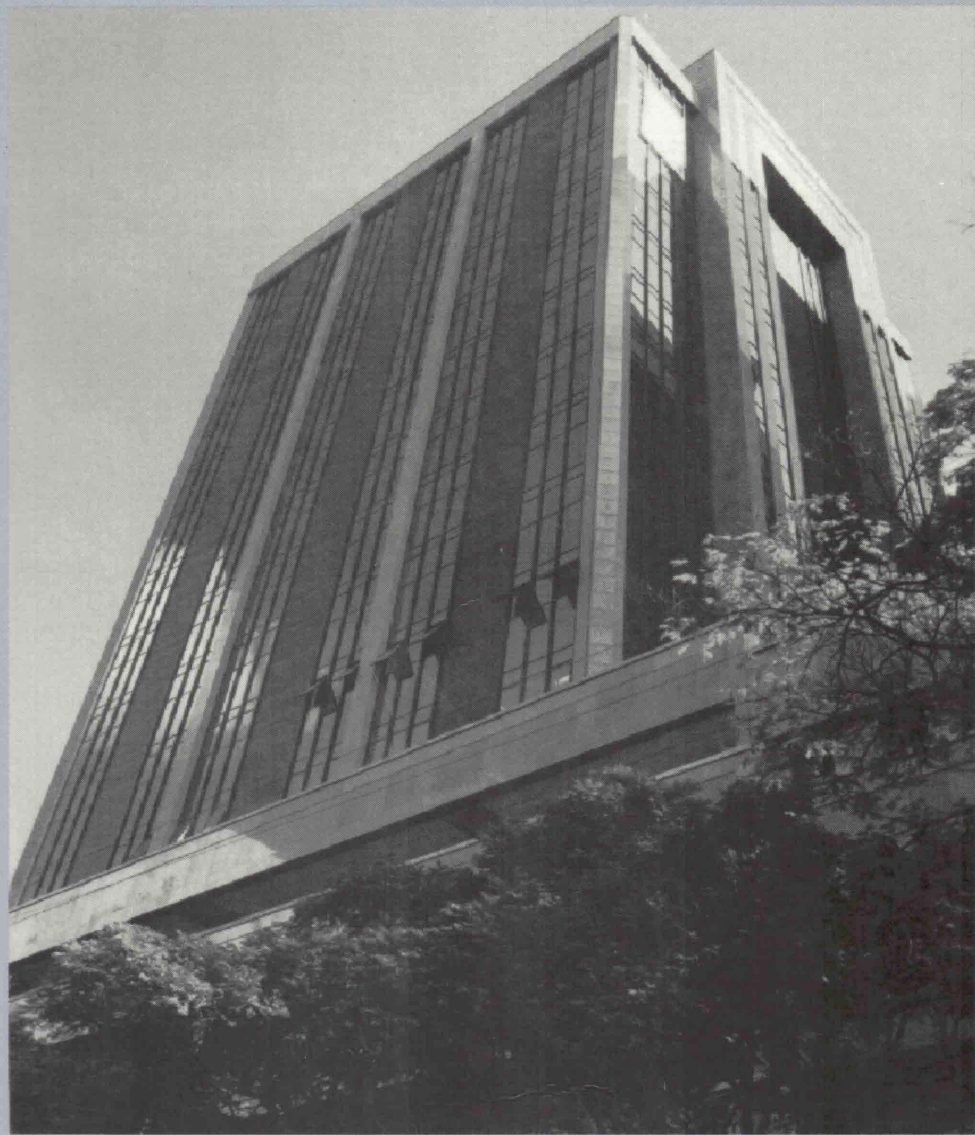


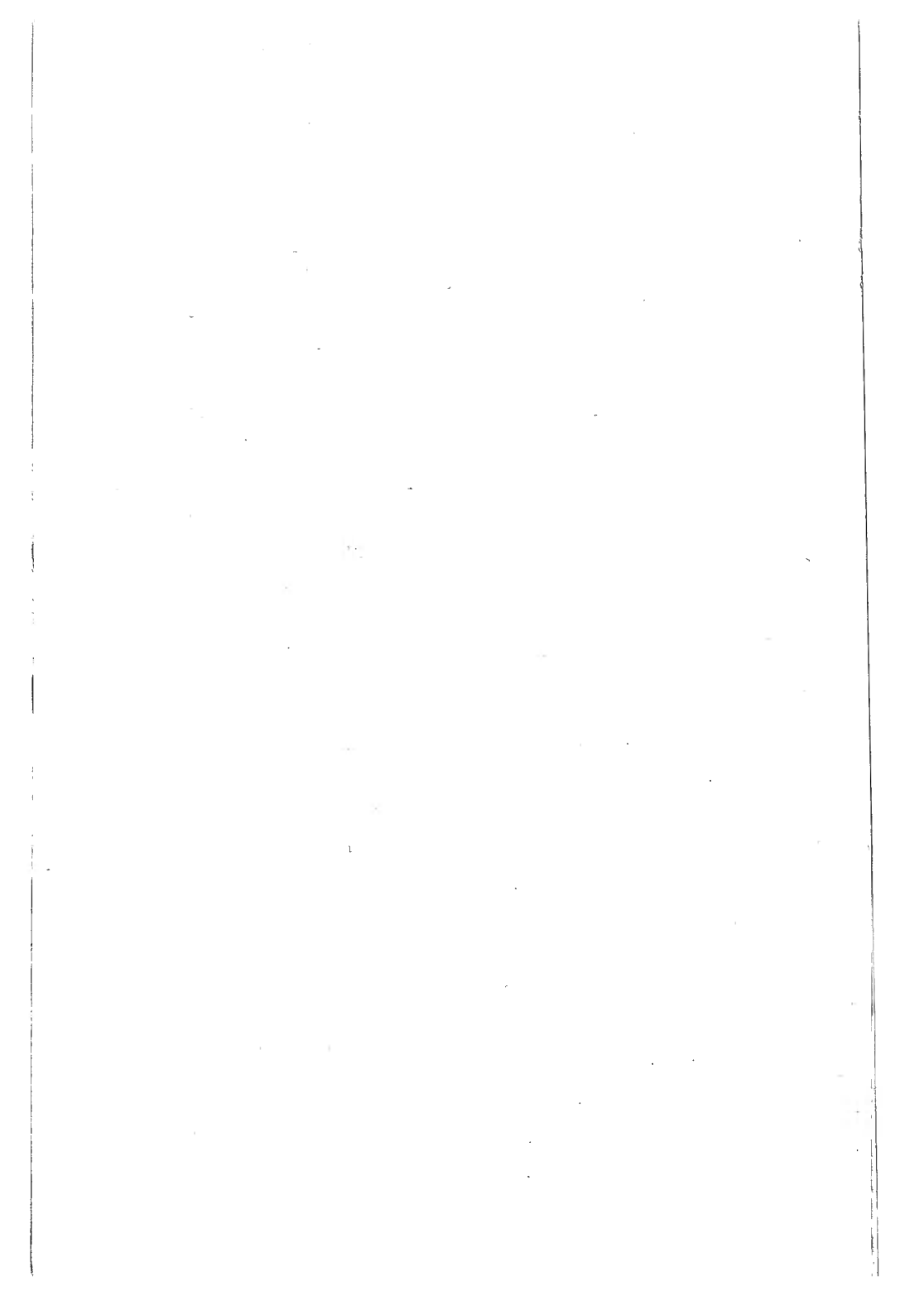
REVISTA JURÍDICA

2

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***

Rev. Jurídica Minist. Público	v. 2	Dez 1998	Belo Horizonte	Gráfica e Editora Perform	402 p.
----------------------------------	------	-------------	-------------------	------------------------------	-----------

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. 2. Dezembro, 1998. Belo Horizonte. Gráfica e Editora Perform.

v.2. - 1998

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 de Justiça
Epaminondas Fulgêncio Neto*

*Corregedor-Geral
Márcio Heli de Andrade*

*Procurador-Geral de Justiça Adjunto
Carlos Henrique Flemming Ceccon*

*Chefe de Gabinete
Bertoldo Mateus de Oliveira Filho*

*Secretário-Geral
Antônio de Pádua Pontes*

*Diretor-Geral
Derivaldo Paula de Assunção*

*Diretor do Centro de
Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Abelardo Teixeira Nunes*

***Revista Jurídica do
Ministério Público do
Estado de Minas Gerais***

Conselho Editorial

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Epaminondas Fulgêncio Neto

Corregedor-Geral do Ministério Público

Márcio Heli de Oliveira

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Abelardo Teixeira Nunes

Procuradores de Justiça

Antônio Carlos de Barros

Francisco Márcio Martins Miranda Chaves

João Batista da Silva

Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni

Promotores de Justiça

José Alberto Sartório de Souza

Bruno Teixeira Lino

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

Coordenação Editorial

Procurador de Justiça Antônio Lopes Neto

Procurador de Justiça Abelardo Teixeira Nunes - Diretor do CEAF

Digitação, revisão, projeto gráfico, normalização bibliográfica e editoração.

Setor de Publicações do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Cristina Pedrosa Garabini – Marco Antônio Gibim – Maria Amélia Brandão

Szuster – Merchid Milen Filho - Patrícia Alves da Cruz Mauro

Endereço:

Av. Álvares Cabral, n.º 1.690 – 10º andar - Santo Agostinho

Belo Horizonte – CEP 30170-001

Tel.: (031) 330.8181 – 330.8182 – 330.8028

Fax:: (031) 330.8027

APRESENTAÇÃO

**“O homem pode morrer.
Nações podem subir e tombar. Um
ideal porém vive sempre. Os ideais
jamais morrem.”**

Nas sabias palavras do pensador americano Robert Frost, encontramos o norte das ações culturais que inspiram a chefia da instituição ministerial das Gerais.

As idéias bem lançadas perpetuam-se no tempo, como o sol matutiname-nte nos desperta para o dia.

A razão de ser de uma instituição que busca o cumprimento fiel de sua missão fiscalizadora e preservadora dos anseios sociais e individuais mais caros, não pode prescindir do necessário apuro técnico de seus artífices.

O ideário de trabalho desenvolvido nesta Casa já aponta para contornos mais ousados, onde os seus membros inserem no contexto jurídico hodierno, proposições articuladas, capazes de sedimentar um novel conceito de hermenêutica, lapidado pelo labor diuturno na defesa social.

Como integrante d'uma orquestra, onde os músicos fazem ecoar sons inspirados de vocação jurídica, vejo-me, na condição de Corregedor-Geral do Ministério Público, encarregado de orientar tão brilhantes cidadãos, compondo esse coro, no

**idêntico diapasão, que um dia, certamente, quebrara o
recrudescimento do homem egocêntrico.**

**O desejo árduo de contribuir para o
engrandecimento social, encontra eco no trabalho
abnegado dos nossos interlocutores do direito,
tornando mais social do que racional o nosso *parquet*.**

**A honraria que nos enaltece a alma,
como responsáveis pela apresentação do volume 2,
da Revista Jurídica do Ministério Público de Minas
Gerais, fazemos-na decorrente do compasso que
também inspira o honrado Procurador de Justiça Dr.
Abelardo Teixeira Nunes - Diretor do Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, na
sua dedicada carreira, sempre almejando o
engrandecimento institucional.**

**O trabalho apresentado é resultado
de esforços voltados ao prestígio do nosso amado
Ministério Público e representa a vitória da
perseverança.**

**MARCIO HELI DE ANDRADE
CORREGEDOR-GERAL**

SUMÁRIO

Aspecto Controvertido da Usucapião na Cidade de Belo Horizonte Márcio Luiz Chila Freyesleben	23
Aspectos da Área Azul Hélvio Simões Vidal	55
Crédito e Publicidade : Dois Fenômenos Sociojurídicos Indissolúveis Geraldo de Faria Martins da Costa	101
Da Doação como Forma de Prestação Social Alternativa Luciano Luz Badini Martins	131
Limites Éticos e Jurídicos à Experimentação Genética em Seres Humanos: a Impossibilidade da Clonagem Humana no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Paulo José Leite Farias	151
O Exame da Culpabilidade no Crime de Homicídio Antônio de Pádova Marchi Júnior	175
O Ministério Público e a Segurança Pública Marco Antônio Lopes de Almeida	215
"Plea Bargaining" -Modelo de Aplicação do Princípio da Disponibilidade José Alberto Sartório de Souza	245
Prescrição Intercorrente e Suspensão da Prescrição em Sede Penal Marisa Levin Cremonesi	295
Reflexões em torno da Pena Privada de Liberdade – sua Execução Crítica e Propostas José Ronald Vasconcelos de Albergaria	317
Unões de Pessoas do mesmo Sexo – Reflexões Éticas e Jurídicas Rodrigo da Cunha Pereira	381

DOCTRINA

ASPECTO CONTROVERTIDO DA USUCAPÃO NA CIDADE DE BELO HORIZONTE

**Márcio Luis Chila Freyesleben*

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Colocação do Problema. III - Origem da Propriedade das Terras Brasileiras. IV - O Curral Del-Rei. V - A Desapropriação do Arraial de Belo Horizonte. VI - A Cidade de Minas. VII - A Autonomia Municipal. VIII - A Municipalização do Distrito de Belo Horizonte. IX - Do Registro Imobiliário. X - Ausência de Registros: Presunção. XI - A Comprovação do Domínio das Terras Públicas. XII - Imóveis não Registrados: Bens Dominicais. XIII - Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

Na cidade de Belo Horizonte existem inúmeros imóveis urbanos que, por mais inusitado que possa parecer, não constam do Registro Imobiliário. Em sua grande maioria, são imóveis edificadas, alguns há mais de cinquenta anos, cuja posse, não raro, deita raízes no início do século.

O único meio encontrado pelos possuidores para a aquisição do domínio tem sido a usucapião, baseada na

posse mansa, pacífica e ininterrupta. Ocorre, no entanto, que o Município de Belo Horizonte, invariavelmente, tem vindo aos autos para contrapor-se à pretensão, ao argumento de que referidos imóveis lhe pertencem e, por conseguinte, não podem ser usucapidos (art. 183, § 3º, da CF/88). Para o Município, tais imóveis foram havidos por desapropriação do Governo Estadual, em 1897, para a construção da Cidade de Minas, hoje Belo Horizonte, Capital de Minas Gerais. De acordo com o Decreto Estadual n.º 1.088, de 29 de dezembro de 1897, os terrenos compreendidos dentro dos marcos geodésicos e que não foram vendidos pelo Estado de Minas Gerais passaram ao domínio da Prefeitura da Cidade de Minas.

Os possuidores, ao contrário, alegam que o Governo do Estado não desapropriou a área, mas, através da Lei n.º 3, de 17 de dezembro de 1893, apenas "autorizou" a desapropriação, fato este que não seria possível comprovar em razão da ausência de registro idôneo e, portanto, não poderia ser presumido público o imóvel.

II - COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Afirmar categoricamente que o imóvel em lide é, ou não, do Município, representa empreitada para historiador, pois envolve a pesquisa e a organização de

documentos do fim do século passado, o que prenuncia trabalho de ingente dificuldade.

Como bem dissera o Dr. Ernane Fidélis dos Santos:

"fazer prova, por outros meios, de condições legais de aquisição de propriedade, com fundamento em lei que se refere a situações fáticas, ocorridas há mais de cem anos, é de todo impossível".

Sin embargo, o conhecimento de lides de tal natureza exige dos operadores do direito, no mínimo, a compreensão do contexto em que eram inseridas as relações que deram origem ao direito ora reclamado pelo Município. Entender a evolução jurídica dos imóveis no Brasil é pressuposto necessário ao desate da causa.

Do mesmo modo, urge conhecer a dinâmica dos fatos no exato momento em que o direito de propriedade se aperfeiçoou, ou seja, no instante do nascimento da Capital

Apesar de pouco comum, pretendo encaminhar o presente parecer, buscando na história da propriedade brasileira e na história da Capital mineira a solução para a presente demanda.

¹ In *Procedimentos Especiais*, p. 56, 2. ed. 1976, Universitária.

É o que tentarei fazer.

III - ORIGEM DA PROPRIEDADE DAS TERRAS BRASILEIRAS

No princípio, todas as terras no Brasil eram públicas e pertencentes a Portugal, por direito de conquista.

Uma das primeiras medidas destinadas à promoção da colonização foi a repartição das terras em capitanias hereditárias, iniciada em 1534 por Fernando de Noronha, com a *"divisão da costa brasileira em 15 setores lineares (respeito aos limites impostos pelo Tratado de Tordesilhas), com extensões de 30 a 100 léguas"*².

*"Os que recebiam a terra eram os donatários, que tinham direitos (nomeação de autoridades e juizes, recebimentos de taxas e distribuição de terras) e deveres (todas as despesas de transportes e ajuda aos povoadores). Seus donatários não possuíam direitos sobre a terra, já que o rei mantinha sua suserania".*³

Se acaso o donatário não cumprisse as

² KOSHIBA Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Fruze. *História do Brasil*. p. 31, 5. ed. Autal Editora.

³ KOSHIBA Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Fruze. *História do Brasil*. p. 31, 5. ed. Autal Editora.

condições impostas, o que com frequência ocorria, caía em comisso, tornando-se devolvidas à Coroa as terras concedidas.

O termo devoluto significa justamente a devolução, o retorno, a volta da terra ao domínio do Trono: *terra devoluta*.

"Desde a instalação das capitanias hereditárias, os donatários deveriam distribuir terras para promover o povoamento e iniciar a produção na colônia. As doações tinham como consequência a posse de sesmarias. Ao sesmeiro (o que recebia sesmaria) cabia a posse alodial da terra, ou seja, a posse da terra era plena, não implicando qualquer vínculo de dependência pessoal".⁴

A sesmaria era um lote de terra inculta cedido a quem se dispusesse a cultivá-lo, sendo certo que o não-cumprimento desta cláusula importava multa e até mesmo a perda da terra (*terra devoluta*).

O regime de capitanias hereditárias, no dizer de Benedito Silvério Ribeiro, foi efêmero, não deixando traços marcantes. Segundo o nobre jurista, "*o instituto que efetivamente marcou a primeira fase de nossa estrutura*

⁴ KOSHIBA Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Fruze. *História do Brasil*. p. 35, 5. ed. Autal Editora.

fundiária foi o sistema sesmarial".⁵

A outorga de sesmarias em regime enfiteútico gerou grandes latifúndios, inexplorados, em sua maioria. Além disso, surgiram conflitos entre os ocupantes de terras devolutas e os concessionários de terras por sesmarias, criando um clima de insegurança, principalmente pelo desrespeito às divisas fixadas.

*"Em 1822, pouco antes da independência, foi suspensa a concessão de sesmarias, iniciando-se a segunda fase, de ocupação; como não havia legislação discriminando o uso das terras, as pessoas tomavam posse e começavam a cultivá-las; a partir de então, a morada habitual e o cultivo da terra passaram a ser considerados fatores essenciais à legitimidade da posse. Desse modo, enquanto o regime de sesmarias favoreceu os grandes proprietários, que acabavam por não cultivar adequadamente a terra, o período de ocupação beneficiou o pequeno colono que, fazendo da terra sua morada habitual, cultivava-a com o próprio trabalho e o de sua família".*⁶

Em meados do século XIX, imperava o caos na propriedade territorial do Brasil, o que levou à edição da Lei imperial n.º 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como Lei da Terra.

⁵ *Tratado de Usucapião*. p. 502, v. 1, 1992, Saraiva.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. p. 406, 3. ed. 1993, Atlas.

De acordo com a Lei n.º 601, terras devolutas, no magistério do Conselheiro Joaquim Ribas, eram consideradas:

"a) As que não se acharem applicadas a algum uso publico, nacional, provincial ou municipal.

b) As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem fôrem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, não incursas em commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

c) As que não se acharem occupadas por posse que, apesar de não se fundarem em titulo legal, foram legitimadas pela lei".⁷ (sic)

Ficava garantido o direito do sesmeiro revalidar a sua concessão, desde que, mesmo sem cumprir as condições impostas, mantivesse a terra cultivada e nela morasse com sua família.

A medida, de um lado, buscava afastar os especuladores e os latifundiários; de outro, permitia, através do efetivo cultivo da terra, que a mesma não fosse declarada devoluta.

A Lei n.º 601 permitiu, por exclusão, a conceituação do termo *terras devolutas*:

⁷ *Direito Civil Brasileiro*. p. 443, edição histórica, Rio

“São terras devolutas: 1º, as que não se acharem applicadas a uso algum publico federal, estadual ou municipal, nem forem do dominio particular por qualquer titulo legitimo; 2º, os terrenos dos antigos aldeamentos de indios (Lei n.º 601, de 18 de Setembro de 1850, art. 3º; reg. n.º 1.318, de 30 de Janeiro de 1854)”⁸. (sic)

Observa Celso Ribeiro Bastos, que

“essas terras, até a Proclamação da República, pertenciam à nação. A Constituição de 1891 transferiu aos Estados-Membros as situadas nos seus respectivos territórios, reservando à União a porção de território indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”⁹.

IV - O CURRAL DEL-REI

O povoado eleito para sediar a nova Capital mineira nascera pelo impulso das contingências nacionais.

“O Curral del-Rei foi um povoado que nasceu do pouso de bandeirantes. O paulista João Leite da Silva Ortiz teria se fixado entre 1701 e 1702 na Fazenda do Cercado. Em 1711, recebeu a carta de sesmaria dos terrenos da fazenda e, em

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. p. 304, v. 1, 7. ed. Edição Histórica, Rio.

⁹ *Curso de Direito Administrativo*. p. 314, 2. ed. 1996, Saraiva.

1714, foi nomeado pelo Governador, como capitão de uma companhia de Ordenanças do Distrito de Curral del-Rei. Naquele mesmo ano, o arraial passou a pertencer à comarca de Rio das Velhas (Sabará). Em 12 de abril de 1890, pelo Decreto n.º 36, do Presidente do Estado, João Pinheiro, passou a se chamar Bello Horizonte”.¹⁰

Conta a história, que,

“em 1733, o arraial de Curral del-Rei estava em franco desenvolvimento. Tinha muitas construções de boa qualidade, em torno das quais prosperavam fazendas de plantio e criação. As principais atividades eram a lavoura, criação e negócio de gado e fabricação de farinha. Em Traços Históricos e Descritivos de Bello Horizonte, de autoria do padre Francisco Martins Dias, consta que, em 1815, o Curral del-Rei ocupava uma área de 95 quilômetros quadrados, com uma população de quase 18 mil habitantes, distribuídos pela sede e lugarejos próximos”.¹¹

Na área do Curral del-Rei

“foi implantada, por volta de 1828, uma fábrica de produção de algodão, acompanhando o surto fabril que atingiu Minas Gerais, tornando-se o Estado um dos

¹⁰ BH 100 Anos. Nossa História. CDROM.

¹¹ BH 100 Anos. Nossa História. CDROM.

maiores produtores do Brasil. Em 1845, surgiu outra unidade, de fundição de ferro e bronze, nas proximidades da Lagoa de Maria Dias (próximo ao cruzamento hoje da Avenida Paraná com a Rua Carijós, no Centro da Cidade). Duas fábricas de tecido e manufaturas instaladas em Sabará (1855), cidade à qual o arraial estava ligado, também tiveram reflexo positivo”.¹²

Sabe-se, ainda, em relação às atividades do povo que habitava o arraial, que,

“em 1890, um ano antes da decisão de mudança da Capital, na localidade havia três templos católicos: a Matriz da Boa Viagem e as Capelas do Rosário e de Santana. Sua população era de aproximadamente 4.000 habitantes e, além de igrejas e das duas capelas, possuía dois largos, oito ruas, 172 casas, 16 estabelecimentos comerciais, duas escolas públicas, uma farmácia, 31 fazendas de cultura e criação; era banhado por vários córregos como o Leitão, Ilha, Capão Grande, Cercadinho, Taquaril e Cardoso e pelo Ribeirão Arrudas, que o atravessa. Possuía ainda oito olarias fabricando telhas, tijolos e panelas, várias pedreiras de granito e calcário, uma fundição de ferro e bronze com 40 operários, 40 fábricas de farinha de mandioca, 16 engenhos de cana que produziam açúcar, rapadura e aguardente, além de uma cultura de café em início e dois cultivadores de vinha. Exportava madeira e frutas”.¹³

¹² BH 100 Anos. *Nossa História*. CDROM.

¹³ BH 100 Anos. *Nossa História*. CDROM.

V - A DESAPROPRIAÇÃO DO ARRAIAL DE BELO HORIZONTE

Pois bem: a Cidade de Minas foi erigida tendo como pano de fundo o cenário descrito.

Através da Lei n.º 3, de 21 de dezembro de 1893, art. 2º, itens 1º e 3º, ficou autorizada a organização do plano definitivo da nova cidade, bem como a desapropriação dos terrenos que ficassem compreendidos na planta que fosse aprovada. Referido dispositivo foi regulamentado pelo Dec. n.º 680, de 16 de fevereiro de 1894, ficando constituída a Comissão Construtora da Nova Capital (art. 1º).

A desapropriação era necessária, porque, nos exatos termos da Lei n.º 601, as terras do arraial de Belo Horizonte não eram devolutas. Naquela época, para que as terras, que foram devolutas, não fossem mais consideradas *terras devolutas*, deveriam ter sido, necessariamente, *adquiridas*:

“teria de ser provado o título legítimo, ou a posse que se haja legitimado segundo a Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. Qualquer posse teria de ser legítima, nos precisos termos dos arts. 5º - 9º. Para que alguém, que fosse possessor antes da Lei n.º 601, pudesse alienar ou hipotecar terras, teria sido necessário o título do terreno, passado pela Repartição Provincial

Para a aquisição de terras, o possuidor deveria cultivá-las. O conceito de terra cultivada, para fins de legitimação da posse, era dado pela própria Lei n.º 601:

"não se consideram princípios de cultura para revalidação ou para a legitimação, os simples roçados, derribadas ou queimadas de matos ou campos, levantamento de ranchos, ou ato de semelhante natureza, não estando acompanhados de cultura efetiva e morada habitual".¹⁵

O arraial de Bello Horizonte era um próspero povoado. Segundo o relato minudente do Engenheiro Aarão Reis, chefe da Comissão Construtora, por ocasião de sua exoneração, motivada por descontentamentos frente às decisões do Governo, que desgastaram bruscamente sua autoridade, recolhe-se o seguinte fragmento:

... "os terrenos do arraial de Belo Horizonte eram em grande parte de propriedade particular, que teriam de ser desapropriados para o levantamento da projetada cidade, tornando-se, por isso, sob o ponto de vista

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 214, t. XI, parte especial, 4. ed. 1983, RT.

¹⁵ Cf. VAMPRÉ e Carvalho, C., citados por J. M. Carvalho Santos. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. p. 121, v. II, parte geral. 11. ed. Freitas Bastos.

Márcio Luís Chila Freyesteiben

econômico e administrativo, mais difícil e onerosa minha missão, não só por terem de ser aumentados os estipêndios com a desapropriação de mais de 400 propriedades, a maior parte edificadas e cultivadas, como pelos embaraços que teria de encontrar na relutância de seus proprietários, que se veriam forçados a emigrar dentro de curto espaço de tempo, abandonando os seus lares, plantações e hábitos de longa data".¹⁶

Tal afirmativa fica reforçada com a informação prestada pelo Engenheiro Aarão Reis de que, com poucas exceções, "foram efetuadas as desapropriações por meio de escrituras públicas de compra e venda"¹⁷; e mais, apenas nove processos judiciais de desapropriação foram necessários ajuizar.

Reputo de grande valor a determinação da origem das terras e da natureza jurídica das posses e domínios. Como se percebe facilmente, as terras do arraial eram particulares. Se as terras fossem devolutas, seriam de propriedade do Estado de Minas Gerais, de acordo com a Constituição de 1891, e não haveria necessidade de desapropriá-las, pois seria um absurdo imaginar o Estado de Minas Gerais desapropriando a si próprio.

¹⁶ Exposição apresentada ao Governador do Estado de Minas Gerais ao deixar a Chefia da Comissão Construtora.

¹⁷ Obra citada.

Portanto, tratava-se de terras particulares, que foram, inequivocamente, desapropriadas pelo governo do Estado de Minas Gerais. Entendo não haver a menor dúvida a respeito de que tenha sido realizada a desapropriação de toda a área correspondente à nova cidade, como determinavam os artigos 2º e 3º, da Lei n.º 3: *“proceder à desapropriação dos terrenos particulares, compreendidos na planta que for aprovada”*. (sic)

À guisa de comprovação, traga-se o seguinte fato concreto:

“A outra etapa histórica do Barreiro de Cima começou com a instalação da Colônia Vargem Grande, em 1896, nas terras que pertenciam ao Major Cândido Brochado, vendidas para Manoel Pereira de Melo Viana, que, por sua vez, vendeu-as ao Estado por 75 mil réis. A iniciativa de compra foi do engenheiro Aarão Reis, com o objetivo de aproveitar as águas dos córregos da região para abastecer a população da cidade”.¹⁸

Todo o raciocínio por mim desenvolvido até este exato ponto teve um só objetivo: demonstrar que toda a área era particular e entrou para o patrimônio do Estado de Minas Gerais, via desapropriação.

¹⁸ BH 100 Anos. Nossa História. CDROM.

VI - A CIDADE DE MINAS

O Chefe do Departamento Patrimonial da Prefeitura de Belo Horizonte afirma, com os dedos em cruz e com a mão sobre a Bíblia Sagrada, que:

*“a origem do domínio e posse dos lotes da Prefeitura de Belo Horizonte nas seções 1ª a 14ª Urbana e 1ª a 8ª Suburbana, da Concórdia e das ex. colônias, decorre das disposições do Decreto Estadual n.º 1.088 de 29 de dezembro de 1897, que criou a Prefeitura de Belo Horizonte (Prefeitura da Cidade de Minas); os terrenos constantes da planta geral da futura capital do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto Estadual n.º 817, de 15 de abril de 1895, ainda não vendidos pelo Governo do Estado de Minas Gerais, passaram a pertencer à Prefeitura de Belo Horizonte, por força do Decreto 1.088, de 29 de dezembro de 1897, como sucessora do Estado, quando da criação do Município, naquela data; todos os terrenos necessários à formação da área destinada à localização da futura capital do Estado de Minas Gerais foram desapropriados, em virtude do Decreto n.º 680, de 14 de fevereiro de 1894, que regulamentou o disposto no art. 2º da Lei nº 3, de 17 de dezembro de 1893, adicional à Constituição do Estado, sendo as aquisições realizadas pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da Comissão Construtora da Nova Capital”.*¹⁹

¹⁹ Legislação Municipal. CDROM.

O Dec. n.º 1.088, em seu art. 1º, diz expressamente:

"Fica creada a prefeitura da cidade de Minas, comprehendendo o território do districto de Bello Horizonte, ..." (sic)

Diz, ainda, em seu art. 12:

"A fazenda municipal da cidade de Minas pertencerão os bens immoveis, moveis e semoventes que adquirir, ..." (sic)

A bem da verdade, o Dec. n.º 1.088 não diz exatamente que os bens não vendidos pelo Estado passariam ao domínio do Município, todavia esta é uma conclusão óbvia.

A Cidade de Minas foi criada sob a égide da Constituição de 1891. A 15 de novembro de 1889, um golpe de estado derrubou a monarquia, destituindo o Imperador e proclamando a República Federativa. O primeiro ato jurídico do movimento armado foi a edição do Decreto n.º 1, da lavra de Rui Barbosa, que instituía a forma de governo da nação brasileira: a República Federativa.

Como consequência, as províncias foram alçadas a Estados-Membros e passaram a gozar da *autonomia* característica de uma Federação.

Não poderia ser diferente, pois, no dizer de Darcy Azambuja:

"a faculdade de auto-organização e de autogoverno, dentro dos limites fixados na Constituição Federal, é um dos traços fundamentais do regime federativo. Se ele falta, não há mais Estado Federal, e sim Estado unitário".²⁰

Notadamente, o Município não era peça estrutural do regime federativo brasileiro, à semelhança da União e dos Estados-Membros. Foi a Constituição de 1988 que inseriu o Município no contexto federativo, nivelando-o aos demais entes.

No entanto, é preciso não perder de vista que a nota característica da Federação é a *autonomia*, ou seja, o princípio federativo se traduz pela autonomia recíproca, constitucionalmente assegurada aos entes integrantes da Federação.

A história registra que, durante os quarenta anos de vigência da Constituição de 1891, os Municípios foram vítimas do hábito do *centralismo* e da opressão do *coronelismo*, que os transformaram em verdadeiros feudos

²⁰ *Teoria Geral do Estado*, p. 376, 27. ed. Globo.

de políticos truculentos e inescrupulosos. Durante oito lustros os Municípios viveram sob os desígnios da opressão, da ignorância e do mandonismo.

No entanto, essa situação fática não se coadunava com as novas tendências da República Federativa. A Constituição de 1891, coerente com o princípio do federalismo, determinava:

Art. 68. Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

“Com tal liberdade, as Constituições estaduais modelaram os seus Municípios, com maior ou menor amplitude na administração, em termos que lhes asseguravam a autonomia pregada na Lei Magna”.²¹

Dessarte, conquanto os Municípios, sob a égide da Constituição de 1891, não integrassem a Federação, gozavam de “autonomia”.

VII - A AUTONOMIA MUNICIPAL

“O conceito etimológico de autonomia coincide com o sentido jurídico da palavra: governo próprio”.²²

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. p. 31, 6. ed. 1993, “M”.

²² MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. p. 116, 6. ed. 1977, RT.

Na crítica aguda de Mário Masagão, o art. 68 da Constituição de 1891, ao unir a idéia de autonomia à idéia de um mínimo de atribuições, relativas ao interesse peculiar do município, criou um conceito novo e próprio de *autonomia*:

"Esse erro perdurou na legislação posterior, criando-se um conceito de autonomia próprio do direito brasileiro, e que compreende, não só a eleição do prefeito e vereadores, como também uma esfera de atribuições, coisa que, tecnicamente, se prende a outro assunto, o da descentralização".²³

Mesmo que na prática os Estados não respeitassem a autonomia dos Municípios, isto não a infirmava. A autonomia estava consagrada no texto constitucional e necessariamente deveria surtir consequências.

Apesar das infindáveis discussões suscitadas em torno do conteúdo da autonomia municipal, ela era uma realidade jurídica inarredável, porque, como bem analisa J. H. Meirelles Teixeira:

"... certo é que os dispositivos, a respeito das Constituições brasileiras, não somente consagram a autonomia municipal, como princípio de organização política e

²³ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. p. 117, 6. ed. 1977, RT.

administrativa, mas também lhe assinalam, desde logo, conteúdo inderrogável por lei ordinária, constituindo tal conteúdo direito público subjetivo, oponível à União e aos Estados".²⁴

E nem a ausência de precisão do conteúdo da autonomia municipal lhe diminuiria o *status*, porque, conforme ensina Roque Antônio Carrazza, invocando Sampaio Dória:

*"... o assunto não encerra nenhum enigma, ao alcance, somente, dos iniciados, nem realidade que se desenhe muito além das nuvens, como tramas de metafísica, em que só a dialética conclui e decide. Ademais, todo conceito, ainda que vago e impreciso, é, por definição, uma noção finita (Queiró), graças a que possui, necessariamente, um núcleo incontroverso".*²⁵

VIII - A MUNICIPALIZAÇÃO DO DISTRITO DE BELO HORIZONTE

À evidência, a Cidade de Minas se constituiu um Município autônomo, competente para gerir tudo quanto respeitasse ao seu peculiar interesse (descentralização).

²⁴Cit. por BASTOS, Celso Ribeiro, in *Curso de Direito Constitucional*. p. 277. 12. ed. 1990, Saraiva.

²⁵ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. p. 114. 10. ed. 1977, "M".

No dizer do Prof. José Cretella Júnior:

"Sob o aspecto material, na prática, na realidade objetiva, o Município (ou Comuna) apresenta-se como um agrupamento de pessoas, reunidas em família, com finalidades econômicas e com sede em determinado espaço territorial".²⁶ (sublinhei)

E repisa, o mestre administrativista:

"Suporte fático do Município é o agrupamento de pessoas em determinada circunscrição territorial".²⁷ (sublinhei)

Notadamente, a idéia de autonomia está inevitavelmente atrelada à idéia de território. O Município é autônomo sobre a base física de seu território. A criação de um Município importa a idéia de transferência do domínio territorial.

A autonomia do Município, como uma decorrência do princípio federativo, informa-nos o seguinte:

"Elevado o território a Município, adquire personalidade jurídica, autonomia política e capacidade processual para compor o seu governo, administrar seus bens e postular em Juízo. Desde a promulgação da lei

²⁶ *Direito Administrativo Municipal*. p. 73, 2. ed. 1981, Forense.

