira vem cuidada nos arts. 126 *usque* 128 do Estatuto e consiste na exclusão, suspensão ou extinção do processo para a apuração de ato infracional atribuído a adolescente,

com o intuito de evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da justiça de menores.

Esclareça-se que existem duas formas na remissão. Uma, concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo, devendo ser homologada pela autoridade judiciária; e a outra, quando já instaurado o procedimento judicial, importa na suspensão ou extinção deste, a critério exclusivo da autoridade judicial, desde que previamente ouvido o representante do Ministério Público.

Fixar-nos-emos unicamente na análise da remissão concedida pelo órgão ministerial.

O Ministério Público pode conceder a remissão independentemente da natureza do ato infracional, desde que observados os elementos estabelecidos no art. 126 do ECA. Entretanto, torna-se inconveniente a sua aplicação nas infrações graves, tendo em vista que a remissão, uma vez concedida, não prevalece para efeito de antecedentes (art. 127) e, cometido posteriormente outro ato infracional grave pelo agente, não se poderá invocar a reiteração para efeito de aplicação da medida da internação, *ex vi* do art. 122, II. Destarte, o instituto da remissão deve ficar reservado às infrações leves, como as contravenções e, de regra, aos crimes apenados com detenção.

Outro aspecto interessante da remissão ministerial é a dupla forma pela qual esta pode ser concedida; na primeira delas, o promotor de justiça a concede desacompanhada da aplicação de qualquer medida de proteção ou socioeducativa, ou, no máximo, inclui alguma

que se esgote em si mesma, como, por exemplo, a advertência, ocorrendo por conseguinte a exclusão do processo. A esta chamamos de remissão como *perdão puro e simples*. Em contrapartida a este tipo, apresenta-se a remissão *como um espécie de transação*, que passaremos a analisar.

III - Remissão Transacional

À guisa do que ocorre com a remissão como perdão puro e simples, a remissão como espécie de transação deve observar as circunstâncias descritas no art. 126 do ECA para sua concessão, diferenciando-se daquela exclusivamente pela aplicação de uma medida específica de proteção (v.g., encaminhamento dos pais ou responsáveis), ou socioeducativa (art. 112), salvo a inserção em regime de semiliberdade e a internação, pois estas estão sujeitas ao princípio do *due process of law*, consagrado na Constituição Federal, art. 5, LIV.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE leciona que:

“Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo.” (*in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 387, 1. ed., Ed. Malheiros).

Tal lição vem ao encontro da definição dada por AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA à palavra “transação”, que é “combinação, convênio, ajuste”, pois o Ministério Público tem o poder de, diante das circunstâncias de cada caso e em conformidade com o art. 126, antecipar a medida que seria aplicada no final do processo ao adolescente, evitando assim, o constrangimento que uma representação causaria.

Entretanto, a execução desta medida somente ocorrerá com aquiescência do menor infrator, em atendimento às conhecidas “*Regras de Beijing*” ou “*Regras Mínimas da ONU para Administração da Justiça de Menores*” (Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1995), que exigem o consentimento do adolescente ou seu responsável legal nesta hipótese. Em caso de discordância, o adolescente, seu responsável legal e até mesmo o próprio Ministério Público, poderão requerer *revisão* da medida aplicada à autoridade judiciária, nos termos do art. 128 do Estatuto. Como não foi previsto procedimento específico para tal pedido de revisão, aplicar-se-á o art. 153 da mencionada legislação.

Advirta-se que, como a remissão é um ato complexo, iniciado pelo representante do Ministério Público e concluído pela autoridade judiciária, a medida porventura incluída nesta, somente poderá ser executada após determinação judicial, ficando o procedimento suspenso até o seu fiel cumprimento. Como bem adverte IVAN SÉRGIO TAVARES MERHI, *in verbis*:

“As medidas resultantes da remissão não têm caráter repressivo. O promotor, quando

exclui; o juiz quando suspende ou extingue o processo, não impõem, mas ajustam, combinam, aplicam de comum acordo, medida de caráter meramente assistencial ou educativo, vedadas aquelas restritivas ou privativas de liberdade.” (*in* estudo jurídico à disposição na Coordenadoria das Promotorias de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de Minas Gerais).

De significativa importância apresentou-se para o tema *sub examine*, o colóquio: *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Remissão*, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, contando com a participação de juristas de todas as partes do Brasil, que em sua quarta conclusão estabeleceu:

“A medida socioeducativa, incluída como condição de remissão, não admite substituição *ex officio* podendo apenas ser revista mediante provocação do adolescente, seus pais ou responsáveis e Ministério Público.”

Concluimos, face ao exposto, que a remissão transacional resultou em imenso avanço e modernização para a justiça do menor.

IV - O Princípio da Oportunidade na Legislação Menorista

O Ministério Público detém, como exclusividade, a iniciativa processual nos procedimentos de apuração de atos infracionais cometidos por adolescente, como se depreende do art. 180 III e art. 201 II do ECA.

Todavia, o promotor de justiça não fica obrigado a oferecer representação em todos os casos em que se verifique a ocorrência de ato infracional praticado por inimputável, podendo conceder a remissão desde que presentes os elementos descritos no art. 126 da mencionada legislação. Nisto consiste o princípio da oportunidade, na permissão que é dada ao órgão incumbido da persecução de abster-se de processar dependendo da situação.

O princípio da oportunidade surge, na seara menorista, pois ao Estado interessa a defesa da sociedade quanto à prática de atos infracionais, mas também lhe importa a proteção integral do adolescente, ainda que infrator, cabendo ao representante do Ministério Público valorar a situação *in casu*.

Conforme observa JASON ALBERGARIA, *ipsis litteris*:

“No princípio da oportunidade, além dos pressupostos necessários, o Ministério Público terá que examinar a conveniência do início da ação, com a valoração do momento e circunstâncias.” (*in Comentários ao Estatuto*

da Criança e do Adolescente, p. 138, 2. ed., Ed. Aide).

Antagônico a tal princípio, o da obrigatoriedade ou da legalidade vigora atualmente no Código de Processo Penal pátrio. Advirta-se entretanto, que o "Anteprojeto Frederico Marques do CPP", em trâmite perante o Congresso Nacional, insere de forma especial o princípio da oportunidade (arts. 92 e 233), com semelhante possibilidade de transação.

Recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, analisa singularmente o tema em pauta:

"O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a ação de pretensão socioeducativa, atribuindo-a ao Ministério Público, a quem conferiu o critério de oportunidade, autorizando o *dominus litis* a transacionar em torno de medidas que não impliquem restrições à liberdade pessoal. A remissão não se caracteriza pela imposição, mas pelo ajuste, com aceitação voluntária de medida de proteção ou socioeducativa." (Apelação Cível n. 38.098, relator: desembargador Amaral da Silva).

Hodiernamente, portanto, o princípio da oportunidade encontra-se consagrado não só no âmbito doutrinário, como no legislativo e jurisprudencial.

V - Da Constitucionalidade da Remissão

O instituto da remissão não apresenta qualquer nódoa de inconstitucionalidade, a par da existência de acesa controvérsia gravitando em torno da *magna quaestio*. Entretanto, cremos que opiniões apressadas levaram a este entendimento, visto que o argumento invocado não resiste à mais tímida análise jurídica. Senão vejamos.

Alguns alegam que a remissão é inconstitucional, pois viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Entretanto, esquecem-se que a remissão, embora concedida pelo Ministério Público, sujeita-se ao crivo judicial, devendo ser homologada pela autoridade judiciária para que possa ser executada, conforme dispõe o art. 181 da Lei nº 8.069/90. Outrossim, a lei faculta ainda ao adolescente ou seu responsável legal, bem como ao próprio Ministério Público, o direito de requerer a revisão judicial, a qualquer tempo, desde que insatisfeitos com a medida aplicada na remissão.

Conforme aduzem HUGO NIGRO MAZZILLI e PAULO AFFONSO GARRIDO DE PAULA, *in verbis*:

“O Ministério Público, como órgão independente do Estado, detém parcela da

sua soberania, a ele conferida pela **própria** lei. Quando resolve não acusar ou não efetuar uma representação, fundado em estrita hipótese legal, é o próprio Estado soberano a decidir-se por não efetuar representação. O poder-dever de acusar, de acionar o Estado-juiz para obter uma prestação jurisdicional positiva ou também negativa sobre uma imputação ou sobre uma representação, tem como seu titular o Estado soberano. (...)”

E conclui “ - daí não se gera lesão alguma de direito individual, a merecer apreciação do Poder Judiciário.” (*in O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 32/33, 1. ed., Ed. Apmp).

Por último, o maior mérito do novo instituto, como assevera JURANDIR NORBERTO MARÇURA, consiste em sua utilidade prática, uma vez que grande parte dos casos de menor gravidade podem e devem receber tratamento célere por parte da justiça, com orientação e advertência instantâneas aos menores infratores por parte dos órgãos do Ministério Público. (*in A Remissão é um Instrumento Valioso*, artigo publicado em 24.04.91, no jornal O Estado de São Paulo).

Portanto, não há que se cogitar em violação ao princípio da proteção judiciária, vez que o legislador submeteu esta nova atribuição do promotor de justiça à estrita fiscalização judicial, embasando-se, para tanto, no conhecido princípio democrático de freios e contrapesos.

Aliás, foi esta uma das conclusões do colóquio promovido pelo TJ-SC, supramencionado.

VI - Conclusão

A nosso ver, destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei civilizatória e promoveu neste campo uma verdadeira revolução jurídica, plenamente constitucional, inovando acertadamente em diversos pontos, e em especial quanto ao instituto da remissão.

É importante, por conseguinte, que se compreenda a evolução da realidade social e, sobretudo, que os juízes, os promotores, os advogados, não estabeleçam obstáculos que os impeçam de observar e compreender as modificações ocorridas neste campo.

In terminis, deixamos aqui algumas palavras do ilustre Procurador de Justiça MUNIR CURY, que merecem reflexão:

“Bem comum e interesse público, sendo expressões que se identificam e se incorporam reciprocamente, são a grande ânsia finalística do Ministério Público na luta pelo resgate dos direitos humanos violados, no esforço permanente e na esperança inabalável de construção de uma sociedade mais justa e fraterna.” (*in Temas do Direito do Menor*, p. 16, 1. ed. , Ed. RT).

Reflexões sobre a Culpa na Separação Judicial

Selma Maria Ribeiro Araújo

Promotora de Justiça

“... e minha alma não podia viver sem ele...
Com que dor se ensombreou meu coração ! Tudo
que via era morte para mim... E tudo o que o
lembrava transformava-se para mim em cruelíssimo
martírio. Cheguei a odiar todas as
coisas, porque nada o continha.... Tornei-me para
mim mesmo um grande problema, perguntando à minha
alma por que estava triste e me conturbava tanto,
e ela não sabia o que responder-me.”

(Santo Agostinho, *Confissões*, Ed. das Américas,
SP, 1964, Livro IV, cap. 4, p. 113)

O relacionamento homem-mulher, além de ser objeto de estudos jurídicos, é tema preferido e debatido por artistas:

“poetas, romancistas, compositores, escultores descreveram, cantaram ou esculpiram, das mais variadas formas, as vicissitudes de tal relacionamento. Dramas, tragédias, comédias, aproximações, afastamentos, nascimentos, mortes, amor, ódio, alegrias, tristezas, aceitação, rejeição, luta, cooperação, ilusões, desilusões, marcaram, marcam e certamente acompanharão a história do encontro homem-mulher até o final dos tempos. Essa “multidão de dois”, tendo como berço a paixão, na realidade constitui desafio para qualquer pesquisador pois não passa de um elogio da in/certeza”. (Adaptado de artigo de autoria de João Francisco Neves, membro do IEPSI, em artigo intitulado “Casal ou Pro/cura da In/Compleitude”, publicado na revista *Grifhos*, nº 8, setembro de 1996, p. 15/19).

As leis atinentes ao Direito de Família percorreram um longo e lento caminho até que se conseguisse vencer as resistências da consciência do povo brasileiro à segurança advinda da indissolubilidade do casamento.

As pessoas que, por qualquer motivo, não conseguiam manter a convivência marital, passavam a viver

à margem da vida, mas mantinham o vínculo indissolúvel que, um dia, as unira a outra pessoa.

Esta marginalização era visível não só em relação à Igreja Católica, no que se referia ao sacramento do matrimônio, que permanece indissolúvel, mas também em relação ao aspecto civil do contrato matrimonial.

A resistência do povo brasileiro se devia a uma falsa moral que imperava na sociedade brasileira (será que não impera mais?), que repudiava qualquer relacionamento entre homem e mulher que não tivesse, antes, sido abençoado por Deus e contratado pelas leis dos homens.

Aos poucos, o legislador brasileiro, atendendo aos anseios cada vez mais visíveis e latentes do povo, foi modificando a legislação pátria, admitindo o desquite, sem a possibilidade de novo casamento, depois transformando-o em separação com a possibilidade de convertê-la em divórcio, o próprio divórcio direto, a possibilidade de novo casamento, até o reconhecimento, pela Constituição de 1988, da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, hoje regulamentada por lei.

A evolução legislativa se fez sentir, via de consequência, com relação à filiação, reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, com a proibição de qualquer discriminação referente à filiação, dita, anteriormente, ilegítima.

Com relação à mulher, finalmente, conquistou-se a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Com toda essa evolução legislativa, e tendo a seu dispor institutos capazes de dissolver, até com facilidade, o vínculo que se estabelece com o casamento civil, o número de separações e divórcios aumentou assustadoramente, chegando mesmo a preocupar aqueles que vêm, na família constituída pelo casamento, a “célula mater da sociedade”, usando um chavão antigo e retórico.

Entretanto, o valor desta evolução é apenas histórico e didático, não tendo qualquer aplicação prática, principalmente para aqueles que trabalham com o Direito de Família, seja como Juízes, Promotores ou Advogados.

As separações e os divórcios feitos de forma consensual apresentam menos dificuldades e minoram o desgaste daqueles que se separam. Feito o acordo e homologado pelo Juiz, transforma-se, como qualquer outro contrato, em lei entre as partes, guardada a possibilidade de se rever apenas, e tão-somente, a questão alimentícia, face à aplicação do princípio *rebus sic stantibus*, às obrigações de natureza alimentar.

Inexistindo o acordo, e partindo o casal para uma separação ou divórcio litigiosos (ainda que não se discuta nesta última hipótese a questão da culpa, mas simplesmente o lapso de tempo), o processo para se obter o desfazimento da relação conjugal é desgastante, vez que leva ao questionamento das causas elencadas no art. 5º da Lei nº 6.515/77, competindo ao cônjuge, autor da ação, o

ônus de provar que o fracasso da sociedade conjugal e, conseqüentemente, a insuportabilidade da vida em comum decorreram da conduta desonrosa, ou de grave violação dos deveres do casamento pelo cônjuge-réu.

A prova produzida nestes autos é que vai autorizar o Juiz a decidir a causa, declarando de quem é a culpa e decretando a dissolução da sociedade conjugal.

São as conseqüências para o cônjuge-réu da declaração da culpa questão que sempre nos preocupou, quando da nossa atuação nos processos das Varas de Família. A prova produzida nos autos é fruto do trabalho do advogado, patrono da parte. Vai depender da maior ou menor habilidade do causídico a robustez da prova e, conseqüentemente, o convencimento do Juiz e o direcionamento da manifestação ministerial.

Havendo reconvenção, a solução processual do litígio se torna mais fácil, devido à possibilidade do reconhecimento da culpa recíproca. Não havendo reconvenção, ao magistrado só se permite decidir pela procedência do pedido, com o reconhecimento da culpa atribuída ao réu, ou pela improcedência, se não restarem provados os fatos alegados. Neste caso, o casamento é mantido, embora absolutamente falido.

A jurisprudência continua resistindo à possibilidade de se reconhecer culpa recíproca, quando não há reconvenção.

A subordinação do processo de separação judicial litigiosa às regras rígidas e comuns do Processo Civil

sempre nos pareceu desumana, face às peculiaridades da matéria e das questões ali decididas.

O reconhecimento da culpa, segundo a Lei do Divórcio, ainda influi no direito à guarda dos filhos, ao uso do nome do marido pela mulher e à pensão alimentícia.

A questão da guarda dos filhos, inobstante o disposto no art. 10, da Lei nº 6.515/77, tem sido decidida, observado o interesse efetivo do menor.

Com o divórcio, a mulher volta a assinar seu nome de solteira, exceto nas hipóteses previstas na Lei (parágrafo único do art. 25, da Lei nº 6.515/77).

Quanto aos alimentos, a tendência atual é se decidir pela exoneração recíproca do dever de prestar alimentos, tendo em vista o alegado princípio constitucional da igualdade entre os sexos e o fato de a mulher ter conquistado sua independência financeira, não mais necessitando ser provida pelo ex-marido.

Face a estas constatações, é de se questionar qual a validade do pedido de declaração de culpa na inicial das ações de separação judicial litigiosa e, conseqüentemente, o valor de seu reconhecimento na sentença que dissolve a sociedade conjugal.

Não teria o reconhecimento da culpa o condão de somente tranquilizar a consciência daquele que se diz inocente? Ou de demonstrar para a sociedade que o casamento faliu por culpa do outro?

Todas estas indagações foram motivo de inquietação para nossa consciência quando, por força do ofício, opinamos pelo reconhecimento da culpa nos mais diversos processos de separação judicial em que atuamos, tanto perante a 8ª Vara de Família desta Capital, como nas comarcas do interior por onde passamos.

E, ainda hoje, continuamos questionando o sentido da declaração de culpa nas separações judiciais

Estabelecer o conceito de culpa é tarefa árdua a que se têm dedicado todos os juristas doutrinadores da matéria, tanto no âmbito do Direito Penal, como Civil.

“Savatier, ao definir a culpa, afirma que é necessário assentar ser impossível fazê-lo sem partir da noção de dever, que ele analisa em várias hipóteses ou espécies (deveres legais, deveres de família, deveres morais, obrigações de observar regulamentos, dever geral de não prejudicar o outrem, etc).

Resta por assim definir “ a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil, ou em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples, fora destas matérias contratuais, denomina-se quase delito” (*Traité de la responsabilité civile*, vol. I, nº 4, *apud* Rui Stoco, “Responsabilidade Civil e

sua Interpretação Jurisprudencial 2. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, 1995, p. 51).

Na hipótese do casamento, que pressupõe a existência de um contrato, é de se observar quais os deveres que, se violados, importam no reconhecimento da culpa. É no Código Civil, estatuto revogado e alterado consubstancialmente no que se refere à parte especial que trata do Direito de Família, que vamos encontrar os deveres de ambos e cada um dos cônjuges.

O art. 231 enumera como deveres de ambos os cônjuges: a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos.

Ocorre que, anteriormente à celebração do contrato matrimonial, o casal livremente se comprometera, por força de um sentimento então existente denominado "amor" e foi em função deste que os dois decidiram comungar, antes de qualquer bem, principalmente as suas vidas.

Visto sob a ótica de comunhão de vida, destinada a realizar plenamente cada um dos cônjuges em uma sociedade reconhecida como familiar, é preciso que se analise com reserva qualquer construção jurídica que transforme o casamento numa sociedade como outra qualquer, tutelada pelo Direito.

Melhor seria que a sociedade familiar se desvinculasse da tutela do Estado, que passaria a se

preocupar tão-somente com os aspectos patrimoniais resultantes da sociedade e com a proteção dos filhos.

Estabelecer normas para a celebração da sociedade conjugal é consideravelmente mais fácil, vez que, quando da celebração do vínculo, o sentimento que impera é o da afetividade e o casal a tudo aquiesce.

Estabelecer normas para o desfazimento desta mesma sociedade é tarefa quase impossível para o Direito, uma vez que as normas esbarram, agora, na maioria das vezes, em sentimentos opostos àqueles que uniram o casal e que os impedem de decidir sem rancor, sem mágoa e sem ódio, a respeito do fim do relacionamento.

A nós nos parece que o legislador está atento para a realidade que se nos apresenta. As leis recentemente promulgadas, que tratam da união estável entre homem e mulher, versam sobre temas objetivos, tais como alimentos, participação na sucessão do companheiro, condições para que se tenha direito à meação, não ditando qualquer norma sobre o descumprimento dos deveres, que incluem lealdade, respeito, consideração e assistência moral e material (Lei nº 9.287, de 10/05/96, art. 2º).

Ao que se constata, descumprido qualquer dos deveres, independentemente de culpa, estará rompida e dissolvida a união estável, sem a interferência do Estado para dizer de quem é ou foi a culpa pelo desfazimento da união.

A nosso aviso, interferindo o Estado na celebração do casamento, estaria ele autorizado a interferir na separação e no divórcio, mas apenas, e tão-somente, nos

seus aspectos legais, jamais para dizer a respeito da culpa de qualquer dos cônjuges.

O momento da separação representa o fim da dissolução progressiva de uma vida em comum, e por isso mesmo é uma das mais dolorosas experiências da pessoa humana, mesmo quando aqueles que se separam já não mais se amam.

O fracasso não diz respeito só ao casamento, à sociedade conjugal. A sensação é de fracasso quanto a um projeto inicial de vida. Esta constatação leva qualquer um ao sofrimento pela perda, ainda que do *status* de pessoa casada.

VIRGÍLIO DE SÁ, em 1923, já dizia em sua obra *Direito de Família*, p. 59/63:

“A família não é criada pelo homem, mas pela natureza, porque o legislador não cria a primavera, dado que sendo um fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento que é fenômeno legal” (*in Informativo ADV Boletim Semanal nº 41*, p. 512).

Chega-se à dissolução da sociedade conjugal por incompatibilidade de gênios, pela decomposição de fato do grupo familiar, pela intolerância recíproca, pela ausência de condições propícias à manutenção da vida em comum, inclusive econômico-financeiras, pela cessação definitiva da *affectio maritalis*, pela frustração das relações matrimoniais, pelo desencanto ou decepções da convivência conjugal e são estas e muitas outras as causas que levam

um ou ambos os cônjuges ao descumprimento dos deveres conjugais.

Pergunta-se: de quem é a culpa?

Não teria o outro, dito inocente, esperado demais de uma relação que envolve pessoas humanas absolutamente diferentes, pelo simples fato de serem homem e mulher?

Por outro lado, ainda que cumpridos todos os deveres legais do casamento, a própria

“doutrina reconhece a existência de deveres implícitos do casamento, não expressamente previstos em lei, que decorrem da natureza mesma do casamento, que implica na mais íntima comunhão de vida e que, se descumpridos, impõem a separação, com o reconhecimento de culpa recíproca” (neste sentido decidiu a Segunda Turma Cível do TJDF, em 20.09.85, *Rev. de Doutrina e Jurisprudência* 23/134).

Estes deveres implícitos são enumerados por alguns doutrinadores como: respeito, sinceridade, tolerância, comunicação espiritual, zelo para que a própria honra do consorte não seja atingida, respeito pela dignidade do cônjuge, entre outros, deveres estes que se resumem no *affectio* que deve existir entre os cônjuges.

A violação desses deveres implícitos não acontece do dia para a noite. É paulatina e mina a relação aos poucos. É um desgaste hoje, uma decepção amanhã, uma intolerância que, com o passar do tempo, enfraquecem a

relação, fazem com que o casal perca a cumplicidade e chegue ao desamor e, só então, acontecem as hipóteses previstas no art. 5º da Lei do Divórcio: conduta desonrosa ou atos que importem na violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida do casal. Isto é consequência do descumprimento dos deveres implícitos, hipótese em que achar um culpado é matéria de difícil prova. Afinal, não se trata de um fato isolado, mas de uma seqüência de desgastes na relação do dia-a-dia, uma trama da qual participam ambos os cônjuges e que acaba por tornar insuportável a vida a dois.

FERREIRA PINTO sabiamente preleciona que:

“a causa última, real, verdadeira, decisiva do divórcio culposo é, não a violação dos deveres conjugais, mas, sim, o comprometimento da vida em comum dos cônjuges. Aquela é apenas a objetivação deste, o seu despoletar...” (*Causas do Divórcio*, p. 101, *apud Divórcio e Separação* de YUSSEF SAID CAHALI, Tomo 1, 6. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 451).

Portanto, em matéria de dissolução de sociedade conjugal, a não ser em hipóteses excepcionalíssimas e devidamente comprovadas, seria mais prudente não se falar em culpa exclusiva de qualquer dos cônjuges, sem antes proceder a um exaustivo exame do caráter complementar daquela relação, independentemente de reconvenção.

Vislumbramos como urgente a modificação dos principais dispositivos legais que regulam a separação e o divórcio litigiosos, bem como o seu processo e a criação de outros, que disponham e disciplinem mais humanamente sobre o fim da comunhão de vida representada pelo casamento civil.

Nesta modificação, com toda certeza, a redação do atual art. 5º da Lei nº 6.515/77 autorizaria a propositura da ação de separação por um dos cônjuges, sob a alegação de que a vida em comum tornou-se insuportável, rompendo-se os laços de comunhão.

Não haveria qualquer imputação de culpa, nem qualquer referência aos efeitos de uma presumida culpabilidade.

Ainda que não mudem as leis, a sua aplicação pode se adequar à nova realidade e aos novos tempos, vez que o Direito é ciência essencialmente dinâmica e deve ser colocada a serviço do homem e da solução de seus conflitos e anseios.

Referências Bibliográficas e Obras Consultadas

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 6. ed., Tomos 1 e 2. SP: Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

CARUSO, Igor. *A Separação dos Amantes*. 2. ed. SP: Ed. Diadorim, 1982.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. RJ: Ed. Forense, 4ª tiragem, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e Evolução do Casamento*. PR: Juruá Editora, 1991.

SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. SP: Ed. Forense Universitária, 1990.

STOCO, Rui. *Responsabilidade e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. SP: Ed. Rev. dos Tribunais, 1995.

VILHENA, Júnia de. *Escutando a Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. RJ: Ed. Relume - Dumará, 1991.

Código Civil

Código de Processo Civil

Constituição da República Federativa do Brasil

Revista Grifhos, nº 8, setembro, 1990.

Roteiro Prático para Análise dos Expedientes Enviados pelo TCE e Verificação de Idoneidade dos Convênios Firmados pelos Municípios na Esfera Cível

Marcelo Matar Diniz

Promotor de Justiça

O objetivo da elaboração deste roteiro prático é o auxílio aos colegas membros do *Parquet* na difícil tarefa de análise dos expedientes enviados pelo Tribunal de Contas do Estado, órgão responsável pela emissão de parecer sobre as contas municipais e estaduais. Excessivamente técnico e afeto somente ao aspecto formal das contas apresentadas, o TCE, apesar de tudo, presta relevante serviço à moralidade administrativa. Contudo, o mesmo não apura as grandes fraudes praticadas pelos maus administradores contra o erário público, apurando somente as pequenas irregularidades contábeis, como se demonstrará a seguir, salvo algumas exceções.

Com efeito, ao analisar as contas do município, o TCE analisa aspectos técnico-formais, como:

- respeito ao princípio do prévio empenho;
- respeito ao princípio do procedimento licitatório;
- notas fiscais, notas de empenho e ordens de pagamento devidamente quitadas pelos emitentes;
- reajuste dos vencimentos do Prefeito, Vice-Prefeito, Presidente da Câmara e Vereadores, respeitando o VBCC (Valor base de cálculo corrigido), com base na última resolução reajustando vencimentos deixada pela legislatura anterior;
- aplicação do mínimo legal constitucional de 25% na manutenção e desenvolvimento do ensino etc.

Mas o TCE não analisa aspectos materiais, como:

- idoneidade das notas fiscais apresentadas;
- conclusão das obras realizadas pela Prefeitura, financiadas pelas receitas correntes do município ou pela verba originária de convênios estaduais e federais;
- idoneidade das empresas prestadoras de serviço etc.

Com efeito, considera o TCE que as contas municipais estão em ordem desde que a prova documental esteja correta. O mesmo procedimento seguem as entidades estatais que assinam convênios com os municípios. Apesar de ser obrigação da entidade conveniente, estipulada em *todos os contratos*, a fiscalização *in loco* das obras, compras ou serviços realizados, tal fiscalização *nunca* é feita. As justificativas são as costumeiras: falta de pessoal, impossibilidade material etc. Contudo, a consequência de tal

procedimento é a extrema facilidade dada aos maus gestores da coisa pública para fraudarem o erário. Sem fiscalização, estando a entidade conveniente presa puramente aos aspectos formais, a única preocupação trazida aos administradores é que, formalmente, as contas sejam prestadas. Exemplifica-se:

1. faz-se procedimento licitatório com *cartas marcadas*;
2. providenciam-se notas fiscais fraudulentas, *notas frias*;
3. preenche-se toda a documentação contábil necessária;
4. prestam-se contas como se a obra estivesse concluída.

Como nenhum técnico ou fiscal comparece ao local, estando a documentação correta, o convênio é considerado cumprido e o procedimento é arquivado. E a comunidade então é lesada, sem conhecimento de causa. Inúmeros desvios de verba foram praticados desta maneira em nosso Estado e em nosso País. Trata-se de prática antiga, de difícil combate, amplamente conhecida, pois as facilidades são imensas. Inúmeras pessoas, sob o disfarce de *lobistas* ou *Empresas de Consultoria*, vivem de intermediar verbas entre as Prefeituras e o Estado, cobrando comissões pela liberação. Comissões estas que também serão contabilizadas por meio de *notas frias*.

Considero obrigação do MP, através de seu órgão de execução na comarca, como curador do Patrimônio Público, esta fiscalização e acompanhamento.

Feitas estas considerações iniciais, passemos à análise fática das irregularidades constatadas pelo TCE e suas conseqüências, bem como a forma de agir quanto à verificação do efetivo cumprimento dos convênios.

Cabe salientar que o TCE apenas emite *Parecer* quanto às contas e que a competência para julgamento é da *Câmara Municipal*. Contudo, como é de amplo conhecimento, a aprovação das contas pelo Legislativo não elide a responsabilidade do Alcaide quanto ao controle jurisdicional da legalidade do ato administrativo. A respeito, cita-se:

“A prestação de contas se refere à aplicação do dinheiro público conforme o Orçamento, de acordo com as normas legais sobre despesas, compreendendo aspectos formais e de diretrizes político-administrativas. Eventuais desvios que possam configurar ilicitudes são detectados e por isso o parecer do Tribunal de Contas se inclinando pela rejeição das contas ou sua aprovação parcial. Em alguns casos são situações formais que se corrigem com as diligências. Em outros casos são situações configuradoras de ilícitos - e aí não adianta organizar maioria política na Câmara Municipal para aprovação de contas. Um conluio de políticos não pode negar vigência a lei penal. Aliás, a lei nenhuma.” (Excerto do voto do eminente Ministro Edson Vidigal, em H.C. n. 1583-A-TO, do STJ)

“A Câmara Municipal, Poder Legislativo, não pode substituir o Judiciário, este sim, responsável pela aplicação da lei. Aprovar prestação de contas não elimina crime, em tese, a ser apurado quando indícios evidentes dão conta disso no período, no

âmbito da administração" (Prefeito Municipal - Jurisprudência - João Carlos Menezes, 1. ed., 1994, p. 203)

Irregularidades mais Comuns

1. Despesas sem respeito ao princípio do Prévio Empenho, conforme art. 64 e seguintes da Lei nº 4.320/64

Deve-se atentar para o julgamento das contas pela Câmara Municipal. Se a Câmara considerar que as despesas, embora irregulares, foram de interesse público, estará sanada a irregularidade, conforme súmula nº 12 do TCE. O mesmo se aplica quanto ao desrespeito ao estágio de liquidação.

Súmula nº 12 do TC Estadual:

"As despesas realizadas sem prévio empenho são irregulares e de responsabilidade pessoal do gestor, salvo se o Legislativo as considerar de interesse público e autorizar a competente regularização".

2. Despesas sem o necessário procedimento licitatório

Primeiramente, deve-se solicitar ao TCE a tabela de valores para licitação, em todas as modalidades, para prova da irregularidade. Se a irregularidade for posterior à Lei nº 8429/92, a simples dispensa constitui ato de

improbidade administrativa punível. Sendo anterior, é necessária a prova, em juízo, de que houve efetivo prejuízo ao Estado (considerando que estamos tratando do aspecto civil, pelo que, quanto ao aspecto criminal, existem as sanções da lei de licitações nº 8666/93, mas tratando-se de Prefeito, possui o mesmo foro privilegiado, por prerrogativa de função, cabendo tanto a requisição de Inquérito Policial quanto o ajuizamento de Ação Penal ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça), ou seja:

- a) superfaturamento nas compras ou falta de entrega de mercadoria;
- b) em se tratando de obras, não-realização das mesmas ou utilização de material de qualidade inferior ao constante das notas fiscais, a ser apurado por perícia;
- c) em se tratando de serviços, a não-prestação dos mesmos, ou preços superiores aos usuais.

3. Notas de empenho e ordens de pagamento sem a necessária quitação

Tal constatação pressupõe dois aspectos: ou o serviço/mercadoria não foi prestado/entregue ou não foi efetivamente quitado pelos cofres públicos. Em ambos os casos, existe a irregularidade, punível como enriquecimento ilícito, conforme a Lei nº 8429/92 c/c a de nº 7347/85, pois o numerário foi efetivamente contabilizado, tendo saído dos cofres estatais. Deve, pois, o Alcaide provar que efetivamente efetuou o pagamento, ou, na impossibilidade, que efetivamente recebeu a mercadoria ou serviço.