²⁷ *Direito Administrativo Municipal*. p. 73, 2. ed. 1981, Forense.

estadual que reconhece a nova entidade municipal, todas as rendas e bens públicos locais passam a lhe pertencer, salvo os que estiverem vinculados a serviços públicos do Município primitivo ou a serviços públicos de utilidade pública por ele concedidos e que se situem no território desmembrado mas sirvam ao primitivo cedente".²⁸ (sublinhei e negritei)

Na mesma linha de pensamento:

*"Quando ocorre o desmembramento, os bens públicos municipais, situados no território desmembrado, passam à propriedade do novo município, na data de sua instalação..."*²⁹

É dizer, quando o Dr. Chrispim Jacques Bias Fortes, Presidente do Estado de Minas Gerais, editou o Dec. n.º 1.088, de 29 de dezembro de 1897, Sua Excelência criou a Cidade de Minas e lhe transferiu o território do distrito de Belo Horizonte:

"Fica creada a prefeitura da cidade de Minas, compreendendo o território do districto de Bello Horizonte..." (art. 1º)

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. p. 62, 6. ed. 1993, "M".

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Municipal*. p. 96, 2. ed. 1981, Forense.

IX - DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Excetuados os lotes cedidos a funcionários, particulares e empresas, nos termos do art. 2º, itens 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei n.º 3, de 17 de dezembro de 1893, todos os demais foram transferidos para o domínio da Cidade de Minas.

Após a criação da Cidade de Minas, alguns lotes foram transferidos em regime de aforamento, nos termos do Dec. n.º 1.118 de 22 de março de 1888, outros lotes foram reservados para obras estaduais, nos termos do art. 9º, do Dec. n.º 1.211, de 31 de outubro de 1898. Todavia, a titularidade dos mesmos já pertencia à Prefeitura da nova cidade.

Com certeza, inúmeros outros lotes foram vendidos, à medida que a cidade crescia e atraía imigrantes.

Naquela época, não estava em vigor o atual Código Civil, publicado somente em 1916. O direito anterior atribuía força traslativa ao contrato, admitindo que os imóveis se transmitissem *solo consensu*. *“Considerava-se, então, que a propriedade se transmitia exclusivamente pelo contrato, sem a necessidade de outra qualquer exigência”*.³⁰

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 90, v. IV, 12. ed. 1997, Forense.

Com o advento do Código Civil, o registro imobiliário tornou-se, além de obrigatório, a forma de aquisição e de transmissão da propriedade imóvel.

O revogado Decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, em seu art. 244, com o escopo de assegurar o princípio da continuidade temporal das transmissões, determinava que:

“Em qualquer caso não se poderá fazer a transcrição ou inscrição sem prévio registro anterior, e, quando nenhum haja, do último anterior ao Código Civil, salvo se este não estivesse obrigado a registro, segundo o direito de então vigente, de modo a assegurar continuidade do registro de cada prédio...”

No caso em questão, havia obrigatoriedade de registro.

“Em 30 de junho de 1854, através do Decreto n.º 1.318, o governo recomendava a todos os proprietários do Curral del-Rei, que registrassem suas terras”.³¹

Não só, de acordo com a Lei de Posturas, Dec. n.º 1.211, de 31 de outubro de 1898, as vendas de imóveis a particulares, assim como a transferência de imóveis entre particulares, deveriam ser registradas em livro de

³¹ BH 100 Anos. Nossa História. CDROM.

tombamento, na Prefeitura da Cidade de Minas.

Indubitavelmente, os primeiros registros imobiliários foram alimentados a partir dos arquivos da Prefeitura da Cidade de Minas. Os proprietários de lotes deveriam providenciar o registro, até porque se tornava, pela sistemática implantada pelo Código Civil, condição necessária para a prova do domínio e, portanto, para a sua alienação.

Hoje, um século depois, presume-se que todos os lotes vendidos ou cedidos pelo Estado de Minas Gerais, até a edição do Dec. n.º 1.088, e, após, pela Prefeitura da Cidade de Minas, foram devidamente registrados em livro de tombamento e, posteriormente, trasladados para o Registro Imobiliário.

Imóveis localizados dentro da área delimitada na planta geodésica, que não constantes do Registro Imobiliário, são, até prova em contrário, imóveis componentes do acervo do Município de Belo Horizonte.

A única prova em contrário admissível seria a exibição do último registro realizado na Prefeitura, antes da vigência do Código Civil, prova indispensável à demonstração de que o imóvel saíra da esfera de domínio do Município para ingressar na do particular; usucapível, portanto.

X - AUSÊNCIA DE REGISTRO: PRESUNÇÃO

De tudo o que ficou dito, é de se afastar o argumento de que o Município não pode provar que a terra lhe pertence. Os possuidores é que devem provar que os imóveis não são públicos.

A autora não se beneficia do fato de que os imóveis remanescentes não estão registrados em nome do Município, porque *“toda terra sem título de propriedade particular é do domínio público”*.³²

En efecto, inicialmente toda terra brasileira era pública, pertencente a Portugal pela posse histórica, em razão do direito de conquista. Paulatinamente, a Coroa portuguesa foi transferindo a terra a particulares, através de concessões de sesmarias, vendas, doações, permutas, legitimações de posse, **mas sempre por título legal**. Daí, dizer-se que toda terra sem título de propriedade particular presume-se de domínio público.

José Otaviano de Lima Pereira, citado por Benedito Silvério Ribeiro, ressalta que os bens imóveis no Brasil, em princípio propriedade exclusiva do Estado, passaram a constituir duas grandes classes, em relação às pessoas a que pertencem: a dos bens públicos e a dos particulares. E acrescenta:

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 451. 14. ed. 1989, RT.

*"O direito de propriedade do poder público sobre os bens da primeira classe, como a sua posse, preexiste como regra geral, tendo por si uma presunção **juris et de jure**. Ao contrário, o domínio e posse dos bens da segunda classe devem ser provados, para que cesse aquela presunção, e isso porque a propriedade particular constitui exceção à referida regra geral da dominialidade pública".³³*

Assim sendo, Benedito Silvério Ribeiro arremata com suas próprias palavras:

"Dessarte, à falta de comprovação ou, pelo menos, indicação de que em qualquer tempo tenha o bem pertencido ao domínio particular, infalivelmente terá de ser considerado público, insusceptível, portanto, de ser usucapido, como enunciado na Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal."³⁴

XI - A COMPROVAÇÃO DO DOMÍNIO DAS TERRAS PÚBLICAS

Para provar o domínio de bem imóvel, o Registro Imobiliário é *conditio sine qua non* ao particular, mas não ao Poder Público.

³³ *Tratado de Usucapião*. p. 590, v. 1. 1992, Saraiva.

³⁴ *Tratado de Usucapião*. p. 590, v. 1, 1992, Saraiva.

A transferência de terras públicas, inclusive as devolutas, do Estado para o Município não necessita de nenhum ato transmissivo de domínio, porque “ela se efetua ex vi legis, em virtude da criação do Município e da sua instalação”³⁵, nos termos da lei estadual que o criou; no caso, o Dec. n.º 1.088.

O Município, para exercer seu direito sobre as terras públicas, não necessita demarcá-las ou registrá-las no Cartório Imobiliário da circunscrição competente. O Município pode, inclusive, transferi-las ao Estado ou à União, por lei municipal, sem que, para tanto, precise registrá-las.

*“O registro é exigido para a transferência de bens em razão de atos privados”.*³⁶

Benedito Silvério Ribeiro afirma categoricamente:

“É oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles, de que a transferência de imóveis de uma entidade para outra, ou mesmo a uma autarquia, desde que feita por ato legislativo, independente de transcrição, por não ser exigível qualquer formalidade complementar para a eficácia da lei que contém uma declaração de soberania territorial do Estado; se, porém, a alienação se fizer em forma civil,

³⁵ *Tratado de Usucapião*. p. 510, v. 1. 1992, Saraiva.

³⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. p. 510, v. 1, 1992, Saraiva.

ou por ato administrativo, será necessária a transcrição do título para que se complete a transferência de domínio".³⁷

Adiante, enfatiza o Prof. Benedito:

"O registro, conquanto regularize totalmente a situação dominial, não é condição a essa titularidade. A propriedade prova-se por registros cadastrais em repartições públicas, especialmente nos serviços responsáveis pelo patrimônio público".³⁸

Para a Administração Pública, o domínio dos bens imóveis decorre da lei. As terras devolutas, por exemplo, pertencem à União e aos Estados por força da Constituição; as praças, jardins, as áreas de circulação, áreas comuns de loteamentos urbanos etc., pertencem ao Município independentemente de registro, porque, na lição de Maria Helena Diniz:

"Nestas hipóteses, o Poder Público será, automaticamente, em virtude de lei, proprietário, exercendo seus direitos sobre os imóveis sem que haja necessidade de matriculá-los no Registro Imobiliário".³⁹

³⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. p. 510, v. 1, 1992, Saraiva.

³⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. p. 510, v. 1, 1992, Saraiva.

³⁹ *Sistemas de Registro de Imóveis*. p. 456, 1. ed. 1992, Saraiva.

XII - IMÓVEIS NÃO REGISTRADOS: BENS DOMINICAIS

Convém salientar que os imóveis municipais contidos nas seções 1ª a 14ª (urbana) e 1ª a 8ª (suburbana), da Concórdia e das ex-colônias, transferidos por decorrência do Decreto Estadual n.º 1.088, de 29 de dezembro de 1897, são bens do tipo dominicais, quer dizer, bens da parcela disponível do Município e constituem "*bens do patrimônio privado do Município*"⁴⁰, ou seja, são bens desafetados.

Muito embora o registro não seja condição de propriedade dos mesmos pelo Município, será através dele - do registro - que referidos imóveis cumprirão a destinação precípua, qual seja, a de compor o cabedal de bens públicos alienáveis, na forma da lei.

Em hipótese alguma poderão ser alienados a particulares sem que sejam, antes, levados a registro; antes mesmo, "*se vier, o Poder Público, a efetuar construções em seu terreno, deverá observar os dispostos legais atinentes à averbação*".⁴¹

Por serem bens dominicais desde 1897, os imóveis municipais se encontram em situação insólita, em

⁴⁰CRETELA Júnior, José. *Direito Administrativo Municipal*. p. 79, 2. ed., 1981, Forense.

⁴¹DINIZ, Maria Helena. *Sistema de Registros de Imóveis*. p. 456, 1. ed., 1992, Saraiva.

condições semelhantes às das terras devolutas: sem registro.

O Município deveria envidar esforços, não só para regularizar a situação dos imóveis junto ao Registro Imobiliário, mas também para legitimar a posse das pessoas que sobre eles edificaram suas moradas.

Trata-se de típico caso de complacência da Administração Pública, pois permitiu que, já nos primórdios da Capital, 6.000 operários, trazidos por Aarão Reis para trabalhar na construção da cidade, erguessem suas cafuas e formassem, onde é hoje o Bairro Floresta, a primeira favela da cidade.

XIII - CONCLUSÃO

Em suma, os imóveis situados dentro dos marcos geodésicos e que não se encontram matriculados no Registro Imobiliário pertencem ao Município de Belo Horizonte, conforme certifica o Departamento Patrimonial.

****Márcio Luis Chila Freyesleben é Promotor de Justiça da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte***

ASPECTOS DA ÁREA AZUL

**Hélvio Simões Vidal*

SUMÁRIO

1 - Trânsito urbano nos grandes centros populacionais. 2 - Domínio público e vias terrestres municipais. 3 - Regulamentação jurídica das "Áreas Azuis" e autonomia municipal. 4 - Infrações e multas pelo uso irregular do estacionamento rotativo público e o novo Código de Trânsito Brasileiro. 5 - Responsabilidade civil do Estado. 6 - Bibliografia.

1 - TRÂNSITO URBANO NOS GRANDES CENTROS POPULACIONAIS

O volume de automóveis, de todos os tipos e espécies, freqüentando as cidades modernas, os grandes centros populacionais que se desenvolveram, por fatores múltiplos e diversos, no final do século, tem levado os especialistas à busca de soluções técnico-administrativas e jurídicas, para equacionar o que, sem dúvida alguma, tornou-se ponto medular na vida de tantas metrópoles, pelos vários pontos do País e no exterior, ou seja, a boa, adequada e democrática utilização das vias públicas, de circulação, tráfego e, **especialmente**, a regulamentação sobre **estacionamento de veículos automotores**.

O assunto tem despertado interesse, mormente junto à área de engenharia de trânsito, devendo o opera-

dor do direito acompanhar de perto as medidas tomadas pelos *experts*, porque as questões estão intimamente ligadas, mudando a face de institutos jurídicos, que, assim, deverão ser vistos sob outro enfoque, mais aproximado do interesse coletivo.

Como informa Marçal Romeiro Bchara:

*“A densificação desse volume de veículos desemboca, fatalmente, nos estacionamentos, pelo princípio de que, ao final de cada jornada ou trajetória percorrida pelo veículo, este ocupa estacionamento que permite a seus ocupantes se desincumbirem dos propósitos que os levaram a percorrê-la; seja para cumprir jornada de trabalho, seja para fazer compras, seja, ainda, para consultas médicas ou odontológicas, seja para a prática de lazer ou recreação, o estacionamento é o ponto onde, pelo tempo em que é desativado de circulação, o veículo aguarda novo acionamento”.*¹

Nos centros urbanos nota-se o crescimento contínuo de estabelecimentos particulares que exploram comercialmente o estacionamento de veículos automotores e que, em geral, situados em pontos estratégicos e de referência, cobram preços privados pela utilização do sistema, garantindo o utente do serviço contra furto e roubo, e funcionando mediante cobrança pelas horas passadas

¹ BCHARA, Marçal Romeiro. *Legislação de Trânsito: Autonomia Municipal. Compreensão em Matéria de Trânsito e Tráfego Urbanos in RDP* n. 66, ano 1983. p. 233.

ao aguardo da retirada do veículo pelo titular.

Estes tipos de estacionamento regem-se por normas fundadas em outros princípios e normalmente a relação gerada é de direito civil, estando, pois, regulada pela legislação pertinente, fugindo ao âmbito do presente estudo, que objetiva abordar, exclusivamente, a prestação de um **SERVIÇO PÚBLICO** que o Estado, por si ou delegando a terceiros, procura abreviar e ordenar, não podendo, pois, os mecanismos serem estudados conjuntamente, porque no primeiro está presente o objetivo de lucro, que move o empresariado e no segundo (estacionamentos públicos em vias municipais) está em jogo o interesse coletivo, sem dizer que o escopo da Administração é o de *ordenação do trânsito*. O lucro, aqui, é desconsiderado, tendo em vista os mais altos interesses e objetivos pretendidos pelo Poder Público.

A facilitação do crédito direto a uma verdadeira massa de indivíduos nas sociedades liberais capitalistas tem sido fator inquestionável de crescimento da frota de veículos, o que vem de encontro à notória impotência físico-estrutural da maioria dos municípios para absorvê-los, quer por ausência de recursos, ou por falta de planejamento adequado, quer por inexistência de mecanismos de engenharia aptos a controlar e organizar os adensamentos de automóveis.

Sem dúvida alguma, neste contexto, a implantação por várias cidades do sistema de estacionamento rotativo público (as denominadas *Áreas Azuis*) constitui-se num fator de democratização na utilização das vias públicas, porque a regulamentação do estacionamento consiste em limitar o acesso de determinados veículos em áreas específicas, ou estabelecer um tempo máximo para utilização destas, com o que logra-se uma maior rotatividade dos veículos estacionados, aumentando a probabilidade de se encontrar uma vaga para estacionamento.

A multiplicidade das atividades que se concentram na área urbana é responsável pelo deslocamento dos veículos na malha viária, cujos motivos de viagem mais significativos são aqueles relacionados ao trabalho, às compras e à prestação de serviços. Estes deslocamentos em áreas adensadas têm sofrido uma série de restrições advindas das limitações físicas e da estrutura urbana e do descompasso entre o crescimento da frota de veículos e a área disponível para a circulação e estacionamento dos mesmos.

Passa, assim, o proprietário de veículo a gozar de uma maior garantia de que poderá estacionar seu automóvel no local mais próximo ao objetivo, economizando.

tempo e evitando os naturais conflitos no tráfego pela disputa de uma vaga. São usualmente evitados o estacionamento em fila dupla, a parada de veículos sobre a calçada, o estacionamento em áreas proibidas etc., motivos que, por si só, já justificariam a implantação do sistema, que, sem dúvida alguma, tem ajudado a resolver grande parte dos problemas de trânsito nos grandes centros habitados.

Ganha o comércio, os prestadores de serviço - bancos, estabelecimentos de crédito, locadoras, imobiliárias - profissionais liberais, o próprio usuário do sistema de estacionamento, ou mesmo aquele que não possui veículo, pela melhoria geral da qualidade de vida, e, enfim, o Poder Público, que, com isto, aumenta a receita passando a contar com verbas que, bem aplicadas, poderão ser revertidas para a solução do mesmo problema.

Segundo estudos, esta solução não é original dos nossos centros, havendo sido implantada em metrópoles como Nova York, Washington, Los Angeles, Roma (*parcheggio*), Munique, Paris etc. No Brasil efetivou-se, pela primeira vez, na cidade de São Paulo, na década de 70, sob a denominação de "Área Azul", vulgarizando o seu nome que, praticamente, é adotado e conhecido, hoje, em todas as grandes capitais e cidades brasileiras. Algumas

delas, com fins altamente elogiáveis, destinam parte da arrecadação a instituições beneficentes, sendo mais um motivo para a manutenção do mecanismo.

O objetivo deste sistema, excluído o lucro, evidentemente, é a *ordenação do tráfego urbano*, o que se consegue propiciando aos usuários direito de acesso democrático às zonas comerciais, bancárias, de lazer, dentre outras, evitando congestionamentos, sem falar na melhoria geral da qualidade de vida, com redução da poluição atmosférica, minimizando irregularidades tais como filas duplas, perda de tempo, atritos no trânsito etc., estando, repita-se, plenamente justificada a implantação do sistema rotativo de estacionamento em vias públicas.

2 - DOMÍNIO PÚBLICO E VIAS TERRESTRES MUNICIPAIS

Como nos lembram Caio Mário da Silva Pereira² e Maria Helena Diniz³, o nosso direito positivo reconhece *três espécies de bens públicos* (art. 66 CC) quais sejam os *de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais*.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. 1992. Forense, v. 1. p. 302.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. 1994. Saraiva, v.1. p. 173.

São de uso comum do povo os rios, estradas, ruas e praças, sendo a enumeração meramente exemplificativa⁴ porque aqui também se pode incluir os golfos, baías, enseadas.

De uso especial são os bens cuja utilização dá-se pelo próprio poder público, como os prédios onde funcionam tribunais, escolas públicas, secretarias, ministérios, quartéis, caracterizando-se, portanto, por terem uma destinação especial.⁵ Por fim, os dominicais que se compõem pelo patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma destas entidades (CC art. 66, III), pertencendo sua discriminação ao direito público, e dos quais são exemplos os terrenos de marinha, terras devolutas, estradas de ferro, prédios de renda, títulos da dívida pública⁶, mar territorial, terras ocupadas pelos índios, sítios arqueológicos, quedas d'água, jazidas.⁷

Para o âmbito de nosso estudo, interessam os bens da primeira categoria (bens de uso comum do povo). E, desde já, convém que se faça menção a um

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*. Saraiva, 1971. p. 162.

⁵ DINIZ, Maria Helena. ob. e p. cit.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. ob. cit. p. 162.

⁷ DINIZ, Maria Helena. ob. cit. p. 174.

importante dispositivo, ou seja, o art. 68 do CC que dispõe.:
"O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem".

A doutrina costuma citar como exemplo de remuneração pelo uso do bem público o pagamento de *pedágio em rodovias*⁸, no que, a nosso aviso, parece haver um equívoco, induzido pela redação do dispositivo legal. É que o uso comum dos bens públicos somente pode ser gratuito, admitindo retribuição apenas o *serviço* que eventualmente o Poder Público ou o particular prestam na prática de determinada atividade legalmente autorizada incidente sobre o bem em si.

Exemplificativamente, o pedágio constitui-se na tarifa paga pelo usuário que se utiliza de um determinado serviço (de conservação de rodovias), objeto ou não de concessão; o ingresso adquirido para entrada num museu constitui-se em pagamento por um certo serviço prestado - concedido ou permitido ao particular - como contribuição para a sua melhoria, conservação ou custeio. *O uso do bem*, repita-se, a nosso modo de ver, *não é* susceptível de retribuição pecuniária. O que podem as leis e regulamentos administrativos dispor é que, havendo o Poder Público ou

⁸ MIRANDA Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. Saraiva, 1993. p. 57.

o particular - mediante concessão ou permissão - prestado um serviço ao usuário, este deva ser remunerado.

Seria, assim, inconcebível que a Administração condicionasse a utilização de uma praça, por toda a comunidade, ao pagamento de uma determinada soma em dinheiro. Mas se nesta mesma praça, exemplificativamente, fosse realizado um concerto, bem poderia o Poder Público exigir pagamento de ingresso aos espectadores que estariam pagando não pela utilização pura e simples do bem público, mas, sim, pela entrada e desfrute da execução do concerto.

Ou seja, para nós, a utilização do bem público de uso comum do povo é *sempre gratuita*. A Administração somente pode impor retribuição quando preste ou execute qualquer atividade ou serviço em prol da coletividade. O pagamento que assim se faz não retribui a utilização do bem em si mesmo, mas o serviço executado ou prestado.

Seria admissível que a Administração condicionasse a entrada e permanência do particular, *v.g.*, numa praia ao pagamento de um certo preço? Evidentemente não. E regulamento algum poderia fazê-lo, porque sendo de uso comum do povo pode ser fruído *uti universi*, sem qualquer limitação. É neste sentido que deve

ser entendida a lição de Hely Lopes Meirelles:⁹

“Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem se pode cobrar ingresso ou limitar a freqüência, pois isto importaria um atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais, de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais” (g.n).

Ainda que se imponha retribuição pela utilização, não do bem, mas, sim, como já visto, do serviço, aquele não perde o caráter e natureza.¹⁰

É pertinente a classificação que, a propósito, sugere Diogo Freitas do Amaral¹¹, no sentido de que o uso dos bens públicos pelo povo admite duas modalidades.: o uso comum ordinário e o uso comum extraordinário. Para a primeira forma de utilização, o uso do bem público é aberto a todos, indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária. Na segunda (uso comum extraordinário) sujeita-

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Malheiros, 6. ed. 1993. p. 232.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. ob. cit. p. 173.

¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

se o particular a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa.

A adotar-se esta importante classificação, a utilização das vias públicas poderá, então, definir-se como de uso comum ordinário ou extraordinário quando o Poder Público impuser ou não retribuição pecuniária ao particular. Uma via pública urbana, então, poderá ter uso gratuito (uso comum ordinário) ou retribuído (uso comum extraordinário) segundo o respectivo regulamento. A criação das “*Zonas Azuis*”, assim, importaria na adoção desta última subespécie, em virtude da existência de uma imposição estatal que, entretanto, não descaracteriza a utilização comum do bem público.

Como já vimos, então, integram os bens de uso comum do povo as praças, rios, mares, estradas e *ruas*. Estas últimas pertencerão ao patrimônio municipal quando, evidentemente, situadas dentro do perímetro respectivo. Se uma determinada via encontra-se inserida dentro do município, a este pertence, cabendo, **com exclusividade**, a disciplina de seu uso pela população em geral.

O revogado Código Nacional de Trânsito - Lei

n.º 5.108/66 (art. 1º, § 1º) - e seu Regulamento - Decreto n. 62.127/68 - dispunham que são vias terrestres as ruas, avenidas, logradouros, estradas, caminhos ou passagens de domínio público e, da mesma forma, o atual Código de Trânsito Brasileiro - Lei n.º 9.503/97 (art. 2º). Estas vias pertencerão ao município se não incorporadas, por qualquer forma, nos bens da União (CF-88, art. 20, I a IX) ou dos Estados (CF-88, art. 26, I a IV). Ou seja, as vias públicas são municipais, *por exclusão*, quando não pertencentes à União ou aos Estados.

Estando as vias públicas situadas nos limites territoriais do município, a este pertencem, cabendo-lhe, *com exclusividade*, por força de sua autonomia, exercer o domínio, bem como disciplinar a sua utilização. Com efeito, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 24 confere, EXCLUSIVAMENTE, ao Município a regulamentação do uso das vias sob sua jurisdição, podendo, para tanto, planejar, projetar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas, implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário, executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia, *fixar e*

implantar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias públicas etc.

Em síntese, estando a via pública em área pertencente ao município, insere-se em seu domínio, podendo exercê-lo com exclusividade, manifestando-se e exteriorizando-se este poder pela possibilidade de adoção das medidas citadas no CTB, e, no que interessa ao tema em estudo, na faculdade de criar áreas de estacionamento rotativo pago ou na permissão de estacionamentos especiais naquelas vias públicas, evidentemente.

3 - REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS "ÁREAS AZUIS" E AUTONOMIA MUNICIPAL

Muito embora seja competência privativa da União a edição de leis sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF-88), esta competência refere-se a *normas de caráter geral*, razão pela qual somente quanto a critérios gerais, nacionais, pode caber aplicação de lei não municipal¹², sendo certo que a própria Constituição ressalva competência exclusiva dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (ou de seu peculiar interesse), bem como sobre a organização dos serviços públicos de

¹²ATALIBA, Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. RDP, n. 69, ano 84..p. 286. Cadernos de Direito Municipal.

interesse também local, quer diretamente, quer sob regime de permissão ou concessão (art. 30, I e V, CF-88).

A criação das chamadas *áreas de estacionamento rotativo de veículos em vias públicas* encontra permissivo constitucional nos dispositivos acima referidos, bem como, principalmente, no que diz respeito à legislação infraconstitucional - artigos 65 e 68 do Código Civil - com especial destaque para este último, como já visto no item 1 deste estudo.

Se o município goza de autonomia decorrente de princípio constitucional e se os bens públicos de uso comum do povo, tais como praças, rios, mares, estradas e *ruas* (art. 66, I, CC) podem ter o uso restringido por lei também emanada do ente a que pertence, encontra-se perfeitamente admitida a criação das denominadas "*Zonas Azuis*" que destinam-se à ordenação do tráfego urbano, constituindo-se matéria da exclusiva alçada dos respectivos municípios.

Como lembra Hely Lopes Meirelles¹³, na generalidade das nações civilizadas reconhece-se às comunidades locais o direito-dever de zelar pela circulação e pelo transporte em seu território, preservando o seu sistema viário - urbano e rural - contra as medidas de

¹³MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. cit. p. 319.

ordenamento do trânsito e os excessos do tráfego.

*“Todas as medidas de ordenamento da circulação e dos transportes, no território municipal, são da competência do Município, porque visam, no dizer autorizado de Hodes, ao controle do tráfego na via pública: **the traffic control in the public street**”.*

Com o mesmo Autor, pode-se concluir que cabe à União legislar sobre assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território, e ao Município cabe a ordenação do tráfego urbano, que é de interesse local (CF, art. 30, I e V), e cujo objetivo específico é o atendimento das necessidades específicas da população, o que se alcança mediante a criação das respectivas leis, e, no tocante às “áreas azuis”, após prévia definição dos locais a serem operados através do sistema rotativo de estacionamento, TUDO POR LEI EXCLUSIVAMENTE MUNICIPAL.

Diziam o CNT - Lei n.º 5.108/66 - e seu respectivo Regulamento - Decreto n. 62.127/68 – que, de acordo com as conveniências de cada local, a autoridade de trânsito poderia organizar *áreas especiais de estacionamento em logradouros públicos*, determinar restrições ao uso das vias terrestres, mediante fixação de horários e períodos destinados ao estacionamento ou *permitir estacionamentos*

especiais, devidamente justificados (art. 14, V, VI e VIII, CNT e 46, IV e VIII do RCNT), disposições estas inteiramente mantidas pelo vigente Código de Trânsito Brasileiro (art. 24, inciso X - compete aos Municípios *"implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias"* -).

A primeira indagação, ou seja, sobre quem deve considerar-se *autoridade competente* para a instituição da "área azul" já encontra-se parcialmente resolvida pelo que acima dissemos, convindo acrescentar, com Geraldo Ataliba¹⁴, que

"O uso de vias públicas municipais é regulado exclusivamente por lei municipal. O Município é dono das ruas, praças etc. Como dono, dispõe, privativamente, a tal respeito. A matéria 'trânsito' é assunto de competência municipal, já que diz respeito ao peculiar interesse local, nos termos do art. 15 do Texto Constitucional - atual art. 30 - (cf. Vítor Nunes Leal, Problemas de Direito Público, p. 394)".

Como diz Herculano de Freitas¹⁵, o cânon constitucional que, desde a Carta Magna de 1891 (art. 68), assegura, tradicionalmente, no ordenamento político-administrativo brasileiro, a autonomia dos municípios conduz também a idéia de *"solidariedade, compreendendo*

¹⁴ATALIBA, Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. cit. p. 285.

¹⁵FREITAS, Herculano de. *Dos Municípios*. RDP, 10/258.

numa só aspiração da unidade nacional e da grandeza da pátria”, valendo dizer, com Marçal Romeiro Bchara¹⁶ que a “inserção do município no conjunto da unidade nacional não retira à célula municipal o direito de se conduzir, com autonomia, nos negócios referentes ao seu ‘peculiar interesse’ e na organização de seus serviços, guardada a competência privativa da União e dos Estados-membros”.

É por isto que Hely Lopes Meirelles¹⁷ diz, com propriedade, que:

“Na competência do Município insere-se, portanto, a fixação de mão e contramão nas vias urbanas, limites de velocidade e veículos admitidos em determinadas áreas e horários, locais de estacionamento, estações rodoviárias, e tudo o mais que afetar a vida da cidade” (g.n.).

O STF, chamado a pronunciar-se sobre o assunto em foco, reconheceu, no RE n. 70.958/SP, 1.^a Turma, rel. Min. *Djaci Falcão* (RTJ 61/155) que se insere na competência do município a expedição de leis sobre serviços públicos locais, dentre eles, a matéria relativa a trânsito, constando do voto do eminente relator referência ao RE 33.750, do qual pode-se extrair, com proveito, o

¹⁶ BCHARA, Marçal Romeiro. *Legislação de Trânsito. Autonomia Municipal. Compreensão em Matéria de Trânsito e Tráfego Urbanos*. RDP n. 66, 1983. p. 232.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Cit. p. 320.

ensinamento do Min. Ribeiro da Costa que *“a função do município em matéria de trânsito há de limitar-se a regular a direção dentro das ruas da cidade, os **pontos de estacionamento**, condições de higiene, etc.”* (g.n.), ficando patente que, em se tratando de assunto relativo a trânsito, incumbe ao Município instituir regras sobre circulação no perímetro urbano.

Em outra oportunidade (RTJ 71/664-665) o STF manteve o entendimento, valendo transcrever o trecho do voto vencedor do Min. Rodrigues Alkmin:

“A regulamentação do trânsito local é assunto de peculiar interesse do Município. Se cabe à União legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres; e se o Estado pode legislar supletivamente sobre o tema; é privativo dos municípios concretizar as normas aplicáveis nas vias municipais, e determinar estacionamentos, pontos de parada e mão de direção” (HC 51.856-SP).

Em dois julgados sobre o tema, o TJSP também endossou este entendimento, com os seguintes acórdãos:

“Trânsito - Estacionamento - “Zonas Azuis” - Pagamento - Legalidade da exigência. É perfeitamente legal a exigência do pagamento de determinado preço pelo estacionamento de veículos nos locais denominados “Zonas Azuis” (Ap. Cív. 256.176-SP, Rel. Des. Vieira de

Moraes, in RT 507/71-72). "Trânsito - Áreas de estacionamento de veículos - Tarifa - Fixação pelo prefeito - Legalidade - Segurança denegada - Recurso não provido. Compete ao município estabelecer locais de estacionamento de veículos. A fixação e a alteração da tarifa compete ao prefeito" (Ap. Cív. 2.943-1, rel. Des. Martiniano de Azevedo, RT 543/75).

Assunto incidental a ser abordado refere-se à *natureza jurídica da retribuição* paga pelo usuário pela utilização da "Zona Azul" que, para Geraldo Ataliba¹⁸, constitui-se em um tributo, mas que, segundo entendimento mais fundado, em verdade constitui-se numa "tarifa", ou seja, o *preço público* fixado pela Administração - através do Executivo - pela utilização de um serviço prestado, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, sendo facultativa a fruição do serviço.

De taxa não se trata, evidentemente, porque o valor pago pela utilização da "Zona Azul" pode ser alterado unilateralmente, em qualquer época, pelo Poder Público, e para cobrança no mesmo exercício financeiro, ao passo que a taxa, sendo um tributo, tem imposição compulsória, dependendo de vigência de lei anterior para ser arrecadada (CF, art. 150, III, "b")¹⁹, sendo a alteração da tarifa matéria

¹⁸ATALIBA, Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. RDP 69, 1984, p. 285/288. Cadernos de Direito Municipal.

¹⁹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, cit. p. 145.

de estrita competência do Prefeito.

Em matéria, pois, de estacionamentos urbanos, toda a competência para discipliná-los enfeixa-se num único ente: o Município. Este entendimento encontra-se respaldado em pareceres expressos por Pontes de Miranda²⁰, Guimarães Menegale²¹, Vítor Nunes Leal²² e Carlos Siqueira Netto.²³

E isto porque, como nos ensina Geraldo Ataliba²⁴,

*“quanto ao assunto trânsito, o interesse nacional se cinge à necessidade de uniformidade de padrões, sinais, estilos e documentos, bem como a meia dúzia de princípios de universalidade evidente: mão de direção, sanções penais de proteção à vida e à integridade física de todos e condições mínimas de habilitação. **Tudo o mais** é matéria de competência estadual ou municipal, conforme o caso, competência esta que a Constituição não retirou aos Estados e Municípios. ‘Quem dá os fins dá os meios’, ensina Ruy. A competência estadual e municipal é implícita. As regras*

²⁰MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. 1. p. 486.

²¹MENEGALE, Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 2. ed. p. 243.

²²LEAL, Vítor Nunes. *Problemas de Direito Público*, p. 393.

²³SIQUEIRA NETTO, Carlos. *Município - Serviço de Trânsito local - Matéria de seu peculiar interesse - Assunto que não se subordina às autoridades estaduais ou federais*. RDP 16/311.

²⁴ATALIBA, Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. cit. p. 285.

constitucionais implícitas não são menos vigorosas, por isso, ensina Baleeiro, repetido por Souto Borges" (g..n.).

Se é certo, prossegue ainda o Autor, que a fixação daquelas regras gerais é matéria privativa da União, justamente porque visam a fixar uma disciplina nacional e uniforme para veículos em movimento,

"Quanto aos estacionamentos, não cabe seguir, em princípio, regras não municipais. Isto porque, em nenhuma hipótese o veículo estaticamente considerado incide sob a esfera de competência da União ou do Estado (salvo se estacionado em bem, inclusive via, dessas entidades)"²⁵ (g.n.)

Estacionado o veículo em área de estacionamento rotativo criado por lei municipal, está sob a direta incidência do que dispuser a legislação a respeito, editada pelo Poder Público Municipal, devendo observar-se, para todos os fins e efeitos, exclusivamente, o que dispuser a regulamentação pertinente, tanto no que concerne às irregularidades quanto às sanções e suas respectivas graduações (advertência, multa, remoção ou retenção do veículo, ou outras, cumuladas ou não).

²⁵ ob. e p. cit.

4 - INFRAÇÕES E MULTAS PELO USO IRREGULAR DO ESTACIONAMENTO ROTATIVO PÚBLICO E O NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Disponha o art. 94 do CNT que: *“Considerar-se-á infração a inobservância de qualquer **preceito deste Código**, de seu Regulamento e das Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito”,* estabelecendo, a seu turno, o revogado RCNT que *“Considera-se infração a inobservância de **qualquer preceito da legislação de trânsito** ou de resolução do Conselho Nacional de Trânsito” (art.186).* De igual modo, o novo Código de Trânsito Brasileiro, Lei n.º 9.503/97 (art. 161).

O primeiro aspecto a observar é que a infração eventualmente cometida pelo usuário na utilização da “Área Azul” não se equipara à comum infração de trânsito, pois, se compete ao Município criar e disciplinar o funcionamento do estacionamento rotativo pago em vias públicas, insere-se, também, e com maior razão, no âmbito de sua competência a fixação e criação, sempre por lei municipal, tanto das infrações quanto das penalidades, e isto por força do inexorável princípio constitucional da autonomia do Município, princípio este que do qual não pode despojar-se o Poder Público.

Aqui não tem aplicação o CTB porque

*“Se o Município dispõe, por força da lei federal, de atribuições de regulamentar, conceder, permitir, licenciar ou determinar, em assuntos específicos de trânsito, deverá obviamente **aplicar sanções quando violadas as ordens que emitir ou deveres que estabelecer, em sua esfera de competência**, a serem cumpridas por condutores e proprietários de veículos ou por pedestres”²⁶ - g.n.*

Sempre por força da **autonomia municipal**, deve o Município criar as infrações que julgar cabíveis, por irregularidades cometidas pelos condutores de veículos na utilização da “Zona Azul” bem como as respectivas sanções, ambas sempre por lei anterior, incabível a autuação pelos agentes da Administração com base no CTB.

Geraldo Ataliba²⁷ é taxativo: “*Forçoso é, assim, concluir que o Município deve criar suas autoridades de trânsito e impor **SUAS MULTAS***” (g.n.).

Com efeito, se a legislação municipal, criando o sistema de estacionamento rotativo pago em vias públicas, não prevê as infrações que ali possam ser praticadas ou, prevendo-as, não estabelece qualquer sanção, limitando-se, v.g., a referir-se ou remeter-se ao que dispuser a

²⁶ TÁCITO, Caio. Parecer *in* Trânsito - Revista do Departamento de Operações do Sistema Viário, v. 1, 1976, Prefeitura Municipal de São Paulo. p. 66.

²⁷ ATALIBA, Geraldo. *Município e Multas de Trânsito*. RDP, n. 69. p. 106-109.

legislação federal, acaso existente, toda e qualquer atuação efetivada pelos agentes públicos, na fiscalização do serviço, considera-se ilegal, passível de anulação e repetição, por via judicial ou administrativa.

Ora, não basta dizer à lei municipal que será considerado em situação irregular, *v.g.*, o condutor que não portar o respectivo cartão ou que usá-lo inadequadamente. Esta infração, para ser susceptível de sanção (multa, remoção, advertência etc.) deverá, obrigatoriamente, ser objeto de específica previsão legal anterior, concernente às suas conseqüências; ou seja, se a **lei municipal** não define a infração ou, definindo-a, não cuida de cominar qualquer pena, mesmo que pecuniária, não há como punir-se o usuário.

Como ensina Caio Tácito²⁸ *"a competência administrativa (normativa ou executiva) que a lei federal atribui ao Município compreende, por extensão, o exercício do poder disciplinar, que é essencial à eficácia do serviço;* o poder regulamentar, pois, abrange não só a possibilidade de previsão legal da infração cometida na "Zona Azul", como também, por conseqüência inarredável, a faculdade de previsão das sanções e respectivas graduações que o Poder Público considera passíveis de aplicação ao usuário

²⁸TÁCITO, Caio. ob. cit. p. 67.

em situação irregular.

Se a autoridade municipal não se desincumbe desta tarefa, não poderá cobrar do usuário qualquer multa ou impor-lhe qualquer sanção, porque o único instrumento legal capaz de reger o caso é, sem dúvida alguma, a lei municipal, não podendo ser aplicado o CTB por analogia, quer no que toca às infrações, quer no que se refere às sanções. E nem este poderá regulamentar matéria de específica atribuição municipal, ou fixar qualquer espécie de sanção para a infração que, se existente, deverá ser objeto de previsão editada pelo município e não por lei federal.

Se o Estado, valendo-se de regulamentação federal, por seus agentes, aplica, v.g., multas por infrações de trânsito dentro do Município (estacionamentos proibidos ou uso irregular da "Zona Azul") contraria a Constituição Federal e o próprio CTB. Neste sentido, substancialmente, Joaquim Macalossi²⁹ em *Trânsito Urbano: Estacionamento e Multas*.

Neste sentido é manifestamente **inconstitucional** o que dispõe a Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), em seu art. 181, inciso XVII -

²⁹MACALLOSSI, Joaquim. *Trânsito Urbano: Estacionamento e Multas* in RDP, 53/54, 1980. p. 129.

dispositivo que seria utilizado para fundamentar as autuações e imposições de multa aos usuários da "Zona Azul" - porque, ao criar a infração e atribuir-lhe a respectiva sanção (em parâmetro e graduação contidos no mesmo Código), invadiu seara alheia, reservada exclusivamente ao município, a quem, por força de disposição constitucional, e valendo-se da sua autonomia, reservou-se a disciplinação da matéria que, estando regulada em lei de âmbito federal, é inconstitucional, fruto de **invasão de competência**. Com efeito, diz o artigo mencionado (181, inciso XVII CTB) que considera-se "*infração de trânsito*" o estacionamento de veículo "*em desacordo com as condições regulamentadas especificamente pela sinalização (placa - Estacionamento Regulamentado)*" para a qual fixa a penalidade de multa e como medida administrativa a remoção do veículo.

Escrevendo, com precisão, sobre o assunto, Geraldo Ataliba³⁰ ensinava que:

"O uso de vias públicas municipais é regulado exclusivamente por lei municipal. O Município é dono das ruas, praças, etc. Como dono, dispõe privativamente a tal respeito. A matéria trânsito é assunto de competência municipal, já que diz respeito ao peculiar interesse local, nos termos do art. 15 do Texto Constitucional (cf. Vítor Nunes Leal, Problemas de Direito

³⁰ATALIBA Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. RDP 69/285, Cadernos de Direito Municipal – mar.1984.

Público, p. 394). **POR ISSO NENHUMA LEI FEDERAL OU ESTADUAL PODE DISPOR A RESPEITO, SE, EM O FAZENDO, VIOLAR O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA MUNICIPAL.** Com efeito, estacionamento, paradas, mão de direção, fluência do tráfego, etc., são questões exclusivamente locais, tal como se entende em direito público esta expressão, desde que, pela primeira vez apareceu em nosso Direito. A causa de toda compreensão equivocada do problema está na desconsideração de que a autonomia municipal é princípio constitucional fundamental (art. 15, CF), postulando interpretação sistemática do contexto constitucional que sublimo o cunho excepcional das competências da União, quando versando sobre matéria instrumental daquela autonomia. Daí porque as regras nacionais sobre trânsito devem ser interpretadas estritamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*) bem como a própria competência para emaná-las" (g.n).

A Constituição Federal de 1988 manteve o princípio da autonomia do Município e deferiu-lhe, com exclusão dos demais entes da federação, o poder de legislar sobre assunto de interesse local e a execução e organização dos serviços públicos de sua competência (art. 30, I e V), e, como consequência disto, qualquer indevida intromissão, mesmo que oriunda de outro Estado-membro ou da União, deve ser repelida. Neste sentido, doutrinava Hely Lopes Meirelles, sobre o princípio em foco:

"Concluindo, podemos dizer que tudo quanto repercutir diretamente e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de poderes estranhos sem ofensa à autonomia local. **Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam elas de outro Município, do Estado-membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou poderes**"³¹ (g.n)

Marçal Romeiro Bchara³² sintetiza este pensamento, e informa:

"A força garantidora do primado da autonomia municipal é muito bem ressaltada pelo emérito Prof. Hely Lopes Meirelles, apoiado na opinião do Prof. Meireles Teixeira, **verbis**: "No que concerne às atribuições mínimas do Município, erigidas em princípios constitucionais garantidores da sua autonomia (art. 15), constituem 'um verdadeiro direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado (União) sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem na sua essência'. **Na utilização desses direitos constitucionais** - retorna o Prof. Hely L. Meirelles, '**não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal. O Governo local é que**

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. cit. p. 99.

³² BCHARA, Marçal Romeiro. *Legislação de Trânsito. Autonomia Municipal in RDP 66/232*.

provê a administração em tudo quanto respeite ao peculiar interesse do Município, repelindo, por inconstitucional, qualquer intromissão de outro órgão, autoridade ou Poder” (g.n.).

É por isto que, legislando sobre matéria de exclusivo interesse do município, o atual CTB exorbitou seus próprios limites ao criar infração e penalidade para o caso de estacionamento na denominada “Área Azul” (art. 181, inciso XVII). As sanções, sua graduação, bem como a definição e tipificação da infração, constituem-se em matéria de exclusiva competência do Município que pode, por inconstitucional, repelir a legislação federal. Sendo inconstitucional, o mencionado dispositivo não pode ser aplicado e, se regulamentada pelo Município a denominada “área de estacionamento rotativo pago”, as infrações que ali se possam cometer devem estar previstas na respectiva lei, bem assim as penalidades que podem constituir-se em sanções diversas daquelas previstas no CTB, ou estipular multas aquém ou além das que ali foram cominadas. Tudo, vale dizer, por força do princípio da **AUTONOMIA MUNICIPAL** no que toca a assunto de seu peculiar interesse.

Com efeito, era o que doutrinava Geraldo Ataliba³³, em doutrina válida sob a égide da Constituição Federal de 1988:

³³ ATALIBA, Geraldo. *Taxa de Estacionamento em Via Pública*. RDP 69/286.

“A desobediência aos preceitos legais acarreta sanções, também previstas na lei. Tais sanções são castigos para garantir a observância de ditos preceitos. Tais sanções só podem ser dispostas pela lei da entidade a que a Constituição conferiu o bem ou a atribuição. Só regra explícita constitucional em contrário pode deslocar essa competência legislativa. Ela existe, é o CNT. Mas este não pode excluir as implicações dos princípios dos arts. 13 e 15 da Constituição.” (g.n.).

No mesmo importante estudo supra-apontado, o A. informa a existência de julgado do 1º TACivSP, na Ap. Cív. 226.444 que, confirmando sentença de 1ª instância, demonstrou o acerto e legalidade da cobrança de multa pela municipalidade de São José dos Campos pela desobediência de determinações suas no desempenho de disciplina de trânsito.

“Na verdade” - emenda o Autor - “a entidade que pode impor multas é porque tem competência para tutelar o bem jurídico por tal sanção protegido. E só pode tutelar um bem público (no caso, sossego, ordem, segurança do tráfego) quem seja assim habilitado pela Constituição. Se, no caso, se trata de sossego urbano, ordem urbana, segurança urbana, não há como negar ao Município a primordial competência para resolver a questão, como melhor lhe pareça”.³⁴

³⁴ ob. cit. p. 287.

Não pode, assim, por importar invasão de competência e violação ao princípio da autonomia municipal, a União legislar sobre assunto de interesse local; a previsão constante no CTB - Lei n.º 9.503/97 - em seu art. 181, inciso XVII, é inconstitucional e toda e qualquer infração cometida pelo usuário da denominada "Área Azul" deve, necessariamente, estar prevista na respectiva lei municipal. Esta pode até mesmo legislar de forma diversa do Código de Trânsito Brasileiro, quer no que concerne às sanções, quer no que se refere à graduação das mesmas, podendo impor, *v.g.*, multas, nos casos que especificar, aquém ou além dos limites constantes do CTB.

O produto da arrecadação das multas ou outras sanções pecuniárias, se houver, deverá ser revertido, inexoravelmente, para o Município e não para o Estado. Sendo de competência daquele a disciplina e fiscalização do tráfego e trânsito nas vias municipais, incumbindo-lhe, também, a imposição de multa aos infratores, cabe-lhe o produto das penalidades a esse título arrecadadas.³⁵

O CTB dispõe em seu art. 260 que

"As multas são impostas e arrecadadas pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via onde haja ocorrido a infração, de acordo com a competência estabelecida neste Código".

³⁵ ATALIBA, Geraldo. *Município e Multas de Trânsito*. cit. p. 108.

Se esta jurisdição é a municipal, e se a infração somente poderá ser aquela expedida *ex ante* pelo Poder Público, no âmbito do Município, evidencia-se que a destinação do produto dar-se-á aos cofres deste último e não aos do Estado, quando se tratar de infração praticada em “jurisdição” do município, como ocorre, exemplificativamente, nos casos de estacionamento rotativo pago em via pública.

Joaquim Macalossi³⁶, citando doutrina de Geraldo Ataliba³⁷, assevera que é a lei municipal que deve determinar quais são as multas a serem aplicadas, quem cobra essas multas e a que finalidade se destinam. Vale dizer, cabe à lei municipal prever qual é a multa por estacionamento em local proibido, bem como pela utilização irregular da “Zona Azul”, e para onde vai o dinheiro. Não ao Código de Trânsito Brasileiro!

Já em 1981, o próprio CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito - havia se pronunciado em caso similar, definindo que os débitos de proprietários de veículo por falta de pagamento de *taxas* - e a terminologia usada pelo órgão é imprópria, como já se viu, pois trata-se de um serviço municipal - de estacionamento público não

³⁶ MACALLOSSI, Joaquim. *Trânsito Urbano: Estacionamento e Multas*. RDP 53/54, cit. p. 131-132.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. *Cadernos de Direito Municipal*. RDP 18/305.

constituem infrações de trânsito, *recomendendo* aos respectivos DETRANs que não deixassem de renovar a licença anual para circulação do veículo, cujo proprietário seja devedor de instituições municipais públicas ou privadas que explorem estacionamentos estabelecidos em vias e logradouros públicos ou em áreas privadas.

Enfim, se o Estado, mediante convênio ou não, através de seus agentes, impõe multas por infração praticada pelo uso irregular da “Zona Azul” e esta infração foi previamente definida por lei municipal, bem como a respectiva sanção, *todo o produto* deve ser repassado ao Município, que, enfim, foi quem disciplinou o uso da via pública que lhe pertencia, com exclusividade.

5 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A criação das “Zonas Azuis” não gera, para o Poder Público ou o permissionário, um especial título de responsabilidade objetiva, inexistindo, para a Municipalidade que a criou, ou para o permissionário que a explore, obrigação indenizatória por furtos, roubos ou danos, **ocasionados por terceiros**, em veículos estacionados nas vias públicas sujeitas a regime especial de estacionamento rotativo.

O tema, entretanto, merece algumas reflexões e deve ser aclarado, porque, evidentemente, se não pode o Estado responder por todos os furtos, danos, roubos ou lesões ocorridas nas vias públicas sujeitas a policiamento³⁸, se o fato lesivo for ocasionado por agente da administração ou da permissionária, incide a regra da Lei Maior (art. 37, § 6º, CF-88).

Evidente: não se pode afastar a comum responsabilidade civil da Administração quando o funcionário em tese encarregado pela vigilância do patrimônio particular, estacionado na “Zona Azul”, tenha causado dano, independentemente da apreciação de ter agido ou não com dolo ou culpa. Se, *v.g.*, o funcionário da empresa delegatária, na fiscalização da regular utilização da “Zona Azul”, ocasiona um dano qualquer ao veículo do particular (quebra um vidro, provoca um arranhão) não se pode, evidentemente, fugir ao dever de indenizar, a cargo da própria permissionária, que, *in casu* estaria, pelo seu funcionário, prestando um serviço público.

Da mesma forma, se através de convênio o Município autoriza agentes da Polícia Militar para autuação e fiscalização dos proprietários de veículos e usuários da “Área Azul”, vindo o miliciano a conluir-se com malfetores,

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos*. RT 552/14.

formando uma quadrilha para furto de automóveis, sendo um deles subtraído na via pública, provada a participação do agente que tenha se utilizado da especial qualidade, valendo-se da função pública que lhe dá ocasião para a prática do comportamento danoso³⁹, cabe a integral responsabilidade civil objetiva do Estado, porque o agente causou dano a terceiro.

O mesmo se diga no caso de o funcionário público ter ocasionado incêndio em veículo estacionado na "Zona Azul". Porém, nestes casos não é a utilização da área pelo particular que faz surgir o direito à indenização plena, mas, sim, o ato comissivo do agente público. Esta responsabilidade dá-se quer esteja o veículo estacionado ou não na "Zona Azul" e decorre da aplicação do Texto Constitucional.

Assim, o simples fato de o particular utilizar-se do serviço de estacionamento rotativo em via pública não gera um especial título de responsabilidade civil objetiva do Estado. Esta somente surgiria se o veículo estivesse estacionado nos seus limites, e se os danos ocasionados fossem praticados por agente público.

Nos casos, então, de furto, roubo ou danos ocasionados aos proprietários de veículos estacionados nas

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ob. cit. p. 19.

“Zonas Azuis”, se o fato é fruto de um comportamento injurídico de terceiro que não seja funcionário da Administração ou da permissionária; descabe falar em responsabilidade objetiva do Estado. Aliás, decidiu o TJDF que

“O princípio da responsabilidade objetiva do Estado, consagrado constitucionalmente, não admite interpretações absurdas, a ponto de justificar a obrigação indenizatória sempre que ocorresse furto de veículo em via pública, sujeita a policiamento.”⁴⁰

Informa o mesmo Autor que a jurisprudência, a propósito da responsabilidade civil do Estado por estacionamentos em “Áreas Azuis” não identifica uma especial forma de fiscalização e segurança abarcadas pelo sistema, citando acórdão do TJSP, pela sua 4ª C.Cív. J. 30.09.93 (JTJ 152/91) e no qual decidiu o colegiado que o proprietário de veículo, tendo estacionado na “Área Azul” não se colocou sob o pálio de leis protetoras (Lei n.º 8.078/90). Teria, então, adquirido tempo para estacionamento. Nada mais. Sequer depositou o bem e nem contratou a apelada (municipalidade de São Caetano) para guardar o veículo furtado por meliantes. Fixou, assim, importante colocação, no sentido de que inócorreu qualquer assunção de obrigação pela municipalidade, a não ser a de autorizar o

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. Malheiros, 2. ed. 1995. p. 419, nota 270.

estacionamento, mediante venda do talão, e recebimento do preço, ***esgotando-se, aí, o potencial do contrato.***⁴¹

Ou seja, inexistente, como realmente sucede, qualquer similitude com a guarda e depósito oriundos do estacionamento de veículos em terrenos e garagens de estabelecimentos particulares ou comerciais, como *shopping centers* e supermercados. O objetivo da “Área Azul” é distinto e tem por escopo, unicamente, a ordenação do tráfego urbano, para atender a uma necessidade coletiva.

Então, a responsabilidade civil do Estado por furtos, roubos e danos, ocasionados na “Área Azul” deve ser buscada mediante a utilização de outros critérios, ou seja, na adoção da “Teoria da Culpa Administrativa” ou da “Culpa do Serviço”, justamente porque, sendo o dano ocasionado por terceiro e não pelo agente público, descabe a aplicação da normativa constitucional, que pressupõe *comportamento comissivo do Estado.*⁴²

“Ora, o texto constitucional fala em dano causado pelo agente público. Daí que está a reportar-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. A omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso” (g.n).

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. ob. cit. p. 423.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos*. cit. p. 13.

Se terceiros foram lesados em razão de o autor ser funcionário público, ocorreu o bastante para desenharse hipótese de responsabilidade estatal⁴³, porém, tratando-se de **comportamento causado por terceiro** (furto, roubo, danos etc.) ao patrimônio do particular somente pode-se imputar a responsabilidade civil quando tal foi possível em decorrência de uma omissão do estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) sendo de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Se não foi o Estado o autor do dano, logicamente, não agiu; só cabe responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.⁴⁴

Igual doutrina professa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵, para quem, na hipótese de responsabilidade objetiva, exige-se que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público, ou seja, exige-se o nexo de causa e efeito. Igualmente, Maria Helena Diniz⁴⁶ com apoio nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Preciso, a propósito, também é o professor Diógenes Gasparini⁴⁷:

⁴³ MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 4. ed. 1993, p. 444, n. 43.

⁴⁴ Ob. cit. p. 447, n. 53.

⁴⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Atlas, 8. ed. 1997. p. 414.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso*. v. 7 *Responsabilidade civil* p. 429.

⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Saraiva. 1995. p. 599.

*O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo causar ("causarem"). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma **atuação do agente público** e que **não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos**" (g.n.).*

A teoria da culpa do serviço público (*faute du service*) ou culpa administrativa impõe-se quando tratar-se de dano ocasionado por terceiros, como nas hipóteses de danos causados por multidão ou por delinquentes;

*"O Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a **culpa do serviço público**, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado".⁴⁸*

Esta responsabilidade, eminentemente subjetiva, dispensa a vítima da demonstração de culpa do Estado,

"bastando estabelecer que ocorreu falta de serviço ou tardio funcionamento dele, inobstante existisse o dever legal de sua prestação. Ao Estado, para eximir-se da responsabilidade, caberia demonstrar que a omissão ou demora incorreu por negligência, imprudência, descaso ou imperícia. É dizer,

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ob. cit. p. 415.

que se comportou dentro dos limites normais de possibilidade e em função das possibilidades normais irrogáveis ao Poder Público em certo meio e época, diante das peculiaridades do caso concreto".⁴⁹

Suponha-se que um proprietário de veículo, estacionado na "Zona Azul", veja-se espoliado de seu bem, por ação de bandidos armados, sob os olhos de militares, encarregados da fiscalização naquele trecho, e sem que estes tomem qualquer medida para impedir a consumação do crime; ou que tenha sido a mesma autoridade policial avisada da presença de um perigoso doente mental nos arredores da "Área Azul", pronto a atear fogo nos veículos, sem que, a contento, e de forma expedita, venham ter ao local os agentes para prendê-lo. Nestes casos, evidentemente, subtrair-se ao particular o direito de ver-se indenizado seria extremamente injusto. E, nestas hipóteses, não se pode afastar a regra da responsabilidade estatal, fundada na "*culpa administrativa*".

Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁰, quando tenha o Estado dever legal de impedir danos praticados por terceiros, é razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ob. cit. p. 15.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso* cit. p. 449, n. 59.

ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Caso típico é o referido, ou seja, assalto em via pública, e, em especial, em “Área Azul”, praticado por meliantes, diante de agentes policiais inertes e desidiosos.

Em **matéria de prova**, ainda, de nada adianta ao Estado, *v.g.*, alegar *momentânea impossibilidade de atendimento* (viatura com bateria “arriada” ou equipamento em precário estado de funcionamento ou avariado, veículos sem normal abastecimento, armas desmuniadas etc.), porque também nestas hipóteses o serviço ou não funcionou, ou funcionou mal, sendo impositiva uma atuação eficiente do Poder Público que, se agiu abaixo dos padrões legais, responde por esta incúria, negligência ou deficiência que traduzem um *ilícito* ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.⁵¹

Enfim, ainda em matéria de ônus da prova, cabe ao Estado a prova de que agiu de acordo com os padrões exigidos pela *ciência e experiência* ou adequadamente aos regulamentos administrativos, porque seria extremamente dificultoso ao lesado demonstrar o mau funcionamento do serviço ou sua prestação de forma inferior aos padrões

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso*, cit. p.. 448, n. 57.

esperados, tarefa esta às vezes insuperável, porque exigiria penetração nos recônditos da máquina administrativa, em seus meandros, o que, na prática, é impossível. Contudo, não se trata, frise-se, de responsabilidade objetiva. Apenas repartição do ônus da prova, sem que tenhamos nos afastado da teoria da “culpa administrativa”.

“É que, se o Estado demonstra que não procedeu de modo contrário ao Direito, se prova que não foi negligente, imprudente ou imperito, em suma, se evidencia que o serviço não funcionou mal ou tardiamente ante as possibilidades razoáveis, exime-se da responsabilidade”.⁵²

Também aqui, a *culpa da vítima* ou exclui a responsabilidade, ou provoca a sua atenuação, tenha sido exclusiva ou concorrente, como na hipótese de somar-se à negligência dos agentes de segurança, uma sua conduta própria, deixando os vidros semi-abertos ou o alarme de segurança desligado.

****Hélio Simões Vidal é Promotor de Justiça da Comarca de São João Nepomuceno.***

⁵² MELLO Celso Antônio Bandeira de. RT 552/16.

6 - BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do. *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

ATALIBA, Geraldo. *Município e Multas de Trânsito*. São Paulo: RDP n. 69. p. 106-109.

BCHARA, Marçal Romeiro. *Legislação de Trânsito. Autonomia Municipal. Compreensão em Matéria de Trânsito e Tráfego Urbanos*. São Paulo: RDP n. 66, 1983. p. 231.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FREITAS, Herculano de. *Dos Municípios*. São Paulo: RDP 10/258.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACALOSSI, Joaquim. *Trânsito Urbano: Estacionamento e Multas*. São Paulo: 1980. RDP. p. 53-54.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 6. ed. 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 4. ed. 1993.

MENEGALE, Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 2. ed.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. 1.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

_____. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos*. RT 552/11.

SIQUEIRA NETTO, Carlos. *Município - Serviço de trânsito local - Matéria de seu peculiar interesse - Assunto que não se subordina às autoridades estaduais ou federais*. São Paulo: RDP 16/311.

TÁCITO, Caio. *Trânsito-Revista do Departamento de Operações do Sistema Viário*. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1976. p. 66. v. 1.

_____. *Taxa de Estacionamento em Via Pública. Cadernos de Direito Municipal*. São Paulo: RDP, n. 69, ano 84. p. 286.

CRÉDITO E PUBLICIDADE: DOIS FENÔMENOS SOCIOJURÍDICOS INDISSOCIÁVEIS

**Geraldo de Faria Martins da Costa*

SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - O crédito. 2.1 - Breves notícias históricas. 2.2 - Noções, princípios e normas gerais. 2.3 - Dificuldades para a efetiva proteção dos consumidores de crédito, o superendividamento. 2.4 - Uma exemplar decisão judicial em prol da justiça contratual coletiva. 3 - Publicidade. 3.1 - Referências históricas. 3.2 - Noções, princípios, normas gerais. 3.3 - Sugestões de prioridades. 4 - Propostas conclusivas. 5 - Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

Fenômenos estreitamente ligados aos problemas da sociedade de consumo contemporânea e inseridos no campo de estudos do direito das relações de consumo, o *crédito ao consumidor* e a *publicidade* serão tratados neste breve estudo, que não se propõe, obviamente, analisar em todos os detalhes temas tão amplos e complexos.

Em primeiro lugar, daremos um rápido apanhado histórico da origem e do desenvolvimento de cada um desses fenômenos de mercado. A seguir, tentaremos dar

uma síntese dos princípios e normas jurídicas gerais que os disciplinam, mencionando a legislação pertinente e algumas dificuldades de sua implementação, os ensinamentos doutrinários sobre os assuntos e alguma referência às lições do direito comparado.

Na conclusão, procuraremos esboçar algumas prioridades de atuação dos órgãos de proteção do consumidor, sugerindo ações práticas para o controle dos abusos que surgem do crédito (por exemplo, o superendividamento) e da publicidade (por exemplo, os anúncios de alimentos, medicamentos e agrotóxicos).

2 - O CRÉDITO

2.1 - Breves Notícias Históricas

O empréstimo a juros é anterior à indústria, aos bancos e ao empréstimo de moedas. Conforme informam Gelpi e Julien-Labruyère, o fenômeno, chamado simplesmente usura até o fim do século XVI, foi uma das primeiras manifestações econômicas da vida em sociedade e “um motor essencial de sua evolução”¹. Suas origens remontam ao período pré-histórico da pedra polida e da sedentarização agrícola do neolítico (período da pré-história

¹ GELPI, Rosa-Maria et JULIEN-LABRUYÈRE, François. *Histoire du crédit à la consommation*. Paris: La découverte. 1994

correspondente ao início da agricultura).

O aparecimento do empréstimo desde a aurora da História demonstra a sua utilidade em ajudar a satisfazer às necessidades fundamentais dos homens, auxiliando a sobrevivência do grupo social e promovendo o desenvolvimento econômico.

Desde muito tempo o direito se preocupou em reger o empréstimo a juros.

Vejamos apenas o exemplo da antiga Babilônia.

Elaborado em época de florescente comércio e rica agricultura de irrigação, o *Código de Hamurabi* (1792 a 1750 a. C.) estabeleceu regras que concediam aos camponeses facilidades para pagar suas dívidas. Os empréstimos, em moeda ou *in natura*, deveriam ser objeto de contrato escrito.

As taxas de juros tinham limites estabelecidos: para empréstimos de grãos reembolsáveis *in natura*, 33 % ao ano; para empréstimos em moeda, 20% ao ano. Aquele credor que ultrapassasse essas taxas, perderia o crédito. A escravidão pessoal por dívidas era limitada em três anos².

² Esta regra de proteção dos fracos ou hipossuficientes nos faz lembrar o problema da escravidão por dívidas vivido até hoje no Brasil: camponeses são recrutados das mais distantes distâncias do nosso continental país, para trabalhar em latifúndios. Lá chegam já devendo as despesas do transporte. A seguir, são obrigados pelas circunstâncias a comprar os mantimentos na mercearia do patrão, dando início ao ciclo de uma dívida eterna... (A História é cíclica!).

Modernamente, o desenvolvimento do crédito se acentua, sobretudo a partir da metade do século XIX. Em 1856, as máquinas portáteis de costura “Singer” começaram a ser vendidas através de um sistema de pagamento escalonado do preço que permitiu a sua difusão *in tutto il mondo*³.

Neste sistema de crédito concedido diretamente pelo produtor, o adquirente dava de entrada um pequeno percentual do preço, recebia o bem, que podia ser utilizado imediatamente, e assumia a obrigação de pagar o restante em prestações. A propriedade era transferida após o pagamento da última prestação. A falta de pagamento de uma só prestação significava a perda do bem e de todas as quantias pagas.

Após a I Guerra Mundial, surge um novo ator no palco dos sistemas de crédito: a instituição financeira, que fornece o capital necessário para a aquisição dos produtos e serviços, sem todavia produzi-los ou distribuí-los. Esta nova fase é inaugurada para difundir um novo produto de massa, o automóvel⁴.

O consumidor que toma um empréstimo passa

³ALPA, Guido. *Il Diritto dei Consumatori*. Roma: Laterza, 1995, p.106.

⁴ALPA, Guido. *op. cit.* p.107.

a celebrar dois contratos: o de compra do produto ou serviço e o de crédito.

A época contemporânea se depara com uma questão que atormenta a sociedade de consumo: estamos superendividados ?

2.2 - Noções, Princípios e Normas Gerais

O crédito é, ao mesmo tempo, amado e odiado, primeiro, porque quem toma emprestado geralmente se obriga a remunerar o serviço prestado. Segundo, porque ele se presta a numerosos abusos: de um lado o não pagamento, de outro a exigência de remuneração exorbitante ou a imposição de penalidades excessivas pelo não pagamento.

O crédito é, do ponto de vista do consumidor, a operação que possibilita a imediata aquisição de bens e serviços, que não seria possível de outro modo senão adiando a compra para o momento em que fosse disponível a quantia requerida pelo fornecedor⁵. A operação permite a obtenção imediata do bem ou do serviço pelo consumidor, cujo preço ele pagará mais tarde. O que distingue,

⁵ALPA, Guido. *op. cit.* p. 104.

essencialmente, a operação a crédito da operação à vista é a prorrogação do tempo⁶ para o pagamento.

O Decreto-Lei português n.º 359/91, inspirado nas *Directivas do Conselho das Comunidades Europeias* n.º 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e n.º 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990, define o contrato de crédito como

*"o contrato por meio do qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob forma de deferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante"*⁷.

Aquele diploma legal lusitano ressalta, em sua exposição de motivos, que

*"desde logo importa garantir informação completa e verdadeira, susceptível de contribuir para uma correcta formação da vontade de contratar, [...], sendo igualmente necessário estabelecer mecanismos que permitam ao consumidor conhecer o verdadeiro custo total do crédito que lhe é oferecido, [...], permitindo-se, deste modo, uma análise comparativa de ofertas afins"*⁸.

⁶CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1992, p. 257.

⁷FROTA, Angela. *Coletânea de legislação dos contratos de consumo em especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 337.

⁸FROTA, Angela. *idem*.

Se, por um lado, o crédito dá ao consumidor a possibilidade de adquirir o produto ou serviço sem ter antes que economizar o dinheiro necessário para isso, por outro lado, o contrato de crédito comporta graves perigos, pois, nem sempre ele compreende o porte das obrigações que assume, aderindo ao contrato de crédito sem discutir as cláusulas e, geralmente, sem compreendê-las⁹.

Neste ponto, deve crescer em importância a aplicação do disposto no art. 46 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nele está a regra que estabelece que o contrato de crédito (e também, obviamente, todos os contratos de consumo) somente obrigará o consumidor se lhe for dada oportunidade de conhecer e compreender, além do conteúdo de suas cláusulas, o seu sentido e alcance.

“O contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto que a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor”.¹⁰

Leciona a professora Cláudia Lima Marques que a palavra crédito tem origem latina e significa confiança no

⁹CALAIS-AULOY, Jean. *op. cit.*, p. 258.

¹⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 251.

outro e que “esta confiança protegida era aquela do credor em relação ao pagamento futuro do débito pelo devedor”, sendo que hoje “esta relação de confiança é entendida de forma necessariamente bilateral, confiança a exigir um tratamento legal, transparente e não abusivo entre o profissional do crédito e seu consumidor”¹¹.

O direito à informação sobre as condições do crédito deve ser garantido pelo fornecedor, que deve informar adequadamente sobre a taxa efetiva de juros, os juros de mora, os acréscimos legalmente previstos, a soma total a pagar, com e sem financiamento, além do número e periodicidade das prestações (art. 52, CDC), além de outras, tais como, as cláusulas penais e limitativas. Quer a lei garantir ao consumidor o direito de fazer uma decisão consciente, refletida e racional sobre o vulto das obrigações que vai assumir. “É nesta ótica que o art. 46 do CDC prevê a possibilidade de requerer ao juiz, em detrimento do fornecedor, a liberação do consumidor do vínculo contratual”¹².

A redação dos contratos de crédito deve primar pela clareza, de modo a facilitar a sua compreensão. As cláusulas que limitem a posição contratual do consumidor devem ser apresentadas em destaque, permitindo o seu imediato e fácil entendimento (art. 54, CDC).

As cláusulas de decaimento são absolutamente nulas (art. 53, CDC). Não é possível estabelecer a perda total das prestações pagas em benefício do credor, em razão de inadimplemento de consumidor.

¹¹MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17 (jan./mar. 1996). p. 39.

¹²MARQUES, Cláudia Lima. *op. cit.* p. 41.

O consumidor tem o direito a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante a redução proporcional dos juros e demais acréscimos (art. 52, § 2º, CDC).

Em suma, as condições gerais dos contratos de crédito devem estar conforme o princípio da boa-fé¹³ e eqüidade (art. 4º, III e art. 51, IV, CDC).

A personalidade, e todos os valores jurídicos nela incorporados, a imagem, a dignidade humana (art. 1º, III, CF), a integridade psicológica, a tranqüilidade, a paz de espírito do consumidor inadimplente são expressamente protegidos pela lei. A pessoa não pode ser exposta a ridículo, nem submetida a qualquer tipo de constrangimento, na cobrança de débito (art. 42, CDC). Neste ponto, é importante destacar o direito básico à reparação dos danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6º, VII, CDC)¹⁴. Além disso, a lei considera crime contra as relações de consumo a utilização, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou qualquer

¹³Salienta Cláudia Lima Marques "a força criativa do princípio da boa-fé, princípio que impõe novas obrigações acessórias ao fornecedor, deveres anexos ao contrato de crédito, em última análise princípio que, interpretando as normas positivas impostas, impõe uma atuação refletida do contratante mais forte em relação aos interesses do contratante mais fraco. A boa fé assim concretizada significa transparência obrigatória em relação ao parceiro contratual, um respeito obrigatório aos normais interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte para permitir ao parceiro contratual mais fraco as condições necessárias para a formação de uma 'vontade racional'" (MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor, in: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17 (jan./mar. 1996), p. 40.

¹⁴Cláudia Lima Marques aponta a tendência da jurisprudência "de proteção dos direitos da personalidade do consumidor, condenando ao ressarcimento de danos morais as empresas de crédito, seja por falsas informações sobre a capacidade econômica do consumidor, seja por erros na administração de contas bancárias, mesmo se não houve prejuízo patrimonial comprovado, pois, os erros foram, após, corrigidos" (op. cit., p. 52).

outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. (art. 71, CDC).

O acesso aos bancos de dados pessoais e de consumo é garantido ao consumidor. (art. 43 e art. 72, ambos do CDC). O consumidor tem direito à correção das informações incorretas (art. 43, § 3º e art. 73, ambos do CDC).

Todas as normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC). As disposições contratuais que as contrariarem são inválidas.

2.3 - Dificuldades para a Efetiva Proteção os Consumidores de Crédito, o Superendividamento

O advento do Código de Defesa do Consumidor significa grande avanço em direção ao desejado equilíbrio nas relações de consumo. O princípio da função social do contrato, com ele, ganha grande fôlego. Todavia, seus dispositivos, seu projeto de sociedade de consumo harmonicamente estruturada em bases de boa-fé, equidade e solidariedade econômica (art. 4, III, c/c art. 1º, ambos do CDC; c/c art. 3º, I, e art. 170, V, da CF) necessitam, sobretudo, de instituições sociais preparadas para a sua implementação.

As dificuldades em relação aos recursos humanos são grandes. Necessitamos investir mais na formação de especialistas em direito das relações de consumo. A adoção do planejamento estratégico das instituições (faculdades, tribunais, ministérios públicos, polícias, etc) dará prioridade, por exemplo, à melhor estruturação humana dos juizados especiais, à implementação das delegacias de polícia e da varas especializadas em solução de litígios de consumo. Os especialistas saberão concretizar as necessárias ações institucionais integradas¹⁵ em prol do equilíbrio das relações de consumo.