4. Reajuste dos vencimentos do Prefeito e demais agentes políticos em desacordo com as normas legais

O TC analisa tal aspecto com base nas resoluções a ele enviadas pela Prefeitura na prestação de contas, votadas pela Câmara, e com base na última resolução votada. Se todas as resoluções foram enviadas e o TC apurou a irregularidade, esta é líquida e certa e de difícil defesa.

5. Subvenções, auxílios e contribuições sem leis autorizativas

Relacionadas como despesas não afetas ao município, normalmente exigem a celebração de convênios, como, por exemplo, auxílio-moradia a membros da Polícia Militar, fornecimento de combustível para viaturas etc. Apresentado o convênio, considera-se regular.

6. Aplicação do mínimo legal de 25% da arrecadação na manutenção e desenvolvimento do ensino

Como estamos tratando do aspecto civil, especificamente de ACP, entende certa parcela da Jurisprudência que a mesma não é o procedimento correto para obrigar o município a aplicar tal percentual na educação. Constitui a infração a este dispositivo crime de responsabilidade, conforme Decreto-Lei nº 201/67, e motivo para requerimento de intervenção no município, conforme consta na Constituição Estadual. Nem é possível responsabilizar-se ex-Prefeito por tal conduta, na esfera cível, requerendo ressarcimento ao erário, pois o prejuízo porventura ocorrido deve ser compensado pela próxima administração, em exercícios seguintes. A respeito, cita-se:

“Inadmissível a responsabilização de ex-Prefeito Municipal por lesão a patrimônio público decorrente do descumprimento do art. 212 da CF que determina a aplicação obrigatória de percentual de receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino, pois referida obrigação, uma vez não efetivada em determinado exercício, transfere-se regularmente ao exercício seguinte. É o que se depreende da Lei editada sob sistema constitucional anterior, referente a princípio análogo e aplicada ao caso concreto em face da inexistência de Lei complementar atual, reguladora de matéria, o pedido indenizatório, ademais, torna-se incabível na espécie, diante da ausência de comprovação do prejuízo.” (Apelação Cível n. 179.369 -1/9 - Caconde/SP - 5ª Câ. Cível TJSP - v. u - Apelante: José Eduardo de Oliveira Costa - Apelado: Ministério Público - Relator: Márcio Bonilha - 26.11.92 - RT 694/88)

Todavia, considero possível, quanto à atual administração, a propositura de Ação Civil Pública visando a obrigar a Municipalidade a aplicar os citados 25% no ensino. Contudo, o recomendável e prático é que, em sede de Inquérito Civil Público ou Procedimento Administrativo, resolva-se a questão por Compromisso de Ajustamento de Conduta, fazendo-se a necessária compensação dos percentuais a maior aplicados, *posteriormente* ao exercício em que o preceito não foi cumprido, nunca anteriormente.

Exemplifica-se:

- 1989: 29%
- 1990: 26%
- **1991: 19%**
- 1992: 27%
- 1993: 25%
- 1994: 25%

Deve-se compensar somente o ano de 1992, 2%, desconsiderando-se as aplicações anteriores a maior.

Convênios

Ao receber denúncias quanto a irregularidade na aplicação de recursos oriundos de convênios assinados pelo Município com entidades estatais, as seguintes providências deverão ser tomadas:

1. Instaurar Inquérito Civil Público ou Procedimento Administrativo.
2. Requisitar, com base na Lei nº 8.625/93, Lei complementar Estadual nº 34/94, na forma do art. 10 da Lei nº 7.347/85, informações completas quanto ao cumprimento do convênio, procedimento licitatório e prestação de contas, bem como repasse de numerário pela entidade conveniente e contrapartida pelo município, tanto da Prefeitura Municipal quanto da própria entidade conveniente, para averiguações.

3. Ao receber a documentação, verificar a licitude do processo licitatório, se a modalidade de licitação (tomada de preços, carta-convite ou concorrência pública) era a adequada para o caso, com base na tabela do TCE, e se a documentação dos participantes está correta.
4. Enviar as notas fiscais constantes da Prestação de contas à AF (Arrecadação Fazendária Estadual) do município, visando à verificação de idoneidade das mesmas, quantos aos seguintes aspectos: regularidade da inscrição estadual, regularidade da AIDF (Autorização para impressão de documentos fiscais), se a Empresa é registrada regularmente como fornecedora daquela espécie de mercadoria ou serviço, idoneidade da gráfica e da transportadora da mercadoria, recolhimento de tributos etc.
5. Vistoria, utilizando perito nomeado, no local das obras, se for o caso, para fins de verificação do efetivo cumprimento do convênio. Para tanto, deve ser requisitado o Plano de trabalho e croqui das obras porventura realizadas.
6. Oitiva de testemunhas residentes no local de realização das obras, para fins de verificação dos trabalhos efetivamente realizados e a época em que foram feitos, pelos motivos expostos adiante.

Fraudes mais Comuns

1. Obras

Inclui-se na prestação de contas trecho já concluído em tempos anteriores, em outra administração, tratando-se de calçamento, esgoto, prédios etc. Combate-se com prova testemunhal.

Faz-se apenas a *fachada* da obra, sendo que, internamente, nada consta. Ex.: Em redes de esgoto, cava-se a valeta e depois cobre-se de terra, sem a manilha no interior da mesma e sem ligação com as residências.

Faz-se um trecho inferior ao estipulado no contrato, prestando contas como se a totalidade do mesmo tivesse sido concluída. Ex.: De 5.000 m² de calçamento, constroem-se apenas 4.000 m² e prestam-se contas. A perícia prova tais fraudes.

2. Notas Frias

Nota calçada - Preenchem-se as vias do comprador em um valor e as vias do vendedor em outro, para burlar o fisco.

Copia-se de outra empresa ou imagina-se AIDF falsa e, em parceria com gráfica inidônea, confecciona-se bloco de notas fiscais para venda, com numeração não autorizada, o qual, como não consta no cadastro da Receita, não será fiscalizado.

Também em parceria com gráfica inidônea, confecciona-se bloco de notas fiscais fraudulentas, de empresas

inexistentes, emitindo notas fiscais para si mesmo (para a própria empresa que pretende vender notas frias), justificando, desta forma, a entrada de mercadorias, as quais irão constar na nota vendida ao interessado. Assim, contabiliza-se a entrada e a saída de mercadorias.

Todavia, com os expedientes de investigação anteriormente demonstrados, torna-se muito difícil ao mau gestor mascarar possível desvio de verba. Comprovado o ato de improbidade, normalmente será tipificado como enriquecimento ilícito, art. 9º e seus incisos da Lei nº 8.429/92. Aconselhável, na ACP ajuizada visando ao ressarcimento do erário e à realização das obras, requerer, liminarmente ou como Tutela Antecipada, a *Declaração de Indisponibilidade* dos bens dos réus, conforme o art. 7º da Lei nº 8.429/92, para garantir possível condenação em dinheiro. Também, se necessário à instrução processual, pode-se requerer, *ad limine*, o *afastamento temporário do agente de suas funções*, sem prejuízo de sua remuneração, conforme o art. 20, parágrafo único da citada lei e os ditames da CF, quanto à moralidade e probidade administrativas, trazidas no art. 37 e parágrafos. Fazer, ainda, relatório, juntando a prova colhida e enviando-a à Procuradoria, para análise da repercussão criminal, em se tratando, obviamente, de Prefeito Municipal.

Quanto à legitimidade do MP para propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, a corrente dominante, tanto jurisprudencial quanto doutrinariamente, é positiva e favorável. As disposições constantes das Constituições Federal e Estadual conferem legitimidade ao MP para a propositura de Ação Civil Pública para a proteção do meio ambiente, patrimônio cultural e dos

consumidores, e, ainda, para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”, fórmula genérica que abrange, obviamente, o patrimônio público. A Constituição Federal de 1988, de maneira clara e inequívoca, conferiu expressamente ao MP tal legitimidade, como se expõe:

“Art. 129, III : promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ainda a Lei nº 8.625/93, LONMP, em seu art. 25, preceitua:

“Art. 25, IV : promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

Por fim, na lição de HUGO NIGRO MAZZILLI, em sua obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 6. ed., p. 114:

“A ‘mens legis’ consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público, seja para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de responsabilizar o administrador

anterior ou em exercício por danos por estes causados ao patrimônio público, ou quando razões de moralidade administrativa exigem seja nulificado algum ato ou contrato da administração que esta insiste em preservar, ainda que em grave detrimento do interesse público primário. Como se vê, a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da Ação Popular, como também ao Ministério Público e aos demais legitimados do art. 5º da LACP, que podem promover a defesa judicial de qualquer interesse difuso ou coletivo - não excluída naturalmente a defesa do patrimônio público."

Também a Jurisprudência já se posicionou a respeito, positivamente:

"A idoneidade da ação civil pública, como instrumento de defesa e proteção ao patrimônio público, com manejo assegurado pelo artigo 129, III, da Constituição Federal, adquiriu amplitude maior do que aquela prevista na Lei nº 7.347/85, motivo por que a sua propositura e a ilegitimidade do seu patrocinador só devem encontrar obstáculos nos outros interesses difusos e coletivos" (TJMG, Apelação nº 42.928/2).

Ação Civil Pública - Defesa do Patrimônio Público - Ministério Público - Legitimidade Ativa - Inteligência do art. 129, III da CF/88, c/c o art. 1º da Lei nº 7.347/85 - Precedente -

Recurso Especial não conhecido. "O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao Parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do *patrimônio público* e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85" (Resp. n. 31.547 -9/SP).

É dever primordial do MP a defesa do patrimônio público. O Promotor possui meios para obtenção de informações inacessíveis ao cidadão comum. Não existe necessidade de representação de quem quer que seja para a atuação do MP. Ao verificar a ocorrência de ato de improbidade, o Inquérito ou Procedimento pode ser instaurado de ofício. A Curadoria de Defesa do Cidadão, em Belo Horizonte, possui ampla matéria a respeito, bem como cópias de Petições Iniciais em defesa do patrimônio público, em todos os aspectos, inclusive com relação a concurso público fraudulento, fato corriqueiro no interior (principalmente quanto à concessão de vantagens indevidas a servidores nomeados a título precário, sem concurso), ou a simples inexistência do mesmo. No caso, o objeto da ação não é a defesa do patrimônio público, propriamente dito, mas a defesa da moralidade administrativa que, pelo atual ordenamento jurídico é, inclusive, requisito autônomo para ajuizamento de Ação Popular, logo, obviamente, também de Ação Civil Pública. A legitimidade do MP em propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público não elide a legitimidade do cidadão, eleitor regularmente inscrito, em propor Ação Popular.

A defesa do patrimônio público pelo MP é matéria nova e a Jurisprudência ainda é rara e vacilante, quanto à matéria de fato, principalmente com relação à Lei nº 8.429/92. Cabe, então, aos membros do *Parquet*, no exercício suas funções, contribuírem para a formação de Jurisprudência, com o ajuizamento das respectivas ações, levando a matéria à apreciação do Poder Judiciário.

***“Sursis Antecipado” (Art.
89 - Lei Nº 9.099/95): Direito
Subjetivo do Acusado ou
Mecanismo Jurisdicional Ínsito
na Discricionariedade Regrada do
Acusador Público?***

José Ronald Vasconcelos de Albergaria

Promotor de Justiça

A questão acima posta tem sido alvo de inúmeras controvérsias, com opiniões das mais variadas, dividindo os doutrinadores em sede penal.

Nossos doutos Tribunais, por sua vez, acolhendo, *data venia*, as conclusões precipitadas da Comissão Nacional da Interpretação da Lei nº 9.099/95, sobretudo aquelas estatuídas na sua 13ª cláusula, que assentou que “se o Ministério Público não oferecer a proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 76 e 89, poderá o juiz fazê-lo”, estão agindo, a meu

juízo, de forma equivocada, desrespeitando, inclusive, a Constituição Federal.

Sob a falsa crença de que a suspensão processual do art. 89 da Lei nº 9.099/95 seria “nítido direito subjetivo do acusado”, nossos seletos Tribunais estão determinando a baixa dos autos para ali remetidos em grau de recurso, quando existe apenas o inconformismo da defesa, para as suas Comarcas de origem, a fim de que os Promotores de Justiça, com atribuições nas mesmas, já findas as jurisdições dos seus respectivos Magistrados, formulem o “sursis antecipado”.

Sem embargo disso, na maioria das vezes, as penas aplicadas ultrapassam o limite temporal de um ano, estabelecido como condição para o questionado “benefício” e, mesmo assim, os Em. Juízes Relatores insistem para que a proposta despenalizada seja feita pelo *Parquet*, argumentando que o trânsito em julgado das decisões de 1ª Instância ainda não aconteceu. As causas de aumento de pena, descritas nas denúncias e acatadas pelos Juízes de 1º Grau e que, por isso, elevaram as reprimendas para patamar superior a um ano, são simplesmente desconsideradas em 2º Grau de Jurisdição.

Pior ainda. Se o membro do *Parquet* se recusa a apresentar a proposta de suspensão, o Juiz Relator “impõe” ao colega de 1ª Instância que o faça, provocando a ação da parte adversa para que ela se manifeste nos autos, dizendo se deseja ou não a concessão do “benefício”.

Daí se percebe a pouca importância conferida ao Ministério Público, porque os preclaros Sobrejuízes fazem

tabula rasa do princípio da aplicação consensual da pena, violentam a autonomia da vontade do acusador e conspurcam o princípio do contraditório, ferindo, outrossim, a própria Magna Carta.

Para exemplificar o que vem ocorrendo em todo o Estado de Minas Gerais, quero salientar um caso prático acontecido em minha Promotoria, a 11ª da Capital (9ª Vara Criminal), a fim de melhor abordar a hipótese vertente aqui questionada. Fui surpreendido pela decisão de uma Em. Juíza do Tribunal de Alçada, Relatora de um processo-crime onde uma médica, condenada a um ano e quatro meses de detenção, por incursa nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, em grau de apelação, buscava a sua absolvição. Não houve recurso do Ministério Público, que se limitou às premissas do silogismo apresentado pela d. defesa.

Uma exposição sucinta do caso, como forma de digressão para a resposta da indagação em estudo, como disse anteriormente, parece-me de grande valia, porque colegas no interior de Minas têm sofrido com o mesmo problema.

Pois bem, a Em. Juíza acima citada entendeu ser aplicável ao caso supra-referido o instituto da suspensão (art. 89 da Lei nº 9.099/95), razão pela qual devolveu o feito ao Juízo *a quo*, para que o *Parquet* formulasse a sua proposta para a paralisação do processo.

Diante da recusa justificada do Ministério Público, que compreendeu ser incabível a suspensão processual, o MM. Juiz Sentenciante enviou os autos ao

Tribunal *ad quem*. Todavia, por mais uma vez, a Juíza Relatora, interpretando que a suspensão seria de fato direito subjetivo da sentenciada, determinou o retorno dos autos ao Juízo de 1ª Instância, quando o ínclito Magistrado, secundando o entendimento de sua colega, ouvidos e acordes advogado e apelante, suspendeu o feito, à revelia do *Parquet*.

Com efeito, em última análise, travestiu-se o Magistrado *a quo* em verdadeiro Juiz-acusador ao conceder, de ofício, já finda a sua jurisdição, o benefício em foco, violando, assim, direito líquido e certo do *Parquet*, pois somente o órgão ministerial detém, com exclusividade, a oportunidade e a conveniência para formular a proposta despenalizadora em tela, na condição de titular da ação penal.

Some-se a isso a disposição contida no art. 90 da lei que criou os Juizados Especiais Criminais, *verbis*:

“Art. 90. As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver finda.”

A exegese do referido artigo é claríssima. Uma vez iniciada a instrução criminal, as disposições da Lei nº 9.099/95 são inaplicáveis.

Eis aí a primeira razão para que os colegas rejeitem as decisões dos seus respectivos Juízes, notadamente nos casos em que a suspensão atinge feitos já decididos em 1ª Instância e que retornam às Comarcas de origem para o mister acima apontado.

É bom lembrarmos que se o mencionado artigo, em face do princípio constitucional da retroatividade incondicional da lei nova menos severa (art. 5º, XL, CF; art. 2º, parágrafo único, CP), *a priori*, merece algumas ressalvas, também é certo admitirmos que ele ainda se encontra em plena vigência, até porque, sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou.

Sendo assim, como conclusão lógica, podemos inferir que o art. 90 da Lei nº 9.099/95, não tendo sido revogado, ainda regula a matéria em discussão.

De outra face, uma segunda questão também merece a nossa atenção. O fim precípua da jurisdição é a composição da lide através do processo. O Juiz, ouvindo os litigantes, colhendo os elementos probatórios para a sua convicção, desinteressada e imparcialmente, emite juízo de valor sobre a pretensão que serviu de base ao litígio, dando a cada um o que é seu.