Ressaltando que o CDC trouxe importantes avanços na proteção contratual do consumidor de crédito¹⁶, Cláudia Lima Marques constata, por outro lado, que

“a lei não menciona aspectos importantes para as relações de crédito, como a imposição de um prazo de reflexão especial, a declaração expressa do vínculo entre o contrato de consumo principal e o contrato

¹⁵Em Minas Gerais, interessante destacar a exemplar experiência do “Projeto Cidadania” (iniciativa do Ministério Público e da Secretaria de Estado da Saúde), que objetiva essencialmente a promoção de ações institucionais integradas para a melhoria da qualidade de vida. Diversos órgãos, que trabalham diretamente com o controle da qualidade e segurança dos produtos (sobretudo alimentos, medicamentos e agrotóxicos), serviços (sobretudo os relativos à saúde) e do meio ambiente, promovem seminários e encontros educativos em todo o Estado, despertando as consciências sociais para os grandes temas da dignidade da pessoa, da cidadania econômica e sócio-ambiental. O exercício responsável dos direitos subjetivos favorece o florescimento da cultura da boa-fé e da equidade.

¹⁶“A lei de 1990 trouxe importante evolução em matéria de informação do consumidor, de publicidade e de proteção da confiança do consumidor, assim como na redação dos contratos de adesão e na proibição de cláusulas abusivas típicas dos contratos de crédito, como a perda das quantias pagas ou a cláusula-mandato, e na permissão expressa da liquidação antecipada do débito e de uma interpretação sempre pró-consumidor” (*op. cit.* p. 56).

*acessório de crédito*¹⁷, assim como um regime especial para o superendividamento e para a exigência de garantias pessoais superiores às possíveis para aquele determinado consumidor" (op. cit. p. 56).

Dentre esses aspectos, um macroproblema se sobreleva: o *superendividamento*. Conforme salienta José Reinaldo de Lima Lopes, "*trata-se do fenômeno social (e não apenas pessoal) da inadimplência dos consumidores por ultrapassarem sua capacidade de consumo a crédito*"¹⁸.

O problema atinge tanto os consumidores mais privilegiados pelo sistema socioeconômico quanto os mais empobrecidos, mas se torna mais pungente em relação a esses últimos, "*se levarmos em conta que os 50% mais pobres da população detêm apenas 12% da renda nacional*".¹⁹ Para esses últimos, o acesso ao consumo de bens mais banais e necessários, como geladeiras ou fogões, em regra, só é possível por via do endividamento.

Diariamente, notícias sobre a crescente inadimplência dos consumidores enxameiam os jornais. É crescente o número de carnês em atraso.

¹⁷ Na França os contratos são vinculados: pagamento do crédito somente começa a partir da entrega do bem ou da prestação do serviço objeto do contrato principal; o consumidor pode recorrer ao Tribunal competente e requerer a suspensão do pagamento do crédito enquanto espera a solução do litígio versando sobre o contrato de venda. Se o contrato de venda é anulado ou resolvido judicialmente, o contrato de crédito ao qual ele era ligado é então automaticamente anulado ou resolvido pelo juiz e o organismo de crédito deve devolver ao consumidor todas as somas que este pagou a título de reembolso do crédito (Cf. NEIERTZ, Véronique. *Le Code de la Consommation - Édition commentée*. Paris: Prat Éditions, 1996, p. 210-211).

¹⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento - uma problemática geral, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17 (jan./mar. 1996). p. 59.

¹⁹ LOPES, José Reinaldo Lima, *idem*.

A resposta do credor ao problema, tradicionalmente, tem sido a execução do devedor e o lançamento do seu nome nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito. *"A questão é tratada como um problema pessoal (moral, muitas vezes)"*²⁰, ou seja, por causas pessoais, internas, o consumidor não pagou em tempo hábil a sua dívida. Ele deve ser uma pessoa descontrolada. É um esbanjador, um dissipador, um gastador, um estróina, um perdulário ou um mau caráter.

É muito fácil atribuir a inadimplência às causas internas, esquecendo-se das causas externas do problema. É muito fácil esquecer que os produtos e serviços e o próprio crédito, utilizado como *"argumento publicitário"*²¹, foram ofertados por meio de poderosos aparatos de *marketing*.

Mas, a psicologia social, *"ciência que estuda a interação humana"*²², socorre o jurista que atua na defesa dos consumidores superendividados, apontando as verdadeiras causas desse fenômeno sociojurídico.

A teoria do *erro fundamental de atribuição* explica este tratamento tradicionalmente dado ao fenômeno social pelos fornecedores de crédito: temos a tendência psicológica de atribuir às ações de outras pessoas causas internas, *"em outras palavras, quando julgamos as ações de outrem, tendemos a descartar possíveis fatores externos capazes de produzir o comportamento observado e focalizamos apenas as disposições internas da pessoa que as emitiu"*.²³

²⁰ LOPES, José Reinaldo Lima, *idem*.

²¹ CALAIS-AULOY, Jean. *op. cit.*, p. 257.

²² RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia social para iniciantes*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 32.

²³ RODRIGUES, Aroldo, *op. cit.*, p. 20-21.

“Outra tendência muito comum apontada pelos estudiosos do fenômeno de atribuição é a tendência de fazermos atribuições a fatores internos quando julgamos os outros e a fatores externos quando julgamos nossas próprias ações. Assim, se uma pessoa deixa cair um prato da mão, nós a consideramos desatenta; se nós fazemos a mesma coisa, logo atribuímos o incidente a fatores externos, tais como alguém nos haver empurrado, ou o prato estar escorregadio, etc.”²⁴

Nós, que nos propomos defender os consumidores vítimas dos abusos dos contratos de crédito, precisamos tratar a questão de um ponto de vista objetivo, visualizando as causas externas do endividamento. O estímulo publicitário que leva às compras irrefletidas ou irracionais é uma e, talvez, a principal dessas causas. Pensemos nas políticas econômicas recessivas e concentradoras de renda, nas ondas de desemprego em massa, nos acidentes familiares, como uma doença, o divórcio ou a separação.

Os institutos da falência e da concordata foram criados diretamente para benefício dos fornecedores. E os consumidores, não possuem eles direito ao benefício da moratória ?

No direito comparado vamos pegar apenas o exemplo da França para conhecer um pouco o instituto jurídico que cuida dos interesses dos consumidores

²⁴RODRIGUES, Aroldo. *op. cit.*, p. 21.

superendividados.

O artigo 331 - 1 do *Code de la Consommation* institui, em cada departamento, uma comissão de superendividamento (*commission de surendettement*). Ela é composta pelo representante do Estado no departamento, pelo tesoureiro-geral, pelo representante do *Banque de France*, por um representante indicado pela associação dos estabelecimentos de crédito e por um representante de associações familiares ou de consumidores.

A finalidade da comissão é conciliar o devedor, pessoa física, em situação de superendividamento com o conjunto de seus credores. A situação de superendividamento é caracterizada pela impossibilidade do devedor de fazer face ao conjunto de suas dívidas.

A comissão concilia as partes visando à elaboração de um plano de pagamento das dívidas, podendo conter reescalonamento dos pagamentos, a remissão de dívidas, a redução ou supressão de taxas de juros, a consolidação ou substituição de garantias. O plano pode estabelecer a obrigação do devedor em abster-se de atos que agravem sua insolvabilidade. A comissão pode solicitar ao juiz competente a suspensão de ações de execução.

Não sendo a conciliação bem sucedida, a comissão elabora recomendações de medidas que podem ir até a remissão de dívidas, considerando-se que, em princípio, os fornecedores de crédito devem ser prudentes e vigilantes na concessão dos empréstimos²⁵.

²⁵Neste sentido, NEIERTZ, Véronique. *Le Code de la Consommation - Édition commentée*. Paris: Prat Éditions, 1996, p. 259.

As recomendações podem ser contestadas, em 15 dias, perante o tribunal competente.

2.4 - Uma Exemplar Decisão Judicial em Prol da Justiça Contratual Coletiva

Em 23 de setembro de 1996, a Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão de Belo Horizonte ajuizou ação coletiva em face do grupo financeiro *Losango-Multiplic*.

A ação visava o controle de cláusulas abusivas contidas nas condições gerais dos contratos utilizados no mercado de crédito ao consumidor.

Pedia-se, dentre outras providências, a declaração de nulidade das cláusulas que restringiam o direito dos consumidores à liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante a redução proporcional dos juros e demais acréscimos; a proibição da cláusula-mandato; a nulidade de cláusulas que pré-estabeleciam a possibilidade de cobrança das despesas com honorários advocatícios (20%), mais custas, ou 10% sobre o valor do débito, como ressarcimento de custos da cobrança extrajudicial; a nulidade de cláusulas de eleição de foro; a modificação de cláusulas penais moratórias que estabeleciam multas superiores a 2% do valor da prestação.

Antes de apreciar o pedido liminar, determinou-se a justificação do alegado, ouvindo-se diversos órgãos de defesa do consumidor do interior do estado. Em junho

de 1997, o Juiz de Direito da 16ª Vara Cível, concedeu tutela antecipada, declarando nulas as referidas cláusulas.

Representantes das financeiras procuraram os autores da ação, reconheceram a procedência dos pedidos e firmaram termo de compromisso de ajustamento de conduta, que foi levado à homologação judicial, extinguindo-se o processo, com julgamento de mérito.

O compromisso homologado judicialmente:

- garante, aos consumidores, o direito à liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos (CDC, art. 52, parágrafo 2º);

- determina que as financeiras se abstenham de utilizar a chamada cláusula-mandato, que impõe ao consumidor o compromisso de “*aceitar letra de câmbio sacada pela FINANCEIRA,*” (CDC, art. 51, VIII);

- determina que as financeiras se abstenham de utilizar cláusulas que pré-estabelecem a possibilidade de cobrança das despesas com honorários advocatícios (20%), mais custas, ou 10% sobre o valor do débito, como ressarcimento de custos de cobrança extrajudicial (CDC, art. 51, VI; Decreto n.º 22.626/33, art. 8º),

- determina que as financeiras se abstenham de utilizar cláusulas que estabeleçam a possibilidade de resolução do contrato por mora (CDC, art. 51, IV, e 54, parágrafo 2º, Decreto n.º 22. 626/33, art.8º);

- determina que as financeiras se abstenham de

utilizar cláusulas que estabeleçam a possibilidade de eleição de foro (CDC, art. 51, IV), dificultando a defesa do consumidor;

- determina que as financeiras se abstenham de utilizar cláusulas penais moratórias que estabeleçam multas superiores a 2% do valor da prestação (CDC, art. 52, parágrafo 1º);

- determina que as financeiras observem as condições estabelecidas nos 6 (seis) itens anteriores, tanto nos contratos futuros quanto em toda a carteira de financiamentos em aberto (CDC, art. 81, parágrafo único, incisos I e II e art. 103, I e II e art. 103, I e II, e parágrafo 1º), em que estiver envolvida a Losango Promotora de Vendas Ltda. e a Multiplic Financeira Crédito Financiamentos e Investimentos Ltda.

O descumprimento de qualquer das obrigações assumidas nos autos do processo n.º 02496 085 931 2 implicará em multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) acrescidos de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para cada contrato celebrado ou executado em desacordo com preceitos estabelecidos, a ser recolhida ao Fundo previsto no art. 13 da Lei n.º 7.347/85, atualizado monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Os consumidores que sofreram prejuízos em decorrência da aplicação das cláusulas abusivas (por ex., os que liquidaram antecipadamente a dívida sem a redução proporcional dos juros e acréscimos) podem pleitear individualmente o que lhes for devido (direitos individuais homogêneos).

A decisão significa acesso coletivo à justiça contratual.

3 - PUBLICIDADE

3.1 - Referências Históricas

Guido Alpa informa que a origem da publicidade comercial, na acepção em que hoje é aceita, data da metade do século XIX²⁶. Antes poderosíssimo instrumento de persuasão social que mecanismo de informação, este “*emblema da sociedade moderna*”²⁷ pode também ter origem em 1477, na Inglaterra, quando “*o primeiro anúncio impresso em inglês de que se tem notícia foi veiculado, anunciando livros religiosos*”²⁸.

No final do século passado, os **jornais** diários foram campo fértil para a difusão do fenômeno socioeconômico. Novo impulso expande mais ainda as fronteiras da comunicação de massa, na década de 1920: o **rádio**. “*Em 1944, com a **televisão**, a publicidade se transforma numa grande indústria, movimentando bilhões de dólares anualmente e afetando milhões de consumidores em todo o planeta*”²⁹.

Matéria jornalística publicada no Estado de Minas (9 nov.1997, p. 9), intitulada “*Uma boa propaganda, a gente nunca esquece*”, informa que o mercado publicitário brasileiro movimenta US\$ 8 bilhões por ano e já é o nono do mundo, enquanto, nos Estados Unidos, a quantia sobe

²⁶Op. cit. p.67.

²⁷idem

²⁸BENJAMIN, Antonio Herman V. O controle jurídico da publicidade. in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9 (jan./mar. 1994) p. 26.

²⁹idem, p. 26-27.

para US\$ 110 bilhões anuais. Segundo a Associação Brasileira de Agências de Publicidade, no próximo ano deverá atingir a cifra de US\$ 10 bilhões.

3.2 - Noções, Princípios, Normas Gerais

Cláudia Lima Marques conceitua publicidade como *"toda informação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio de comunicação utilizado."*³⁰

Temos no Brasil um sistema misto de controle da publicidade, ou seja, coexistem o controle legal (arts. 36 a 38, CDC)³¹ e o controle privado, *"que vem sendo feito pelo Conselho de Auto-Regulação Publicitária (CONAR), órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil."*³²

O CDC, proibindo expressamente a publicidade enganosa e a abusiva (art. 37, cabeça), estabelece um sistema legal de controle assentado em princípios básicos,

³⁰Contratos no CDC, p.258-259.

³¹"O CDC não regulou a propaganda (*publicity*), mas apenas a publicidade (*advertising, Werbung, publicité*). Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta, a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou utilizar-se do serviço" (NERY JR. Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, v. 3 (set./dez. 1992). p. 66).

³²NERY JR., Nelson. *idem*.

pretendendo, assim, “disciplinar a publicidade de forma a coibir futuros danos ao consumidor, protegendo a sua incolumidade econômica, física e moral.”³³

Este caráter preventivo³⁴, marca distintiva do microsistema legal de proteção do consumidor, é reforçado na disciplina dedicada ao controle da publicidade.

O sistema não admite a mentira, o engodo ou as meias-verdades.

Do *princípio da veracidade* das mensagens publicitárias (art. 37, § 1º, CDC) e do princípio-objetivo da *transparência* pela informação eficiente (art. 4º, cabeça, CDC), decorrem outros princípios e normas destinadas a estabelecer o ambiente de boa-fé, equidade e lealdade que deve existir nas relações de consumo.

O CDC não admite a publicidade clandestina ou subliminar. O princípio da identificação da mensagem publicitária significa que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal (art. 36, cabeça, CDC).

O merchandising

“é comum na televisão, especialmente nas novelas, mas é expediente usado também no cinema. Trata-se da integração ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto com exposição de sua marca

³³Marques, Cláudia Lima. *Contratos no CDC...*, p. 261.

³⁴Lembremos do direito básico à efetiva prevenção de danos (art. 6º, VI, CDC).

Geraldo de Faria Martins da Costa

ou fatores de identificação. As cenas são mais ou menos sutis (...). Como o espaço de inserção da mensagem publicitária não é convencional, o receptor é surpreendido em atitude passiva, tornando-se mais vulnerável.”³⁵

A patológica publicidade subliminar, conforme o Código de Publicidade de Portugal, é aquela que, “mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar conhecimento.”³⁶

“A mensagem subliminar não é propriamente comunicação; é manipulação. Do ponto de vista da dogmática jurídica, o ato decorrente seria nulo, porque a eliminação da consciência significa ausência de vontade. Por isso mesmo a publicidade não pode utilizar-se dessa técnica que contraria frontalmente o princípio da identificação.”³⁷

Em razão do princípio da vinculação contratual da publicidade, “o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária (arts. 30 e 35, CDC).”³⁸

³⁵PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC. São Paulo: RT, 1997, p. 87.

³⁶PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 90-91.

³⁷PASQUALOTTO, Adalberto, *idem*.

³⁸BENJAMIN. Antonio Herman V. et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 183.

A lei proíbe a publicidade enganosa. É o princípio da veracidade (art. 37, § 1º, CDC).

“O critério de aferição da ilicitude por enganiosidade é a indução em erro.³⁹ Mesmo através de omissão (art. 37, § 3º), se a mensagem publicitária for capaz de induzir o consumidor em erro, ela será enganosa, ferindo o princípio da veracidade. O juízo para a avaliação da enganiosidade é meramente potencial, objetivo. Não se exige que corra efetivamente o erro, nem tampouco a prova da intenção subjetiva do anunciante.”

Ou seja, é proibida a mensagem publicitária que for inteira ou parcialmente falsa, por ação ou omissão, ou capaz de induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidades, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços.

O princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º, CDC) está relacionado com a proteção dos valores morais mais caros da sociedade. *“A publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética.”⁴⁰*

Valores e princípios como a igualdade das pessoas, a tranqüilidade, a paz de espírito, a defesa do meio ambiente, os direitos da criança, do adolescente e da mulher, os padrões sociais éticos e estéticos, as tradições

³⁹PASQUALOTTO, Adalberto, *op. cit.* p. 119.

⁴⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC...*, p. 262.

culturais, históricas e religiosas⁴¹, etc, não devem ser atingidos pelo exercício do direito à publicidade.

“O direito à publicidade, que em última instância, decorre do direito à liberdade de expressão reconhecido pelo texto constitucional vigente, deve ser exercido nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Em consequência, o desvio de seu exercício configura abuso de direito, sendo, por isso, passível de sanção.”⁴²

Conforme Pasqualotto, em rol exemplificativo,

“o art. 37, § 2º, do CDC, identifica oito formas de abusividade: a publicidade discriminatória de qualquer natureza; a que incite à violência; a que explore o medo; a que explore a superstição; a que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança; a que desrespeita valores ambientais; a que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde; a que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua segurança” (op. cit. p.127).

Em matéria publicitária, o ônus da prova da veracidade ou correção das informações cabe a quem as

⁴¹Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 82-83.

⁴²AMARAL JR. Alberto. *Proteção do Consumidor no Contrato e Compra e Venda*. São Paulo: RT, 1993, p. 238.

patrocina (art. 38, CDC): é o *princípio da inversão do ônus da prova*.

O *princípio da correção do desvio publicitário* impõe que os malefícios da publicidade patológica sejam corrigidos pela contrapropaganda (art. 56, XII, CDC).⁴³

Benjamin explica-nos, ainda, o *princípio da transparência da fundamentação da publicidade*⁴⁴, que obriga o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manter, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem (art. 36, § único, CDC).

3.3 - Sugestões de Prioridades

A veracidade e a transparência das mensagens publicitárias são princípios da política nacional das relações de consumo. A saúde e a segurança constituem-se direitos básicos dos consumidores e objetivos prioritários a serem implementados.

*"A vida e a saúde são dois dos aspectos mais importantes, verdadeiros interesses primários, de qualquer política ou normativa de proteção do consumidor."*⁴⁵

⁴³Informa Cláudia Lima Marques que "parte da doutrina defende a possibilidade do Judiciário, em interpretação sistemática do CDC, impor a sanção de contrapropaganda judicialmente" (*Contratos no CDC...*) p. 263.

⁴⁴BENJAMIN, Antonio Herman V. in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 165-184.

⁴⁵BENJAMIN, Antonio Herman V. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos, in *Direito do Consumidor*, 10/21-26, São Paulo: RT., abr./jun. 1994).

A proteção contra a publicidade enganosa (art. 37, § 1º, CDC) ou abusiva (art. 37, § 2º, CDC) é direito básico dos consumidores (art. 6º, I, CDC).

O consumo de medicamentos e alimentos relaciona-se diretamente com a saúde pública e o meio ambiente. A utilização de defensivos agrícolas e dos medicamentos veterinários não devem colocar em risco a saúde pública nem tampouco comprometer a qualidade ambiental.

A mídia veicula publicidades de medicamentos, alimentos, agrotóxicos e medicamentos veterinários.

Então, a sugestão é dar prioridade ao controle da publicidade desses produtos e promover as responsabilidades administrativas, civis e penais dos anunciantes e demais co-responsáveis.

Os PROCONs, as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e de Defesa do Meio Ambiente, as Vigilâncias Sanitárias, os órgãos de vigilância agropecuária, etc, promoveriam ações integradas para esse controle.

Um projeto para o controle da publicidade, em cada município, teria as seguintes fases:

- a) identificação dos principais veículos publicitários (jornais, rádios, estações de televisão);
- b) identificação dos patrocinadores das mensagens publicitárias;
- c) identificação do conteúdo das mensagens publicitárias;
- d) requisição dos dados fáticos, técnicos e ci-

entíficos que dão base às publicidades;

e) análise e estudo dos dados, identificando-se as mensagens enganosas e abusivas;

f) promoção das responsabilidades administrativas, civis e criminais.

4 - PROPOSTAS CONCLUSIVAS

O crédito, juntamente com a publicidade, é "*um dos motores mais potentes*"⁴⁶ do sistema de consumo de massa.

Os consumidores não sabem resistir aos seus atrativos e praticam freqüentemente compras irrefletidas, sem compreender o montante das obrigações que assumem.

Todos nós somos estimulados a consumir bens necessários e supérfluos. O poder da publicidade atinge a todos, sem distinção de classe socioeconômica, de credo, raça, idade, situação existencial, cultural ou educacional. Em todos os lugares estamos expostos aos incitamentos consumistas que, além de acarretar o superendividamento, compromete o equilíbrio ambiental⁴⁷.

Como superar o *abismo informativo*, apontado por Benjamin de maneira provocante, no mundo "*da síndrome do supermercado e do shopping center*", mundo que dá "*ênfase*" à "*postura de 'fazer tudo agora'*"⁴⁸ ?

⁴⁶CALAIS-AULOY, Jean. *op. cit.*, p. 257.

⁴⁷DERAIME, Sylvie. in *Économie et environnement*. Paris: Marabout, 1993, p.73, informa-nos que 35 a 45 % do lixo doméstico é composto de embalagens. O problema da reciclagem, da reutilização das embalagens, dos padrões de consumo sustentáveis...

⁴⁸BENJAMIN, Antonio Herman V.O controle jurídico da publicidade. in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9 (jan./mar. 1994), p. 35.

Ficam como sugestões conclusivas deste trabalho a multiplicação da experiência de controle de cláusulas abusivas dos contratos de crédito, abordada no item 2.4, somando-se o trabalho dos órgãos de defesa do consumidor no tratamento dos casos de superendividamento (sob a ótica das suas causas externas); e o controle da publicidade de alimentos, medicamentos e agrotóxicos, conforme item 3.4.

*** *Geraldo de Faria Martins da Costa é Promotor de Justiça da Comarca de Belo Horizonte.***

5 - BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almeidina, 1982.

ALPA, Guido. *Il Diritto dei Consumatori*, Roma: Laterza, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

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

DERAIME, Sylvie. *in Économie et Environnement*, Paris: Marabout, 1993.

FROTA, Angela. *Coletânea de Legislação dos Contratos de Consumo em Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

GELPI, Rosa-Maria et JULIEN-LABRUYÈRE, François. *Histoire du Crédit à la Consommation*. Paris: La découverte, 1994.

LOPES, José Reinaldo Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento - uma Problemática Geral, *in Revista de Direito do Consumidor*, v. 17 (jan./mar.1996), p. 57-64.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

NERY JR. Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, v. 3 (set./dez. 1992).

_____. O Controle Jurídico da Publicidade *in Revista de Direito do Consumidor*, v. 9 (jan./mar. 1994).

_____. Os Contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor. *in: Revista de Direito do Consumidor*, v. 17 (jan./mar. 1996), p. 36-56.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos, *in Direito do Consumidor*, 10/21-26, São Paulo: RT., abr./jun.1994.

Geraldo de Faria Martins da Costa

RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social para Iniciantes*.
Petrópolis: Vozes, 1992, p. 32.

TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1992.

DA DOAÇÃO COMO FORMA DE PRESTAÇÃO SOCIAL ALTERNATIVA

**Luciano Luz Badini Martins*

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Reflexões sobre a Tradicional Pena de Prestação de Serviços à Comunidade. III - Dos Benefícios Advindos da Doação de Bens a Órgãos Públicos ou de Assistência Social. IV - Análise do Fundamento Jurídico da Aplicação Imediata da Doação como Pena de Prestação Social Alternativa. V - Da Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

Notadamente após o advento da Lei n.º 9.099/95, que criara os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e autorizara, em seu art. 76, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas em caso de prática de infração penal considerada de menor potencial ofensivo (art. 61), disseminou-se uma discussão acerca da possibilidade de o Ministério Público formular proposta de doação de bens à entidades públicas, ou que prestem serviços sociais.

Com efeito, tem se observado, na prática, que o *Parquet*, com frequência, propõe que o agente (“implicado”, “autuado”) efetue doação, e.g., de cestas básicas à entidades assistenciais, pneus, autopeças, equipamentos

de informática e máquinas de datilografia para as Polícias Militar e Civil, máquinas fotográficas de revelação instantânea para órgãos encarregados de realização de perícia técnica (art. 164, 165 do CPP), mobiliário necessário ao funcionamento de Conselhos Tutelares, material de construção para reformas de cadeias públicas, além de produtos de higiene para os encarcerados.

Não raro, apesar da aquiescência - em potencial - do implicado, bem como de seu procurador, ou a proposta não é formulada, ou, em contranota, não recebe homologação da Autoridade Judiciária, sempre sob o argumento que o art. 43 do CP não contempla *expressis verbis* a hipótese.

Assim, o presente trabalho tem por finalidades precípuas instigar a discussão doutrinária do tema, bem como oferecer argumentos àqueles que, desejosos, se mostram cautelosos em adotar a novel orientação.

II - REFLEXÕES SOBRE A TRADICIONAL PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.

Com a redação determinada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, prescreve o retro citado art. 43 do

Codex que as penas restritivas de direitos são: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana.

Em complemento, descreve o art. 46 que a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto à entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Acresce o parágrafo único:

“as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho”.

Em doutrina, GILBERTO FERREIRA¹ enumera os atributos que caracterizam esta modalidade de pena restritiva de direitos, quais sejam:

*“1) é dotada de caráter retributivo; 2) é dotada de caráter intimidativo, geral e especial; 3) é ressocializante; 4) é moralizadora do **sursis**, da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e do próprio regime aberto; 5)*

¹“A Prestação de Serviços à Comunidade Como Pena Alternativa”, in RT 647/255.

Luciano Luz Badini Martins

contribui para a realização de inúmeras obras sociais, prestando relevantes serviços à coletividade; e, 6) não gera desemprego, nem concorre com qualquer outro tipo de mão-de-obra remunerada”.

Ocorre que transcritos atributos revestem em tese a pena de prestação de serviço à comunidade, partindo do pressuposto de seu estrito e ideal cumprimento.

As dificuldades no cadastramento de entidades, na fiscalização do serviço, no encaminhamento do agente ao local de trabalho, estão conduzindo a reprimenda ao absoluto desuso, e, quando raramente aplicadas, em regra disseminam na esfera social um incômodo sentimento de impunidade.

Neste diapasão, expõe ANTÔNIO CARLOS DA PONTE² que *“a esmagadora maioria das comarcas sequer constituiu o respectivo Conselho da Comunidade, órgão indispensável na fiscalização do cumprimento da pena”, configurando esta razão determinante para transformar a prestação de serviços à comunidade em “um instituto de pouca aplicação, que denuncia o abismo existente entre a legislação em vigor e a realidade do povo brasileiro”.*

Ao demais disto, outro motivo há que a inviabiliza

²“Prestação de Serviços à Comunidade - Análise Crítica e Conclusiva do art. 46 do CP”. in RT 718/337;

como pena substitutiva ao confinamento celular: o caráter vexatório da reprimenda.

Basta lembrar - observa JASON ALBERGARIA³

- que

"na Polônia, a limitação de liberdade é considerada mais severa que a pena privativa de liberdade. O condenado prefere a prisão, onde não são vistos pelos amigos (they would rather go to prison where they not be seen by their friends)"⁴.

De mais a mais, a pecha de trabalho forçado é, de igual forma, invocada por parte da doutrina para macular o instituto, advertindo MIGUEL REALE JR.⁵ que a pena em enfoque *"corresponde a autêntico trabalho imposto ao condenado, ou seja, verdadeiro trabalho forçado, de há muito banido de nossa legislação penal"*.

Semelhante ponto de vista fora adotado por um grupo de pretores paulistas que, em estudo anterior à reforma de 1984⁶, argumentaram que a prestação de

³Comentários à Lei de Execução Penal, ed. AIDE, 1987. p. 261/2.

⁴No mesmo sentido: ROGÉRIO FELIPETO, in "Prestação de Serviços à Comunidade", Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.º 7, jul./set. de 1994, p. 140.

⁵Novos Rumos do Sistema Criminal. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 53, citado por JULIO FABBRINI MIRABETE in Execução Penal, 6. ed. revisada e atualizada, ed. Atlas, 1996. p. 333.

⁶Considerações de Magistrados Paulistas sobre o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral, JTACrim 68/23.

serviços à comunidade atenta contra a dignidade do preso, diferenciando-se do trabalho forçado apenas pelo artifício da utilização de um eufemismo, de tal sorte que a reprimenda estaria inquinada de inafastável inconstitucionalidade⁷.

III -DOS BENEFÍCIOS ADVINDOS DA DOAÇÃO DE BENS A ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Diversamente do quadro desalentador traçado em relação às tradicionais penas de prestação de serviços à comunidade, não se vislumbra, *prima facie*, mazelas de natureza empírica que inviabilizem, ou desestimulem, o implemento da doação como modalidade eficaz de pena de prestação social alternativa.

Neste momento, atente-se, não se procederá à análise do fundamento jurídico que autoriza a imediata adoção jurisdicional da medida, por configurar, esta, objeto do tópico subseqüente.

⁷ Necessário observar que precioso argumento contrapõe-se à transcrita tese: apesar da aparente inconstitucionalidade apontada, referida medida é plenamente aplicável, eis que configura um ônus inerente ao cumprimento da pena, meio de reparar, ainda que não integralmente, o mal provocado pelo delito; consiste em uma pena, não em emprego, razão pela qual referido posicionamento, favorável à adoção irrestrita da pena de prestação de serviços à comunidade, integra documento apresentado pelo *National Institute of Corrections* para o IV Congresso da Organização das Nações Unidas (Caracas, 1980).

Isto posto, a uma tem-se a manifesta facilidade em proceder-se à fiscalização do cumprimento da medida imposta: basta - como tem sido feito - efetuar-se a oportuna juntada aos autos da nota fiscal da mercadoria, bem como termo de doação apresentado pela entidade, ou órgão beneficiado.

À toda evidência, despicienda a existência de Conselho da Comunidade ou Patronato para fiscalizar o cumprimento da medida imposta: ao autor do delito atribui-se o dever de juntar ao procedimento criminal instaurado em seu desfavor documento comprobatório do cumprimento da reprimenda imposta, e, ao órgão ou entidade aquinhoad, o competente termo de doação.

Por outro lado, afasta-se o caráter vexatório que, não raro, desestimula a disseminação da prestação de serviços à comunidade; a pena é cumprida instantaneamente, vez que a prestação constitui-se num *dare*, não num *facere*.

Observe-se, outrossim, que desautoriza-se a discussão acerca da prestação de virtual trabalho forçado pela denominada "mão-de-obra temida"; aquele que sofrer a sanção deverá, com parcela dos vencimentos derivados do exercício regular de seu próprio trabalho, adquirir o bem

e efetuar, a tempo e modo, a doação.

Por oportuno, de mister salientar que trata-se de medida de extrema eficácia no combate aos crimes, e, via de consequência, intimidativa de novas práticas delituosas.

Nas Comarcas onde se tem aplicado a reprimenda em análise, nitidamente há sensível redução no número de ocorrências policiais, atribuindo-se tal quadro à certeza da punição aos infratores.

Adite-se que, via de regra, as sanções revertem para o aparelhamento de órgãos e estabelecimentos de segurança pública (e. g., informatização, reformas de viaturas e cadeias públicas), permitindo-se, a rigor, que aqueles que praticam infrações contribuam, de forma efetiva, para a redução e, principalmente, prevenção de delitos.

Em confronto com a pena de multa, vislumbra-se, igualmente, uma série de benefícios na aplicação da doação como forma de prestação social alternativa.

De início, registre-se que ambas têm natureza patrimonial, diversamente da pena de prestação de serviços à comunidade, que apresenta natureza jurídica de pena

restritiva de direitos⁸, o que possibilita a conversão desta em privativa de liberdade na hipótese de descumprimento, mesmo em procedimentos em curso perante o Juizado Especial Criminal⁹.

Em relação à pena de prestação social alternativa na modalidade doação, por ter natureza semelhante à pena de multa, a conversão em prisão afigura-se nos termos da defesa, eis que aplica-se, de forma analógica (*in bonam partem*), o disposto no art. 51 da lei material penal, com a novel redação conferida pela Lei n.º 9.268/96, que não retirara a legitimidade ministerial para a promoção da cobrança - após a conversão da doação em espécie¹⁰ -, observada a fase preliminar traçada nos arts. 164 e seguintes da LEP.

Se apresentam semelhanças, notadamente relacionadas à forma de execução, confrontando-se a reprimenda em estudo, à pena de multa, tem-se que aquela

⁸Adotando entendimento minoritário, VALDIR SZNICK, em artigo intitulado "A Pena de Trabalho e suas Características", publicado na RF 295/443, atribui natureza patrimonial à pena de prestação de serviços à comunidade.

⁹V., a respeito, orientação adotada pelo *Manual Prático do Promotor de Justiça*, ed. Del Rey, 1997. p. 132, obra aprovada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais através do Ato n.º 01/97.

¹⁰Para que não haja dúvidas quando da conversão, no termo de audiência onde efetua-se a proposta, ou na sentença prolatada após devido processo legal (em procedimentos não afeitos ao Juizado Especial Criminal), sugere-se que o bem doado seja especificado, bem como se lhe atribua o correspondente valor de mercado; poderá, outrossim, a Autoridade Judiciária valer-se da avaliação judicial a cargo do Oficial de Justiça, notadamente no curso da execução penal.

reserva benefícios ao apenado e à própria sociedade, onde este violou norma de conduta, sensivelmente superiores àquelas asseguradas pela aplicação da tradicional pena pecuniária.

Com efeito, consoante assinalado supra, as doações efetuadas são destinadas a órgãos e entidades atuantes na comunidade, refletindo numa significativa qualificação na prestação de serviços de natureza pública e assistencial, determinante para a redução na criminalidade e melhoria das condições do preso que cumpre pena em cadeia pública, permitindo-se-nos antever a ressocialização de boa parcela da população carcerária.

Não se discute que as receitas originadas das multas são recolhidas ao fundo penitenciário estadual¹¹, todavia é fato notório que entraves burocráticos e carência de recursos obstaculizam o retorno do valor apurado, na forma de investimentos, às localidades onde ocorreram as práticas infracionais.

Além de garantir investimentos de maior amplitude, a implementação da pena de prestação social alternativa é fator determinante para que aqueles sejam realizados com desejável celeridade, sob adequada

¹¹ Observe-se que a Recomendação n.º 03/96 da CGMP atribui ao Promotor de Justiça o dever de informar, mensalmente, ao Conselho Penitenciário Estadual, o montante arrecadado.

fiscalização do Órgão de Execução do Ministério Público.

De outra parte, a medida revela-se igualmente benéfica ao apenado, conquanto, diversamente do que ocorre com a pena de multa, exige-se que o agente efetue a doação da *res*, e não necessariamente faça o pagamento do valor respectivo¹², o que lhe permite, após pesquisa de preço, adquirir o bem a ser doado por um valor inferior ao de mercado.

IV - ANÁLISE DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA DOAÇÃO COMO PENA DE PRESTAÇÃO SOCIAL ALTERNATIVA.

Os benefícios da medida, como ressaltado, são incontáveis, persistindo, porém, dúvidas sobre sua contemplação na ordem jurídica em vigor.

Este o ponto principal do presente trabalho. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º inc. XLVI, prescreve que

"a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social

¹² O que pode ocorrer, todavia, por comodidade do apenado.

alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Ao tecer comentários acerca do indigitado dispositivo legal, ROGÉRIO FELIPETO¹³ consignara

“sugestão para que o Código Penal dê tratamento especial à pena de prestação de serviços à comunidade, o que reconheceria sua importância e relevo ante as demais penas restritivas, fazendo inserir novo inc. no art. 32 do CP, que diz quais são as espécies de pena. A redação modificada ficaria assim: ‘Art. 32. As penas são: I - privativas de liberdade; II - prestação social alternativa; III - restritivas de direitos; IV - de multa’”.

Em nosso modesto entendimento, há equívoco na sugestão apresentada.

Deveras, em precioso comentário acerca do art. 43 do CP, o Dr. CEZAR ROBERTO BITENCOURT¹⁴ esclarece que

“a denominação penas ‘restritivas de direitos’ não foi muito feliz, pois das três modalidades de sanções sobre a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à restrição de direitos. As outras duas - prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana - referem-se mais especifica-

¹³ Op. cit. p. 151.

¹⁴ Código Penal Anotado e Legislação Complementar, ed. RT, 1997. p. 274.

damente à restrição da liberdade do apenado. Teria sido mais feliz a classificação em penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritiva de liberdade (limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade), restritiva de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e multa”.

Ora, a sugestão apresentada para modificação da redação do art. 32 do CP encontra-se maculada por inafastável equívoco, eis que não há semelhanças entre a pena de “prestação de serviços à comunidade” e a denominada “prestação social alternativa”.

É bem de ver, que o texto constitucional consagrara orientação da melhor doutrina, de sorte que a pena de restrição da liberdade (art. 5º, inc. XLVI, alínea ‘a’ da CF) engloba a limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, enquanto a suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, inc. XLVII, alínea ‘b’) contempla as efetivas interdições ou proibições.

Assim sendo, resta dúvida acerca da característica da pena prestação social alternativa, que, à toda evidência, inova na ordem jurídica, ante a inexistência de previsão legal expressa no atual art. 32 do CP.

Impõe-se, nesse passo, um auxílio das regras

de hermenêutica, para que, dessarte, obtenha-se o real conteúdo e característica da reprimenda em apreço. Em obra clássica¹⁵, leciona o mestre CARLOS MAXIMILIANO que

“em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermeneuta no sentido da primeira”.

A rigor técnico, a expressão *prestação* “sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo”, consistente num *dare* ou num *facere*¹⁶; de outra parte, indispensável que a prestação seja *social*, ou seja, reverta para a comunidade, através de seus órgãos ou entidades que têm como precípua atribuição zelar pelo bem comum; por fim, é *alternativa* na medida em que se apresenta como sanção substitutiva ao confinamento celular.

Ante este conceito, não há como se recusar que a doação de bens indispensáveis ao adequado funcionamento de órgãos públicos, entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, adequa-se, com absoluta retidão, à definição

¹⁵ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12. ed., ed. Forense, 1992. p. 305/6.

¹⁶ Definição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, v. II, 8. ed. ed. Forense, 1986. p. 13.

de pena de prestação social alternativa.

Não é só. A reprimenda em apreço encontra-se em pleno vigor, porquanto consagra a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 1º, o “*princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*”, que exige que todo e qualquer dispositivo desta natureza, independentemente de sua inserção topográfica no texto constitucional, seja imediatamente aplicado, perfilhando-se dentre as atribuições dos Poderes Públicos zelar por sua máxima eficácia.

Neste diapasão, adverte, em pena lapidar, a insigne FLÁVIA C. PIOVESAN¹⁷ que

“não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito contitucional definidor de direito e garantia fundamental”,

cabendo

“aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora deste princípio”.

¹⁷ *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, ed. RT, 1995. p. 89 usque 91;

E conclui:

*"aos órgãos jurisdicionais competem: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras"*¹⁸.

Considerando-se que, em contraponto às penas de prestação de serviços à comunidade e de multa, a prestação social alternativa assegura uma série de benefícios ao próprio apenado, e, de resto, à toda sociedade, não há como se tornar defesa sua aplicação imediata, sob pena de fazer-se, sem qualquer fundamentação coerente, *tabula rasa* do princípio consagrado no art. 5º § 1º da Carta Política.

Ainda que se adote outra corrente interpretativa, verificar-se-á, de igual forma, a plena vigência da pena de prestação social alternativa, consagrada constitucionalmente.

Configurando postulado do Direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, a

¹⁸ No sentido do texto: J.J.G. CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1989. p. 475/6.

denominada *interpretação conforme a constituição* consagra a supremacia da Constituição, e, em consequência - pontifica, com acuidade, o Prof. GILMAR FERREIRA MENDES¹⁹ - "*impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto*".

Inexistem expressões inúteis no texto legal, e, precipuamente, na redação dos dispositivos constitucionais: não há identidade entre a prestação de serviços à comunidade e a prestação social alternativa.

Ipsa facto, torna-se inaceitável a supressão, pelos hermeneutas, da pena consagrada na alínea 'd' inc. XLVI do art. 5º da CF, máxime se esta, reafirme-se, reserva inquestionavelmente benefícios ao próprio agente e à comunidade violentada por sua prática delituosa, donde exsurge a necessidade de o art. 32 do CP ser, de imediato, integrado pelo mencionado ditame constitucional.

V - DA CONCLUSÃO.

Apesar da inexistência de previsão expressa em lei ordinária, por imposição constitucional torna-se

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva, 1996. p. 270/1;

irrecusável a aplicação imediata da pena de prestação social alternativa, que, como modalidade, apresenta a doação de bens necessários ao adequado funcionamento de órgãos públicos, entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres.

A adoção desta modalidade de pena tem permitido uma sensível melhoria nos serviços colocados à disposição da sociedade, e, em contrapartida, influenciado diretamente na perceptível redução dos índices de criminalidade onde há a sua aplicação irrestrita.

Não deverão jamais se esquecer os aplicadores do direito - e, quiçá, os céticos, de sempre, em plantão -, que *"la utopia ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad"*²⁰.

A aplicação desta modalidade de pena, permite-se-nos antever, em curto espaço de tempo, uma sociedade com menos contradições, injustiças, descrédito: a utopia é motor do progresso, e da própria evolução política, devendo, por derradeiro, o intérprete ter sempre em mente a preciosa advertência de NORBERTO BOBBIO²¹:

²⁰ ESPIELL, Hector Gross, in *Estudios sobre Derechos Humanos*. Madrid: 1988. p. 349.

²¹ *A Era dos Direitos*. Campus, trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 64.

Luciano Luz Badini Martins

“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 nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder”.

***Luciano Luz Badini Martins é Promotor de Justiça da Comarca de Leopoldina**

LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À EXPERIMENTAÇÃO GENÉTICA EM SERES HUMANOS: A IMPOSSIBILIDADE DA CLONAGEM HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

****Paulo José Leite Farias***

SUMÁRIO

1 - Delimitação do Tema. 2 - Relevância do Tema. 3 - Limites à Manipulação do Patrimônio Genético no Contexto da Constituição Vigente - a Vedação Jurídica da Clonagem Humana. 4 - Limites Bioéticos à clonagem Humana.

1 - DELIMITAÇÃO DO TEMA

Nas últimas décadas, a comunidade internacional tomou conhecimento de espetaculares avanços no campo da biologia molecular, centrados, substancialmente, na engenharia genética. O que até então parecia território vedado ao conhecimento do homem - a chave do próprio mistério da vida - começou a ser desvendado. Estes promissores avanços das ciências biológicas pegaram desprevenidas as ciências do "dever

¹Palestra proferida no III CURSO DE MEDICINA LEGAL e DEONTOLOGIA MÉDICA realizado em Teresina – PI de 23 a 25 de outubro de 1997 pela Escola Superior de Advocacia do Piauí, pela OAB – Seccional do Piauí e pelo Conselho Regional de Medicina daquele Estado, sobre o tema "Pesquisa em seres humanos - limites éticos e jurídicos".

ser", a saber, a Ética e o Direito. Surge, com as inovações, uma série de indagações a respeito de novas formulações ao antigo dilema dos limites da atuação do ser humano na engenharia genética.

Em especial, nesse artigo, discutem-se, particularmente, os limites éticos e jurídicos da pesquisa genética em seres humanos: se devem existir e quais seriam estes limites. O certo, entretanto, é que a resposta ética necessária à elucidação dessa questão - até o presente - não logrou a profundidade, a amplitude e a riqueza que o tema em estudo requer, não obstante esteja em franco desenvolvimento a ciência bioética.²

Nesse sentido, NO ÂMBITO DA ÉTICA, em especial da BIOÉTICA³, importante ressaltar que o *Relatório Belmont*⁴ (*The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects*. Washington: DHEW

²Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar. Nesse sentido, importante ressaltar que no Rio Grande do Sul existe o Núcleo Interinstitucional de Bioética composto por profissionais, alunos e bolsistas vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) ou ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) que desenvolvem atividades em Bioética, mantendo, até mesmo, na INTERNET, uma preciosa HOME PAGE(<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/bioetica.htm>).

³O Prof. Joaquim Clotet em interessante artigo intitulado "A Bioética: uma ética aplicada em destaque" afirma que: "Partindo do conceito de ética aplicada, como aproximação dos princípios da ética num caso ou problema específico, a Bioética poderia ser definida, brevemente, como a abordagem dos problemas éticos ocasionada pelo avanço extraordinário das ciências biológicas, bioquímicas e médicas. (...)" (Clotet, J. "A bioética: uma ética aplicada em destaque" in *A saúde como desafio ético*, Anais do I Seminário Internacional de Filosofia e Saúde, Florianópolis 1994. p. 115 a 129).

⁴No *Belmont Report* foi, pela primeira vez, estabelecido o uso sistemático de princípios (a saber, "respeito às pessoas", "beneficência" e "justiça") na abordagem de dilemas bioéticos.

Publications (OS) 78-0012, 1978), publicado em 1978, utilizou como referencial para as suas considerações éticas a respeito da adequação das pesquisas realizadas em seres humanos, três princípios básicos:

- *o respeito às pessoas (relacionado ao conceito de dignidade humana);*
- *a beneficência (maximizar o bem e minimizar o mal – no contexto da atuação do profissional médico é agir sempre em favor do paciente); e*
- *a justiça (isonomia).*

No que se refere ao **respeito às pessoas** (também chamado princípio da autonomia), o *Relatório Belmont* afirma que ele “*incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira, que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas*”. Desta forma, divide-se em duas exigências morais separadas: **a exigência do reconhecimento da autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida.**

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que

elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.

Por outro lado, relaciona-se com o **princípio da beneficência** a proposição de Hipócrates, ao redor do ano 430 a.C., aos médicos, no parágrafo 12 do primeiro livro da sua obra *Epidemia*: *"Pratique duas coisas ao lidar com as doenças: auxilie ou não prejudique o paciente."*⁵

Nesse diapasão, o juramento do médico contém, implicitamente, este princípio ao indicar: *"Usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele"*.

No que se refere ao **princípio da justiça**, este se aproxima do conceito que o profissional jurídico tem de **isonomia**. Assim, o padrão de injustiça existiria se em um caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro. O problema por

⁵Hippocrates. *Hippocratic writings*. London: Penguin. 1983. p. 94.

solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir.

Nesse sentido, interessante citar o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que exemplifica a questão com a maestria que lhe é peculiar ao assinalar:

"Poderia a lei estabelecer (...) que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho?

Por sem dúvida, qualquer intérprete, fosse ele doutor da maior suposição ou leigo de escassas luzes, responderia pela negativa. Qual a razão empecedora do discrimen, no caso excogitado, se é certo que uns e outros diferem incontestavelmente? Seria, porventura, a circunstância de que a estatura é fator em si mesmo inidôneo juridicamente para servir como critério de desequiparação? Ainda aqui a resposta correta, ao parecer, deverá ser negativa. Para demonstrá-lo é suficiente construir outro exemplo. Suponha-se lei que estabeleça: só poderão fazer parte de 'guardas de honra', nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. Haveria, porventura, algum vício, de direito, nesta hipotética norma? Ofenderia o princípio da igualdade?"

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 16-17.

NO ÂMBITO JURÍDICO, visto sob o prisma da legislação positivada, a questão, também, não se define a contento, não obstante não se neguem os inúmeros avanços da matéria tratada no âmbito constitucional interno e no âmbito de avançadas normas como as previstas na Lei de Biossegurança Nacional (Lei n.º 8.974/91). Exige-se, muitas vezes, a adequada interpretação dos dispositivos pelos operadores jurídicos.

Outro ponto importante a ser considerado é a íntima correlação das disciplinas ética e legal. Nesse sentido, colaciona-se a recente **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480**, de 8 de agosto de 1997, que estabelece “*Critérios para a Caracterização de Morte Encefálica*”, em face da **Lei n.º 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Ocorre que esta lei determina, em seu artigo 3º, que *competete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica, atribuindo, à entidade corporativa médica, o estabelecimento de um conceito de conteúdo ético com reflexos legais.*

A mesma simbiose entre a ética (“definida” ou “declarada” muitas vezes pelo Conselho de Classe dos Médicos) e a legislação ocorre na já mencionada Lei de

Biossegurança Nacional que dispõe sobre a autorização do Poder Executivo criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).⁷

Outro aspecto relevante, relaciona-se ao fato de inovações como a “clonagem” e o “projeto genoma” requererem a formação de uma consciência comunitária científica dos valores pertinentes a ramos do conhecimento científico como a engenharia genética. O cidadão comum recebe somente notícias incompletas formuladas pelos meios de comunicação de massa, que se constroem em extremos conceituais, tais como, **o milagre da técnica** e o **seu risco apocalíptico**, sem deixar muito espaço para uma abordagem racional do tema.

Constitui-se, pois, objetivo, neste momento, a análise racional de um tema com profundos reflexos em valores éticos e jurídicos: a clonagem do ser humano. Refere-se à demonstração da impossibilidade da manipulação genética humana intitulada “clonagem”, no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, entre

⁷ Importante ressaltar que a CTNBio baixou recentemente uma instrução governamental sobre a manipulação genética e clonagem em seres humanos (Instrução Normativa nº 08/97), que, em seu art. 2º, veda experimentos de **clonagem radical** por meio de qualquer técnica de clonagem.

eles o **direito à vida** (artigo 5º, *caput*) e a **dignidade humana**⁸ (art. 1º, inciso III), bem como, a norma do art. 225, § 1º da Constituição Federal, que trata da “**preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético**” e do “**emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente**”.

Além disso, ressaltam-se aspectos bioéticos do tema sobre o ponto de vista dos três princípios éticos estudados anteriormente, conforme foram previstos no *Relatório Belmont*.

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes ao ser e ao corpo humano, envolvem-se com questões técnicas, decorrentes da evolução da Biologia, não podendo as ciências do “dever ser” ficarem alheias às novas necessidades de regulamentação de novos fatos sociais.

⁸Uma das normas morais mais importantes que surgiram na história da humanidade é chamada Lei de Ouro, *Golden Rule*. Esta norma surge em diferentes épocas e culturas, e não apenas na tradição judaico-cristã, como muitas vezes é afirmado. A sua redação algumas vezes tem uma abordagem beneficente, de fazer o bem, outras vezes não-maleficente, de evitar o mal. Todas, contudo, têm o mesmo objetivo: preservar a dignidade do ser humano, consoante Küng (*Projeto de Ética Mundial*. São Paulo: Paulinas. 1993, p. 88 a 89), que exemplifica com ensinamentos de:

a) Confúcio (551 AC – 489 a.C.) *Aquilo que não desejas para ti, também não o faças às outras pessoas.*

b) Rabi Hillel (60 AC – 10 d.C.) *Não faças aos outros o que não queres que te façam.*

c) Jesus Cristo (0 – 33 d.C.) *Tudo o que vocês quiserem que as pessoas façam a vocês, façam-no também a elas.* “Mateus 7, 12 e Lucas 6, 31”.

Assim, analisa-se tema atual e polêmico intimamente relacionado com o desenvolvimento científico, que não pode ficar à margem de análise legal e doutrinária de cunho jurídico e ético, tendo em vista a tutela dos direitos fundamentais e interesses difusos correlacionados com a técnica de manipulação genética determinada “clonagem”, também chamada multiplicação vegetativa.⁹

2 - RELEVÂNCIA DO TEMA

Está em debate o assunto mais importante que até hoje a humanidade já enfrentou, o segredo mais íntimo do homem, que a ciência está revelando: seu código genético, seu destino. A recente notícia da clonagem da ovelha Dolly, que alvoroçou a comunidade científica e a opinião pública, deu ensejo a reacender a discussão da manipulação do patrimônio genético. Neste breve ensaio, procuramos analisar sucintamente esta relevante questão no contexto do ordenamento jurídico vigente e dos princípios fundamentais da bioética.

Em julho de 1996, em Roslin, na Escócia, nasce Dolly, uma ovelha da raça Finn Dorset. A equipe do

⁹A palavra “clone” procede do grego *Klon*, equivalente a broto, galho ou ramo. E muitas pessoas, sem alardes científicos, já terão clonado, em suas vidas, roseiras ao enxertar galhos e produzir outras roseiras. Dessa origem etimológica, surge a sinonímia com “multiplicação vegetativa”.

embriologista Ian Wilmut, do Instituto Roslin, na Escócia, conseguiu realizar algo que muitos pensavam ser impossível: uma cópia idêntica de um mamífero adulto, produzida artificialmente e de forma assexuada, isto é, sem a participação do gameta masculino. O código genético das duas ovelhas não tem qualquer diferença; foi duplicado, por um procedimento intitulado “clonagem”.

No reino animal, espécies inferiores como os protozoários reproduzem-se de uma maneira “clônica” por autodivisão de suas células. A clonagem fundamenta-se no fato de que cada célula de um organismo contém todos os cromossomos com as informações codificadas para o indivíduo completo. Conseqüentemente, o animal clônico é uma verdadeira cópia de outro indivíduo, que se produz com a informação genética proporcionada por uma única célula. **Assim, “clones” são, etimologicamente, “indivíduos geneticamente iguais”, porque provêm de um organismo único de reprodução.**

Surge, pois, a discussão acerca da “clonagem” de genes humanos. A ovelha replicante Dolly provocou uma febre legal nos Parlamentos de todo o mundo, que preparam comissões e projetos de lei para evitar que sejam criadas réplicas de seres humanos. Para Wilmut, “pai” de Dolly, é possível a clonagem de seres humanos. Entretanto, ele afirmou que nunca o fará. Não encontra “razões de ordem

clínica” para clonar seres humanos e, em última análise, seria “inaceitável do ponto de vista ético”. E do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, como poderia ser tratado esse tema?

3 - LIMITES À MANIPULAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO VIGENTE - A VEDAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM HUMANA

A ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade. Assim, nesse contexto, deve-se indagar se a clonagem coaduna-se com valores constitucionais com elas relacionados.

No Brasil, a pesquisa genética obteve assento na Constituição Federal de 1988, a qual, no Título VII – Da Ordem Social e no Capítulo VI, que trata do Meio Ambiente, compreendido como “*complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e comportamento de tais seres*”, dispôs no art. 225, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

Paulo José Leite Farias

Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dispõe, ainda, no § 1º que, para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público:

- a) inciso II - *"preservar a **diversidade** e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético";*
- b) inciso V - *"controlar a produção, a **comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente**" (negrito nosso).*

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece uma gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, entre eles, o **direito à vida** (artigo 5º, *caput*), o **dignidade humana** (art. 1º, inciso III), bem como, a **saúde**¹⁰ como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

A vigente Lei n.º 8.974/91 (Lei Nacional de Biossegurança), concretizando o texto constitucional, estabelece normas para o uso de técnicas de Engenharia

¹⁰ O preâmbulo do documento que regulamenta a Organização Mundial de Saúde, compreende que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo em apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

Genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM)¹¹ e, expressamente, veda a **Manipulação Genética de Células Germinais Humanas**, bem como autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Assim, logo em seu artigo 1º, esta importante legislação, dispõe:

Art. 1º Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Ademais, restringe ao âmbito de entidades de direito público ou privado as atividades e projetos, incluindo os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que cultivam OGM no território brasileiro (artigo 2º). Ficam vedados, assim, às pessoas físicas, como agentes autônomos independentes,

¹¹A Lei nº 8.974/91 (Lei de Biossegurança) define em seu artigo 3º, *verbis*:

"Art. 3º Para os efeitos desta lei, define-se:

II – organismo - toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, príons e outras classes que venham a ser conhecidas;

IV - Organismo Geneticamente Modificado (OGM) - organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética."

as atividades e projetos mencionados na Lei (artigo 2º, parágrafo 2º). Assim, pelo ponto de vista legal, um cientista, isoladamente, não pode trabalhar com as técnicas de manipulação genética.

Em face da relevância da matéria, a lei estabelece, além da responsabilização civil, penas privativas de liberdade de 3 meses de detenção a 20 anos de reclusão, consoante o disposto no artigo 13 da legislação referida, abaixo parcialmente reproduzido:

Art. 13. Constituem crimes:

I - a manipulação genética de células germinais¹² humanas;

II - a intervenção em material genético humano 'in vivo', exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio.

Entretanto, o art. 4º da mesma lei assinala:

Art. 4º Esta lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I - mutagênese;

¹²Células germinais são as que dão origem ao embrião. Ao se multiplicar, estas células dão origem a células especializadas, chamadas somáticas, que vão originar as diferentes partes do organismo.

II - formação e utilização de células somáticas¹³ de hibridoma animal;

III - fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV - autoclonação de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.

Assim, a lei brasileira autoriza a manipulação genética de células somáticas de hibridoma animal. Pergunta-se se a expressão legal “animal” comportaria no seu domínio interpretativo o “ser humano”, classificado filosoficamente como “animal” racional?

A par dessas normas, o Código de Ética Médica estabelece (artigo 7º) que:

o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Claramente, percebe-se, nestas normas, a preocupação incipiente no âmbito legislativo sobre o tema,

¹³Atente-se para o fato de que a técnica usada na Escócia para clonar a ovelha Dolly instrumentalizou-se de uma célula somática da glândula mamária do animal, que se multiplicou graças à substituição do núcleo de um óvulo pelo núcleo da célula mamária proveniente de uma ovelha adulta.

a fim de que o Direito possa disciplinar e ordenar a conduta visando à harmonização dos bens constitucionais relevantes à discussão em comento: a *“preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”*, expressão do respeito ao Meio Ambiente , e *“o direito à vida e à dignidade humana”*.

Segundo Konrad Hesse¹⁴, *“A Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade”*.

Assim, as normas encontram-se numa relação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a esta interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender *“em nenhum caso somente a Norma isolada senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais.”*¹⁵

Deve, pois, o termo “animal” ser interpretado no

¹⁴HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 18.

¹⁵HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 18.

contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas à valoração não importa na eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas apenas uma harmonização de interesses num determinado caso concreto.

Consoante ensinamento de Canotilho¹⁶, “*Não há normas só formais*”. Nessa perspectiva, a solução de um problema constitucional, **como o da clonagem**, deve guardar coerência com o princípio da unidade, de modo a harmonizar a possível divergência entre os preceitos.

No mesmo sentido aplica-se o princípio da **interpretação das leis em conformidade com a constituição**. Tal princípio, segundo Canotilho¹⁷:

(...) é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência

¹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 197.

¹⁷CANOTILHO, op. cit. p. 229.

Paulo José Leite Farias

*à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, entre as várias possibilidades de interpretação, **só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais** (negrito nosso).*

A partir das “idéias do igual valor dos bens constitucionais” e do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados com a legislação vigente. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Esse princípio de hermenêutica constitucional, também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala Canotilho¹⁸, embora divulgado por Hesse, “*há muito constitui um ‘canon of constitutional construction’ da jurisprudência americana*”.

Fornece-nos um indicativo de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica; portanto, com tal metodologia, cada valor

¹⁸CANOTILHO, op. cit., p. 234.

constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução de conflito de direitos ou de valores deve passar sempre por um juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição. Pode-se caracterizar, dependendo do caso concreto, em uma interpretação restritiva que deve ser verificada para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

É o que ocorre na espécie, pois, uma vez que a Lei Magna de 1988 estabelece que o valor "*dignidade humana*" (diretamente ligado, também, ao valor "*vida*") constitui valor fundamental, há que existir uma distinção fundamental no ordenamento quando se tratar da manipulação de células humanas e de células animais até em razão do princípio da isonomia, o qual procura tratar de forma diferente os diferentes. **Assim, a palavra "animal", prevista no enunciado "*hibridoma animal*", não abarca o "ser humano", havendo nítida distinção entre ambos, quando se trata da manipulação genética.**

Por outro lado, a própria essência da técnica de clonagem, duplicação de material genético já existente sem modificação, opõe-se a "diversidade do patrimônio genético" a que faz menção o art. 225, § 1º, inciso II da Carta Magna. Exemplificando, quando uma família se reúne em volta de

um recém-nascido e discute se o nariz é parecido com o do pai ou se os olhos se parecem com os da mãe, está, na verdade, tentando avaliar a contribuição relativa do genoma paterno e materno na constituição do recém-nascido. O genoma contém as informações passadas de pai para filho por intermédio do processo de reprodução. Assim, o genoma de cada um de nós é constituído de duas metades, uma proveniente de nosso pai (via espermatozóide), outra, de nossa mãe (via óvulo); esta é, pois, uma das razões da nossa diversidade genética.

Para o Estado de Direito, o direito de disposição personalíssima de determinados bens não é uma mera força social; é um poder jurídico, um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade, da ordem jurídica natural. Logo, o poder que tem o Estado de impedir a clonagem humana não é um poder de fato e, sim, um poder de direito, tutelando, quiçá, um dos maiores interesses difusos da humanidade, o seu patrimônio genético. Nesse sentido, interessante lembrar a tutela desse bem jurídico no âmbito penal, administrativo e civil pela legislação já referida (Lei n.º 8.974/95).

4 - LIMITES BIOÉTICOS À CLONAGEM HUMANA

Nesta parte do trabalho, procura-se analisar a clonagem humana à luz dos princípios norteadores da bioética (respeito a pessoas, beneficiência e justiça) consagrados no *Relatório Belmont* que trata especificamente da adequação de pesquisas realizadas em seres humanos.

Deve-se observar, entretanto, que há íntima relação entre a análise jurídica efetuada e a análise ética, em especial em matéria que se relaciona intimamente com o maior valor humano: a vida.

No que se refere ao **primeiro princípio ético** - o do **respeito às pessoas** - (também chamado princípio da autonomia), o *Relatório Belmont* propõe, entre outras proposições, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas.

Assim, há uma exigência moral de se proteger aqueles com autonomia reduzida. Uma pessoa com autonomia é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir na direção desta deliberação. Todo ser humano deve ser amparado, no que se refere ao seu direito de existir. Nesse sentido, boa parte da doutrina a

qual me filio defende que a personalidade civil começa na concepção, até no interesse de que se proteja os que têm sua autonomia reduzida. Para essa concepção, o "nascituro", já existe como pessoa, sendo sujeito de direitos (conforme assegurado no Código Civil¹⁹), tendo como direito constitucional prioritário, até para o exercício dos outros, o de nascer com vida.

Indo mais além, entretanto, defendo que o respeito às pessoas, primeiro dos princípios bioéticos, abarca a peculiaridade que caracteriza o ser humano: o de ser concebido no seio da família, por meio da união sexuada de um homem e de uma mulher.

Mediante este ato fundamental da concepção amparado pelo art. 226 da Constituição Federal, que define a família como base da sociedade²⁰ ("célula mater"), a procriação da espécie humana tem um lugar único e insubstituível que lhe garante a maior riqueza do indivíduo: ser diferente e único em relação aos outros, uma vez que seu patrimônio genético é fruto das infinitas combinações possíveis entre a carga genética do seu pai e a carga genética de sua mãe. Desse modo, a clonagem vai de

¹⁹O art. 4º do Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) afirma, *verbis*: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, **mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro**" (negrito nosso).

²⁰O art. 226 da Constituição de 1988 assinala, *verbis*: *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*"

encontro, conforme já comentado, à possibilidade da enriquecedora atuação do ambiente familiar que começa no ato conceptivo e se estende ao longo da vida do indivíduo.

Ademais, a clonagem humana também fere o **princípio da beneficência**, verificando-se que o indivíduo oriundo do processo de clonagem possui uma qualidade de vida inferior ao gerado pelo ato sexuado natural. A própria ovelha, DOLLY, apresenta, consoante boletins médicos, problemas de gigantismo (tendo nascido em proporções consideravelmente maiores que uma ovelha comum) e de duração de vida menor.

Dos três princípios, objetivamente, a maior ofensa ocorre ao terceiro princípio da bioética, **o da justiça**, aquele intimamente relacionado com o **princípio da isonomia**. Observa-se que a utilização da clonagem iria criar uma distinção absurda entre seres humanos: aqueles com carga genética própria e aqueles “xerocopiados” destes. Haveria, implicitamente, uma idéia de ser primário e ser secundário, não existente na concepção natural que, sabiamente, torna, cada um, único. Tal diferenciação não se coaduna com o preceito valorativo de igual respeito a todos os seres humanos.

Nesse sentido, chega-se ao cúmulo de se sugerir, no meio médico, que um indivíduo clônico poderia ser fonte permanente de reposição de órgãos para outro, o

que fere, sobremaneira, a dignidade humana, diferenciando, de forma injusta, seres humanos que, independentemente da sua origem, não perderiam sua intangível natureza humana.

A análise do que foi dito permite-nos perfilhar a tese da IMPOSSIBILIDADE DE CLONAGEM HUMANA, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista ético, isto porque a topologia dos direitos fundamentais relacionados a essa técnica de manipulação genética impede a interpretação da norma ordinária em desrespeito aos valores constitucionais por ela concretizados. Desse modo, harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e com “a garantia de um meio ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País” (art. 225, § 1º).

Ademais, os princípios bioéticos de **respeito às pessoas, da beneficência e de justiça** são, visceralmente, violados, conforme visto, o que condena, eticamente, o uso de qualquer modalidade de clonagem com seres humanos.

***Paulo José Leite Farias é**
Promotor de Justiça do MPDFT,
Diretor de Ensino da FESMPDFT,
Mestrando em Direito e Estado na UnB e
Professor de Direito Tributário da AEUDF.

O EXAME DA CULPABILIDADE NO CRIME DE HOMICÍDIO

**Antônio de Pádova Marchi Júnior*

SUMÁRIO

I – Introdução. II - A culpabilidade como regulador essencial da individualização da pena. III - Conceito psicológico de culpabilidade. IV - Conceito psicológico-normativo de culpabilidade. V - Conceito normativo puro (ou finalista). VI - Conceito complexo de culpabilidade. VII - Os conceitos compatíveis com o Código Penal. VIII - A premeditação como critério básico para medir a culpabilidade. IX – Conclusão. X - Bibliografia.

I - INTRODUÇÃO

O ato de matar alguém está tipificado pelo art. 121 do Código Penal Brasileiro, que prevê uma pena de seis a vinte anos em sua forma fundamental ou simples, e doze a trinta anos em sua forma qualificada.

Damásio E. de Jesus¹ conceitua o homicídio como a destruição da vida de um homem praticada por outro.

Tal conduta, punida desde a organização das primeiras sociedades, ofende, com grande intensidade, os

¹JESUS, Damásio Evangelista - *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 2. p. 17.

princípios da religião, da moral e do direito, sendo sua proibição norma de caráter essencial, nos termos da lição de Muñoz Conde:

“Según Freud, en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta humana conforme a las exigencias del mundo externo. Este estrato de la personalidad comienza a formarse con la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa durante toda la vida con la introyección del poder social. Perso sería erróneo pensar que son sólo las normas jurídicas las que constituyen el objeto de referencia del conocimiento material de la antijuricidad, pues, como ya demostró Piaget, la conciencia moral se forma desde la niñez con referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a normas jurídicas: Aviada estaría una sociedad si sus miembros se abstuvieran de infringir las prohibiciones esenciales (matar, robar), sólo porque así lo dijera el código penal.”²

Comentando a respeito da objetividade jurídica do crime de homicídio, Julio Fabbrini Mirabete³ percebe que o dispositivo tutela o mais importante bem jurídico, a

²MUÑOZ Conde. *El error en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanché, 1989. Apud BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 18.

³MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1987, v. 2. p. 42.

vida humana, cuja proteção é um imperativo de ordem constitucional, tendo a primazia entre os bens jurídicos, sendo indispensável à existência de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade e sem esta não há cogitar direito individual.

Desse modo, não é difícil notar que o homicídio traduz-se num dos delitos mais graves do nosso ordenamento jurídico, devendo, pois, ser combatido através da correta aplicação da pena, capaz de assegurar uma relação equilibrada entre a retribuição da culpabilidade, a prevenção geral e a prevenção especial.

Nesse aspecto, o legislador hesitou ao estabelecer os limites da pena do crime de homicídio, tanto em sua forma simples quanto qualificada, empregando a maior variação entre o grau mínimo e máximo entre os tipos penais constantes do ordenamento jurídico vigente.

A manobra criou uma reprovação fictícia para o grave crime de homicídio, pois o juiz, ao estabelecer um certo número de anos de privação de liberdade para o assassino, não se fundamenta unicamente em seu arbítrio, ao contrário, tem o dever de calcar sua decisão de acordo com os dispositivos legais sobre a fixação judicial da pena.

Todavia, quando a morte brutal de uma pessoa transforma-se em notícia, a imprensa não se estranha em divulgar que a pena poderá atingir trinta anos de reclusão, causando uma falsa expectativa em toda a população que, diante da pena efetivamente aplicada no julgamento, acaba sentindo-se frustrada e descrente no Poder Judiciário.

Diante dos princípios norteadores da responsabilização penal, temos que a pena do homicídio simples, assim reconhecido aquele praticado por um motivo injusto, que não seja fútil ou torpe, sem o emprego de meio cruel e possibilitando à vítima uma chance de defesa, jamais poderá superar a pena mínima prevista para o homicídio qualificado, que hoje é de doze anos de reclusão.

Com efeito, não constando da acusação nenhuma das circunstâncias qualificadoras previstas na lei ou sendo as mesmas rejeitadas pelo Tribunal do Júri, não seria justo que a reprimenda atingisse o nível da figura qualificada, dando ao fato criminoso um *status* maior do que o reconhecido pelos jurados.

Do mesmo modo, a sanção prevista para o homicídio qualificado sofre grave atrofia diante do velho e insustentável protesto por novo júri, sendo reconhecido pelo

Exmo. Ministro Alexandre Dupeyrat⁴ como uma herança do sistema criminal do Império, quando a imposição da pena de morte e de galés perpétuas poderiam justificar o inconveniente da revisão forçada do julgamento.

Hodiernamente, as penas para os mais graves homicídios são fixadas aquém de vinte anos de reclusão, em obediência a uma estratégia processual para impedir o famigerado protesto por novo júri.

Logo, podemos concluir - e os assassinos sabem muito bem disto - que a pena real prevista para o crime de homicídio simples varia de seis a onze anos de reclusão e a de homicídio qualificado de doze a dezenove anos de reclusão.

Tal conclusão reforça a importância da atividade que o juiz deve desenvolver durante a prolação da sentença condenatória, competindo-lhe fixar a pena de maneira justa, considerando-se como tal aquela que - dentre as hipóteses idealizadas pelo legislador - mais se aproxime do mal praticado pelo acusado.

⁴DUPEYRAT, Alexandre. Exposição de motivos do projeto de lei que altera o procedimento do júri.

II - A CULPABILIDADE COMO REGULADOR ESSENCIAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

O art. 59 do Código Penal dispõe que, para a fixação da pena-base a ser aplicada no caso concreto, o juiz deverá atender à culpabilidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Por seu turno, o art. 29 do mesmo Código, ao tratar do concurso de pessoas, dispõe que a incidência nas penas cominadas a determinado crime está vinculada à medida da culpabilidade de cada agente.

Diante disso, temos que a culpabilidade do agente estabelece um teto para a pena-base, que não poderá ser ultrapassado pelos demais critérios que orientam a atividade jurisdicional de individualização da pena, os quais poderão influenciar no cálculo quando eventualmente favorecer o condenado.

O Professor Fernando Galvão esclarece a questão com maior propriedade:

"A correta interpretação dos dispositivos 29 e 59 do Código Penal brasileiro parece apresentar-se no sentido de que a "medida da culpabilidade" do agente estabelece o

limite máximo para a fixação da pena. Os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, se apresentam como circunstâncias que, no caso concreto, podem acarretar a fixação de uma pena inferior àquela estipulada pela culpabilidade do agente".⁵

Por sua vez, o conceito de culpabilidade vem passando por um constante aprimoramento à medida que avançam as teorias que se preocupam com o assunto.

Diante das diversas construções doutrinárias, destacamos quatro conceitos básicos de culpabilidade que, amiúde, são cuidadosamente dissecados pelos estudiosos da Ciência Penal: conceito psicológico; conceito psicológico-normativo; conceito normativo puro (ou finalista) e conceito complexo normativo-psicológico.

Para melhor desenvolvimento de nosso tema torna-se necessário um breve apontamento sobre as citadas teorias, o que faremos nos capítulos seguintes.

⁵GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 91.

III - CONCEITO PSICOLÓGICO DA CULPABILIDADE

A teoria psicológica conceitua a culpabilidade como o vínculo subjetivo que liga o agente ao fato por ele praticado.