Todavia, uma vez esgotada a sua jurisdição, prolatada a sentença que tornou efetiva a vontade concreta da lei, como poderia o magistrado manifestar-se novamente no feito, suspendendo o processo, como querem os Sobrejuizes dos nossos dois Tribunais? Demais disso, os órgãos jurisdicionais precisam ser provocados para atuar. Logo, a atividade jurisdicional não pode automovimentar-se. Trata-se de atividade inicialmente inerte, expressa na máxima *wo kein anklager ist, auch kein richter* (onde não há acusador, não há juiz).

Logo, contrapondo-se a atividade jurisdicional à atividade provocadora, cumpre gizarmos que sem ter

cobrado pela ação da parte o magistrado não tem como entregar-lhe a sua prestação judicial.

Portanto, se o detentor da oportunidade para a feitura da suspensão antecipada, no caso, o órgão do Ministério Público, fundamentando sua posição, se recusa a apresentar a proposta do art. 89, da Lei nº 9.099/95, o juiz, por sua livre conta, de ofício, não poderia exercitá-la porque estaria invadindo atribuições conferidas, com exclusividade, ao *Parquet*.

Ora, vigora no processo de tipo acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito, consagrado pela nossa Constituição Federal, a regra de igualdade processual, segundo a qual as partes se encontram no mesmo plano, com direitos iguais.

Cumpra lembrar que se a ação penal é o direito de se invocar a tutela jurisdicional do Estado, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-Juiz invoque a si mesmo a tutela em apreço. O próprio juiz estaria solicitando uma providência a si mesmo. Haveria, como muito bem diz CARNELUTTI, jurisdição sem ação como se tem no processo de tipo inquisitório adotado pelos Estados totalitários.

Por isso, a solução mais consentânea com a Justiça seria, então, nos casos em que o juiz e promotor divergem quanto à aplicação da suspensão, a remessa do feito para a apreciação do ilustre Procurador-Geral, nos moldes do art. 28, do CPP.

Na realidade, no exemplo comentado, desde a minha primeira manifestação nos autos, solicitei do MM. Juiz *a quo* o envio do processo ao Exmo. Sr. Procurador-Geral. Como não fui atendido, impetrei a segurança de estilo.

Vê-se, com isso, que toda a questão até aqui gizada está cingida, indiscutivelmente, ao alegado “direito público subjetivo” do acusado.

O conceituado professor AFRÂNIO SILVA JARDIM posicionou-se da seguinte maneira, *verbis*:

“Já a suspensão condicional do processo seria uma mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal. O artigo 42 do Código de Processo Penal diz que o Ministério Público não pode desistir da ação que tenha exercitado. A Lei nº 9.099/95 diz que, naqueles casos, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode propor ao réu a suspensão condicional do processo, após o que, cumpridos aqueles requisitos que a Lei prevê e que o Juiz pode estipular, está extinta a punibilidade através desse instituto: suspensão condicional do processo. O réu teria direito à suspensão condicional do processo ou é uma mitigação ao princípio da indisponibilidade? É uma faculdade jurídica do Ministério Público? Parece-me que é uma faculdade jurídica do Ministério Público.”

Para fazer essa ilação, o eminente mestre, doutor em Direito Penal e Processual Penal, estudou o

perdão judicial na ação privada. Nela, o querelante, usando a discricionariedade, excepcionando o princípio da indisponibilidade da ação penal, concede o perdão ao querelado. Pergunta-se: o querelado teria o direito de exigir o perdão do querelante? É óbvio que não. O perdão somente ocorreu em virtude da discricionariedade utilizada pelo querelante. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em face do Ministério Público.

Enfocando a mesma questão acima aduzida, defendendo a premissa de que a suspensão processual não é um “direito público subjetivo do acusado”, MARINO PAZZAGLINI FILHO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SMANIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE, *in Juizado Especial Criminal-Aspectos Práticos da Lei nº 9.099/95*, p. 95, anotaram o seguinte, *verbis*:

“Como detentor da exclusividade da ação penal pública, somente o Ministério Público poderá dispô-la nos termos da própria Constituição Federal (art. 98, I) e da Lei nº 9.099/95, propondo, juntamente com a denúncia, a suspensão condicional do processo, que somente poderá ser homologada pelo Poder Judiciário após expressa aceitação do acusado e análise de sua legalidade. Assim, somente em virtude de consenso, ou seja, da possibilidade desta transação processual entre o Estado, através do Ministério Público, e o acusado, devidamente acompanhado por seu advogado, permitida no texto constitucional (art. 98, I), é que poderá afastar-se o

processo suspendendo-o, por tempo determinado, e aplicando condições ao acusado."

"Existindo, pois, *jus puniendi* e *jus punitonis* do Estado na aplicação e efetivação da pena pela autoridade judicial competente, por crime definido em lei, através do devido processo legal, não há como sustentar existência de direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo."

No mesmo diapasão, LUCAS PIMENTEL DE OLIVEIRA (*Juizados Especiais Criminais*, Edipro, 1995, p. 76), sustenta que a suspensão do processo,

"ao contrário do infeliz entendimento que se aflora, não é um direito subjetivo do acusado, constituindo verdadeiro mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade limitada ou regrada do acusador público, emanada do ordenamento jurídico... a discricionariedade regrada, reitere-se, confere ao acusador público, e só a ele, a análise da conveniência de se propor ou não a suspensão, de acordo com a política criminal exigida pela realidade de cada comarca. É preciso abandonar o vetusto sistema da obrigatoriedade da ação penal e aceitar o revolucionário instituto da forma como previsto, sem distorções".

De outra parte, o competente DR. GIOVANI MANSUR DE SOLHA PANTUZZO, digno Promotor de Justiça

da Capital, assessorando o preclaro Procurador-Geral de Justiça, em recente recurso ordinário por ele aviado e endereçado ao seletor Superior Tribunal de Justiça, teceu argumentos irretorquíveis contra o alegado “direito público subjetivo” do acusado, o fazendo da seguinte maneira:

“Outro aspecto que chama a atenção é que, nos termos do artigo 89 *sub oculi*, são requisitos para a concessão da suspensão do processo, além do fato de que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, aqueles outros que autorizam a concessão da suspensão condicional da pena, elencados no artigo 77 do Código Penal.

O primeiro requisito ali contido é de aferição objetiva: diz respeito à não reincidência em crime doloso. Porém, as condições previstas no inciso II, do referido artigo 77, são de índole exclusivamente subjetiva: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias.

Fica difícil conceber a idéia da suspensão da pena como direito subjetivo do acusado, tendo em vista a existência de requisitos cuja satisfação somente poderá ser definida a partir da análise de ordem subjetiva. Como poderia o acusado afirmar-se detentor de todos os requisitos legais exigidos para a obtenção da suspensão, se não lhe compete formular juízo acerca dos itens arrolados no inciso II, do artigo 77, do Código Penal?

Antes da aferição oficial da satisfação de tais requisitos, não se pode afirmar que tenha o acusado qualquer direito à suspensão preconizada no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais.”

Cumpre destacarmos o que disseram, sobre o tema em exame, os membros que elaboraram o Anteprojeto de Lei, do qual resultou a Lei nº 9.099/95, os ilustres professores ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ADA PELLEGRINI GRINOVER, *verbis*:

“Mesmo para a transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação que elimina ou suspende o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais.”

Ensinaram, ainda, os doutrinadores, *verbis*:

“Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus asseguradas às partes ao longo de todo o processo.”

Mais adiante, repisaram o entendimento, *verbis*:

“Em suma, presentes todos os requisitos legais da suspensão condicional do processo, deve o Ministério Público formular a proposta respectiva. E se, mesmo assim, não o fizer? Cremos que agir de ofício o juiz não pode (há quem pense de modo contrário: Damásio E. de Jesus, por exemplo).”

Das lições supracitadas, percebe-se, sem sombra de dúvida, que o Judiciário não pode sobrepor-se ao Ministério Público, porquanto a segunda instituição detém, com exclusividade, como parte acusatória, a titularidade da ação penal.

A competente ADA PELLEGRINI GRINOVER, procurando solucionar a questão controvertida em exame, de forma magistral, asseverou o seguinte, *verbis*:

“São essas as razões pelas quais nos animamos a oferecer outra sugestão, menos simples - é verdade - mas consentânea com os princípios constitucionais do processo e com a preservação da autonomia da vontade: consiste ela na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. Considerando improcedentes as razões invocadas pelo representante do *Parquet* para deixar de propor a transação - e essas razões devem ser necessariamente manifestadas, em respeito ao princípio constitucional da motivação do ato administrativo, implícito no art. 37, CF e expresso no art. 11 da Constituição do

Estado de São Paulo, aplicando-se, ainda, ao Ministério Público o art. 129, VIII, CF e o art. 43, III, de sua lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) - o juiz fará a remessa das peças de informação ao Procurador-Geral e este poderá oferecer a proposta, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistir em não formulá-la. Neste último caso, nada mais resta a fazer do que designar a audiência prevista na lei para o rito sumaríssimo (art. 77 ss.), o que também ocorrerá se se tratar de queixa-crime e não quiser o querelante oferecer proposta de acordo penal."

A solução apontada pela ilustre professora tem o condão de coibir equívocos ou mesmo abusos porventura praticados pelos órgãos de execução do Ministério Público, além de preservar o sistema acusatório adotado pelo nosso Código de Processo Penal e, finalmente, de melhor se adequar ao espírito da nova lei, que conferiu ao *Parquet*, unicamente, a possibilidade de oferecimento da transação penal em estudo.

De outro lado, em sentido contrário ao até aqui estudado, argumentam os defensores da corrente doutrinária do alegado *direito público subjetivo* que tal instituto se assemelharia ao *sursis*, que a seu turno, por sua ótica, também se trataria de *direito subjetivo* do condenado.

No entanto, segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, in *Comentários ao Código Penal*, Editora Saraiva, p. 720, *verbis*:

“O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais um direito público de liberdade do condenado nem incidente de execução. É medida penal de natureza restritiva da liberdade. Trata-se de pena. Não é um benefício.”

De igual maneira, MIGUEL REALE JÚNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO (Forense, 1987, p. 211 - *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*), entendem que o *sursis* encerra uma autêntica pena restritiva de direitos, não se tratando, assim, de mero benefício ou mesmo de um direito do réu. Dizem eles que a essência, claramente sancionatória, da suspensão condicional, como manifesta e evidente restrição de direitos, vem indicada pela Lei de Execução Penal, que a retirou dos incidentes de execução e a incluiu na parte referente à execução das penas em espécie.

Na mesma esteira, JASON SOARES DE ALBERGARIA, *in Comentários à Lei de Execução Penal*, Editora Aidê, dispõe que a doutrina ainda é discordante quanto à natureza jurídica da suspensão condicional. Para uns é pena, para outros, medida de segurança. Ou um misto de pena e medida de segurança. Sob a perspectiva jurídica, a suspensão condicional é uma pena porque há intromissão na esfera jurídica do condenado, com a submissão a medidas de tratamento social e a obrigações impostas pelo juiz ou por lei. Sob o enfoque da política criminal, o *sursis* é uma modalidade de tratamento reeducativo em meio livre.

Na realidade, em síntese, o *sursis* é uma pena cujo fim preventivo especial se confunde com o tratamento reeducativo em meio livre.

Assim, importando o *sursis* em verdadeira restrição de direitos do condenado, é óbvia a conclusão de que tal instituto jamais poderia ser tido como sendo um *benefício ou direito do réu*.

Deduz-se, portanto, que as premissas do silogismo ardorosamente advogado por aqueles que entendem ser a suspensão do processo um *direito do acusado*, porque *idêntico*, o falado instituto, ao *sursis*, se equivocam inteiramente, porquanto sua argumentação está centrada em aforismos falsos. O *sursis*, como se viu, não é um direito subjetivo do condenado. Logo, a suspensão do art. 89 da Lei nº 9.099/95, *data venia*, também não pode ser considerada como um *direito do imputado*.

A comparação entre os dois institutos, peço *venia* mais uma vez, traria como ilação lógica justamente silogismo antagônico ao defendido por aqueles que pensam ser a suspensão do art. 89 *direito público subjetivo* do acusado. Se o *sursis* e a *suspensão antecipada* trazem em seu bojo medidas restritivas de direitos, daí decorre que ambos, por certo, jamais poderiam ser taxados sob a perspectiva de serem *direitos subjetivos* dos condenados e acusados.

Tutela Penal do Patrimônio Genético

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Promotor de Justiça

Marcelo Dias Varella

*Acadêmico/Estagiário do Núcleo de Estudos
Jurídicos Procurador de Justiça Sizenando
Rodrigues de Barros Filho*

I - Introdução

A evolução da pesquisa científica tem fornecido ao homem uma gama considerável de conhecimentos novos, capacitando-o a intervir de maneira eficiente em acontecimentos verificados na natureza. Paralelamente ao progresso científico, a sociedade moderna vivencia assombroso desenvolvimento tecnológico que confere suporte prático às conquistas científicas. A química, a física, a biologia e, sob uma ótica mais recente, a informática, a imunologia, a tecnologia aeroespacial, entre outras, são

exemplos de áreas que apresentaram significativo desenvolvimento.

Neste contexto, a biotecnologia constitui tema de especial interesse. Modernamente, a manipulação de genes é uma realidade. Na agricultura, é possível obter-se melhoria e variedade de elementos vegetais destinados ao consumo humano, aumentar-se a produtividade das lavouras, adaptando os cultivos aos terrenos antes considerados improdutivos. No campo da medicina, a biotecnologia induz a descoberta de novas drogas aptas ao melhor combate das doenças que assolam a humanidade, ao mesmo tempo em que possibilita a interferência no processo de fecundação dos seres humanos.

Os avanços tecnológicos fizeram surgir novas situações sociais, que exigem a intervenção do direito, e as normas jurídicas devem adequar-se ao progresso científico e enfrentar, até mesmo, as questões éticas que se apresentam à sociedade moderna. Para satisfazer tais pretensões, o ordenamento jurídico pátrio vem sendo atualizado, principalmente nos últimos cinco ou dez anos, com a incorporação de novas leis, decretos e portarias, visando regulamentar a matéria.

Dentre as questões que demandam regulamentação, uma das mais importantes é a que trata do tema da biossegurança. A expressão é pouco conhecida entre os profissionais do Direito, mas seu significado se deduz do próprio nome, pois refere-se à necessidade de segurança quando das pesquisas e manipulação de seres vivos, entendendo-se como organismos vivos as células humanas, de outros animais ou até mesmo de vegetais. A

manipulação genética possibilita a criação de novas formas de vida bem como a alteração do patrimônio genético de espécies vivas. As atividades laboratoriais e a emissão de organismos geneticamente modificados no meio ambiente devem ser controladas pela ordem jurídica, de modo a garantir a vida e a saúde do homem, dos animais e vegetais, bem como o equilíbrio do meio ambiente. Os perigos que a nova realidade proporciona aos interesses sociais devem ser considerados, de modo que a intervenção do Direito possa fornecer tutela eficaz aos bens jurídicos importantes à comunidade.

Na oportunidade, pretende-se fomentar o debate sobre a legislação que busca regulamentar o tema da biossegurança e, especificamente, sobre os tipos penais previstos na Lei nº 8.974/95.

II - Biotecnologia

A biotecnologia, segundo a Associação Brasileira de Empresas de Biotecnologia (ABRABI), pode ser definida como qualquer "tecnologia que utiliza seres vivos (ou suas partes funcionantes) na produção industrial de bens ou serviços"¹. Já a *Organization for Economic Cooperation and Development* - OECD² define biotecnologia como a

¹ ABRABI. *Contribuição para um tratamento da biotecnologia moderna na nova lei de propriedade industrial*. Brasília, 1991, p.13.

² A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD) é uma organização inter-governamental, fundada em 1960 e que reúne hoje as 25 importantes economias do planeta.

“aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais, através de agentes biológicos, para prover bens e serviços”.³ A biotecnologia utiliza processos biológicos na produção industrial, relacionando os princípios da microbiologia, bioquímica, química industrial e a engenharia de fabricação.⁴ A biotecnologia caracteriza-se por seu aspecto interdisciplinar e visa produzir, artificialmente e de maneira rápida, o que a natureza pode fazer por meio da seleção natural, ao longo dos séculos.

Em termos gerais, a biotecnologia trabalha com duas linhas básicas de atividade. A primeira delas consiste nas fermentações e a outra, na cultura de tecidos e células.⁵

O tema da biossegurança envolve o conhecimento de noções próprias às ciências biológicas e os operadores do Direito não poderão fugir da análise interdisciplinar. Assim, vale observar que o material fermentado utilizado em biotecnologia advém das fusões celulares e de DNAs recombinantes.