O ilustre Professor Luiz Flávio Gomes sintetiza com nitidez os pontos fundamentais da teoria em questão:

"A culpabilidade para a teoria psicológica é o vínculo subjetivo que liga o agente a seu fato. Ela está, assim, na cabeça do agente, não na do juiz. Tem como pressuposto a imputabilidade e como espécies o dolo (psicológico) e a culpa (negligência); o dolo e a culpa, dentro desta concepção, constituem 'a' culpabilidade; os adeptos desta concepção psicológica, como regra, negam qualquer importância à consciência da ilicitude; de um modo geral, admitem a escusabilidade do erro de fato e a inescusabilidade do erro de direito, ressalvado o erro de direito extrapenal; a culpabilidade, em suma, para a teoria psicológica, nada tem de normativa, não é juízo de censura ou de reprovação; ela é concebida como a parte subjetiva do crime e este já é compreendido como ação típica, antijurídica e culpável; o erro nas discriminantes putativas em parte é irrelevante (erro sobre a existência e erro sobre os limites) e em parte é tratado como erro de fato (é o erro sobre situação fática), com o efeito de excluir o dolo e, em consequência, a culpabilidade, porque desta aquele faz parte".⁶

⁶GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 47.

Já o Professor Luís Augusto Sanzo Brodt, após notar que a teoria psicológica é acolhida por autores partidários do sistema causal de construção da teoria do delito, escreve o seguinte comentário a respeito:

"Assim, para os adeptos da concepção psicológica, os elementos do delito separam-se em uma parte objetiva e outra subjetiva. Na primeira colocam-se o tipo e a ilicitude. O tipo é entendido como a descrição externa da ação e considerado valorativamente neutro. A ilicitude, segundo Teresa Serra, é 'encarada de uma perspectiva puramente objectiva e formal como a contrariedade do comportamento do agente às exigências da ordem jurídica'. Na segunda, reside a culpabilidade, conceituada como vínculo psicológico. Para estes mesmos autores, a ação é conceituada como a 'causação voluntária de uma modificação no mundo exterior'. A vontade é considerada mero 'impulso inicial que desloca a inércia do comportamento', e à caracterização da voluntariedade da ação basta que não tenha havido sobre o agente, no momento em que a praticou, coação mecânica ou psicofísica".⁷

O mesmo autor resumiu as severas críticas formuladas pela doutrina à teoria psicológica adotada pelo chamado sistema causal-naturalista da ação:

⁷BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. cit.*, p. 35-36.

"Ao conceito psicológico de culpabilidade objeta-se, por exemplo, que essa concepção não explica satisfatoriamente a culpabilidade nos atos praticados com culpa própria (culpa inconsciente), em que não há vínculo psicológico algum entre o autor e o seu ato; nem justifica a ausência de culpabilidade em casos como o dos inimputáveis, em que existe tal vínculo. Por outro lado, a evolução doutrinária revelou insatisfatórios os pressupostos sistemáticos de que parte: a descoberta dos elementos normativos do tipo tornou insustentável a tese de que o tipo deve ser considerado valorativamente neutro, enquanto o reconhecimento de que no tipo penal também há elementos subjetivos demonstrou a impropriedade de atribuir-se todos os elementos objetivos do crime ao injusto e todos os elementos subjetivos à culpabilidade".⁸

Vale lembrar ainda que a teoria psicológica é conflitante com o nosso Código Penal, especificamente com o art. 22, que isenta de pena o agente que dolosamente pratica um fato sob coação moral irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, hipóteses que não encontram explicação razoável dentro da teoria em análise.

⁸BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Op. cit.* p. 36-37.

IV - CONCEITO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DE CULPABILIDADE

A partir de 1907, com o advento da teoria psicológico-normativa idealizada por *Frank*, a culpabilidade deixa de ser considerada como aspecto subjetivo do crime para transformar-se em um juízo de reprovação, que se faz ao agente em razão de sua atuação contrária ao direito.

Merece transcrição o lúcido ensinamento de *Hans Welzel*:

"El primer paso para superar la concepción psicológica de la culpabilidad lo dio Frank (Aufbau des Schuldbegriffs, 1907), en cuanto señaló como elemento independiente de la culpabilidad junto al dolo y la culpa la "motivación normal" y definió la culpabilidad como "reprocha-bilidad". En la teoría "normativa" de la culpabilidad iniciada por Frank se trataba de inquirir por la esencia de la reprochabilidad. Goldschmidt (Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913) creyó encontrarla en la contravención al deber del querer, Freudenthal (Schuld und Vorwurf, 1922) en la "exigibilidad". Pero aunque ya Beling (Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910) había destacado que la culpabilidad 'no era, en última instancia, deficiencia del movimiento síquico', no existía ni claridad sobre la esencia de la reprochabilidad ni sobre su vinculación con 'la relación síquica del autor con el resultado'. Siempre, por lo menos en el dolo, se incluía todavía, como

esencia, 'la relación síquica' en el concepto de culpabilidad. Sólo Dohna (Aufbau der Verbrechenslehre, 1935) respecto de lo último distinguió nítidamente entre reprochabilidad como 'valoración' y dolo como 'objeto de valoración' y limitó el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto (la desaprobación de la determinación de voluntad)".⁹

Luiz Flávio Gomes analisou o fundamento da teoria em exame:

"O critério norteador desse juízo de censura ou de reprovação é o da normalidade das circunstâncias concomitantes, ou seja, o autor só pode ser censurado, além de haver atuado com dolo e/ou culpa, se essa sua atuação verificou-se em condições normais de motivação, entendidas não no sentido natural (biológico), mas relacional (psicossociológico). De outro lado, não basta que o autor represente e deseje o evento, pois será ademais necessária a consciência do injusto. Embora não seja esta a opinião geral nem a primitiva na doutrina, a consciência da ilicitude aparece-nos como um dado elementar da concepção normativa".

E acrescentou:

"Desse critério fundamentador do juízo de

⁹WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1993. p. 168.

culpabilidade deduziu-se novo requisito para a culpabilidade, isto é, a exigibilidade de conduta conforma ao Direito. O agente autor de um injusto penal só pode ser reprovado se, nas circunstâncias em que praticou a conduta, lhe era possível exigir comportamento diverso, conforme ao Direito. Em sentido contrário, se lhe era inexigível conduta diversa, fica excluída a culpabilidade e, conseqüentemente, o juízo de reprovação; em suma, o juízo de culpabilidade, que é feito pelo julgador, resultará negativo. Apesar de ter cometido um fato típico e ilícito, se lhe era inexigível conduta diversa, o agente não é culpado e, em conseqüência, não se lhe pode recair nenhuma responsabilidade penal: "*nulla poena sine culpa*". Essa nova concepção da culpabilidade veio, assim, fundamentar a isenção de pena nas hipóteses de coação moral irresistível e de obediência hierárquica, a ordem não manifestamente ilegal (CP, art. 22), em que o agente age com dolo mas não é censurável".¹⁰

Ao dolo, além da previsibilidade (elemento intelectual) e voluntariedade (elemento intencional), é acrescido o conhecimento do injusto (consciência da ilicitude), ou seja, conhecimento de que realiza uma conduta proibida. Este é o dolo normativo ou o *dolus malus* dos romanos (o dolo normativo é um dolo mau, isto é, o autor age voluntariamente com previsão do resultado e, além disso, persegue um fim que sabe ilícito).

¹⁰GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.* p. 50-51.

Segundo Francisco de Assis Toledo¹¹, *dolus bonus* era empregado para designar a astúcia, a sagacidade para enganar. O *dolus malus* era essa mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de um proveito ilícito; era a intenção má, perversa, que dirige um ato criminoso.

Ana Cristina Bonchristiano¹² percebe que, nessa concepção, a culpabilidade é vista como um juízo de valor (juízo de reprovação) sobre a vontade má ou perversa, caracterizando-se pela introdução de uma perspectiva valorativa na explicação de sua essência (natureza defeituosa de vontade de ação) e, também, pela manutenção do conteúdo psicológico (natureza subjetiva) do fato como objeto de valoração.

De um modo geral, são apontados como requisitos da culpabilidade, para essa época, segundo Paulo José da Costa Júnior¹³: a) como pressuposto, a imputabilidade, que possibilita ao agente saber que o fato que pratica é contrário ao dever; b) o elemento psicológico-normativo, que estabelece o nexo entre a conduta e o

¹¹TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, 2. ed. p. 208.

¹²BONCHRISTIANO, Ana Cristina. A culpabilidade jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 633, p. 257, jul. 1988.

¹³COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal - Parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1986, v.1. p. 170.

evento, sob a forma de dolo ou de culpa; c) exigibilidade, nas circunstâncias concretas que rodeiam e condicionam o fato, de um comportamento conforme ao dever.

Apesar de fazerem algumas alterações na estrutura do delito preconizado pela teoria psicológica - especialmente quanto ao abandono do conceito de ação e sua substituição pelo de tipo penal, a admissão dos elementos normativos e subjetivos do tipo e a troca do conceito formal de ilicitude por uma concepção material -, os doutrinadores que entendem deva a culpabilidade ser assim constituída geralmente são adeptos do sistema causal-naturalista.

V - CONCEITO NORMATIVO PURO (OU FINALISTA)

Os finalistas também consideram a culpabilidade como reprovabilidade, todavia, a nova teoria destacou o dolo e a culpa não como requisitos da culpabilidade, mas como parte integrante do tipo penal: o dolo como elemento subjetivo do tipo; a culpa como elemento normativo.

Considerando que foi *Welzel*, com seu conceito de ação finalista, que deu origem à teoria normativa pura, é mais que oportuno trazer aqui a sua concepção de culpabilidade:

Antônio de Padova Marchi Júnior

"Culpabilidad es 'reprochabilidad' de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto 'culpabilidad de voluntad'. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones - todo aquello que el hombre simplemente 'es' -, ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como 'mérito' o reprochado como 'culpabilidad'" ¹⁴

Sob o enfoque dessa teoria, o fundamento da reprovação pessoal da culpabilidade reside no fato de que o indivíduo permitiu a configuração de uma vontade ilícita, quando lhe era possível motivar-se de acordo com a norma jurídica.

O desenvolvimento do finalismo foi explicado por Damásio E. de Jesus:

*"De acordo com a doutrina tradicional, culpabilidade é o liame subjetivo entre o autor e o resultado. Em face dos delitos culposos, esse conceito causa enormes dificuldades. Enquanto na culpa consciente pode-se falar em nexo subjetivo entre o sujeito e o resultado (*imputatio juris*), na*

¹⁴WELZEL, Hans. Op. Cit. p. 167.

culpa inconsciente não existe essa ligação. A dificuldade também é encontrada no dolo. Enquanto a culpa pode ser graduada, a relação psíquica entre o autor e o resultado não pode ser objeto de valoração quantitativa, entendendo-se que é inexato falar em intensidade do dolo. Então, podendo ser valorada quantitativamente, a culpa tem um elemento normativo: a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade do comportamento. E, como há ações dolosas que não são reprováveis, como na legítima defesa real, pode-se afirmar que há ações dolosas não culpáveis. Daí afirmar Welzel: **De ello se puede sacar la conclusión de que el dolo no es parte de la culpa (de la reprochabilidad), sino el objeto de la culpa.** Quando o artigo 121, *caput*, do nosso CP, descreve a conduta de 'matar alguém', está fazendo referência ao tipo doloso, uma vez que, sendo culposo, se aplica o disposto no § 3º. Logo, a expressão 'matar alguém' abrange o dolo, prova que ele constitui elemento subjetivo do tipo. Nas discriminantes putativas, embora tenha o sujeito agido dolosamente, não é culpável. Logo, o dolo não faz parte da culpabilidade, sofrendo um juízo de valor, de apreciação, no campo da culpabilidade. Então, resta para a culpabilidade o juízo de valoração (elemento normativo). Assim, a culpabilidade é um juízo de valor que incide sobre um tipo psicológico que existe ou falta. No tipo doloso, a ação é censurável pela vontade de cometer o fato; no culposo, a conduta é reprovável porque o sujeito não evitou o fato por meio de um comportamento regido de maneira finalista (posição primitiva de Welzel)".¹⁵

¹⁵JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1. p. 401-402.

Por sua vez, com muita propriedade, Cunha Luna estabeleceu a distinção entre a concepção normativa pura da culpabilidade e a concepção precedente, psicológico-normativa:

"Na doutrina alemã, uma primeira corrente, distinguindo a ação da culpabilidade, considera, como ação, a vontade e a manifestação da vontade, e, como culpabilidade, o conteúdo da vontade (Mezger). Cinge-se, deste modo, a vontade em vontade propriamente dita e conteúdo da vontade. Uma segunda corrente surge, na doutrina alemã, e a ação, agora, entende-se como a vontade integral (vontade e conteúdo) e a sua manifestação, considerando-se a culpabilidade como juízo (Welzel). Desaparece a cisão da vontade e desaparece, também, a culpabilidade como fato, ou como conteúdo ou presumendo elementos fáticos. Segundo a primeira corrente, a culpabilidade apresenta-se como fato e juízo; conforme a segunda, como juízo puro. E, em ambas, com muitas discrepâncias na primeira, como um especial juízo de censura. A teoria da culpabilidade como juízo de censura, como censurabilidade, denomina-se normativa; e a teoria que vê, na culpabilidade, um juízo puro, parte dos princípios fundamentais da concepção normativa e denomina-se da ação finalista".¹⁶

César Roberto Bitencourt¹⁷ lembra que não fo-

¹⁶CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de direito penal - Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 157.

¹⁷BITENCOURT, César Roberto. Reflexões acerca da culpabilidade finalista na doutrina alemã. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 654. p. 264. abr. 1990.

ram poucas as conseqüências que a teoria finalista da ação trouxe consigo para a culpabilidade. Assim, a separação dos delitos em dolosos e culposos; o dolo e a culpa não sendo mais considerados como formas ou elementos da culpabilidade, mas como momentos da ação e do injusto pessoal, constituem o exemplo mais significativo de uma nova direção no estudo do Direito Penal, num plano geral, e a adoção de um novo conteúdo para a culpabilidade, em particular.

Desse modo, os elementos que integram a culpabilidade no esquema finalista são: a) imputabilidade; b) possibilidade de consciência da ilicitude e c) exigibilidade de conduta diversa.

VI - CONCEITO COMPLEXO DE CULPABILIDADE.

Tal como a teoria normativa pura, o conceito complexo de culpabilidade também a concebe como juízo de reprovabilidade. Todavia, o dolo e a culpa, aqui igualmente deslocados para o tipo penal, contribuem para medir o "grau da culpabilidade".

Citando *Wessels*, Luiz Flávio Gomes explica a dupla posição do dolo e da culpa na moderna visão da culpabilidade:

"No que diz respeito ao dolo, a sua classificação no tipo de injusto subjetivo não tem necessariamente por consequência que ele perca todo significado de ora em diante no setor da culpabilidade. Pelo contrário, deve-se partir de que ele, como **forma de conduta** e como **forma de culpabilidade**, tem que preencher uma **dupla função** no sistema do delito (como fora já reconhecido há muito tempo pela opinião dominante para o conceito de 'negligência'). Em outras palavras: a) no **tipo de injusto** ele é, como forma de conduta, **o portador do sentido jurídico-social da ação**, que compreende as relações psíquicas do autor para com o acontecimento fático exterior (= dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas); b) no setor da **culpabilidade**, o dolo é, como forma de culpa, **o portador do desvalor do ânimo**, que expressa o **deficiente ânimo jurídico** especificamente ligado à realização dolosa do tipo (=posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica). No que pertine à dupla posição da culpa (negligência), a observância do dever genérico de cuidado exclui a tipicidade do fato; a observância do dever pessoal de cuidado exclui a culpabilidade. Em outras palavras: para a reprovação penal negligente não basta haver culpa (negligência) tão-somente no fato praticado (injusto); impõe-se,

Antônio de Padova Marchi Júnior

também, o exame da culpa individual do autor, no âmbito da culpabilidade”.

E acrescenta em seguida:

“O dolo, sintetiza Wessels, como tipo de culpa é a adversa ou indiferente posição do autor em face das normas de conduta do Direito; marcante para a culpabilidade por negligência, por outro lado, é a desatenta ou descuidada posição do autor em face das exigências de cuidado de ordem jurídica”.¹⁸

Juarez Tavares, aliando-se a outros penalistas pátrios, criticou abertamente o sistema complexo de culpabilidade:

“A maior crítica que se pode levantar ao sistema de Jescheck (e de Wessels, por conseguinte), além das observações gerais acerca da concepção social da ação, é que ele infelizmente procura fundamentar a culpabilidade, tomada no sentido normático da reprovabilidade, no ânimo adverso ao direito. Essa adoção da culpabilidade pelo ânimo adverso, como já se disse, conduz inevitavelmente à culpabilidade pela conduta de vida e de caráter, incompatível com um sistema liberal. Essa posição reflete um mitigado Direito Penal do autor que, ao lado do fato, faz incidir o juízo de reprovação sobre o desenvolvimento da personalidade do sujeito ativo, de forma defeituosa para com a ordem jurídica [...]. Isso permitiria ao

¹⁸GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 121-122.

julgador a faculdade de estabelecer o juízo normativo de censura, segundo suas próprias regras morais e interesses, nem sempre corretos e de conformidade com o sentido da norma. Para a garantia do indivíduo diante da tendência subjetivante e normatizante do legislador, parece-nos melhor e mais liberal a concepção oposta, tradicionalmente na Alemanha, que vê na culpabilidade um juízo sobre a relação do autor para com determinado fato por ele praticado, objetivamente, em todos os seus elementos, independentemente de sua formação ética ou jurídica ou de seu modo de pensar defeituoso ou adverso à ordem jurídica".¹⁹

Tais críticas mereceram especial atenção do sempre citado Professor Luiz Flávio Gomes, que as rebateu da seguinte maneira:

*"Em contrapartida às críticas de Juarez Tavares, poder-se-ia dizer que o juízo de reprovação ou de culpabilidade, também nesta concepção, não recai sobre o caráter, sobre a personalidade do agente ou sobre a **condução de vida**, mas sim, **sobre a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico [...]**. O juízo de censura jurídico-penal, assim, como juízo do fato, não recai sobre um abstrato modo de pensar defeituoso ou adverso à ordem jurídica, mas sim, sobre a concreta posição de antagonismo do agente para com*

¹⁹TAVARES, Juarez. *Teorias do delito - Variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 100.

a ordem jurídica manifestada ou exteriorizada na sua conduta injusta. O agente é reprovado não pelo que ele abstratamente pensa contra a ordem jurídica, mas pela sua concreta posição defeituosa ou antagônica para com a ordem jurídica, revelada na sua conduta típica e ilícita. O que se reprova é sempre, como conclui Jescheck, o fato e não só a atitude interna. Mas o fato recebe, graças à atitude interna de que surge, seu próprio conteúdo de valor ou desvalor. A atitude interna constitui, assim, a razão pela qual o fato se reprova com maior ou menor intensidade ao autor".²⁰

Através do mesmo autor²¹, percebemos que a maior característica desta fase do conceito de culpabilidade é a descoberta de um objeto de referência próprio da culpabilidade, isto é, objeto do juízo de culpabilidade é o fato à vista da atitude interna juridicamente defeituosa (atitude interna frente ao direito censurável) da qual surgiu a resolução de cometer o fato.

A partir dessa orientação, podemos concluir que a culpabilidade é constituída pelos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) elementos que se referem ao ânimo (atitude interna) do agente; c) consciência da ilicitude e d) exigibilidade de conduta diversa.

²⁰GOMES, Luiz Flávio - *Op. cit.* p. 127-129.

²¹GOMES, Luiz Flávio - *Op. cit.* p. 115.

VII - OS CONCEITOS COMPATÍVEIS COM O CÓDIGO PENAL.

A concepção finalista da culpabilidade foi recepcionada pelo legislador pátrio, que considerou o dolo como elemento da ação e, por isso, integrado ao tipo penal.

O item 50 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal estabelece que

“as diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”.

Como visto, sob essa perspectiva, a culpabilidade é constituída por três elementos: imputabilidade, potencial possibilidade de consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A *imputabilidade* importa na capacidade do agente de entender o caráter ilícito do ato (fator intelectual) e na capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento (fator volitivo).

A possibilidade de consciência da ilicitude, segundo Fragoso²², refere-se à capacidade específica do agente de, em um momento determinado, consideradas as circunstâncias em que atuou, deixar-se motivar pela vontade da ordem jurídica.

Ao juízo de culpabilidade é indispensável, ainda, a exigibilidade de conduta diversa: deixa-se de reprovar o injusto praticado quando o agente se encontra diante de circunstâncias que dificultem extremamente sua opção pela atuação conforme a ordem jurídica.

O conceito complexo de culpabilidade acrescentou a tais requisitos a *atitude interna censurável*, que, em síntese, é a razão pela qual o fato se reprova com maior ou menor intensidade ao autor.

A princípio, o *direito penal do comportamento interior* pode parecer impraticável, pois o juiz não pode imiscuir-se na consciência do agente para saber com precisão o que o levou à prática do delito.

Todavia, conforme lembrado por Edilson Mougén Bonfim, é possível, realisticamente, conhecer-se o ânimo delituoso do agente:

²²FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 211.

*“O ânimo delituoso é demonstrável via da ação originada do agente, não se exigindo a introdução de um periscópio científico-jurídico a mergulhar na alma ou nas profundezas de sua personalidade, e, sobretudo, radiografar ou fotografar algo tão fugaz quanto a própria emoção (e estaria aí a estufa do motivo), tão fugidio quanto uma idéia momentânea, sendo tarefa de remarcada **stultitia**. É o esquisito gozo da arte da adivinhação. Como atribuição científica é possível, mas afeita a outras searas, como a psicanálise criminal ... porém esta não é função estatal, não sendo pergunta que caiba responder em sede dos processos penais”.²³*

Luiz Flávio Gomes sugere a metodologia de *Bettiol* em relação do Direito Penal italiano para aplicação deste quarto elemento da culpabilidade:

*“Cabe destacar que a **Gesinnung** já não é algo puramente teórico e abstrato, pois ela já faz parte do atual Código Penal alemão que, em seu art. 46, § 2º, lhe faz referência, isto é, o juiz, ao fixar a pena, deve levar em conta a ‘relevância que o fato exprime’, ou o ‘caráter que a infração exprime’, ou a ‘intenção que emerge do fato’ (**Die Gesinnung dia aus der Tat spricht**). O Código Penal italiano, no seu art. 133, ao cuidar dos critérios de fixação da pena, não faz expressa referência à **Gesinnung**, todavia, segundo **Bettiol**, ela foi levada em consideração e está refletida na locução*

²³BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit.* p. 72.

Antônio de Padova Marchi Júnior

*'capacidade para delinquir', constante da segunda parte do referido art. 133. Estas as palavras de **Bettiol**: 'esta (a capacidade de delinquir), qualificamos em seu núcleo central como um comportamento interior de maior ou menor desprezo pelos bens, interesses ou valores que a lei tutela. Em palavras singelas, no grau de maldade do agente, em sua malícia. Em alemão, em sua **Gesinnung**'".²⁴*

Partindo do princípio de que a locução "capacidade para delinquir" do Código Penal italiano insere os motivos do crime, os antecedentes do réu, a conduta contemporânea ou subsequente ao crime e as condições de vida individual, familiar e social do réu, o referido autor pátrio conclui que nosso ordenamento jurídico (art. 59, CP) possui os mesmos mecanismos:

*"Muito bem! Se esses critérios de fixação da pena do Código Penal italiano permitem refletir o 'comportamento interior do agente' (sua **Gesinnung**), talvez até com maior razão nosso Código Penal, no seu art. 59, seguindo o raciocínio de **Bettiol**, também permite ao magistrado descobrir a posição (o ânimo) do agente perante o ordenamento jurídico (depois de cometido o fato lesivo a um bem jurídico protegido), atendendo à sua culpabilidade, aos seus antecedentes, à sua conduta social, à sua personalidade, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime..."*²⁵

²⁴GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 117.

²⁵*Idem.*

Alberto Silva Franco também percebeu a aplicação do conceito complexo de culpabilidade em nosso ordenamento jurídico:

*"Destarte, o legislador de 84, quando introduziu a 'culpabilidade' entre os indicadores de que o juiz deve valer-se para determinar a pena a ser em concreto imposta ao agente, não efetuou uma mera substituição da locução 'intensidade do dolo e grau de culpa'. Com maior apuro técnico e, guardando coerência com os princípios basilares que informaram a reforma da Parte Geral, excluiu o dolo e a culpa, como fatores aferíveis na individualização da pena porque um e outra, desprovidos de toda e qualquer qualificação, estão inseridos na atividade típica final. Isto não significa, no entanto, que o conceito de culpabilidade esteja imune a uma graduação como Jeschek (**Tratado de Derecho Penal**, 1978, v. II, p. 1.209, 1.210), numa página exemplar de sua obra, demonstrou de forma extremamente límpida: 'Os motivos e metas do réu, a atitude interna que se reflete no delito, o grau de contrariedade ao dever são todas circunstâncias que fazem aparecer a formação da vontade do réu numa luz mais ou menos favorável, agravando ou atenuando, com isso, o grau de reprovabilidade do delito'".²⁶*

Como se nota, a moderna teoria da culpabilidade é perfeitamente compatível com o nosso direito positivo,

²⁶FRANCO, Alberto Silva et alii. *Op. cit.* p. 272.

muito embora na prática não seja utilizada com freqüência, pois, lamentavelmente, nos deparamos com sentenças que se limitam, no delicado momento do exame das circunstâncias judiciais, ao emprego de fórmulas vazias, estereotipadas, geralmente culminando com a concretização da pena em grau mínimo para evitar posterior declaração de nulidade, burlando um dos mais significativos momentos do processo.

VIII - A PREMEDITAÇÃO COMO CRITÉRIO BÁSICO PARA MEDIR A CULPABILIDADE.

O confortável hábito de se concretizar a reprimenda do réu primário e de bons antecedentes no mínimo legal, sem a devida análise de sua culpabilidade, provoca conseqüências graves no combate ao crime de homicídio, anulando por completo o caráter preventivo da pena. Basta lembrar que um contingente considerável de homicidas não possui antecedentes desabonadores.

Com efeito, ao idealizar a prática de um homicídio, a pessoa primária e sem antecedentes criminais, já beneficiada pela denominada "Lei Fleury" (que lhe garante o direito de aguardar o julgamento em liberdade), não se inibirá diante da ameaça da sanção penal, cujo limite mínimo jamais corresponderá à gravidade do delito, ainda que

ocorra a pior das hipóteses, ou seja, a configuração de alguma das circunstâncias qualificadoras do delito. A verdade é que, ainda assim, o crime compensará, pois em pouco tempo o assassino retornará ao convívio social, ao passo que seu desafeto estará eliminado para sempre.

Logo, se o atual limite mínimo da pena, prevista para o crime de homicídio, é manifestamente tolerante com o assassino, com maior razão os juízes deveriam proceder a uma criteriosa apreciação de sua culpabilidade quando da prolação da sentença condenatória, averiguando com responsabilidade o comportamento interior do condenado, única maneira de se realizar verdadeiramente a reclamada individualização judicial da pena.

Um critério seguro para medir a culpabilidade do assassino, sem dúvida, é a premeditação, no sentido de que a intensidade do dolo ensejada pelo maior tempo entre a ideação e a realização do crime gera maior censura e, conseqüentemente, autoriza a majoração da pena.

No homicídio doloso a idéia antecede a ação, podendo-se afirmar que no pensamento do homem se inicia o movimento delituoso. Logo, quanto maior a distância entre a ideação do homicida e a prática do delito, maior será a culpabilidade, uma vez que o agente pode confrontar por

mais tempo sua vontade de matar com o mandamento legal, sopesando a gravidade de seu ato e a pena dele decorrente.

É evidente que quem planeja um homicídio, e convive com a idéia por horas a fio, demonstra determinação para a prática delituosa, merecendo uma maior reprovação por parte da lei penal.

Tão verdadeira a afirmativa que, nas legislações estrangeiras, a premeditação funciona como verdadeira qualificadora do homicídio, tendo o legislador brasileiro perdido a oportunidade de proceder da mesma maneira ao editar a chamada Lei dos Crimes Hediondos, merecendo a seguinte crítica por parte do Prof. Marcelo Fortes Barbosa, Desembargador no Estado de São Paulo:

“Em nossa legislação são concentrados os crimes de homicídio simples e qualificado. Nas legislações européias, temos os crimes de homicídio e de assassinato. O que caracteriza este último é a premeditação. É assim na Alemanha, na Espanha e na França, inclusive no novo Código francês. Todavia, isto foi preconizado porque pareceu um grande erro não ter colocado, no Código Penal de 40, a premeditação como qualificadora do homicídio, como forma de criminalidade maior, e isso foi feito pensando-se na premeditação de um pai para matar o estuprador de sua filha, achando dentro desse exemplo que a premeditação podia ser má e boa ao mesmo

tempo, afastando-a dentre as qualificadoras do homicídio. Entretanto, verificou-se, surpreendentemente, uma nova inserção na Lei dos Crimes Hediondos e a impressão que se tinha era de que, com o anúncio prévio de que o homicídio qualificado seria encartado como crime hediondo, haveria a inserção da qualificadora da premeditação. Porém, para surpresa de todos, ao invés da premeditação foi colocada ao lado das qualificadoras uma nova, que seria a do homicídio praticado por grupo de extermínio. Obviamente trata-se de uma inserção ideológica com o objetivo de atingir eventuais matadores de aluguel, justiceiros, que poderiam ser enquadrados se a premeditação fosse a qualificadora e não uma qualificadora específica referente a grupos de extermínio. Apenas grupos de justiceiros, conhecidos pelo vulgo como 'pés de pato', foram atingidos por essa qualificadora, e aqueles homicídios praticados por traficantes de drogas, especificamente no Rio de Janeiro, pelo Comando Vermelho, Falange Vermelha e outras organizações criminosas, ficaram de fora, porque essas organizações não são consideradas grupos de extermínio, mas grupos criminosos".²⁷

Pedro Vergara, citando o jurista Baldassari Cocurullo, faz a seguinte observação quanto ao motivo que conduz o agente a realizar o homicídio:

²⁷ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Revista Literária de Direito*, São Paulo: Jurídica Brasileira. p. 5-7, maio/jun. 1995.

“A baixeza do fim não está na natureza da necessidade, nem na do sentimento, está, precisamente, na anti-socialidade que mostra o delinqüente, em cujo ânimo, como na consciência dos involuídos, e nas sociedades menos perfeitas, os sentimentos de altruísmo necessários à conservação da sociedade e, portanto, de si mesmo, não lograram vencer os impulsos próprios do seres primitivos”.²⁸

Se a culpabilidade é puro juízo de censura, quanto maior o tempo para reflexão sobre o mandamento legal, maior será a reprovabilidade do autor que, embora podendo, não omite a ação antijurídica.

Importante perceber que a preocupação de alguns com os casos de “premeditação boa” não tem razão de ser, pois, conforme visto anteriormente, para a fixação da pena-base há ainda o concurso de outras circunstâncias (art. 59, CP), as quais, no caso concreto, poderão atenuar o marco estabelecido pelo critério da culpabilidade.

No exemplo citado pelo Professor Marcelo Fortes Barbosa, a premeditação de um pai para matar o estuprador de sua filha será compensada pelo comportamento da vítima, que com seu ato revoltante favoreceu a eclosão do delito. Por outro lado, fosse o

²⁸VERGARA, Pedro. *Das circunstâncias agravantes*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p.122.

estuprador surpreendido e eliminado no instante em que praticava a violência sexual, a conduta do pai jamais poderia receber a mesma censura. No primeiro exemplo ocorre a vindita, o “fazer justiça com as próprias mãos”, característico dos crimes premeditados; no segundo, há o contra-ataque natural, instintivo do ser humano, que pode inclusive afastar um dos requisitos da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

IX - CONCLUSÃO.

De tudo quanto foi exposto, podemos destacar o seguinte:

1. nos moldes atuais, com os tolerantes limites mínimos das penas previstas para as figuras simples e qualificada do crime de homicídio, o arcaico procedimento é o liberal abandono do exame da culpabilidade na individualização da pena, o direito à vida não está sendo assegurado, mas, ao contrário, rudemente atingido, com o perigo evidente de tornar sua proteção um puro mito ou autêntica ficção;
2. o legislador hesitou ao estabelecer os limites da pena do crime de homicídio, tanto em sua forma simples quanto qualificada, empregando a maior variação entre o grau mínimo e máximo dentre os tipos penais constantes do

ordenamento jurídico vigente, criando uma reprovação fictícia para este grave delito, pois, como é sabido, o limite mínimo é o que importa para a individualização da pena;

3. além da tolerância do legislador e do intrincado procedimento do júri, outro fator que contribui para o crescente número de homicídios é o desprezo total ou a equivocada interpretação do conceito de culpabilidade no delicado momento da individualização da pena;

4. a correta interpretação dos dispositivos 29 e 59 do Código Penal parece apresentar-se no sentido de que a culpabilidade estabelece um teto para a pena-base que não poderá ser ultrapassado pelos demais critérios que orientam a atividade jurisdicional de individualização da pena, os quais poderão influenciar no cálculo quando eventualmente favorecerem o condenado;

5. o conceito de culpabilidade vem passando por um constante aprimoramento à medida em que avançam as teorias que se preocupam com o assunto, das quais destacamos quatro: conceito psicológico; psicológico-normativo; normativo puro (ou finalista) e complexo normativo-psicológico;

6. para a teoria psicológica, a culpabilidade é concebida como uma relação de causalidade psíquica que explica o resultado como produto da mente do sujeito, enquanto o antijurídico se define a partir do nexo de causalidade com o estado lesivo.

Assim, a culpabilidade é a ligação de natureza psíquica entre o agente e o fato punível. No entanto, tal concepção não explica satisfatoriamente a culpabilidade nos atos praticados com culpa própria (culpa inconsciente), em que não há vínculo psicológico algum entre o autor e o seu ato; nem justifica a ausência de culpabilidade em casos como o dos imputáveis. Por outro lado, esta teoria é conflitante com o nosso Código Penal, especificamente com o art. 22, que isenta de pena o agente que dolosamente pratica um fato sob coação moral irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, hipóteses que não encontram explicação razoável no conceito em exame;

7. a partir de 1907, com o advento da teoria psicológico-normativa idealizada por *Frank*, a culpabilidade deixou de ser considerada como aspecto subjetivo do crime para transformar-se em um juízo de reprovação, que se faz ao agente em razão de sua atuação contrária ao direito. O dolo e a culpa deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a constituir elementos necessários dela, sendo que ao dolo, além da previsibilidade (elemento intelectual) e voluntariedade (elemento intencional), é acrescido o conhecimento do injusto (consciência da ilicitude), ou seja, conhecimento de que se realiza uma conduta proibida. É o chamado dolo normativo ou o *dolus malus* dos romanos. Os elementos da culpabilidade passam a ser a imputabilidade, o dolo ou culpa *stricto sensu* e a exigibilidade de conduta diversa;

8. o finalismo de Welzel subtraiu o dolo e a culpa da culpabilidade e os incluiu no tipo. Excluiu a consciência da ilicitude do dolo e a incluiu na culpabilidade. Assim, ficou reformulado o conceito de culpabilidade: foram retirados dela o dolo e a culpa em sentido estrito, colocando-os no tipo. O dolo inserido no tipo é o dolo natural, sem o elemento normativo, pois a consciência potencial da ilicitude fica na culpabilidade. Portanto, o finalismo reduziu o dolo ao prever (elemento intelectual) e querer (elemento volitivo) como elementos da situação típica, excluindo dele o conhecimento de sua significação antijurídica. A culpabilidade, por sua vez, ficou constituída pelos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) possibilidade de consciência da ilicitude e c) exigibilidade de conduta diversa;

9. tal como a teoria normativa pura, o conceito complexo de culpabilidade também a concebe como juízo de reprovabilidade. Todavia, o dolo e a culpa, aqui igualmente deslocados para o tipo penal, contribuem para medir o “grau de culpabilidade”. A maior característica desta fase do conceito de culpabilidade é a descoberta de um objeto de referência próprio da culpabilidade, isto é, objeto do juízo de culpabilidade é o fato à vista da atitude interna juridicamente defeituosa (atitude interna frente ao direito censurável) da qual surgiu a resolução de cometer o fato. A partir dessa orientação, a culpabilidade passa a ser constituída por quatro elementos: a) imputabilidade; b) elementos que se referem ao ânimo (atitude interna) do agente; c) consciência da ilicitude e d) exigibilidade de conduta diversa;

10. nosso legislador recepcionou a concepção finalista da ação, considerando o dolo como elemento da ação e, por isso, integrado ao tipo penal. Todavia, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal permitem refletir sobre o comportamento interior do agente, como requerido pela moderna teoria da culpabilidade, a qual, lamentavelmente, não vem sendo utilizada com frequência na prática;

11. o confortável hábito de se concretizar a reprimenda do réu primário e de bons antecedentes no mínimo legal, sem a devida análise de sua culpabilidade, provoca conseqüências graves no combate ao crime de homicídio, anulando por completo o caráter preventivo da pena. Nesse aspecto, a premeditação se apresenta como um critério seguro para medir a culpabilidade do assassino, pois evidencia sua determinação para a prática delituosa, tornando seu agir mais censurável. Logo, o limite de pena estabelecido pelo exame da culpabilidade será mais severo quanto maior o tempo decorrido entre a ideação e a realização do crime.

*** Antônio de Padova Marchi Júnior é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.**

X - BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, maio/jun. 1995.
- BITENCOURT, Cézar Roberto. Reflexões acerca da culpabilidade finalista na doutrina alemã. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 654, abr. 1990.
- BONCHRISTIANO, Ana Cristina. A culpabilidade jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 633, jul. 1988.
- BONFIM, Edilson Mougénot. *Júri-Do inquérito ao plenário*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilícitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal - Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1.
- CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de Direito Penal - Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Teoria e Prática do Júri*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*.

3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1990.

GALVÃO, Fernando. *Aplicação da Pena*. Belo Horizonte:

Del Rey, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*.

3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 7. ed. São

Paulo: Saraiva, 1985, v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*.

3. ed. São Paulo: Atlas, 1987, v. 2.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: *Revista*

dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de*

Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VERGARA, Pedro. *Das Circunstâncias Agravantes*. Rio de

Janeiro: Forense, 1948.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Juan

Bustos Ramirez y Sergio Yañez Pérez, 4. ed. Santiago
do Chile: Jurídica de Chile, 1993.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SEGURANÇA PÚBLICA

****Marco Antônio Lopes de Almeida***

SUMÁRIO

Resumo da Matéria. I - Introdução. II - A Segurança Pública. III - O Perfil Constitucional do Ministério Público. IV - A Presença Social do Ministério Público. V - O Ministério Público e a Ação Penal. VI - Ôbices ao Desempenho das Atividades do Ministério Público. VII - Conclusões. VIII - Bibliografia.

RESUMO DA MATÉRIA

A segurança pública é assunto que preocupa todos os segmentos da sociedade brasileira, sendo consenso em todos os níveis acadêmicos que os problemas relacionados à criminalidade têm origem nas condições de vida precárias a que se encontram submetidas grandes parcelas de nossa população.

O Ministério Público, como órgão encarregado da persecução criminal e como detentor de enorme parcela de atribuições na área cível, sobretudo em defesa dos interesses sociais e individuais mais elevados, tem uma grande responsabilidade social, podendo atuar em diversos sentidos para diminuir pressões de insatisfação que pairam sobre a sociedade e que potencialmente se transformam em fatores de criminalidade.

Antes de ser um agente da repressão criminal, o Promotor de Justiça deve ser um agente da cidadania, promovendo a justiça social, e não apenas fazendo erguer o braço armado do Estado contra o indivíduo que chegou às raíais da marginalização.

O presente trabalho pretende fazer uma abordagem ampla sobre a questão da segurança pública, as causas da delinqüência e o papel do Ministério Público nesse contexto social.

I - INTRODUÇÃO

A Segurança Pública constitui, sem dúvida alguma, uma das maiores preocupações de nossa sociedade, sobretudo nos grandes centros urbanos.

Recentes pesquisas de opinião revelam que, ao lado de educação e saúde, a segurança é um dos três itens mais sensíveis de nossa população, sendo que, em algumas cidades, chega a constituir a principal demanda.

A análise dos aspectos relativos à criminalidade em nosso país revela que os problemas sociais e conjunturais sempre foram o principal fator de induzimento à prática de crimes. Isso se constata pela simples análise dos tipos penais predominantes em nossas estatísticas

(furto, roubo, lesões corporais, homicídios e outros reveladores de baixos níveis de educação e de inserção social) e do público que frequenta as cadeias e penitenciárias em todo o país, oriundo, em esmagadora maioria, de favelas e cinturões periféricos urbanos.

O aumento da criminalidade, tanto a isolada como a organizada, tem íntima relação com o progressivo agravamento das condições sociais.

Já em 1979, o célebre documento com as conclusões da Conferência de Puebla, resultante da reunião do Episcopado Latino-Americano no México, já visualizava com pertinência singular a realidade vigente em nosso continente:

"Comprovamos, pois, como o mais devastador e humilhante flagelo a situação de pobreza desumana em que vivem milhões de latino-americanos e que se exprime, por exemplo, em mortalidade infantil, em falta de moradia adequada, em problemas de saúde, salários de fome, desemprego e subemprego, desnutrição, instabilidade no trabalho, migrações maciças, forçadas e sem proteção".¹

"A falta de realização da pessoa humana em seus direitos fundamentais tem início antes mesmo do nascimento do homem, pelo

¹ Puebla, 29.

Marco Antônio Lopes de Almeida

*incentivo de evitar a concepção e também de interrompê-la por meio de aborto; prossegue com a desnutrição infantil, o abandono prematuro, a carência de assistência médica, de educação e moradia, que propiciam uma desordem constante, na qual não se pode estranhar a proliferação da criminalidade, da prostituição, do alcoolismo e da toxicomania”.*²

É triste verificar, quase vinte anos depois, que a situação somente se agravou. O resultado dessa realidade é visível em nosso dia-a-dia.

Somente entre 1986 e 1996 mais de 1 milhão de famílias deixaram o campo e migraram para os grandes centros urbanos por falta de condições de sobrevivência na agricultura. Nas cidades, essas pessoas não são absorvidas pelo mercado de trabalho, por falta de qualificação, e acabam por engrossar as fileiras de desempregados e de marginalizados, constituindo verdadeiros guetos sociais.

Com o processo de globalização, vivemos uma enorme aceleração das mudanças, o que exige enormes esforços de integração ao seio social. O processo atual de desenvolvimento gera enormes contingentes de excluídos. Se antes já existiam pessoas despreparadas para o mundo,

² Puebla, 1261.

as rápidas transformações da sociedade moderna irão aumentar ainda mais essas cifras.

O problema da violência acentua-se no meio urbano, incrementado por esse enorme contingente marginalizado da sociedade, formado por pessoas de todas as faixas etárias, mas sobretudo por crianças e jovens que, inconformados com o destino que a sociedade lhes reservou, desviam sua inteligência e vigor físico para atividades criminosas, capazes de proporcionar um mínimo de acesso à sociedade de consumo.

II - A SEGURANÇA PÚBLICA.

Os Estados Democráticos de Direito só podem sobreviver sob um regime de normalidade jurídica. A paz social é uma necessidade imperativa da sociedade democrática. Se essa normalidade é rompida, coloca-se em risco todos os valores juridicamente consubstanciados.

O preâmbulo da Constituição Federal destina ao Estado

*"assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos*

Marco Antônio Lopes de Almeida
de uma sociedade fraterna, pluralista e sem
*preconceitos, fundada na **harmonia***
social..."

O art. 3º da Carta Magna reforça os ideais de justiça social, desenvolvimento e bem comum.

O real significado da idéia de Segurança não pode ser perfeitamente compreendido se não estiver em sintonia com os anseios de evolução e de transformação da comunidade nacional. Surge, então, o binômio Segurança e Desenvolvimento.³

Se a Segurança é imprescindível para a consecução dos objetivos desejados, é através do Desenvolvimento que as tensões e os conflitos serão reduzidos, permitindo que ela seja alcançada. Em ambiente de insegurança, as ações voltadas para o Desenvolvimento perderão sua efetividade.

De acordo com a doutrina da ESG, a segurança pode ser encarada segundo diferentes níveis: individual, comunitária, nacional (interna e externa) e coletiva (organismos internacionais de defesa).

A segurança pública é a garantia proporcionada à nação no que diz respeito à segurança individual e comunitária.

³ Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra, 1997.

A segurança pública pode ser definida, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, como “o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade, ou dos direitos de propriedade do cidadão”.⁴

Nos termos do art. 144 da Constituição Federal,

“a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

É importante ressaltar do dispositivo constitucional que a segurança pública é responsabilidade de todos, não sendo tarefa exclusiva do Estado, através dos organismos elencados.

Assim como a guerra não é assunto exclusivo dos militares, pois toda a sociedade se vê envolvida, a segurança pública não é exclusividade das polícias, pois a todos cumpre discuti-la e atuar, em especial, no campo da prevenção.

⁴ *Vocabulário Jurídico*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

Dessa forma, toda a sociedade é chamada a participar através das mais diversas instituições, cumprindo ao Estado o papel de regente, de coordenador desses esforços conjuntos. Daí ser imprescindível a integração polícia-comunidade.

No plano estadual, a Constituição de 21 de setembro de 1989 consagrou a promoção da segurança e da ordem públicas como um dos objetivos prioritários do Estado (art. 2.º inciso V).

À Polícia Civil incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, enquanto a Polícia Militar tem, primordialmente, dentre outras, atuação ostensiva de prevenção criminal. Ambas se subordinam ao Governador do Estado, apesar de possuírem comandos distintos.

Um órgão da maior importância, criado pelo legislador constituinte estadual e que não tem merecido a devida atenção é o Conselho de Defesa Social, previsto no art. 134 da C.E., a quem incumbe o assessoramento ao Governador do Estado na definição da política de defesa social do Estado, onde se inclui a Segurança Pública.

Sua extrema relevância reside no fato de ter uma

composição bastante representativa de todos os segmentos do Poder Público e da sociedade civil, dentro da premissa de que a segurança pública é responsabilidade de todos, e no aspecto de ser um órgão que tem por tarefa a elaboração de políticas e estratégias voltadas para a segurança pública.

Dele participam: o Vice-Governador do Estado, o Comandante Geral da Polícia Militar, o Chefe da Polícia Civil, representantes do Poder Legislativo, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, da imprensa e da sociedade civil.

Ainda que o objetivo desse trabalho não seja o de analisar a conveniência ou não da existência de duas polícias com o mesmo objetivo (segurança pública), ou enfocar o desentrosamento existente entre estas e as demais instituições atuantes no campo da segurança pública (Poder Judiciário, Ministério Público), não posso deixar de salientar que o referido Conselho de Defesa Social seria o foro ideal de debates a respeito do tema segurança pública, para o qual convergiriam todas as opiniões, técnicas ou leigas, dos diversos segmentos sociais ou estatais interessados na questão. Somente com a discussão efetiva e construtiva, isenta de paixões e de vaidades, é que chegaríamos à elaboração de políticas e estratégias estaduais de segurança pública, que deveriam servir de norte aos diversos órgãos responsáveis.

Não se pode negar que a segurança pública tem estreitas relações com a promoção do bem-estar social, com políticas de educação e habitação, com o incentivo à criação de novos empregos, com a fixação do homem no campo, com o sistema penitenciário, com o processo legislativo, com a sensação de impunidade e até mesmo com a atuação da imprensa e dos meios de comunicação de massa.

É preciso enfatizar: a segurança pública não é tarefa exclusiva do Estado, e muito menos dos organismos policiais. É tema que só pode ser discutido eficazmente mediante a participação de todos os segmentos da sociedade, de forma a assegurar a elaboração de políticas que visem maximizar a compatibilização entre os meios e os fins a serem alcançados, evitando a improvisação e o empirismo.

No entanto, a fim de não extrapolar os objetivos desta exposição, limitar-me-ei a tratar do papel que o Ministério Público pode e deve exercer na solução, ou melhor, no enfrentamento das questões relacionadas à segurança pública.

III - O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nenhuma instituição tem merecido tamanho crédito por parte de toda a sociedade como o Ministério Público.

O Ministério Público, conforme observa JOSÉ AFONSO DA SILVA,

*“vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei n.º 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo”.*⁵

Na Carta Constitucional de 1988, o Ministério Público foi erigido à condição de *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe*

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: ed. Malheiros, 10. ed. 1995. p. 555.

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127).

Na análise de CELSO RIBEIRO BASTOS, *“nenhuma de nossas Constituições pretéritas deu ao Ministério Público o tratamento extensivo de que goza na Constituição de 1988. E não é de minúcias que se trata. Mas sim de revesti-lo de prerrogativas e competências inéditas no passado”*.⁶

O Ministério Público, continua CELSO RIBEIRO BASTOS,

“tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade. Mesmo com relação a indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que vale tanto pelos interesses da coletividade quanto pelo dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico”.⁷

⁶ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: 13. ed. Saraiva, 1990, p. 339.

⁷ *idem. ibidem.*

Dentre as atribuições mais relevantes elencadas no art. 129 da Constituição Federal, situam-se: a promoção da ação penal pública, 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 e o exercício do controle externo da atividade policial. Além disso, permite o referido dispositivo que o *parquet* venha a exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Daí estar o Ministério Público, na área cível, presente numa imensa gama de atividades judiciais onde esteja evidenciado o interesse público (art. 82 do Código de Processo Civil) e extrajudiciais, relacionadas à defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, através do inquérito civil e da ação civil pública, que são os instrumentos postos à disposição da sociedade, através do *parquet*, para fazer valer o império da lei, valorizando a cidadania e procurando minimizar os conflitos sociais.

IV - A PRESENÇA SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de analisar a atuação do Ministério Público na esfera criminal, mais diretamente ligada às preocupações com a segurança pública, é da maior importância discorrer

sobre a relevância de suas atribuições extrajudiciais e judiciais na área cível, posto que aí o Promotor de Justiça tem condições de atuar como um verdadeiro agente do bem-estar social, minimizando conflitos e tensões no seio da sociedade, e influenciando diretamente sobre possíveis fatores de criminalidade.

É através dessa atuação voltada aos interesses sociais pugnando pelo respeito à pessoa humana, que o Ministério Público tem condições de auxiliar o Estado a promover a tão esperada justiça social, reduzindo índices de insatisfação e marginalização.

O papel de persecução criminal, a partir de onde nasceu o *parquet*, apesar de relevante, pouco representa em termos de contenção de criminalidade. Esta existe e sempre existirá em níveis suportáveis em qualquer sociedade, por mais justa e equilibrada que seja. O que faz com que ela assuma proporções alarmantes nos países socialmente mais atrasados é o somatório de diversos fatores de delinquência, cuja solução não passa pelo Direito Penal, mas sim por uma política social adequada.

São esses fatores que fazem, por exemplo, com que o índice de homicídios no Brasil, seja de 20 (vinte) para cada 100.000 (cem mil) habitantes, contra 1 (um) no

Japão ou 10 (dez) na Europa. Fatores essencialmente ligados à pobreza, como o baixo nível educacional, as poucas perspectivas de inserção na sociedade, a desnutrição que afeta o desenvolvimento mental, dentre muitos outros.

Como salienta ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, o Direito Penal *“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 solucionadas por outras vias”*.⁸

Em seu artigo, citando trechos de uma palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, alerta para

“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”.

⁸ CARVALHO, Alexandre Victor de. Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, v. 1, p. 63.

O Ministério Público pode desempenhar missão relevante na proteção e defesa das instituições, desde a família até o próprio Estado, mantendo-se vigilante e atuante para que a degradação moral não as jogue em completo descrédito.

Em defesa da família pode o Promotor de Justiça promover ações de investigação de paternidade visando diminuir o enorme número de crianças sem filiação definida, que acabam engrossando as fileiras dos menores de rua, realimentando o ciclo da violência.

Tem, ainda, o Ministério Público, meios de velar pelo efetivo cumprimento da obrigação imposta aos pais de manterem seus filhos na escola na idade entre sete e quatorze anos, valendo-se das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite até mesmo a destituição do pátrio poder em relação aos pais negligentes, ou utilizando a coerção da lei penal.

Atua o Ministério Público em defesa de interesses difusos e coletivos, tais como a defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico e cultural, dos direitos dos consumidores, com repercussão direta não só na qualidade de vida proporcionada à sociedade, mas também na credibilidade da ordem jurídica.

Da maior relevância é a atuação ministerial na apuração dos ilícitos praticados contra a administração pública, seja na esfera penal, seja na cível, através das competentes ações de ressarcimento ao erário.

É de excepcional valor educativo para a sociedade que esta veja que um mau governante ou uma grande empresa também sejam alcançados pela lei, pois, como já foi salientado, a sensação de impunidade ou de injustiça também é fator de insatisfação da sociedade, que acaba se transformando em revolta e em reação, manifestando-se em comportamentos ilícitos.

Preocupa-se, ainda, o Ministério Público Estadual com sua integração na comunidade, valorizando o atendimento ao público, fonte inesgotável de informações sobre os problemas sociais, buscando a solução de conflitos individuais e prestando assistência e orientação à população, em audiências públicas e ações integradas com outros organismos do governo.

Como se pode ver, o Ministério Público, dotado de extenso elenco de atribuições, atua em nome da sociedade na defesa de seus interesses e direitos mais relevantes, pois não basta que a Constituição Federal os declare, sem que existam meios para seu efetivo exercício.

É, portanto, o *parquet*, promotor de justiça e de bem-estar social, de respeito à vida, aos direitos humanos. É agente de cidadania. Sem um Ministério Público forte e independente não há uma verdadeira democracia.

V - O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO PENAL

Dentre todas as funções do Ministério Público, a mais tradicional é a de promover, com exclusividade, a ação penal pública, mister que se confunde com a própria história da instituição.

Salienta, no entanto, HUGO NIGRO MAZZILLI, que

*"longe de ser visto como um simples acusador público, obrigado a acusar a qualquer preço, ao contrário, o órgão do Ministério Público, detendo em mãos a titularidade da ação penal, acabou constituindo um primeiro fator da própria imparcialidade judicial dos julgamentos, já que possibilita, com sua iniciativa, o princípio da inércia da jurisdição".*⁹

Por paradoxal que possa parecer, essa função acusatória "já constitui o primeiro fator de proteção das

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 152).

*liberdades individuais, por assegurar o contraditório na acusação e possibilitar a presença de um juiz imparcial porque desvinculado do ônus de acusar”.*¹⁰

Para viabilizar o exercício da ação penal, o *parquet* foi dotado das atribuições inerentes e necessárias à coleta de provas, podendo requisitar inquéritos policiais, diligências e exercer o controle externo da atividade policial.

Todavia, essa função tipicamente acusatória não é nada simples.

As diretrizes da atuação do Ministério Público nas ações penais públicas são traçadas pelo art. 257 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”.

Com bastante pertinência analisa PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO:

“Pela leitura do dispositivo legal citado, verifica-se que o MP, como parte na ação penal pública, não está obrigado a promovê-la, única e exclusivamente, para obter a condenação do réu, mas antes sua atuação,

¹⁰ ob. cit. p. 19.

Marco Antônio Lopes de Almeida

nessa qualidade, é a de velar, usando de todos os meios possíveis, pela correta aplicação da lei, tanto processual como material, que no processo se resume na obtenção de uma sentença legal e justa".¹¹

Daí ser lapidar a conclusão de PIERO CALAMANDREI:

"Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado".¹²

Essa dicotomia entre atuar, ao mesmo tempo, como parte diretamente interessada e como um imparcial fiscal da lei, a meu sentir, já coloca o Ministério Público num constante questionamento sobre qual deve ser seu nível de comprometimento para com a segurança pública.

¹¹ O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Rio de Janeiro: Forense, 4. ed. 1992., p. 9.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, vistos por nós, os Advogados*. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 7. ed. p. 59.

Difícilima é a atitude de, ao mesmo tempo, punir o crime e defender o criminoso contra abusos e maus-tratos. É o Promotor de Justiça a mão que bate e a mão que afaga.

VI - ÓBICES AO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como salientei, preocupar-se simultaneamente com a repressão penal em prol da sociedade, com a vítima e seus familiares, e com os “direitos humanos do criminoso” é tarefa das mais contraditórias, e isso não passa despercebido da opinião pública e, principalmente, do meio policial, que tem imensas dificuldades em compreender o papel do Promotor de Justiça, visto na maioria das vezes como um adversário da polícia e um óbice à ação policial.

Vale dizer que ambos os papéis, apesar de complementares, são bastante diferentes em suas realidades. O policial envolve-se na realidade e nos dramas sociais de uma maneira muito mais profunda, não conseguindo muitas vezes conter sua emoção ou seus ímpetos de indignação para com a ação criminosa, vindo ter descargas emocionais que resultam em violência. O Promotor, de um modo geral, toca a realidade “com a ponta dos dedos”, através dos flagrantes e dos inquéritos policiais.

Corre, o Promotor de Justiça, o permanente risco de se ver envolvido numa inversão de valores, que é típica de nossos tempos, onde os agentes do ilícito se tornam vítimas, a polícia se torna algoz e as vítimas são esquecidas.

Não pode faltar ao Promotor de Justiça sensibilidade, maturidade e discernimento suficientes para avaliar uma ação policial dentro da realidade em que está inserida, sem o excessivo empirismo que venha a inviabilizar essas ações e criar dificuldades de relacionamento entre as instituições.

Observa HUGO NIGRO MAZZILLI sobre Polícia e Ministério Público que

*“divididas em lutas irreais e incorretas de equiparações de vencimentos, instituições que deveriam voltar-se para o combate à criminalidade acabam relacionando-se com dificuldade, olvidando-se que para os bons policiais deveria ser ponto de honra lutar ao lado do Ministério Público para coibir a corrupção e a violência, que tanto maculam o trabalho policial, e que fazem com que a população não destine à polícia o sentimento de respeito e de confiança que existe em países mais desenvolvidos”.*¹³

¹³ ob. cit. p. 25-26.

Essas dificuldades de entrosamento constituem, a meu ver, o maior óbice a um efetivo combate à criminalidade. Também com o Poder Judiciário as dificuldades existem, devido a um tradicional sectarismo e uma irreal preocupação com o crescimento institucional do Ministério Público, que gera despeito e acirra vaidades que somente prejudicam os destinatários de seus serviços.

Para MAZZILLI, *“nossos tribunais, mesmo os mais elevados, abdicam espontaneamente de um papel mais atuante, dentro de suas competências constitucionais”*.¹⁴

Isso é flagrante para quem acompanha os esforços do Ministério Público, em especial no que toca ao poderoso instrumento da ação civil pública, criada para ampliar o acesso da sociedade à justiça. Quantas e quantas vezes o Judiciário têm fechado suas portas à sociedade, escudado em entendimentos anacrônicos, que demoram anos para serem reformulados através das mais altas cortes do país. Só para exemplificar, vale citar as renitentes rejeições das ações propostas pelo *parquet* em defesa do consumidor e das ações de investigação de paternidade.

¹⁴ ob. cit., pág. 24.

Ainda como óbice à efetiva participação do Ministério Público na questão da segurança pública está a falta de compreensão a respeito do controle externo da atividade policial, atribuição constitucional do *parquet*.

Por certo não foi intuito do legislador criar hierarquia entre a autoridade policial e os órgãos do Ministério Público. Explica JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO que direciona-se, esse controle, *"sobre a atividade-fim da polícia judiciária (civil ou militar), não podendo visar a outro objetivo que não à otimização dos inquéritos criminais, no que se refere à qualidade das provas e dos indícios coletados"*.¹⁵

Todavia, os óbices ao maior engajamento do Ministério Público na segurança pública não são apenas externos. Eles existem internamente e devem ser avaliados e contornados.

Falta ao Ministério Público uma política de atuação. Em brilhante discurso, o ex-Procurador Geral de Justiça de São Paulo, Dr. ANTÔNIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, detectou que o Ministério Público costuma apenas responder aos estímulos externos. E questiona: *"qual é a vontade política do Ministério Público?"*. Com pertinente visão, responde:

¹⁵ SARABANDO, José Fernando Marreiros. *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1997. p. 92.

Marco Antônio Lopes de Almeida

"Ela simplesmente não existe, enquanto clara manifestação de uma política pública de diretrizes, de objetivos, de prioridades. Por isso somos confundidos com a Justiça, como um todo. Por isso nos perguntam quando 'vamos passar para juiz'"¹⁶

Além disso, não existe uma estratégia de atuação entre os diversos órgãos de administração e de execução do Ministério Público. Observa DAL POZZO que *"os Promotores das Varas Criminais, das Equipes, do Júri e das Varas de Execuções trabalham com a mesma realidade e sequer trocam opiniões. São mundos isolados. Mais que isto: são corpos que se afastam, como num universo em expansão"*.¹⁷

Difícil é implementar no Ministério Público políticas e estratégias de atuação voltadas para o combate à criminalidade. Nesse momento, a garantia constitucional de independência funcional atua como perverso óbice à afirmação do *parquet* como órgão dotado de vontade política.

Nenhum dos órgãos da administração superior do Ministério Público tem competência para baixar normas a serem seguidas por todos os integrantes da carreira. No

¹⁶ POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal. *Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1990, Série Cadernos Temas Institucionais. p. 23.

¹⁷ ob. cit. p. 21.

máximo, dispõem de atribuições para editar “recomendações sem caráter vinculativo”.

Dessa forma, pouco valerá se o Ministério Público, enquanto instituição, entender que o jogo do bicho é prejudicial e deve ser combatido, pois haverá sempre um ou alguns Promotores Criminais que se manterão fiéis aos seus pontos de vista pessoais e desafiarão a administração superior resistindo àquela diretriz.

Como se vê, a atuação do Ministério Público interfere no campo social e acarreta reflexos indiretos ou diretos na questão da segurança pública. Para uma maior participação, necessário se faz superar os obstáculos externos e internos existentes, o que somente se fará através da discussão ampla e aberta com os diversos segmentos responsáveis pelo sistema de defesa social e com a própria comunidade.

VII - CONCLUSÕES

1 O Ministério Público de um país onde grande parcela da população vive em condições precárias convive com diversas injustiças, dentre as quais a fome, a doença, o abandono, o descaso, a corrupção institucionalizada e

uma série de outros fatores de indução à criminalidade.

2 A segurança pública não é tarefa apenas dos organismos policiais e precisa ser objeto de esforços conjuntos dos diversos setores do Estado e da sociedade civil, sendo de especial valia a existência de um organismo que tenha por mister orientar as políticas estatais de segurança pública.

3 O Ministério Público, como instituição permanente, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais mais elevados, não pode perder de vista seu papel de agente de transformação social, combatendo as injustiças e promovendo o bem-estar da comunidade, através das suas mais diversas áreas de atuação.

4 Não é apenas com o direcionamento de esforços para a persecução criminal que se conterá a onda de violência em nossa sociedade, que necessita muito mais de medidas que resultem em justiça social do que em pura repressão.

5 Para uma melhor ação em prol da segurança pública é indispensável que exista entrosamento entre o Ministério Público e as polícias, evitando desperdício de tempo e energia em disputas infrutíferas.

6 O Ministério Público carece de uma metodologia de trabalho, com diretrizes institucionais e planos concretos de atuação, deixando com isto de responder apenas aos estímulos externos.

7 A atual estrutura existente nos diversos organismos encarregados da defesa social não está preparada para enfrentar a criminalidade crescente, bem como suas novas formas, especialmente o crime organizado.

8 É preciso criar mecanismos de integração entre os diversos Promotores de Justiça da área criminal, bem como entre representantes do Ministério Público, Poder Judiciário e Polícias, a fim de romper com o sectarismo que se instalou nessas instituições e permitir a conjugação de esforços em prol da sociedade.

****Marco Antônio Lopes de Almeida é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.***

VIII - BIBLIOGRAFIA.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 7. ed.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO, Alexandre Victor. Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*.

_____. *Conclusões da Conferência de Puebla*. Texto Oficial, 5. ed. São Paulo, Ed. Paulinas, 1983.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra*. Rio de Janeiro, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal. *Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, Série Cadernos Temas Institucionais, 1990.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

“PLEA BARGAINING”

Modelo de Aplicação do Princípio da Disponibilidade

***José Alberto Sartório de Souza**

Sumário

1 - Introdução. 2 - Procedimento Metodológico. 3 - Resultados. 4 - A Crise do Sistema Processual Penal e as Reformas. 4.1 - O Problema e as Soluções Apontadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. 4.2 - As Reformas na Itália. 4.2.1 - Juízo Abreviado. 4.2.2 - *Patteggiamento*. 4.2.3 - Juízo Diretíssimo. 4.2.4 - Juízo Imediato. 4.2.5 - Procedimento por Decreto. 4.3 - Outros Países. 5 - Princípio da Oportunidade - Contraposição ao Princípio da Legalidade. 6 - A Lei n.º 9099/95 e o Princípio da Oportunidade Regrada. 6.1 - A Introdução do Princípio no Âmbito da Ação Penal Pública. 6.2 - A Transação Penal. 6.3 - A Suspensão Condicional do Processo. 6.4 - As Estreitas Limitações do Princípio da Oportunidade no Brasil. 7 - O *Plea Bargaining* no Direito Americano. 7.1 - Histórico e Definição. 7.2 - Classes de *Plea Bargaining*. 7.2.1 - *Sentence Bargaining*. 7.2.2 - *Charge Bargaining*. 7.2.3 - Forma Mista. 7.2.4 - *Implicit Plea Bargaining*. 7.2.5 - O Juiz. 7.2.6 - A Vítima. 7.3 - Procedimento do *Plea Bargaining*. 8 - Críticas ao *Plea Bargaining*. 8.1 - Aspectos Positivos e Negativos. 8.2 - *Plea Bargaining* - mera resposta ao congestionamento da justiça? 8.3 - Outras Visões do Instituto. 9 - Críticas ao Princípio da Legalidade. 10 - A Situação do Brasil após o Advento da Lei n.º 9099/95. 11 - Conclusão. 12 - Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o problema crônico da lentidão, ineficiência e excesso de carga laboral enfrentado pela justiça penal brasileira, já de longa data.

A absoluta predominância em nosso direito do princípio da legalidade processual é apontada aqui como uma das principais causas dos males referidos, conquanto elemento imobilizador do Ministério Público, do próprio

Judiciário e matriz de modelo judicial excessivamente formalista, comum aos países do sistema continental europeu do direito.

Questiono tal princípio não só a partir de sua originalidade teórica, hoje já perdida, mas também de sua racionalidade, legitimidade e verdade social, mormente num mundo em rápido processo de transformação, a exigir o constante esforço estatal no aprimoramento de suas políticas e no gerenciamento de recursos.

São abordadas no trabalho as medidas oriundas da Lei n.º 9099/95, objetivando-se demonstrar o quão pouco alteraram no quadro geral da justiça criminal pátria, sequer chegando a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Para reforçar a primeira assertiva do parágrafo anterior, a presente pesquisa se fundamenta na justiça comum de Minas Gerais e na imprensa escrita de grande circulação, para tratar do assunto em níveis mineiro e nacional, respectivamente.

Procurro fazer uma análise crítica do *plea bargaining* norte-americano, apresentando-o não só como saída para o congestionamento do Judiciário, mas também como fruto de outra visão de justiça, menos teórica, mais prática, individualizada e consensuada, tudo na crença de que representa a verdadeira implementação do princípio da discricionariedade da ação penal um dos mais

importantes passos a serem dados para o aperfeiçoamento e modernização do processo penal brasileiro.

2 - PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Para a realização do presente trabalho foram consultadas bibliografias nacionais e internacionais, estas últimas de origem espanhola e norte-americana.

Não foi possível adquirir, mesmo em livrarias especializadas de Nova York, obras a respeito do instituto do *plea bargaining*. Os livros em inglês sobre o assunto tiveram que ser adquiridos diretamente das editoras.

O livro em espanhol, de autoria de Sílvia Barona Vilar, constitui excelente trabalho de direito comparado, que analisa não só aspectos do sistema judicial norte-americano, mas também da Itália, Alemanha e Espanha.

Para a abordagem dos temas relacionados à Lei n.º 9099/95 e aos princípios da obrigatoriedade e da disponibilidade da ação penal, houve referências a obras nacionais, dos mais respeitados autores, de conhecidos doutrinadores processuais penais pátrios, destacando-se o Professor Afrânio Silva Jardim, e outros importantes trabalhos, como o de autoria de Eugenio Raul Zaffaroni.

No capítulo intitulado "A Situação do Brasil Após o Advento da Lei n.º 9099/95", onde se demonstra a insuficiência das medidas penais decorrentes da referida lei, por sua vez, os números e estatísticas citados, relativos

à justiça brasileira, foram obtidos por meio de pesquisa a periódicos nacionais de larga circulação, de publicação recente.

Os dados relativos ao Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte constam do relatório oficial daquele órgão sobre "*movimento forense e operosidade do juiz*", referente ao mês de julho do corrente ano.

As informações a respeito da quantidade de processos em curso no mês de junho de 1997, na vara criminal focalizada na pesquisa e do número de feitos a ela distribuídos nos períodos de junho a novembro de 1995 e de janeiro a junho de 1997 constam dos relatórios mensais da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

As demais informações contidas no referido capítulo foram fornecidas pelos Juízes de Direito e Escrivães, respectivamente, da vara criminal e do Juizado Especial Criminal, cujos nomes, por razões de ética, peço *venia* para deixar de declinar, porém ressaltando que sem suas colaborações seria impossível realizar esta monografia.

3 - RESULTADOS

Os dados constantes do capítulo X da monografia, denominado "*A Situação do Brasil Após o Advento da Lei n.º 9099/95*", demonstram a insuficiência das medidas despenalizadoras recentemente instituídas,

continuando a justiça criminal brasileira a sofrer dos mesmos graves males de antes.

Mostra-se-nos anacrônico, despido de racionalidade e de legitimidade o chamado princípio da legalidade processual penal, impondo-se a sua substituição no direito pátrio pela alternativa lógica do princípio da disponibilidade da ação penal pública, transformação essa que, certamente, há de ser precedida das alterações legislativas e estruturais indispensáveis.

O instituto do *plea bargaining* norte-americano, responsável pela solução de cerca de 90% dos casos da justiça penal daquele país, constitui excelente modelo e referencial prático, evidentemente com as devidas adequações, para a implantação do verdadeiro princípio da discricionariedade, ainda não experimentado em nosso país.

4 - A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONTINENTAL E AS REFORMAS

4.1 - O problema e as soluções apontadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa

Diante da criminalidade organizada, do crescimento e sofisticação das práticas criminosas (na

área da informática, do mercado financeiro, da indústria, do tráfico de drogas, dos crimes de “colarinho branco”¹, lavagem de dinheiro, etc.), bem como da grande afluência de processos e de sua longa duração, que decorre do alto grau de formalidade dos sistemas judiciais, vêm sofrendo franca crise os países integrantes do chamado sistema processual continental, entre eles Itália, Espanha e Portugal.

Para fazer face a tais problemas, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por meio da Recomendação n. R. (87) 18, sugeriu aos Estados Membros a simplificação da justiça penal, fato que inspirou as últimas reformas legais levadas a cabo na Europa Continental (GOMES, 1995, VILAR, 1994).

Entre outras recomendações, encontram-se:

1. a adoção do princípio da oportunidade;
2. procedimentos sumários e simplificados;
3. a transação;
4. a simplificação do procedimento ordinário.

4.2 - As reformas na Itália

Na esteira dessas reformas, criou a Itália um novo Código de Processo Penal em 1989

¹ *White-collar crimes*, denominação utilizada pelos penalistas americanos desde a década de 50.

(v. BUONO, 1991), no qual instituiu procedimentos especiais, mais céleres, quais sejam:

4.2.1 - Juízo abreviado

Nele, o processo é definido na audiência preliminar (fase inicial do processo), após a realização de acordo entre acusado e Ministério Público, com sentença do magistrado, sem posterior produção de provas.

Em caso de condenação, deve a pena ser diminuída de um terço, e, caso aplicável a pena de prisão perpétua, será ela substituída pela de reclusão de 30 anos.

O direito de apelação neste tipo de procedimento sofre amplas limitações.

4.2.2 - Patteggiamento

Consiste na aplicação da pena de até dois anos, a pedido das partes, pena esta que será substitutiva ou detentiva diminuída de um terço.

O requerimento deverá ser feito ao juiz até a fase de abertura dos debates, os quais não chegarão a se realizar.

A sentença de primeiro grau é inapelável.

4.2.3 - Juízo diretíssimo

Ao contrário dos anteriores, prescinde da audiência preliminar. Dispensa, também, maiores formalidades na intimação de testemunhas e possibilita um juízo oral antecipado.

Tem como requisitos para sua realização a prisão em flagrante ou cautelar do agente delituoso, ou a confissão do mesmo, quando em estado de liberdade.

4.2.4 - Juízo imediato

Também prescinde da audiência preliminar e tem como pressuposto que a prova seja evidente, obedecendo as investigações às regras gerais.

Inexiste a fase probatória.

4.2.5 - Procedimento por decreto

É aplicável somente nos casos de imposição de pena pecuniária a crimes de pequena gravidade. Constitui o mais simplificado dos procedimentos especiais e que proporciona a maior economia de recursos.

Consiste na aplicação pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, de uma pena diminuída até a metade, em relação ao mínimo da pena cominada.

4.3 - Outros países

Sob a inspiração do direito anglo-saxão (*common law*), de índole acusatória, onde impera o princípio da oportunidade - ao contrário do direito continental europeu², pautado pelo princípio da obrigatoriedade e de índole inquisitiva - outros países, como a Espanha, em 1988, Portugal, em 1987, Peru, em 1994, Panamá, em 1987, Colômbia, em 1991, e Argentina, em 1994, adotaram reformas no mesmo sentido (GOMES, 1995)³.

5 - PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE – CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da oportunidade, ou da discricionariedade, ou da disponibilidade, permite ao titular da ação penal a possibilidade de, exercendo a sua discricionariedade, dentro de poderes mais amplos, dispor da ação penal, podendo arquivar o caso mesmo quando as investigações apontem com certeza que o agente tenha delinqüido, ou desistir da ação já proposta.