A fusão celular “consiste na fusão de duas células de forma a transmitir os seus códigos genéticos a um

³ PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmento. *Biotecnologia e agricultura - Perspectivas para o caso brasileiro*. Petrópolis: Vozes/Biomatrix Empr. Biotecnologia Ltda. 1984, p.54.

⁴ ANCIÃES, Wanderley e CASSIOLATO, José Eduardo. *Biotecnologia: seus impactos no setor industrial*. Brasília: CNPq, 1985, p.155.

⁵ FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.147.

só híbrido"⁶. A fusão celular importa na criação de novas formas de vida, com inovação de patrimônio genético.

A Lei nº 8.974/95, em seu artigo 3º, define o ácido desoxirribonucléico como material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência, e moléculas de DNA (*ADN-deoxyribonucleic acid*) recombinantes aquelas manipuladas fora das células vivas, mediante a modificação de seus segmentos naturais ou sintéticos que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as células resultantes dessa multiplicação. O dispositivo legal dispõe que devam ser considerados segmentos sintéticos de DNA os equivalentes aos naturais. A previsão legal colheu auxílio na literatura científica, que define o ácido desoxirribonucléico - DNA recombinante como sendo a "modificação do patrimônio hereditário de um organismo pela introdução de uma nova mensagem genética pertencente a um organismo de espécie diferente"⁷.

O material da cultura de tecidos e células advém das técnicas de manipulação desenvolvidas pela biotecnologia, como as do DNA recombinante e da fusão de células.

A biotecnologia é capaz de produzir materiais biológicos antes inexistentes e tal fato adquire significativa repercussão social. Na agricultura, por exemplo, a biotecnologia provocou mudança nos paradigmas

⁶ PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmiento. Ob. Cit. p. 53.

⁷ PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmiento. Ob. Cit. p.56.

tradicionais, de modo que hoje, ao contrário do que vinha ocorrendo até então, promove-se a adaptação da planta ao meio ambiente, o que pode tornar 30% dos solos do planeta considerados impróprios, cultiváveis.⁸

Pode-se verificar a existência de quatro tipos básicos de invenções biotecnológicas, que se relacionam a produtos, às composições, aos processos e aos métodos de utilização de técnicas de biotecnologia.⁹

Os produtos biotecnológicos consistem em materiais ou organismos novos, como tais podendo-se considerar os microorganismos (como bactérias, fungos), partes de organismos (como linhagens celulares), substâncias produzidas por qualquer um desses (como enzimas, antibióticos) e substâncias obtidas por ou utilizadas em técnicas de DNA recombinante (como plasmídios, moléculas de DNA). Conforme a Lei nº 8.974/95, em seu art. 3º, inciso I, para fins de biossegurança, considera-se organismo toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas.

As composições são invenções biotecnológicas que advêm da mistura de substâncias ou organismos que, individualmente, podem ser conhecidos, mas combinados possuem novas propriedades ou produzem novos efeitos.

⁸ PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmento. Ob. Cit. p.83.

⁹ CANHOS, Dora Ann Lange. *Patentes em biotecnologia*. Campinas: FTPT André Tosello, 1991, p.6. No mesmo sentido: FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ob. Cit. p.164.

Os processos biotecnológicos são métodos utilizados para a manufatura de produtos e incluem bioconversões, fermentações e métodos de isolamento, purificação ou cultivo. Para caracterizar uma invenção, os métodos podem ser originais, quando nunca utilizados para a produção de substâncias já conhecidas ou novas, como também métodos conhecidos, quando utilizados em novas situações ou na produção de novas substâncias.

As invenções biotecnológicas relacionadas aos métodos de utilização dizem respeito ao processamento ou tratamento de materiais (matéria prima industrial ou produtos agrícolas), tratamentos não-médicos de soros humanos e animais, métodos médicos *fora-do-corpo* (métodos de diagnósticos), métodos de testes (como controle de qualidade) e, ainda, tratamento médico em seres humanos e animais.

A biotecnologia subdivide-se em vários ramos de atividades específicas, que podem ser identificados pela microbiologia, a engenharia genética, a biologia molecular, a bioquímica e a engenharia bioquímica, entre outras.¹⁰ Desta forma, a biotecnologia se apresenta importante para dezenas de setores da economia.¹¹

Com o crescimento da indústria internacional e conseqüente avanço tecnológico, o interesse pela melhoria das características genéticas cresceu de maneira extraordinária. Em pouco tempo, tornou-se uma das mais

¹⁰ PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmiento. Ob. Cit. p. 37.

¹¹ MOREIRA FILHO, Carlos Alberto. *Investimento e inovação em setores usuários de biotecnologias no Brasil*. 1995, p.29.

importantes áreas do conhecimento. Transformou-se numa fonte de esperança para a população mundial, uma vez que descobriu novos métodos para o combate de doenças, novas técnicas para a destruição de pragas e novas variedades de plantas, estas mais produtivas, mais resistentes, mais protéicas. Acredita-se que a biotecnologia representará a melhor arma contra a fome que assola diversas regiões do planeta.

No Brasil, a biotecnologia clássica possui um mercado de US\$ 16 bilhões anuais, maior que o mercado da química fina e o da informática. Embora a biotecnologia moderna ainda tenha participação pequena, estando hoje em torno de US\$ 600 milhões, projeta para o ano 2000 movimentar cerca de US\$ 2 bilhões¹². As atividades de biotecnologia envolvem cerca de 15 mil pesquisadores em todo o país, sendo que 4 mil são cientistas que atuam em biotecnologias modernas e intermediárias¹³. O direito não poderia ficar alheio a um setor científico com tamanho alcance social.

A manipulação genética em animais mostrou-se capaz de *criar* diversos novos seres. Entre os exemplos mais famosos, o *rato de Harvard* ficou mundialmente conhecido por possuir capacidade de desenvolver o câncer de mama e, assim, ser objeto de estudos científicos que

¹² ABRABI. *Contribuição para um tratamento da biotecnologia moderna na nova lei de propriedade industrial*. Brasília, 1991., p.38.

¹³ ABRABI *apud* BEZERRA, Fernando. Voto do Senador Fernando Bezerra, relator do Projeto de Propriedade Industrial, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal. Brasília, 1995, p. 6.

visem alcançar a cura para a doença.¹⁴ Mas outras aplicações já chegaram ao conhecimento público, como os suínos com baixa percentagem de gordura; os bovinos resistentes aos climas do Centro-Oeste brasileiro, provenientes da raça *zebu*; peixes híbridos, como o *tambacu*, que resulta do cruzamento laboratorial do *tambaqui* com o *pacu*, e que tem como vantagem possuir as características boas de ambas as raças, além de muitas outras.

No que diz respeito aos medicamentos, estima-se hoje que 30% dos produtos farmacêuticos advêm dos avanços biotecnológicos.¹⁵ As pesquisas mais avançadas buscam a prevenção de doenças por meio da análise das seqüências genéticas do feto. Nesse sentido, vale ressaltar o trabalho desenvolvido no projeto Genoma Humano, que visa decifrar todas as características da mensagem hereditária humana presente no DNA até 2005.¹⁶ O trabalho envolve o mapeamento dos quase 100 mil genes, distribuídos pelos 23 pares de cromossomos humanos. Caso se obtenha êxito, será possível determinar, com precisão, as características de determinado indivíduo, como a cor dos olhos, cabelos, ou tez, antes mesmo de sua fecundação.

Neste ponto específico, diversas questões éticas se apresentam e merecem a atenção do Direito. Não se pode olvidar que na segunda metade da década de trinta e início dos anos quarenta, Adolf Hitler conseguiu convencer

¹⁴ FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p. 156. O rato de Harvard ficou conhecido por ser o primeiro ser vivo a ser patenteado.

¹⁵ CORREA, Carlos M. *Indústria farmacêutica y biotecnología. Oportunidades y desafíos para los países en desarrollo*. México: Comércio Exterior. V. 4. n. 11., 1992, p.1009.

¹⁶ FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p.141.

milhões de pessoas da superioridade da raça ariana que, mais evoluída que as demais, deveria ser a etnia dominante em todo o mundo. A segunda grande guerra foi o instrumento de realização de seu sonho e a experiência custou a vida de cerca de 30 milhões de vidas humanas.

Como se sabe, durante a segunda guerra mundial muitas experiências foram realizadas com seres humanos visando ao aperfeiçoamento das raças. No desenvolvimento de tais experiências, praticaram-se violências contra a pessoa humana nunca antes imaginadas. Caso Hitler conhecesse a engenharia genética com a evolução que se apresenta nos dias de hoje, talvez seu sonho não fosse tão difícil de alcançar, mas seria igualmente nocivo à moral e à ética.

Atualmente, os estudos da engenharia genética e molecular no campo humano atingiram níveis de desenvolvimento espantosos. Em 24 de outubro de 1992, um jornal relatava que um pesquisador conseguira a clonagem de embriões humanos com sucesso.¹⁷ Isto significa que seria possível a criação de dezenas de seres humanos com determinadas características idênticas, em laboratório.

Outro aspecto que merece a atenção do Direito, relaciona-se com a emissão de organismos geneticamente modificados no meio ambiente. Estes organismos podem ser encontrados na natureza e isolados por processos laboratoriais, ou ainda criados em laboratório, a partir da alteração em seu código genético.

¹⁷ BEREANO, Philip. L.. *Patent nonsense*. Seattle: Seattle Times Op. 21/08/95.

A grande questão em torno dos organismos lançados no meio ambiente, alterados geneticamente ou não, é o fato de estes não estarem lá antes disto e, portanto, sem um estudo prévio, não é possível saber quais serão as conseqüências desta inserção de novos seres em ambientes estáveis. Com a inserção de um elemento vivo novo em um ecossistema equilibrado, teremos a alteração do equilíbrio vigente e a provável alteração das condições de vida dos demais componentes daquele meio. Por conseqüência, poderemos observar a extinção das espécies que não se acostumarem com a nova situação e a perda da biodiversidade, o que violenta o meio ambiente.

A manipulação de organismos vivos é uma atividade que envolve sérios riscos. No Brasil, vários exemplos indicam que a introdução de organismos estrangeiros no território nacional causou significativos prejuízos à agricultura e pecuária nacionais. ELIANA FONTES bem demonstra a situação:

“O cancro cítrico, causado pela bactéria *Xanthomonas campestris* pv. *citri* foi introduzido e foram gastos mais de cinco milhões de dólares na tentativa de erradicação da doença, a qual continua presente em São Paulo e em outras partes do país... O míldio do sorgo (*Peronosclerospora sorghi*), o moko da bananeira (*Pseudomonas solanacearum* raça 2), a ferrugem do café (*Hemileia vastatrix*) e mais recentemente o bicudo do algodoeiro (*Anthonomus grandis*) e o nematóide de cisto da soja (*Heterodera glycines*) são alguns dos exemplos de

doenças e pragas exóticas introduzidas no país... Estima-se que desde o aparecimento do nematóide do cisto da soja na safra de 91/92, as perdas na produção acumulam 360.000 toneladas, o equivalente a US\$ 54.000.000... Em meados dos anos 20, a introdução de gado da Bélgica provocou um surto de peste bovina no Estado de São Paulo dizimando a maior parte dos rebanhos e causando um prejuízo de centenas de milhares de dólares. Em 1978, restos de alimentos trazidos em aeronave introduziram a peste suína em Paracambi-RJ que dizimou criações de suínos no Brasil inteiro. Em 1980, ovinos introduzidos dos EUA trouxeram a doença *Scrapie* causando a morte de um grande número de animais e muito prejuízo ao país.¹⁸

Em outros casos, o contato entre microorganismos isolados na natureza com animais ou até mesmo com o homem pode disseminar doenças até então desconhecidas. Entre os exemplos mais preocupantes, podemos citar a *Aids* e o *Ébola*, que marcaram os últimos vinte ou trinta anos com males terríveis que vêm assolando a humanidade.

Os avanços científicos e tecnológicos devem ser direcionados a produzir melhor qualidade de vida das pessoas, preservando-se, para tanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Cabe à ordem jurídica fornecer

¹⁸ FONTES, Eliana. *Biossegurança*. Brasília: Cenargem, 1996, pp. 7 e 12.

mecanismos eficazes à proteção dos bens jurídicos face aos riscos advindos do emprego das novas técnicas. A ciência que estuda tais mecanismos de proteção é conhecida como biossegurança, que advém do inglês *biosafety*. Nesse sentido, não se compreende o tema denominado por expressão semelhante, *biosecurity*, que implica no exame do controle ao acesso à biodiversidade da nação, que constitui outra questão importante, mas que não é o objeto deste estudo¹⁹.

A biossegurança envolve diversos bens jurídicos já tutelados pela legislação nacional, tais como o meio ambiente, a saúde pública, a vida e integridade física das pessoas. Dessa forma, relaciona-se com o direito constitucional, civil, penal, agrário e econômico.

III - Legislação Nacional sobre Biodiversidade

No ordenamento jurídico brasileiro, podemos observar diversos dispositivos aplicáveis ao setor da biotecnologia. O quadro abaixo pretende sistematizar a legislação em vigor sobre o tema.

¹⁹ Para saber mais sobre biossegurança, neste sentido, consulte "VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996".

Compo- nentes da Regula- mentação	Áreas Objeto da Regulamentação			
	Humana	Animal	Vegetal	Regulamen- tação do Meio Ambiente
Produção e Uso	Lei nº 8.974/95 Lei nº 8.078/90 Lei nº 8.080/90 Lei nº 6.360/76 Decreto nº 79.094/77	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95 Lei nº 9.279/96	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95 Lei nº 9.279/96	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95
Biossegu- rança	Lei nº 8.974/95 Lei nº 8.080/90 Lei nº 6.360/76 Decreto nº 79.094/77	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95
Pesquisa e Desenvol- vimento (P&D)	Lei nº 8.974/95 Lei nº 8.080/90 Resolução CNS nº 01/88	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1520/95 Lei nº 9.279/96	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95 Lei nº 9.279/96	Lei nº 8.974/95 Decreto nº 1.520/95

Observação: não inclui dispositivos da Constituição Federal de 1988²⁰.

Com relação à biossegurança, a legislação se concentra principalmente em torno da Lei nº 8.974/95, que regula a manipulação genética, a emissão de novos organismos no meio ambiente, o desenvolvimento de pesquisas laboratoriais com organismos geneticamente modificados (OGMs). A Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, primeira lei assinada pelo Presidente Fernando

²⁰ OLIVEIRA, Cezar Luciano C. *Regulamentação da biotecnologia: Área da saúde humana*. Rio de Janeiro: Seminário Biotecnologia: Proteção e Regulamentação, 1995, p.31.

Henrique Cardoso, logo no quinto dia de mandato, foi objeto de muitas críticas, devido às inúmeras dificuldades que apresenta para sua aplicação.

Com a Lei nº 8.974/95, criou-se a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio. Esta Comissão é composta por pesquisadores provenientes do setor público e privado, de empresas nacionais e multinacionais atuantes no cenário brasileiro, bem como de representantes da sociedade. Sua tarefa é avaliar o desenvolvimento das pesquisas e a emissão de organismos geneticamente modificados no meio ambiente. Lamentavelmente, a CTNBio não recebeu atribuições para controlar a emissão de organismos não geneticamente modificados no meio ambiente. Tal limitação adquire relevância, já que, nos exemplos citados por ELIANA FONTES, os danos ao meio ambiente foram causados por organismos preexistentes, que foram apenas retirados de seus ecossistemas naturais e lançados em outros meios.

IV - Tutela Penal do Patrimônio Genético

A Constituição Federal, nos incisos II e V do § 1º de seu art. 225, dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e, para assegurar a efetividade desse direito, determina que ao poder público incumbe preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, bem como controlar a produção, comercialização e o emprego de

técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Ao impor a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país, a Constituição da República admitiu o uso de técnicas de engenharia genética sempre que a manipulação de genes visar à melhoria da qualidade de vida das pessoas e à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Regulamentando os referidos dispositivos constitucionais, a Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso de técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados. Assim, a biotecnologia constitui tema muito mais amplo do que o alcance da Lei nº 8.974/95, que somente se refere às técnicas de engenharia genética.

A manipulação genética, em seu sentido mais amplo, é denominada de engenharia genética e, em sentido mais específico, identifica-se com a técnica do DNA recombinante.²¹

Em seu 13º artigo, a Lei nº 8.974/95 definiu hipóteses de incriminação ligadas ao tema da biossegurança em sede de engenharia genética, visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente. Para o alcance de tal objetivo, em

²¹ FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p.163.

conformidade com a Constituição Federal, a Lei nº 8.974/95 tratou o patrimônio genético como um bem juridicamente protegido.

O interesse na preservação do patrimônio genético reside no fato de que hoje é possível, por meio da manipulação genética, *construir* um ser vivo. Já na década de 70, os estudos científicos sobre a fertilização *in vitro* com óvulos humanos, a formação de embriões com transferência para o útero revelaram ao mundo que o sonho de Aldous Huxley tornara-se realidade: nasce o primeiro bebê de proveta. Sem dúvidas, a utilização irresponsável desse conhecimento pode colocar em risco a vida e saúde das pessoas, bem como o equilíbrio do meio ambiente natural. A introdução de moléculas geneticamente modificadas em uma bactéria, como a *Escherichia Coli*, que é um habitante normal do intestino humano e pode trocar informações genéticas com outros microorganismos, é capaz de fazer disseminar a alteração genética nas populações humanas, vegetais ou animais, com resultados imprevisíveis.²²

1 - Descrição Típica da Atividade Proibida

A tutela jurídico-penal estabelecida pelo legislador nacional para o patrimônio genético enseja uma série de dificuldades para sua aplicação prática. De início, percebe-se que, em todas as hipóteses de incriminação da Lei nº 8.974/95, o legislador abandonou a técnica tradicional

²² PELCZAR, Michel Joseph e outros. *Microbiologia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981, p.265.

para a construção de figuras típicas, deixando de descrever, com a devida precisão, a conduta humana proibida. Utilizando nova técnica, o legislador define como criminosa a atividade que pretendeu evitar, e não a conduta humana que a realiza. Tal mudança de paradigma recebeu críticas ferozes de autores do porte de ALBERTO SILVA FRANCO, que chegou a qualificar a lei de "verdadeiro besteiro jurídico".²³ Mas será que a maneira diferente de definir crimes representa verdadeiro retrocesso, com violação às garantias fundamentais do indivíduo?

Como se sabe, o tipo penal tradicionalmente é entendido como uma figura conceitual que descreve formas possíveis de conduta humana e define a matéria de proibição.²⁴ Com base na teoria de Welzel, concluiu-se que a observância do princípio constitucional do *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege* exige que o tipo penal descreva exaustivamente a conduta que constitui matéria de proibição, de modo a possibilitar ao cidadão identificar o que é socialmente proibido. Nesse sentido, o tipo penal possui especial função de garantia ao indivíduo, que somente poderá ser punido por praticar conduta previamente identificada como proibida.²⁵

²³ FRANCO, Alberto Silva. *A Criminalização das técnicas de engenharia genética*. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 1996, n° 26, p. 01 e 02.

²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Chile: ed. jurídica de Chile, 1987, p. 76. No mesmo sentido; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, vol.III, p. 83.

²⁵ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170.

A noção de *tipo*, introduzida por BELING²⁶, deu o impulso inicial para a formulação dos conceitos analíticos do delito, sendo que todas as elaborações posteriores ao sistema causal-naturalista tomaram como ponto de partida a consideração de que o delito deve ser analisado sob o enfoque da ação humana. O tipo, como ponto de referência para os juízos de ilicitude e culpabilidade, na realidade, representa importante suporte para a função de garantia da lei penal, na medida em que define com clareza o comportamento juridicamente proibido.²⁷

Mas a teoria do tipo penal, como proposta por Welzel, não se mostra plenamente adequada à realização da garantia individual almejada, posto que nos delitos culposos e nos omissivos impróprios o legislador descreve apenas parte do modelo de comportamento proibido, delegando ao juiz a tarefa de completá-lo. Os tipos que necessitam deste complemento são denominados de *tipos abertos*.²⁸ Nos delitos culposos, os tipos abertos identificam apenas o resultado naturalístico indesejado (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico), cabendo ao julgador materializar a vontade

²⁶ BELING, Ernest Von. *La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma, 1944, p.11. O festejado professor da Universidade de Munich, em 1906, apresentou pela primeira vez a sua teoria do "delito-tipo", ou *gesetzliche tatbestand*, em que pretendeu estabelecer um conceito funcional, um "esquema retor", para a identificação do delito. O delito-tipo de Beling, no entanto, não se identifica com a figura delitiva correspondente. Defendeu Beling que o delito-tipo representaria apenas uma "estampa jurídico-penal", uma cópia do fato externo, sem qualquer referência ao aspecto interno de seu autor. Assim, o delito-tipo "matar um homem" serviria tanto para a figura delitiva do homicídio doloso como do homicídio culposos.

²⁷ TAVARES, Juarez. Teorias do delito. São Paulo: Rev. Tribunais, 1980, p. 20-21. No mesmo sentido: WELZEL, Hans. Ob. Cit. p. 74 e 79-83.

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Ob. Cit. p. 388; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 136; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.157.

da norma proibitiva com a identificação da conduta que, concretamente, viola o cuidado objetivo exigível no âmbito das relações sociais. Nos delitos impróprios de omissão, da mesma forma, o legislador pretende que o julgador complete a descrição do comportamento típico, com a utilização do critério da posição de garantidor da não-produção do resultado, para relacionar uma inatividade à descrição legal de uma atividade e determinar a autoria.²⁹

CLAUS ROXIN sustenta que a superação destas dificuldades exige a utilização da noção de tipo total.³⁰ O tipo total é conceito que pretende estabelecer íntima relação entre descrição do comportamento proibido e a valoração jurídica sobre a adequação da conduta, de modo que as circunstâncias excludentes da ilicitude passam a integrar o juízo de tipicidade. Este modo de conceber o tipo fundamenta-se na teoria dos elementos negativos do tipo e faz com que a presença fática de qualquer das causas de justificação descaracterize o tipo de injusto. Para ROXIN, a noção de tipo total é essencialmente correta, pois a descrição do comportamento adequado contribui para a caracterização do injusto, já que limita uma descrição demasiadamente ampla do fato-crime, circunscrevendo-o de maneira mais clara.

No entanto, a idéia do tipo total não foi aceita pelos penalistas nacionais, que consideram desnecessário e

²⁹ WELZEL, Hans. Ob. Cit. p. 75. O próprio Welzel, que sustentou um juízo de tipicidade avalorativo para distingui-lo do juízo de ilicitude, reconhece a insuficiência da teoria do tipo para oferecer as devidas garantias individuais nas hipóteses de delitos culposos e omissivos impróprios.

³⁰ ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 294.

desaconselhável confundir os juízos de tipicidade e ilicitude. Conforme ressaltou JOSÉ CIRILO DE VARGAS, a legislação brasileira, ao definir expressamente os tipos permissivos no artigo 23 do Código Penal, rejeitou a noção de tipo total, estabelecendo que os mesmos são excludentes da ilicitude.³¹

Em verdade, a noção do tipo total não é capaz de superar as limitações descritivas verificadas nos tipos abertos. É forçoso reconhecer que, ao menos na hipótese dos tipos abertos, a teoria da tipicidade não oferece a almejada garantia individual.³²

Mas, o fato é que a Lei nº 8.974/95 não estabeleceu modelos de comportamento proibido, mas atividades proibidas, o que possibilitou o questionamento sobre a violação ao princípio da reserva legal. Na verdade, os dispositivos incriminadores da lei sobre engenharia genética não definem expressamente as condutas capazes de desenvolver as atividades tidas como proibidas e, assim, constituem modalidade de *tipos abertos*, nos quais a atividade integradora do julgador assume particular importância. A indefinição desses *tipos abertos* não é amenizada pela expressa referência a hipóteses justificantes, como acontece nos incisos II e IV do art. 13, pois o tipo permissivo também apresenta elementos de amplitude imprecisa, como se discutirá mais adiante.

³¹ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.66-67. No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. Cit. p.136; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. Cit. p. 156-157.

³² TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1985, p. 133. Mesmo não concordando com a teoria dos tipos abertos, o autor reconhece que os delitos negligentes possuem uma tipificação deficiente, cuja imprecisão afeta o princípio da legalidade.

Poder-se-ia imaginar que a nova técnica inviabilizaria a aplicação das normas incriminadoras. No entanto, após a obra clássica de BINDING sobre a teoria das normas, foi possível perceber que é a norma, como proposição jurídica, que expressa um valor sobre a conduta humana. O preceito incriminador apenas descreve a conduta proibida, mas é a norma, ainda que não formulada expressamente em lei, que determina a contrariedade do fato com a ordem jurídica. No exemplo do homicídio, o preceito descreve a conduta proibida de *matar alguém* e a norma jurídico-penal impõe a todos os indivíduos o dever de *não matar alguém*. É a violação da norma, por meio da realização da conduta descrita no preceito, que autoriza a realização do *jus puniendi*.

O objeto do juízo de valor, a partir do qual se constrói a norma jurídico-penal, é sempre a conduta humana, que representa o exercício de uma atividade finalística.³³ A conduta é pressuposto indispensável a todos os elementos constitutivos da noção jurídica de crime e, como observa EDUARDO CORREIA, sua consideração deve ocorrer antes da doutrina da tipicidade e mesmo fora dela, embora já na construção conceitual do crime.³⁴

A Lei nº 8.974/95 estabeleceu preceitos incriminadores relacionados às atividades indesejadas, mas a mudança de paradigma, por si só, não impede a punição do autor da violação ao bem jurídico, caso seja possível a este

³³ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 135.

³⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1971, v. I, p. 232-233.

conhecer e entender a norma jurídica que lhe impõe comportamento diverso.

Vale observar que as normas mais importantes para a construção da noção de delito não se encontram inseridas de maneira expressa no direito escrito.³⁵ JOÃO MESTIERE, nesse sentido, já alertou que

“ao exame de um tipo penal devemos identificar a norma de agir, de natureza cultural, ordenando conduta determinada, consentânea com a finalidade perseguida pelo sistema jurídico ao criar a figura delituosa”.³⁶

Assim, se o preceito descritivo da lei possibilitar a compreensão da norma jurídico-penal que lhe é subjacente, bem como da finalidade protetiva do bem jurídico, será possível aplicar o dispositivo incriminador ao indivíduo violador dessa norma. Afinal,

“visando à aplicação prática do Direito, a interpretação jurídica é de natureza essencialmente teleológica. O intérprete (isto é, o juiz) há de ter sempre em vista a finalidade da lei, o resultado que se quer alcançar na sua atuação prática”.³⁷

³⁵ KAUFMANN, Armin. Ob. Cit. p. 04.

³⁶ MESTIERE, João. *Teoria Elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: ed. Do Autor, 1990, p.28.

³⁷ VARGAS, José Cirilo de. Ob. Cit. p. 97.

A técnica de incriminar atividades indesejadas, na verdade, não pode ser considerada absurda, pois o parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal dispõe que

“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Este dispositivo constitucional, de maneira clara, possibilita o estabelecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo como base a realização da atividade considerada socialmente inadequada.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui tema cujo debate é bastante atual e de solução não uniforme no direito comparado.³⁸ Porém, para materializar a vontade do legislador constituinte em sancionar a pessoa jurídica, quando dela se servir a pessoa natural para a realização de atividades proibidas, é necessária ampla reforma do sistema penal brasileiro, com a prescrição de novas penas, adequadas à aplicação aos entes morais, bem como a definição das hipóteses em que o ato culpável da pessoa natural autoriza a sanção da pessoa jurídica, já que esta forma de punição não poderá vincular-se ao princípio da

³⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en Derecho Comparado*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1995. vol. 11, p. 21-35, e PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: o Modelo Francês*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1996, nº 46, p.03.

culpabilidade.³⁹ Desse modo, como não basta a descrição das atividades consideradas proibidas, ainda não é possível reconhecer, no Brasil, a possibilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica .

A Lei nº 8.974/95, em seu art. 2º, § 2º, estabelece que as atividades e projetos, inclusive os de ensino e pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que envolvam organismos geneticamente modificados, no território brasileiro, ficarão restritos a entidades, de direito público ou privado, que serão tidas como responsáveis pela obediência aos preceitos legais, bem como pelos eventuais efeitos ou conseqüências advindas de seu descumprimento, vedando expressamente a pessoas físicas, enquanto agentes autônomos independentes, o exercício de tais atividades.

Entretanto, conforme o art. 12 da referida lei, a responsabilidade da pessoa jurídica ficará restrita ao âmbito administrativo, já que a inobservância das normas de biossegurança vigentes possibilita a aplicação, pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, de multas, cujo valor mínimo será equivalente a 16.110,80 Ufir e guardará proporcionalidade com o dano direto ou indireto causado.

A referência que a Lei nº 8.974/95 faz às atividades proibidas, ao menos por enquanto, não poderá atribuir responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. No sistema do Código Penal brasileiro, tem plena vigência o

³⁹ DOTTI, Renê Ariel. *A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica - Uma perspectiva do direito brasileiro*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1995, v. 11, p.184-207.

princípio *societas delinquere non potest*. Caso o sistema do ordenamento jurídico penal venha a sofrer reforma que possibilite a identificação de tal responsabilidade, as hipóteses de incriminação relacionadas ao tema da biossegurança poderão responsabilizar também as pessoas jurídicas, pois estas são capazes de desenvolver atividades mencionadas na Lei nº 8.974/95.

No momento, a mudança de paradigma quando da definição dos crimes ligados ao tema da biossegurança constitui uma dificuldade inicial ao tema da tutela jurídico-penal do patrimônio genético. A esta dificuldade se acrescentam outras, especificamente vinculadas às atividades de manipulação genética; intervenção em material humano *in vivo*; produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos; intervenção em material genético de animais; liberação ou descarte de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, que deverão ser enfrentadas.

2 - Manipulação Genética em Células Germinativas Humanas

A primeira das hipóteses de incriminação está prevista no inciso I, do art. 13 da Lei nº 8.974/95, que dispõe constituir crime "*a manipulação genética de células germinais humanas*". A pena cominada é de três meses a um ano de detenção.

Para viabilizar a aplicação da hipótese incriminadora, como nova categoria de tipicidade aberta, é

necessário reconhecer que a proposição jurídica implícita à descrição da atividade proibida se apresenta no seguinte sentido: *não manipular geneticamente células germinais humanas*. Diante da nova técnica da lei em estabelecer nova hipótese de tipicidade aberta, todas as considerações acerca da tipicidade deverão ser desenvolvidas diretamente sobre essa proposição jurídica.

A manipulação de moléculas ADN/ARN recombinantes, segundo o inciso V, do art. 13 da Lei nº 8.974/95, é a atividade característica da engenharia genética. As siglas ADN e ARN, mencionadas no texto legal, correspondem às denominações, em língua inglesa, de ácido desoxirribonucléico e ácido ribonucléico.

A tecnologia do DNA recombinante consiste em um conjunto de técnicas que permite aos cientistas identificar, isolar e multiplicar genes dos mais diversos organismos. Estas atividades implicam a modificação do genoma, que constitui a base hereditária de uma célula viva, de modo a produzir novos produtos químicos e até mesmo novos seres vivos.⁴⁰ A expressão *recombinante* significa que a manipulação produziu nova combinação de genes. Vale ressaltar que o material genético extraído do cromossomo de um organismo vivo pode ser transplantado para combinação com o gene de outro organismo vivo, fazendo com que sejam incorporadas ao segundo organismo as características somente encontradas no primeiro. Em animais já é realidade o uso do qualificativo transgênico para designar o resultado do transplante de genes.

⁴⁰ FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p. 151.

Assim, a manipulação genética proibida pelo inciso I, do art. 13 da Lei nº 8.974/95 é uma atividade que importa necessariamente em alteração na estrutura genética de cromossomos, não havendo crime, portanto, quando apenas se tem em mãos o material genético (manusear). Nesse sentido, vale distinguir a descoberta da invenção. A descoberta de elementos constantes em células humanas não é atividade criminosa, mas sim a alteração de seus componentes genéticos.

O dispositivo legal restringe o objeto da atividade criminosa às células humanas germinativas. Células germinativas são aquelas com potencialidade para se reproduzir ou gerar outro ser. As células somáticas, por outro lado, não possuem tal potencialidade.

Desta forma, pode-se concluir que previsão legal proibitiva da atividade de *manipulação genética de células germinais humanas* constitui crime material, posto que a manipulação pressupõe a ocorrência do resultado naturalístico de alteração da estrutura genética da célula, produzindo um organismo geneticamente modificado.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 8.974/95 dispõe não ser considerado organismo geneticamente modificado aquele resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou organismos geneticamente modificados, tais como: a fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural. Note-se que a engenharia genética promove a alteração da estrutura genética dos

cromossomos e, assim, quando não ocorrer tal alteração não se poderá falar em manipulação genética ou conduta criminosa.

Como o patrimônio genético foi considerado pela Constituição Federal um bem juridicamente protegido, a manipulação genética constitui crime de dano, que exige do agente o elemento subjetivo direcionado à produção da alteração da estrutura genética.

Embora a Lei nº 8.974/95 não enfrente a questão, a atividade de *manipulação genética de células germinais humanas* não pode ser praticada por qualquer pessoa, mas, unicamente, por pesquisadores e cientistas que possuam conhecimentos compatíveis com os objetivos de alteração. A conduta que realiza a atividade proibida é dolosa e o agente deve possuir vontade livre e consciente de promover a alteração genética nas células objeto de sua atividade. Embora referindo-se à atividade, o legislador também previu a hipótese de atividade proibida realizada por conduta culposa, no parágrafo 4º do art. 13 da Lei nº 8.974/95.

3 - Intervenção em Material Genético Humano *in Vivo*

Segundo o inciso II, do art. 13 da Lei nº 8.974/95, a intervenção em material genético humano *in vivo* é atividade criminosa, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, e com a

aprovação prévia da CTNBio. A pena cominada também é de três meses a um ano de detenção.

A hipótese retrata incriminação por tipo aberto, em que se faz necessária a atividade integradora do órgão jurisdicional. A aplicação da norma incriminadora depende do reconhecimento de que a proposição jurídica implícita à descrição da atividade proibida se apresenta no seguinte sentido: *não intervir em material genético humano in vivo, salvo para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio.*

Diferente da primeira hipótese de incriminação, a proposição se apresenta complexa, pois também se refere às circunstâncias nas quais a intervenção é autorizada. Note-se que o tratamento de defeitos genéticos autorizado pela CTNBio exclui a tipicidade da conduta. Caso a intervenção se apresente necessária para evitar perigo atual ou iminente e não houver tempo hábil para obter-se autorização da CTNBio, a conduta pode ser justificada por causa excludente de ilicitude, o que impedirá a caracterização do crime.

A intervenção é atividade que deve apresentar alguma distinção em relação à manipulação, pois não se pode crer que o legislador fez inserir disposições inúteis na lei. É certo que no inciso anterior encontra-se proibida a atividade que se direciona a alterar células germinativas, mas se a intenção do legislador fosse estabelecer proibição para alterações em outros organismos, bastaria não restringir o objeto da primeira hipótese de

incriminação. Assim, na atividade de intervenção reside a diversidade de hipóteses.

Se a manipulação pressupõe a alteração da estrutura genética da célula, a intervenção não necessariamente produz tal resultado. Embora o objeto da ação seja o material genético humano *in vivo*, a intervenção não deve produzir alteração no código genético. Intervir é verbo que descreve a conduta do agente que se faz presente em determinado acontecimento e impõe sua vontade sob determinado aspecto desse acontecimento. Mas será possível intervir sem produzir alterações no acontecimento? Certamente, não. Assim, a melhor interpretação para o dispositivo indica que a alteração produzida pela intervenção não ocorre na estrutura genética do cromossomo, mas em processos biológicos que lhe são inerentes.

A intervenção criminosa deverá influir de maneira nociva à saúde do homem, alterando o curso de processos biológicos inerentes ao material genético, pois a intervenção só é autorizada pela lei para o tratamento de defeitos genéticos. A atividade que o legislador quer evitar é a que possui potencialidade lesiva à saúde, sendo que a simples intervenção é considerada pelo legislador como causadora de dano ao material genético.

O crime é de mera conduta, pois o legislador não estabeleceu vinculação da atividade a qualquer resultado lesivo à saúde individual. A tentativa é possível, pois a intervenção em material genético, certamente, é conduta plurisubsistente.

Ao referir-se a material genético humano *in vivo* o legislador não pretendeu evitar somente intervenções realizadas em indivíduo vivo, mas no próprio material genético. Toda a intervenção genética deve ocorrer em material vivo, o que significa que a célula deve estar viva. Se a célula estiver morta, não haverá qualquer processo biológico e, logo, de nada adiantará a intervenção.

A intervenção em material genético humano não pode ser praticada por qualquer pessoa, mas unicamente por pesquisadores e cientistas que possuam conhecimentos e instrumentos compatíveis com os objetivos propostos. A conduta que realiza a atividade proibida é dolosa e o agente deve possuir vontade livre e consciente de promover a intervenção.

A finalidade terapêutica, autorizada pela CTNBio, é causa excludente da tipicidade. Caso o agente não saiba da necessidade da autorização, mas atue com finalidade terapêutica, ocorrerá nova modalidade de erro de mandamento, que constitui espécie do erro de proibição, pois o agente desconhece a norma preceptiva que impõe o dever jurídico de obter prévia autorização para sua atividade.⁴¹

Conforme o parágrafo 1º do inciso II, do artigo 13 da Lei nº 8.974/95, a intervenção em material genético humano *in vivo*, como atividade criminosa, poderá ser qualificada, caso ocorra qualquer dos resultados que menciona. Assim, dispõe a lei que, ocorrendo incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou

⁴¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. Cit. p.270.

função e aceleração de parto, a pena cominada passa a ser de um a cinco anos de reclusão. Caso ocorra incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto, a cominação de penas passa a ser de dois a oito anos de reclusão. Se a intervenção resultar em morte, a cominação será de seis a vinte anos de reclusão.

ALBERTO SILVA FRANCO considerou a articulação legal para o delito qualificado pelo resultado, ridícula e grotesca, indagando como a intervenção em material genético humano poderia produzir tais resultados.⁴² Na verdade, o legislador aproveitou a articulação elaborada para as hipóteses de lesão corporal e as copiou quando da elaboração da hipótese incriminadora que ora se discute. Mas as técnicas de intervenção em material genético apresentam espantoso desenvolvimento e parece que o legislador foi precavido ao estabelecer estas hipóteses de incriminação. Não é realidade distante a intervenção em material genético existente no próprio indivíduo e a negligência verificada na realização dessa atividade poderá produzir os resultados mais graves previstos pela lei.⁴³

Por outro lado, ALBERTO SILVA FRANCO tem razão ao criticar a desproporção de penas estabelecida pela lei. A desproporção de penas realmente é manifesta, pois a intervenção com resultado morte somente se

⁴² FRANCO, Alberto Silva. Ob. Cit. p.02.

⁴³ PELCZAR, Michel Joseph e outros. Ob. Cit. p. 267. Afirmando os autores que alguns cientistas estão seriamente empenhados em tratar as doenças genéticas do homem pela substituição de genes "errados" por outros normais. Por meio desta técnica seria possível tratar uma ampla variedade de doenças, que poderiam ser diagnosticadas durante a vida ou, até mesmo, durante a gestação.

caracterizará quando a morte for decorrente de culpa. Se, no plano delitivo do autor, a intervenção em material genético humano constituir meio para a produção da morte, estará caracterizado crime de homicídio. Desta forma, a Lei nº 8.974/95 estabelece para intervenção com a produção culposa da morte uma cominação de pena superior ao concurso material da intervenção em sua figura simples e ao homicídio culposo, tornando-se idêntica à produção dolosa do resultado morte.

Convém observar que o dispositivo legal permite a intervenção quando esta possuir fins terapêuticos, mas impõe a observância aos princípios da autonomia e da beneficência. Neste particular, a lei apresenta outra importante dificuldade, consistente na definição de tais princípios. Qual seria a correta aplicação de um princípio de autonomia? Certamente, este tema proporcionará interessantes debates.

4 - Intervenção em Material Genético de Animais

O art. 13 da Lei nº 8.974/95, em seu inciso IV, dispõe ser criminosa a atividade de intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio. A pena cominada também é de três meses a um ano de detenção e, nesse aspecto, o legislador considerou de mesmo valor, para fins de tutela

penal, o material genético humano e o dos demais animais. Não parece que a equiparação foi feliz, pois há que se distinguir ontologicamente os bens jurídicos.

A hipótese também retrata incriminação por tipo aberto em que se faz necessária a atividade integradora do julgador. A aplicabilidade da norma incriminadora depende do reconhecimento de que a proposição jurídica implícita à descrição da atividade proibida se apresenta no seguinte sentido: não intervir em material genético de animais *in vivo*, excetuados os casos em que tais intervenções constituam avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio.

A atividade interventiva se distingue da anteriormente discutida pelo objeto alvo da intervenção e pelos critérios que se apresentam para a autorização da atividade. O material genético de animais poderá sofrer intervenções por atividades humanas desde que constituam avanço significativo na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico. O legislador permite, assim, que o patrimônio genético de animais seja sacrificado em benefício do progresso da ciência e tecnologia, considerados bens de maior valor. O dispositivo legal impõe, entretanto, que a atividade seja aprovada previamente pela CTNBio e respeite princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência. Certamente, o delineamento de tais princípios constituirá tema para longas discussões, o que importa em insegurança jurídica.

5 - Produção, Armazenamento ou Manipulação de Embriões Humanos

A produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível também foram considerados como atividades proibidas pela Lei nº 8.974/95, conforme seu art. 13, inciso III. A pena cominada para a prática dessas atividades delituosas é bastante severa: seis a vinte anos de reclusão.

Tratando-se de tipo penal aberto, importa perceber que o dispositivo contém três proposições jurídicas implícitas, que se apresentam no seguinte sentido: 1º) não produzir embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível; 2º) não armazenar embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível; e 3º) não manipular embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.

Vale observar que a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, enfrentando o tema da fecundação assistida, estabeleceu normas éticas a serem observadas pelos médicos quando da utilização de técnicas de reprodução assistida. Tal resolução considerou a infertilidade humana como um problema de saúde importante, com implicações médicas e psicológicas, bem como legítimo o anseio por superá-lo. Reconheceu, ainda, que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana e que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isso não era possível pelos procedimentos tradicionais.

No entanto, a mencionada resolução considerou possível a preservação de pré-embriões e, neste particular, deverá adequar-se aos dispositivos da Lei nº 8.974/95. Ao dispor que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias, a resolução deixa transparecer o eufemismo da expressão pré-embrião, revelando que a técnica se utiliza de organismos vivos, provenientes de fecundação assistida, e tanto a produção como o armazenamento de tais embriões constitui atividade proibida, caso destinados a constituir material biológico disponível.

A atividade de fecundação *in vitro*, não considerada como produtora de organismos geneticamente modificados, conforme o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.974/95, estimulou uma situação de superovulação. Como somente cerca de 60% dos óvulos se transformam em embriões que podem ser reimplantados no útero materno, as técnicas de fecundação assistida lançam mão de mais de uma combinação de gametas, de modo a aumentar as possibilidades da produção de embriões viáveis. Os embriões excedentes costumam ser congelados e, após o sucesso da atividade, não sendo reclamados por seus pais, são destruídos ou doados para outros casais inférteis.⁴⁴ O banco de embriões tornou-se coisa comum e a Lei nº 8.974/95 tenta impedir que tal situação perdure no país.

É certo que a fertilidade é um direito a ser reconhecido para o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, mas não se pode permitir que embriões sejam manuseados como se fossem mercadorias.

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995, p. 63.

Juridicamente, a questão se apresenta relevante na determinação do conceito de nascituro, pois, conforme o art. 4º do Código Civil, a personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Sem aprofundar a discussão com argumentos de natureza ética ou religiosa, preservando-se a análise da questão aos argumentos biológicos, é forçoso reconhecer que a utilização da expressão *pré-embrião* não poderá possibilitar a produção, armazenagem e a manipulação de organismos vivos provenientes da fecundação humana. Segundo a teoria genético-desenvolvimentista, a gestação do ser humano passa por três fases: pré-embrião, embrião e feto. Até o 14º dia, ou seja, duas semanas de gestação, admite-se o uso dos embriões para pesquisa, desde que os pais manifestem consentimento informado e que os embriões sejam destruídos. Para os defensores desta teoria, o embrião humano com desenvolvimento anterior a 14 dias não adquire dignidade humana, o que é manifestamente inadmissível em termos jurídicos.⁴⁵

A teoria concepcionista, adotada pela legislação brasileira, sustenta que o embrião existe desde a fecundação como organismo vivo distinto do organismo materno. O embrião é um ser humano em potencial, desde o momento da fecundação dos gametas humanos. Assim, por embriões, deve-se entender os organismos vivos resultantes da fecundação humana, sendo que estes organismos vivos não podem ser produzidos, armazenados ou manipulados para determinar-se o sexo, a cor dos olhos ou quaisquer outras

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. Cit. p. 384-385. Pondera o autor que não se pode submeter a condição de ser humano a atributos tais como tamanho, forma e função.

características humanas para servirem de material biológico disponível.

6 - Liberação ou Descarte de Organismos Geneticamente Modificados no Meio Ambiente

A Lei nº 8.974/95, em seu inciso V, dispõe que a liberação ou o descarte no meio ambiente de organismos geneticamente modificados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei, constitui atividade criminosa. A pena cominada é de três meses a um ano de detenção.

Tratando-se, novamente, de tipo penal aberto, as proposições jurídicas implícitas no dispositivo penal se apresentam no seguinte sentido: 1º) não liberar no meio ambiente organismos geneticamente modificados, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei; 2º) não descartar no meio ambiente organismos geneticamente modificados, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei.

As condutas que violam as proposições jurídicas mencionadas hão de ser dolosas, sendo necessário que o agente possua vontade livre e consciente de liberar ou descartar o organismo geneticamente modificado no meio ambiente. O crime é de mera conduta, pois a violação à proposição jurídica não está vinculada a qualquer resultado naturalístico e é possível que a liberação do organismo geneticamente modificado não venha a causar danos ao

meio ambiente. Presumindo uma situação de perigo ao bem jurídico, o legislador incrimina a atividade, independentemente da produção de qualquer resultado.

Nestas hipóteses de incriminação, o legislador estabeleceu qualificação das figuras típicas fundamentais, caso se verifiquem os seguintes resultados: lesões corporais leves, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, aceleração de parto, dano à propriedade alheia ou dano ao meio ambiente. Nestas hipóteses, a pena cominada é de dois a cinco anos de reclusão. Caso ocorra incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, inutilização de propriedade alheia ou dano grave ao meio ambiente, a pena cominada passa a ser de dois a oito anos. Se a atividade produzir morte, a pena será de seis a vinte anos. Neste aspecto, cabe a mesma observação feita à hipótese prevista no inciso II. O resultado morte, que qualifica a atividade criminosa, só poderá ser obtido por culpa. No caso de dolo, o crime será o de homicídio. No entanto, a cominação de pena para a liberação ou descarte com resultado morte é idêntica à do homicídio, em sua figura fundamental. Certamente, as duas situações não se equiparam.

O legislador entendeu por bem também incriminar a liberação ou o descarte de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, proveniente de culpa. Esta previsão legal apresenta outra dificuldade, diante do sistema de nosso ordenamento jurídico. Como se sabe, os tipos culposos são considerados tipos abertos por fazerem referência exclusiva à produção de um resultado

indesejado. No caso em exame, a liberação ou descarte de organismos geneticamente modificados não constitui resultado algum, pois, se a finalidade protetiva da norma se dirige ao meio ambiente, este pode não sofrer qualquer dano ou perigo com a liberação ou descarte. Novamente, mudando o paradigma tradicional, o legislador estabelece um tipo aberto, culposo, em que se faz menção apenas à atividade indesejada e não ao resultado. Estabelecendo delito de perigo abstrato, o legislador presume que a mera atividade produza perigo ao bem jurídico.

Vale notar que é impossível conceber a prática de uma atividade involuntária. Nos delitos culposos, a atividade negligente, consciente ou inconsciente, é sempre voluntária.⁴⁶ A doutrina consolidou o entendimento de que os delitos culposos se caracterizam pela ocorrência de atividade voluntária e produção de resultado involuntário.⁴⁷ A hipótese de incriminação que ora se discute estabelece responsabilidade pela prática de uma atividade voluntária, que poderá ser consciente ou inconsciente da presunção estabelecida pelo legislador para a caracterização da situação de perigo. MAGALHÃES NORONHA sustenta possível a caracterização do crime culposo de mera conduta, justamente nas hipóteses de perigo abstrato.⁴⁸ Certamente, este tema merece reflexão bastante aprofundada. Por ora, cabe ressaltar que o manuseio de organismos geneticamente modificados não se apresenta possível a qualquer pessoa,

⁴⁶ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. Cit. p. 173.

⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. I, p. 324. No mesmo sentido: COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 57-59.

⁴⁸ NORONHA, Edgard Magalhães de. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1974, p.59-61.

devido à necessidade de conhecimentos técnicos específicos. Assim, o requisito da previsibilidade da ocorrência da atividade involuntária é indispensável, sob pena de se estabelecer responsabilidade objetiva.

V - Conclusão

A Lei nº 8.974/95 tratou de tema de especial relevância e estabeleceu, em boa hora, tutela penal ao patrimônio genético. O espantoso desenvolvimento tecnológico de nossos dias faz com que a engenharia genética alcance resultados cada vez mais significativos e o direito não pode ficar alheio às questões que se apresentam com a nova realidade.

Sob o ponto de vista do sistema jurídico, a Lei nº 8.974/95 promove mudanças em paradigmas tradicionais e, por isso, apresenta dificuldades em sua aplicação prática. Reconhecer as dificuldades é o primeiro passo no caminho da superação.

Considerando que as alterações legislativas são sempre morosas e muitas vezes não atendem aos reclamos dos operadores do Direito, a efetividade da necessária proteção ao patrimônio genético dependerá do esforço de todos nós em aprofundar as discussões sobre as questões abordadas no texto legal, de modo a propiciar a proteção ao bem jurídico, sem violar os direitos fundamentais do indivíduo.

Referências Bibliográficas

ABRABI. *Contribuição para um tratamento da biotecnologia moderna na nova lei de propriedade industrial*. Brasília, 1991.

ANCIÃES, Wanderley e CASSIOLATO, José Eduardo. *Biotecnologia: seus impactos no setor industrial*. Brasília: CNPq, 1985.

BELING, Ernest Von. *La Doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma, 1944, p.11.

BEREANO, Philip L. *Patent nonsense*. Seattle: Seattle Times Op. 21/08/95.

BEZERRA, Fernando. Voto do Senador Fernando Bezerra, relator do projeto de propriedade industrial, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal. Brasília: 1995.

DOTTI, Renê Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica - Uma perspectiva do direito brasileiro*. In Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 11, 1995.

CANHOS, Dora Ann Lange. *Patentes em biotecnologia*. Campinas: FTPT André Tosello, 1991.

CORREA, Carlos M. *Indústria farmacéutica y biotecnología. Oportunidades y desafíos para los países en desarrollo*. México: Comércio Exterior, v. 42, n. 11, 1992.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, v. I, 1971

COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

FIORILLO, Celso A. Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FONTES, Eliana. *Biossegurança*. Brasília: Cenargem, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *A criminalização das técnicas de engenharia genética*. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 1996, n. 26.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1985.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Depalma, trad. Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzon Valdés, 1977.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995.

MESTIERE, João. *Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1990.

NORONHA, Edgard Magalhães de. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1974.

OLIVEIRA, Cezar Luciano C. *Regulamentação da biotecnologia: Área da saúde humana*. Rio de Janeiro: Seminário Biotecnologia: Proteção e Regulamentação, 1995.

PATRÍCIO, Inês Emília de Moraes Sarmento. *Biotecnologia e agricultura - Perspectivas para o caso Brasileiro*. Coord. Anna Luiza Ozório de Almeida. Petrópolis: Vozes/Biomatrix Empr. Biotecnologia Ltda., 1984.

PELCZAR, Michel Joseph e outros. *Microbiologia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981.

PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: o Modelo Francês*. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1996, n. 46, p.03.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma, trad. Enrique Bacigalupo, 1979.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1985.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. In *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 11, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Chile: Ed. jurídica de Chile, trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Perez, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

Vida e Morte - A Tutela Jurisdicional dos Soropositivos

Fernando Rodrigues Martins

Promotor de Justiça

“Se o governo tem dinheiro para dar aos bancos, tem dinheiro para a Aids. É um crime não comprar os remédios para os doentes. Existem hoje dois tipos de pessoas com Aids: as que têm dinheiro para fazer um tratamento eficaz e as que não têm esse dinheiro. A diferença entre esses dois grupos determina a vida ou a morte de cada um.”

Herbert de Souza

I - Introdução

Ao buscar dentre todos os medos e receios do ser humano frente ao sono eterno depara-se, axiologicamente, com o pânico da Aids. Morte certa, lenta e

vexatória. Certa, porque de seu mal ninguém ainda desviou-se com êxito. Lenta, porque na realidade ela não mata, simplesmente deixa sua vítima assistir à falta de defesa orgânica frente às infecções oportunistas. E vexatória, posto que a ausência de humanidade e solidariedade dão-lhe um toque grotesco de hanseníase.

Enquanto no Brasil a população é pouco esclarecida a respeito dessa pandemia e os infectados continuam entregues à própria sorte, no primeiro mundo os cientistas deram passos largos nas pesquisas médicas. A última grande descoberta é a associação dos inibidores de protease, através da ingestão dos medicamentos Saquinavir, Indinavir e Ritonavir aos inibidores da transcriptase reversa (AZT, DDI, DDC, D4T e 3TC). Longe da cura, essa associação mais conhecida como o *coquetel da vida* prolonga a vida dos infectados pelo vírus HIV.

Já se sabe que o Brasil é um país rico e os números comprovam: desde de 1980 já foram diagnosticados oitenta mil casos de HIV soropositivo; trinta e seis mil pessoas já faleceram; atualmente há uma estimativa de setecentos mil portadores de HIV: destes, dois mil são adolescentes; vinte pessoas morrem por influência direta do vírus diariamente; e somente vinte e dois mil portadores são medicados apenas com AZT.

De outro lado, enquanto esse quadro terrível se alastra, os órgãos públicos se omitem.

II - A Vida como Postulado Máximo na Constituição

A Constituição Federal em seu art. 5º e nos desdobramentos de seus incisos fez garantir ao cidadão moderno, como princípio magno a ser observado em qualquer relação jurídica ou extrajurídica, o *due process of law*. Neste aspecto, cumpre, antes de mais nada, tecer breve comentário sobre o tema.

Referido princípio ganhou forma e fundamento na *Charta Magna* de JOÃO SEM TERRA, no Reino Unido. Posteriormente, consagrou-se de vez na Carta de Filadélfia, Confederação Norte-Americana. Em ambas utilizações do postulado, buscaram seus idealizadores definir suas premissas básicas assentadas no direito à *vida*, propriedade e liberdade.

O renomado jurista e membro do Ministério Público paulista, NELSON NERY JÚNIOR, em sua brilhante tese *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, identificou que:

“A cláusula due process of law não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o substantive due process e o procedural due process, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e de outro lado, a

tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”¹. Grifos do autor.

Tais premissas também foram observadas por nossa Constituição Federal. Daí correto dizer que o princípio *due process of law* não é atinente somente às prerrogativas promulgadas às partes quando em esfera de procedimento contencioso. Cediço deste posicionamento, os doutrinadores pátrios ou os cientistas do direito comparado subdividiram o consagrado postulado em duas nuances.

A primeira adstrita à parte material dos direitos, ou seja, o *substantive due process*, prevista em nossa Constituição Federal no art. 5º, *caput* e incisos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, etc...

A segunda nuance relativa aos *direitos processuais* do cidadão quando situado nas órbitas de processos judiciais e administrativos, denominada, agora, como *procedural due process*. Tais prerrogativas também estão insertas em nossa Carta Magna em idêntico artigo e foram diretamente dirigidas ao nosso Código de Processo Civil da seguinte forma: a) princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*); b) princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (inciso XXXV); c) princípio do juiz e promotor natural e proibição de juízos de exceção (incisos LIII e XXXVII, respectivamente); d) princípio do contraditório (inciso LV); e) princípio da proibição de provas ilícitas (inciso LVI); f) princípio do acesso à justiça (inciso LXXIV).

¹ NERY, Nelson Júnior, in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2. ed. São Paulo: RT. p.33.

A Constituição Federal de 1988 representa um grande avanço para a defesa da coletividade, das minorias, enfim de todo o segmento que pretexta seu direito fundamental. Enquanto na Carta de 1969, os direitos do homem se inscreviam no distante artigo 153, sob o título "Dos Direitos e Garantias *Individuais*", no atual ordenamento máximo, a colocação do tema ganhou prevalência, inscrevendo-se no capítulo I do título II da CF e recebendo o tratamento de *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*. Esta, ao que parece, é uma das diferenças havidas entre o Estado de Direito e o Estado de Direito Democrático.

Tem-se, então, que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal cuida de proteger, imediatamente, como direito básico e primário do cidadão a vida. Neste sentido, como postulado *due process of law*, a vida não pode ser compreendida apenas como dado biológico, mas em todos os seus aspectos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)², isto porque corolário lógico dessa qualidade é o indivíduo, a pessoa. Daí que, se a vida é direito primário do cidadão, o *direito à existência* também segue a mesma linha, pois consiste no exercício do indivíduo em lutar pelo viver, de defender a própria vida, de estar vivo, de permanecer vivo³.

É desse postulado que resulta a obrigação do poder público em cuidar daqueles que padecem da síndrome de imunodeficiência adquirida, haja vista que a pandemia não tem cura, senão, tão-somente, paliativos, sob pena de

² SILVA, José Afonso da, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed. São Paulo: RT, 177p.

³ SILVA, José Afonso da, in *opus cit.*, 177p.

omissão com a própria vida humana e desrespeito ao cidadão como assentado por JACQUES ROBERT⁴.

III - Estado e Município

A Saúde e a Assistência aos Desamparados

O SUS e a Prestação de Serviço Público

Logicamente, outro princípio em que se encerra a obrigação de auxílio aos portadores de HIV por parte do poder público advém da própria Constituição Federal, ao definir em seu art. 6º que “são direitos sociais a educação, a *saúde*, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição”.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, a exemplo do texto maior, circunscreveu o dever do Estado em promover a saúde, mediante políticas sociais e econômicas, com dignidade, gratuidade e boa qualidade, *ex vi* do art. 186, III.

Também com berço na Constituição Federal, cabe ao município “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, VII).

⁴ Cf. Libertés Publiques. 234p. “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o próprio princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano.”

Definida a saúde e a assistência aos desamparados como direitos sociais, o art. 196 da mesma Carta Magna, identificou a responsabilidade do Estado por sua manutenção, *in verbis*:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Nesta mesma linha de raciocínio seguiram-se os arts. 200, 203 e 204 do diploma constitucional ao criar o Sistema Único de Saúde que, posteriormente, foram regulamentados pela Lei nº 8.080/90, tendo em destaque os arts. 2º, 5º e 6º⁵. Com isso, averbe-se que a obrigação para o auxílio aos aidéticos não é nem de longe somente da União, mas *difusa* entre todos os componentes da federação.

Em alguns casos, como é fato, a União vem prestando modestamente medicamentos aos portadores do vírus HIV, mas isso não quer dizer que a responsabilidade é somente sua. Primeiro, porque a Constituição Federal estabeleceu regra concorrente entre os participantes da

⁵ Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu bom exercício.

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde: III - assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção e recuperação da saúde, com a realização integrada, ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º. Estão incluídos no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a execução de ações;

II - de assistência terapêutica integral, inclusive *farmacêutica*.

Federação; segundo, porque as unidades federativas, em tese, têm até melhor controle de seus pacientes; terceiro, porque pelo Sistema Único de Saúde os Municípios recebem mensalmente verbas da União justamente com o fim de resguardo da saúde dos munícipes e assistência aos carentes, sem falar, é claro, de sua própria receita.

Aguardar uma providência dos burocratas respeitante à decisão quanto à competência e responsabilidade de qualquer ente federativo (União, Estados e Município) em salvar as vidas de milhares de pessoas que esperam a morte é dar valor aos grilhões formais em detrimento do direito constitucional e primário da vida e secundário da saúde pública.

Dúvidas não restam que o Sistema Único de Saúde instituído pela Lei 8.080/90 tem o caráter de prestação de serviço à comunidade, legitimando a sociedade por interesse difuso a cobrar as providências para sua adequada tutela. Conforme assenta CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO

“a saúde, enquanto direito de todos (art. 196), ao se adequar perfeitamente enquanto direito difuso (transindividual, de natureza indivisível tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) visa possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁶.

⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, in *Os Sindicatos e a defesa dos interesses difusos*. 1. ed. RT, 98p.

A par da conclusão que o Sistema Único de Saúde representa um instituto público com finalidade de prestação de serviços na área de saúde aos mais necessitados, vê-se, lapidarmente, que o mesmo funciona mal, pois não está cumprindo sua tarefa essencial que é a de salvar vidas, especialmente no que concerne aos pacientes soropositivos de HIV. Daí que calha invocar a responsabilidade civil quanto aos órgãos públicos disposta no art. 22 do Código de Defesa de Consumidor. Se há omissão do serviço público, deve haver uma compensação dessa lesão.

A respeito do assunto, o festejado AGUIAR DIAS, relembra AMARO CAVALCANTI:

“Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como defendia já o insigne Amaro Cavalcanti, escrevendo que ‘assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados’. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari.*”⁷

⁷ DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade civil, tomo II. 4. ed., Rio de Janeiro: 678p.

IV - Remédio Jurídico aos Aidéticos: ACP e Tutela Antecipada

Se para prolongar a vida dos portadores do vírus HIV é necessário ministrar aos pacientes um coquetel, para conseguir essa associação de remédios, especialmente aos carentes, é salutar o ajuizamento de medida judicial, dada a omissão dos órgãos públicos.

É certo que o art. 1º da LACP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.078/90 (CDC), menciona como bem jurídico por ela tutelado, além do meio ambiente, consumidor e bens de valor estético, turístico, histórico e paisagístico, "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (inc.IV). Em consequência, evidente é a legitimidade do Ministério Público para tutelar via ação civil pública os diversos interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e em especial o social relacionados aos pacientes quase mortos.

Nesse sentido restou verberado por NELSON NERY JÚNIOR:

"A tendência legislativa é, portanto, a de alargar, sempre que necessário e possível, a legitimidade do Ministério Público e dos demais co-legitimados, para a defesa de direitos metaindividuais em juízo. Os doutos entendimentos em contrário estão, portanto, na contramão da evolução do direito positivo brasileiro, *concessa maxima venia*. No artigo 5º dessa mesma LACP, encontra-se legitimado o MP para agir na defesa dos bens

jurídicos tutelados pela LACP. O Ministério Público tem, portanto, legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (art. 1º, n. IV, LACP). Entre outros, são exemplos de interesse difuso ou coletivo: a) a higidez do mercado financeiro; b) a correta instituição e cobrança de impostos, taxas e contribuições de melhoria; c) a proteção dos aposentados; d) a proteção da comunidade indígena (CF 129, art. V); e) a proteção da criança e do adolescente (v. ECA 208 ss.); f) a proteção das pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853/89); g) a proteção dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89); h) a defesa do patrimônio público e social (CF, art. 129, III); i) a proteção do patrimônio público contra o enriquecimento ilícito do agente ou servidor público (LEnI - Lei 8.429/92); j) a proteção do meio ambiente (natural, cultural, do trabalho etc.); k) a proteção do consumidor (CDC); l) *a proteção da vida, saúde e segurança das pessoas.*"⁸

Veja-se, neste aspecto, que o art. 82 do CDC confere legitimidade ao Ministério Público para aforar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. No presente caso o Ministério Público vem tutelar justamente o interesse social, mesmo porque esta função lhe é afeta, conforme se

⁸ NERY, Nelson Júnior, in *Ação Civil Pública*, Lei nº 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, 1. ed., RT, p.357-358.

depreende do art. 127, *caput*, CF, bem como artigo 129, inc. IX do mesmo diploma magno. Com isso, assenta-se que é função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF), sendo que a legitimidade conferida pelo artigo 82 do CDC obedece o disposto no artigo 129, inc. IX, CF, pois a defesa coletiva do cidadão, no que tange a qualquer espécie de seus direitos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), é, *ex vi legis*, de interesse social. Volvendo ao mestre já citado, tem-se que:

“Assim, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará aí presente o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 *caput* e CF 129 IX).

De conseqüência, toda e qualquer norma legal conferindo legitimidade ao Ministério Público (CF 129 IX) para ajuizar ação coletiva, será constitucional porque é função institucional do *Parquet* a defesa do interesse social (CF 127 *caput*).

Como o CDC 82 I confere legitimidade ao MP para ajuizar ação coletiva, seja qual for o direito a ser defendido nessa ação, haverá legitimação da instituição para agir em juízo. O CDC 81 parágrafo único diz que a ação coletiva poderá ser proposta para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (incs. I a III).

O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com

o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O *Parquet* não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse individual seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III) essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC 82, I, por autorização da CF 129 IX e 127 *caput*).⁹

No caso dos aidéticos com baixo CD-4, ou seja, em estado de crises oportunistas, três são os interesses. O primeiro, de ordem difusa, pois um sem-número de habitantes deseja melhor qualidade de sobrevivência aos aidéticos, bem como garantias de que estaria o poder público comprometido em salvar a vida de todos aqueles infectados. Caso deferido, a todos aproveita, caso negado, a todos prejudica. O segundo, de ordem coletiva, pois tais doentes geralmente estão organizados em associações. O último, classificado como individual homogêneo, pois os milhares de soropositivos com baixo CD-4 se consubstanciam em grupo de pessoas cujas peculiaridades decorrem de origem comum (HIV).

Assim, o manejo da ação civil pública em face do Estado e Município tendente a firmar obrigação de fazer, com estabelecimento de multa diária, tendo como pedido principal o fornecimento do coquetel da vida, é totalmente viável e próprio.

⁹ NERY, Nelson Júnior, in opus cit. 366p.

Urge tão-somente esclarecer que de melhor alcance, ao revés do pedido liminar previsto no art. 12 da Lei 7.347/85, a utilização da tutela antecipada de que trata o art. 461, § 3º do CPC, cuja redação foi importada do art. 84 do CDC, pois certamente presente o requisito do justificado receio de ineficácia do provimento final (morte).