Outrossim, pode o Ministério Público, dentro

²O Brasil, embora adote um sistema processual penal misto de contraditório e inquisitivo, está historicamente vinculado à corrente continental européia.

³A Alemanha adota o princípio da oportunidade desde 1924 (art. 153 do CPP), ampliado em 1975 (GOMES, 1995).

deste princípio, realizar acordo com o réu e dar ao fato a qualificação jurídica (capitulação) que melhor lhe convier, dentro de um determinado leque de opções legais.

Em contraposição está o princípio da legalidade, ou da obrigatoriedade, da oficialidade, da necessidade, ou da indisponibilidade, segundo o qual *"devem os órgãos persecutórios atuar, necessariamente, desde que concorram as condições exigidas em lei"* (TOURINHO FILHO, 1984).

Não podem, pois, segundo o princípio da obrigatoriedade, as autoridades policiais e o Ministério Público, preenchidos os requisitos legais, deixar, respectivamente, de instaurar inquérito policial, de interpor a ação penal ou dela desistir.

6 - A LEI N.º 9099/95 E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA

6.1 - A introdução do princípio no âmbito da ação penal pública

Com o advento da Lei n.º 9099/95, foi introduzido no Brasil, no âmbito da ação penal pública (a ação penal privada já se regia pelo princípio da oportunidade⁴), o chamado princípio da oportunidade regrada, embora

⁴ NOGUEIRA, 1994, p. 59.

continue francamente prevalecendo em nosso direito o princípio da obrigatoriedade.

A adoção do princípio da oportunidade regrada faz-se notar nos dispositivos da mencionada lei relativos à transação penal (art. 76) e à suspensão condicional do processo (art. 89), ambas medidas de caráter despenalizador, porquanto procuram evitar a aplicação da pena de prisão.

6.2 - A transação penal

A transação penal aplica-se às infrações de menor potencial ofensivo (art. 61), cuja pena máxima seja não superior a um ano, e pode ser proposta pelo Ministério Público, quando não for o caso de arquivamento.

A transação deverá versar sobre a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Aceita a proposta pelo agente delitivo, o juiz aplicará a pena acordada, que não implicará em reincidência, não gerará efeitos civis e não constará de certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos.

Desta forma, não há na transação propriamente um processo, mas um procedimento, sendo a sentença meramente homologatória.

6.3 - A suspensão condicional do processo

A proposta de suspensão condicional do processo acompanha a denúncia oferecida pelo Ministério Público e aplica-se aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano.

O *sursis* processual pode ser concedido desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Sem prejuízo de outras condições que poderá o juiz especificar, as condições do período de prova, que poderá durar de 2 a 4 anos, são: a reparação do dano (salvo a impossibilidade de fazê-lo), a proibição de freqüentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e o comparecimento obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Cumpridas todas as condições durante o período de prova, sem que o acusado seja processado por outro crime, é declarada extinta a punibilidade.

6.4 - As estreitas limitações ao princípio da oportunidade no Brasil

Como se vê, diz-se princípio da oportunidade regradada (ou da discricionariedade regulada), porque nele está o Ministério Público rigidamente adstrito às alternativas previstas na lei, para efeito de pôr em prática qualquer dos dois institutos retromencionados, muito distante, portanto, da verdadeira discricionariedade, existente no direito anglo-saxão.

Oportunidade regradada, também, porque em todo o processo sofre o Ministério Público a fiscalização do órgão judicial, a quem cabe, em última análise, a apreciação da legalidade e da conveniência da medida.

Continua o Ministério Público, portanto, impedido de dispor da ação penal, ou seja, de determinar discricionariamente o arquivamento do inquérito, de desistir da ação já proposta ou deixar de propô-la, quando existentes os pressupostos de seu exercício.

Igualmente vedada permanece a desistência do recurso por parte do *Parquet*.

Para Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 1996), Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1995) e Damásio E. de Jesus (JESUS, 1996), sequer pode o Ministério Público, preenchidos os requisitos da Lei n.º 9099/95, deixar de propor tanto a transação penal quanto a suspensão

condicional do processo, porquanto, em sua visão, o termo “poderá”, utilizado nos arts. 76 e 89 da Lei, se refere a um poder-dever da instituição, pois possuiria o acusado o direito subjetivo a tais medidas penais benéficas.

Há até os que, como Damásio E. de Jesus (JESUS, 1996), se filiam à corrente da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n.º 9099/95 (Escola Nacional da Magistratura, Brasília, outubro de 1995), que, em sua 13ª conclusão, entendeu 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”*.

Quanto à posição descrita no parágrafo anterior, opõem-se a própria Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, vencido Luiz Flávio Gomes (GRINOVER, 1996, p. 125):

“Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitada pode parecer sedutora, mas faz tábula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador.

*Na hipótese do art. 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria, por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos da movimentação **ex officio** da jurisdição, hoje proibida em nível constitucional para a ação penal pública (art. 129, I, CF) e banida pela própria Lei n.º 9099/95, que quis revogar expressamente a Lei*

n.º 4611, de 2 de abril de 1965.

Com efeito, não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional (v. comentário n. 2 ao art. 74) e não se pode negar que, nesse caso, teríamos exercício de jurisdição sem ação.

Mas, 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. Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus assegurados às partes ao longo de todo o processo.⁵

Por outro lado, amplamente questionável o entendimento, exposto anteriormente, de que o acusado, caso atendidos os requisitos legais da Lei n.º 9099/96, teria o direito subjetivo público à transação penal e à suspensão condicional do processo.

Ora, como se admitir um direito subjetivo ao acordo, visto que se tratam de medidas despenalizadoras de carácter estritamente consensual?

⁵ No mesmo sentido, decidiu o STJ (HC n.º 5664-SP, Reg. Nº 96.0036210- 6): "-Recurso em *habeas corpus*. Lei n.º 9.099/95. Suspensão do processo. Indeferimento pelo juiz singular. Titularidade do poder de propor. -Cingindo-se o acórdão recorrido a examinar o recurso sob o aspecto da titularidade do poder de propor a suspensão do processo, sem abordar o mérito do pedido, dá-se parcial provimento ao recurso para desconstituir o acórdão e a decisão de 1º grau, a fim de ensejar a manifestação do Ministério Público, titular do poder de propor a medida preconizada no art. 89, da Lei n.º 9.099/95."

Outrossim,

“reconhecem-se direitos subjetivos públicos às pessoas, mas também existem os direitos subjetivos do Estado enquanto ente dotado de personalidade jurídica, donde inviável efetuar um comando normativo quando, em verdade, a norma pode produzir direitos subjetivos a dois lados opostos!” (OSÓRIO, 1996, p. 318).

Assim, também possui o Ministério Público o direito subjetivo de fazer a proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, desde que presentes os pressupostos legais.

De todo o exposto, da análise da transação penal e da suspensão condicional do processo, o que se percebe é que está ainda longe de existir no processo penal brasileiro qualquer discricionariedade por parte do Ministério Público, que continua obrigado a agir e a agir dentro dos estreitíssimos limites impostos. Neste sentido o entendimento do eminente Professor Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1997, p. 132):

“§ 6º Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95).

Divergindo da doutrina majoritária, entendemos que a Lei n.º 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória. Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o

José Alberto Santóia de Souza

princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

*Na verdade, o legislador não deu ao Ministério Público a possibilidade de querer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Código de Processo Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o **Parquet** discricionariedade que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal."*

Cabe observar, todavia, que, na mesma obra, pouco mais a frente, Afrânio Silva Jardim considera ter havido certa mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória apenas no que tange à suspensão condicional do processo.

7 - O PLEA BARGAINING NO DIREITO AMERICANO⁶

7.1 - Histórico e definição

Plea bargaining não é uma prática recente. Há evidências de sua utilização nos Estados Unidos da América

⁶Institutos semelhantes são encontrados no Canadá, Inglaterra e Escócia.

mesmo antes da Guerra Civil naquele país (1861) e de ter se tornado o meio predominante de administração da justiça pouco depois (MAYNARD, 1984).

Uma pesquisa de meados de 1920, realizada por vários Estados daquele país, já revelava o quão predominante havia se tornado o instituto.

Todavia, somente a partir de meados de 1960 tornou-se um tema nacional, objeto da atenção de inúmeros juristas e de várias disciplinas.

Após 1970, houve uma explosão de material publicado a respeito, sendo hoje o *plea bargaining* objeto de pesquisas em todo o mundo, devido aos impressionantes resultados práticos de sua aplicação tanto na solução de casos quanto no auxílio a investigações criminais em geral, com a descoberta de autores e co-autores de delitos, com base em confissões de culpa transacionadas.

A Suprema Corte Americana não só declarou constitucional o instituto, como em 1971, no caso *Santobello v. New York* (404 U.S.), definiu-o como "*um componente essencial da administração da justiça*".

Plea bargaining pode ser definido como o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a

situação do réu, evitando, assim, a realização do processo (HEUMANN, 1978; MAYNARD, 1984).

Em geral o termo *plea bargaining* é utilizado para designar a negociação entre *prosecutor* (órgão do Ministério Público) e *defendant* (réu) em torno da confissão de culpa (*guilty plea*⁷) deste, em troca de concessões do Estado (geralmente atenuação da pena).

Todavia, a expressão *plea bargaining* também abrange vários outros fenômenos, tais como a negociação para obtenção da retirada de alguma acusação (*charge dismissals*), adiamentos (*continuances*), ajustes para a realização de julgamentos (*setting trials*), discussão sobre os fatos (*discussing facts*), nos quais a concessão estatal não é trocada por uma confissão de culpa.

7.2 - Classes de *plea bargaining*

As principais classes de *plea bargaining*, de acordo com VILAR (1994), GARCIA (1996), HEUMANN (1978) e MAYNARD (1984) são:

⁷ Nas palavras de VILAR, Sílvia Barona (1994, p. 52), o *guilty plea* pode revestir-se na praxis processual americana de três formas: "1. *Voluntária o no influída: a través de esta forma el reo va a confesarse culpable sin outra razón que por la evidencia de su culpabilidad o bien porque actúa movido por remordimientos de conciencia.* 2. *Structurally induced plea (inducida). La confesión viene en este caso motivada ya porque existe una norma en la que se impone pena mayor a aquél que insiste en celebrar la vista, o ya porque de hecho se sabe que los jueces van a adoptar un trato de favor respecto de aquéllos que confiesan su culpabilidad, renunciando con ello a la celebración de la vista.* 3. *Negociada. Se trata del plea bargaining...*"

7.2.1 - Sentence bargaining

Consiste num acordo entre o acusado e o promotor, e, por vezes, também o juiz (levando-se em conta as diferenças existentes de um Estado para outro), em que, mediante uma declaração de culpabilidade do primeiro, se lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes (*recommendations*) ao juiz - as quais este não está obrigado a seguir - ou de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feito pela defesa.

7.2.2 - Charge bargaining

Neste tipo de transação, em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecutor* se compromete a abandonar determinada ou determinadas imputações que originalmente lhe foram feitas ou acusá-lo de um delito menos grave que o realmente cometido.

7.2.3 - Forma mista

O acusado confessa em troca da diminuição de

imputações e da aplicação de uma pena atenuada.

Por exemplo: o acusado de três roubos se declara culpado de apenas um, em troca da promessa de que lhe será imposta pena não superior a dois anos de prisão.

Há, também, formas de negociação em que o réu pode devolver objetos subtraídos, comprometer-se a indenizar a vítima, dar informações à polícia, testemunhar contra outros ou, ainda, as que tratam do lugar onde será cumprida a pena, a sujeição a tratamento para viciados em drogas, etc.

7.2.4 - *Implicit plea bargaining*

Enquanto no explícito, formal, *explicit plea bargaining*, que abrange as categorias anteriormente descritas, existe uma confrontação entre as partes quanto aos fatos, capitulação e pena, após o que chega-se a um acordo, o *implicit plea bargaining*, implícito ou informal, refere-se a práticas forenses que proporcionam leniência sem a necessidade de negociação entre acusação e defesa.

Uma pesquisa levada a cabo por Friedman em 1979 constatou que, entre 1950 e 1970, 36% das declarações de culpa (*guilty pleas*) no Condado de Alameda, California, deveram-se ao *plea bargaining* implícito e 40% ao explícito.

O *implicit plea bargaining* reflete o desejo dos aplicadores do direito de mitigar as elevadas sanções previstas na lei, estabelecendo médias de penas para crimes normais, as quais são empregadas de forma lógica e menos individualizada.

Na realidade, trata-se de uma cultura instalada na justiça americana no sentido de que todo o réu que confessar sua culpa deve ser recompensado com uma pena mais branda e de que todo aquele que insistir em ir a julgamento não terá tal tratamento.

Desta forma, mesmo que não haja negociação expressa entre as partes, a declaração de culpa será sempre premiada.

Tal fator leva a crer que mesmo que fosse legalmente abolido o *plea bargaining (explicit)* do direito americano, continuaria ele a existir em sua maneira informal (*implicit*).

Há que se observar que o grau de discricionariedade na escolha da capitulação para o fato delituoso e na aplicação da pena é elevadíssimo no direito americano, o que exerce poderosa influência sobre o acusado, induzindo-o a ceder à negociação.

Veja-se, a respeito, o seguinte trecho de artigo sobre *plea bargaining* (ROSETT, 1986, p. 1394):

"Under most modern American penal codes, the same criminal conduct typically permits

José Alberto Santório de Souza

the defendant to be charged with one or more of several distinct offenses, each carrying different levels of potential punishment. Some of the potential sentences are severe; not just CAPITAL PUNISHMENT but punishment for common offenses by prison terms that may exceed the length of a person's vigorous adulthood. It would be practically impossible and morally unthinkable to apply such severe sanctions in a substantial portion of the cases.

The system is thus dominated at every level by official discretion; police, prosecutors, judges, and correctional officials are expected to extend leniency to most offenders lest the system become brutal and the courthouses overloaded. The guilty plea thus provides incentives for the state as well as the defendant. The courts are prepared to try only about ten percent of the cases potentially before them, and prosecutors value convictions obtained without the effort and expense of trial."

Importante, por outro lado, levar-se em conta que se as concessões fossem padronizadas, perderiam muito de sua força de persuasão sobre os acusados para que declarassem sua culpa.

7.2.5 - O juiz

Os acordos são sempre submetidos à aprovação do juiz, que, como já dito anteriormente, participa ou não

das negociações, dependendo do sistema adotado no Estado em questão, visto que o direito penal e processual penal norte-americano não é uniformizado, ao menos no que tange à justiça comum.

O magistrado, antes de concordar ou não com a transação efetuada, pode requisitar as informações que julgue necessárias do *probation officer* (oficial da condicional), inclusive relativas a antecedentes criminais.

São requisitos para a homologação do acordo:

1. ter o réu feito sua *plea of guilty* voluntariamente, sem sofrer coação por parte de autoridades;

2. a perfeita compreensão pelo acusado das implicações de sua confissão, da natureza das imputações e da pena;

3. a exatidão da declaração de culpa, que deverá fornecer uma *factual basis* (base fática) para a condenação.

Para verificar o atendimento a tais mandamentos, deverá o juiz dirigir-se pessoalmente ao réu.

Além dessas hipóteses, pode ainda o juiz rechaçar o acordo caso entenda que foi excessivamente benévolo para o acusado ou que o promotor excedeu sua discricionariiedade ao fixar a imputação e a pena solicitada.

Cabe recurso da decisão que não aceita a transação.

7.2.6 - A vítima

A vítima tem, basicamente, dois interesses na causa criminal: o financeiro, consistente na reparação do dano, e o retributivo ou de vingança.

No *charge bargaining* pretende ela que o *prosecutor* negocie de forma a obter a restituição e no *sentence bargaining* que a indenização integre a pena;

No *plea bargaining*, tem o ofendido dois direitos (a determinação desses direitos varia de Estado para Estado):

- a. o direito de ser informado e de estar presente, como mero expectador;
- b. o direito de participar, mediante consulta ao juiz ou ao promotor.

7.3 - Procedimento do *plea bargaining*

Em 1970, a Suprema Corte dos EEUU estabeleceu, para evitar injustiças, que deveria ser tido como válido e eficaz apenas o acordo que não tenha sido fruto de pressões, ameaças ou de corrupção do representante do Ministério Público (*Brady v. United States* (1970) 397 US 742).

Outrossim, para evitar mal-entendidos e falsas declarações, a Suprema Corte Federal, no caso *Boykin v.*

Alabama (1969) 395 US 238, determinou que os acordos devem deixar explícito seu conteúdo, neles restando claro que o réu tem consciência das implicações de sua confissão, bem como que a mesma foi voluntária.

A partir de então, os tribunais estaduais elaboraram regras que disciplinam a formulação do *guilty plea*.

Na Califórnia, as *rules of court* (regimento interno do tribunal) e as normas legais estabelecem, entre outras coisas, como pressupostos, que o acordo deve ser efetuado oralmente pelas partes e, em seguida, reduzido a escrito e que o magistrado deve informar ao imputado que a aceitação inicial do acordo por parte do juízo não é irrevogável, bem como que, caso retirado o consentimento judicial, poderá o acusado retratar-se de seu *guilty plea*.

8 - CRÍTICAS AO PLEA BARGAINING

8.1 - Aspectos positivos e negativos

Os principais pontos negativos apontados no *plea bargaining* são:

1. contraria princípios processuais penais do direito continental, tais como o da inocência, o da verdade real e o do contraditório;

2. falta de publicidade;
3. desigualdade entre os réus;
4. manipulação política, pressão e coação psicológicas;
5. pessoas inocentes são induzidas a se declararem culpadas, temendo serem condenadas em juízo;
6. disparidade de penas.

Por outro lado, os principais pontos positivos existentes no instituto são:

1. permite um rápido julgamento dos crimes;
2. evita os efeitos maléficos da demora do processo, mormente quando o acusado está preso;
3. facilita uma rápida reabilitação do agente delituoso;
4. proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência;
5. constitui forma mais flexível de administrar a justiça que o modelo tradicional;
6. o acusado culpado receberá uma pena mais leve ou concessões que não receberia caso fosse julgado e condenado;
7. o acusado não terá a publicidade negativa decorrente do julgamento;

8. possibilita ao réu economia de gastos com advogados;

9. o promotor, o juiz e o defensor (mormente o público) poderão dedicar-se com mais afinco aos casos mais complexos e terão reduzida a sua carga de trabalho;

10. o promotor, com as informações obtidas do imputado, poderá solucionar outros casos e condenar outros criminosos;

11. o Estado, com a imposição mais rápida da pena, terá maior eficácia quanto aos fins colimados pela sanção penal, diminuindo, inclusive, a impunidade;

12. a vítima pode obter uma reparação material mais rápida;

13. proporciona uma maior individualização da justiça.

Claramente, as vantagens do instituto do *plea bargaining*, fruto da adoção do verdadeiro princípio da disponibilidade da ação penal, são maiores que as desvantagens apontadas.

Mais, nas palavras de Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1995, p. 37),

"todas essas críticas resultam em grande parte invalidadas quando se considera que o 'acordo' resulta da livre manifestação da

vontade do implicado, sempre assistido, ademais, por profissional técnico. E não haveria praticamente nada a ser censurado se a manifestação de vontade fosse feita perante o juiz." (grifo meu)

A ressalva posta em destaque no parágrafo anterior perde seu significado, todavia, se levada em conta a participação do juiz (variável entre os Estados americanos) na realização do *plea bargaining*, bem como a necessária entrevista pessoal do magistrado com o acusado para averiguação da voluntariedade, compreensão e exatidão da confissão de culpa, conforme já discorrido anteriormente.

Quanto à contrariedade aos princípios processuais penais do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da amplitude de defesa, vale citar o que diz Damásio E. de Jesus ao comentar a transação penal da Lei n.º 9099/95 (JESUS, 1996, p. 76):

"Princípios do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da amplitude de defesa.

O instituto da transação inclui-se no 'espaço de consenso', em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e uso de determinados direitos (Luiz Flávio Gomes, Da transação penal e da suspensão condicional do processo, RT, 692:387). De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas

que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação pelo atuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais."

Aliás, a mesma relatividade dos mencionados princípios aplicar-se-ia, com adequação, também ao princípio da legalidade, do qual tratarei mais à frente, no próximo capítulo.

Quanto ao risco de pessoas inocentes declararem-se culpadas em troca de concessões decorrentes do *plea bargaining*, não chega a representar um fator relevante, tendo-se em vista que a esmagadora maioria de réus detêm culpabilidade em algum grau, mormente considerando-se a situação em foco num país em que o Ministério Público não está vinculado à obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, não se pode negar ao réu, para quem, afora toda a hipocrisia, o processo já representa verdadeira pena (em virtude dos altos custos dele decorrentes, da demora de sua tramitação, com a angústia dela resultante, da incerteza do resultado, da publicidade negativa que pode

trazer, etc.), o direito de cotejar os custos e benefícios deste com os de uma pena branda (talvez meramente restritiva de direitos ou multa), obtida por meio de uma transação com o *Parquet*.

8.2 - *Plea bargaining* - mera resposta ao congestionamento da justiça?

Imperativo, por derradeiro, analisar-se a afirmativa de alguns críticos de que o *plea bargaining* constitui apenas uma saída encontrada nos Estados Unidos para o congestionamento de sua justiça criminal, devido ao aumento da criminalidade.

Inúmeras pesquisas revelaram que o *plea bargaining* é uma prática comum tanto em juízos com grande volume quanto em juízos com pequeno volume de casos.

A título de exemplo, seguem alguns dos resultados da pesquisa realizada por Milton Heumann (HEUMANN, 1978) junto ao Judiciário do Estado de Connecticut:

Quadro 1 - Números referentes às formas de solução de casos criminais. Cortes Superiores de Connecticut. De 1966 a 1973.

Disposition of Criminal Cases by Defendants in Connecticut Superior Courts, 1966-73							
Method of Disposition	1966-67	1967-68	1968-69	1969-70	1970-71	1971-72	1972-73
Guilty Plea	1635	2107	2696	3186	3680	3332	2244
Nolle or Dismissal	267	419	686	1110	1302	1302	646
Trial	164	241	301	191	231	156	114
Total Dispositions	2066	2767	3683	4487	5213	4790	3004
% Trial/ Total Disposition	7.9	8.7	8.2	4.3	4.4	3.3	3.8

Fonte: Heumann (1978)

Quadro 2 - Números relativos à média de casos criminais apreciados por ano. Cortes Superiores de Connecticut. De 1880 a 1954

Rank Ordering of Connecticut Superior Courts by Mean Number Cases Disposed Annually, 1880-1954			
Superior Courts	Total Cases	Mean	Standard Deviation
Tolland	2468	34	21
Middlesex	4143	56	20
Windham	5362	73	25
Litchfield	6235	85	51
Waterbury	5220	87	37
New London	8553	117	43
Fairfield	19,043	261	71
New Haven	20,236	278	104
Hartford	24,212	332	158

Fonte: Heumann (1978)

Quadro 3 - Números referentes à média anual de julgamentos realizados em cortes com grande e pequeno volume de casos. De 1880 a 1954.

Means of Annual trial to Total Cases Ratio for Low and High Volume Superior Courts, 1880-1954						
	Low Volume Courts			High Volume Courts		
	Tolland	Middlesex	Wndham	Fairfield	New Haven	Hartford
Mean Trials/Cases	.16	.14	.11	.07	.12	.07
Standard deviation	.12	.07	.07	.05	.06	.04

Fonte: Heumann (1978)

A história, por outro lado, demonstra que o *guilty plea* tornou-se uma importante forma de solução de casos no final do século dezenove e início do século vinte na América do Norte. Portanto, resta evidente não se tratar de mera resposta ao aumento da criminalidade.

8.3 - Outras visões do instituto

Em anos mais recentes, pesquisadores encontraram outras explicações para o instituto. Uma teoria aponta-o como um esforço estatal no sentido de individualizar a justiça, considerando que graves injustiças são feitas quando penas são uniformemente aplicadas a pessoas em condições semelhantes. Assim, a verdadeira justiça implicaria na adaptação das penas abstratamente previstas às características individuais do agressor e da ofensa, constituindo, portanto, a negociação entre promotor e defesa verdadeira mediação entre a lei e a realidade do mundo.

Outros vêem a explicação para a alta taxa de *guilty pleas* no fato de representar o *plea bargaining* um sistema em que, levando-se em conta que a grande maioria dos réus são realmente culpados, ambas as partes obtêm benefícios. Peca esta teoria, entretanto, por constituir um raciocínio circular, pois o processo de troca é utilizado para explicar a si mesmo.

Outros, ainda, vêem o instituto como um processo estruturado em nível da coletividade, mecânico e estilizado, no qual seus participantes são socializados, ou como um *collective way of life* (modo de vida coletivo) nos tribunais, uma forma de discurso consistente em práticas sociais organizadas.

9 - CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazidas pela Lei n.º 9099/95 - fruto da ideologia do intervencionismo mínimo do direito penal - já se iniciou o trabalho de desmitificação do princípio da legalidade processual, no âmbito da ação penal pública incondicionada, posto que a ação penal privada já se regia pelo princípio da oportunidade.

Admitiu-se expressamente a falácia e hipocrisia

que representa a idéia de que possa e deva o Estado punir toda e qualquer infração à lei⁸, idéia esta fundada nas teorias absolutas da pena, no princípio de que todo delito deve ser vingado.

Com a modificação das teorias absolutas da pena, através das funções preventivas gerais, que concebem a punição como finalidade e necessidade social, perdeu o princípio da legalidade muito de sua base originalmente teórica.

Surge um processo penal com ênfase à instrumentalidade face ao direito material e aos valores sociais e políticos da nação.

A chamada *cifra negra*, composta pelos delitos de ação penal pública não descobertos, não perseguidos e não sancionados, seja devido à inércia dos que poderiam dar a notícia do crime, seja pelo fato de as autoridades deixarem, em certos casos, arbitrária e seletivamente, de cumprirem seus misteres (a polícia não instaura o inquérito,

⁸ "Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais, e politicamente caóticos, inclusive entre órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente, como necessário, que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas." (Item 3, da exposição de motivos, do anteprojeto de lei para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, apresentado à Câmara dos Deputados, como Projeto de Lei n.º 1480/89, pelo Deputado Michel Temer)

o Ministério Público e o juiz atuam de modo a que se chegue à prescrição, etc.); demonstra a falência de tal princípio.

Carece de racionalidade, e, conseqüentemente, de legitimidade, a "legalidade processual penal", porquanto impossível é sua realização social ou completamente diferente de sua planificação.

Vale citar a brilhante análise, quiçá filosófica, da questão por Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 1996, p. 19):

"O nível 'abstrato' do requisito de verdade social poderia chamar-se de adequação de meio a fim, ao passo que o nível 'concreto' poderia denominar-se adequação operativa mínima conforme planificação. O discurso jurídico-penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso, porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um ser que ainda não é para converter-se em um ser que nunca será, ou seja, que engana, ilude ou alucina.

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do 'ser' e refugiar-se ou isolar-se no 'dever ser' porque para que esse 'dever ser' seja um 'ser que ainda não é' deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder."

Mais à frente, em sua obra, explica, detalhadamente, de forma prática, o problema e sua conclusão a respeito (ZAFFARONI, 1996, p. 26):

"4- A legalidade nem mesmo é respeitada no âmbito do sistema penal formal. Embora o sistema penal 'formal' não seja mais do que o apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade não é respeitada, nem mesmo em sua operacionalidade social. A estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o 'dever ser', o sistema penal intervém repressivamente de modo 'natural' (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado.

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Diante da absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores mais vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mão dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal 'formal' a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima."

Assim, contestável o princípio da obrigatoriedade, não apenas sob a ótica dos defensores do direito penal mínimo, mas também por aqueles que pretendem uma maior efetividade, rapidez e economia da justiça penal, bem como uma rápida socialização do delinqüente e indenização da vítima, sendo a alternativa lógica uma maior implementação do princípio da disponibilidade na seara da ação penal pública.

Por outro lado, se a obrigatoriedade da ação penal resulta do dever dos órgãos e autoridades públicas de agir segundo o que determina a lei, pois bem, que a lei autorize o exercício da discricionariedade ao Ministério Público, em todos ou em determinados casos. Aí teremos a convivência harmônica do princípio da legalidade com o da discricionariedade. Veja-se o caso da Alemanha, citado

pelo Professor Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1997, p. 109):

“Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, em toda a sua plenitude, como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda a sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador. Vale dizer, aqui não foi mitigado o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não incidência para hipóteses menos relevantes.”

Por fim, *data maxima venia* do entendimento do ilustre mestre, discordo da afirmativa de que não é próprio de um Estado Democrático de Direito o exercício de poderes discricionários por parte do Ministério Público.

Mas, o que ocorre então com o *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, berço da democracia moderna, cuja revolução e declaração de independência (1776) antecederam, mesmo, a revolução francesa (1789)?

Por que não pode o Estado, dentro dos poderes conferidos pela lei, por meio do órgão do Ministério Público, seu representante legítimo, eleger prioridades e gerenciar recursos (requisitos mínimos para o sucesso de qualquer atividade de monta) ou exercer uma política criminal preestabelecida?

Mostra-se perfeitamente viável, dentro do invejável grau de aperfeiçoamento institucional alcançado pelo Ministério Público no Brasil, conceder-lhe a sociedade maior liberdade de ação na esfera penal e proporcionar-lhe papel mais ativo na apuração dos delitos e fiscalização da polícia, como já ocorre, há muito, em países desenvolvidos.

10 - A SITUAÇÃO DO BRASIL APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 9099/95

Decerto, o advento dos Juizados Especiais Criminais, da transação penal e da suspensão condicional do processo proporcionou considerável descongestionamento da justiça criminal brasileira.

Todavia, mostram-se ainda tímidas essas medidas diante da magnitude do problema, ainda presente, mesmo após as inovações da Lei n.º 9099/95.

Segundo o Banco de Dados do Poder Judiciário (*Gazeta Mercantil*, 1997), em 1988 deram entrada nos tribunais e fóruns do País 350 mil processos, enquanto em 1996 foram protocoladas 3,7 milhões de peças, número 957,14% maior do que o contabilizado no ano da promulgação da Constituição Federal.

O número de juízes por habitante é pequeno, havendo, ainda, um considerável déficit de número de magistrados em relação ao número de cargos existentes.

Quadro 1 - Número de habitantes por juiz e déficit do número de juízes

Estados	Número de habitantes por juiz	Cargos criados	Cargos ocupados	Déficit do n.º de juízes
Pará	37.838	210	144	31,43%
Bahia	34.178	484	370	23,55%
Alagoas	33.568	206	80	61,17%
Minas Gerais	31.319	760	527	30,66%
Rio de Janeiro	27.025	616	492	20,13%
São Paulo	26.831	1552	1256	19,07%

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário/95 (*Estado de Minas*, 1997)

Permanece o descrédito no Poder Judiciário, conforme se vê do quadro a seguir, que sintetiza o resultado de pesquisa que ouviu 400 moradores da Capital do Estado de São Paulo, entre os dias 25 e 26 de março de 1997:

Quadro 2 - Nível de credibilidade do Poder Judiciário

Judiciário					
	Credibilidade	Eficiência	Rapidez	Honestidade	Transparência
Nota 5	10%	7%	2%	9%	6%
Nota 4	20%	14%	4%	17%	17%
Nota 3	30%	27%	17%	28%	22%
Nota 2	20%	29%	29%	23%	24%
Nota 1	20%	23%	48%	23%	31%

Fonte: InformEstado (*O Estado de São Paulo*, 1997)

Particularmente, em Belo Horizonte, segundo a Caixa Imobiliária/Kênio Pereira Advogados Associados (*Estado de Minas*, 1997), houve um aumento de 32% no número de ações criminais nos últimos 5 anos e diminuiu o grau de eficiência do Judiciário.

Quadro 3 - Número de ações criminais, de julgamentos e grau de eficiência das varas criminais de Belo Horizonte

Ações propostas e julgadas no Fórum Lafayette			
Crime			
	Entradas	Julgamentos	Eficiência
1992	7.050	5.520	78,30%
1996	9.309	4.668	50,20%

Fonte: Caixa Imobiliária/Kênio Pereira Advogados (*Estado de Minas*, 1997)

Segundo a Corregedoria de Justiça de Minas Gerais (*Estado de Minas*, 1997), cada juiz de direito da Capital, hoje, cuida, em média, de 1129 processos, o que certamente representa uma carga excessiva de trabalho.

Realizei pesquisa, baseada nos relatórios mensais da Corregedoria de Justiça, bem como em informações fornecidas pelo juiz e pela escrivã de uma das varas criminais da Capital (que reflete a situação geral das 13 demais) e obtive os seguintes dados:

1. O número de processos em curso em junho de 1997 na vara era de 1225.

2. A suspensão condicional do processo só é aplicada a cerca de 10% dos feitos da vara.

3. Os números relativos a feitos distribuídos nos meses de junho a novembro de 1995 (anteriores à criação, em 02/02/96, do Juizado Especial Criminal); para a vara são os seguintes:

junho/95 -	70
julho/95 -	81
agosto/95-	88
setembro/95 -	60
outubro/95-	62
novembro/95-	50
Total -	411
Média -	68

Os números relativos a feitos distribuídos para a vara nos meses de janeiro a junho de 1997 (posteriores ao funcionamento do Juizado Especial Criminal) são os seguintes:

janeiro/97 -	58
fevereiro/97 -	45
março/97 -	48
abril/97 -	75
maio/97 -	47
junho/97 -	79
Total -	322
Média -	53

Assim, comparando-se o segundo com o primeiro período, percebe-se que após a instalação do Juizado Especial Criminal foram distribuídos à vara 82 inquéritos a menos, o que representa uma queda de 14,9%.

4. Em virtude da criação do Juizado Especial Criminal, foi extinta a vara de crimes de trânsito em outubro de 1996, e seus processos relativos a lesões corporais culposas foram remetidos para o Juizado Especial Criminal; já os relativos a homicídios culposos foram distribuídos (no prazo de uma semana) entre as 14 varas criminais existentes, cabendo cerca de 200 processos para cada uma.

5. O número de processos por homicídios culposos hoje representa cerca de 10% do volume de serviço da vara.

Já o Juizado Especial Criminal, segundo o relatório oficial do mês de julho de 1997, possui 5281 feitos em curso, sendo que nele oficiam 8 juízes, o que dá 660 para cada um.

Observe-se que parte dos Termos Circunstanciados de Ocorrência que chegam ao Juizado Especial Criminal referem-se a fatos atípicos.

Ressalte-se, também, que todos aqueles casos de menor gravidade (brigas entre vizinhos, de casais, etc.) que antes eram "resolvidos" nas Delegacias de Polícia, sem serem apreciados pela justiça, hoje são remetidos ao Juizado Especial Criminal.

De tudo isso, o que se extrai é que, embora os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como os Juizados Especiais Criminais, tenham desafogado consideravelmente a justiça criminal, o problema do excesso de trabalho, da falta de eficiência e da lentidão persistem, fazendo-se, assim, necessária a adoção de medidas mais arrojadas que as já tomadas, visto que, dispondo o Estado de recursos escassos, não se pode apenas raciocinar linearmente em termos de aumento do número de juízes, promotores, funcionários e de incrementação de instalações físicas.

11 - CONCLUSÃO

1) As medidas decorrentes da Lei n.º 9099/95 mostraram-se tímidas, diante da magnitude dos problemas enfrentados pela justiça criminal brasileira.

Permanecem o excesso de carga de trabalho, a lentidão e a ineficiência do sistema judicial, fatos públicos e notórios que sequer carecem de demonstração.

Respondem os Juizados Especiais Criminais por modesto percentual do volume total de trabalho apenas da justiça penal comum brasileira, visto que o art. 1.º, da Lei n.º 9099/95 exclui os Juizados Especiais da esfera das justiças especiais.

O espectro de atuação dos Juizados Especiais Criminais é por demais estreito, limitado a crimes menores (são excetuosos pela lei aqueles com rito especial, o que, aliás, é questionável⁹), nos quais, em geral, verificava-se anteriormente a prescrição ou a decadência.

Está muito longe da verdadeira discricionariedade a atuação do Ministério Público nos termos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pois continua ele obrigado a agir e a agir dentro de apertados limites legais, como dantes.

2) Mostra-se ultrapassada a clássica concepção

⁹ O STF, ao apreciar questão de ordem suscitada no inquérito nº 1055-3 Amazonas (DJ 24/05/96), decidiu que as normas penais benéficas da Lei 9099/95 aplicam-se aos procedimentos penais originários instaurados perante aquela egrégia corte.

da legalidade processual penal, posto que já perdida sua base teórica, fundada nas teorias absolutas da pena, bem como desprovido que é seu conteúdo de racionalidade, legitimidade e verdade social.

A alternativa lógica, para a qual tendem os países do sistema romano-germânico, é a crescente adoção do princípio da disponibilidade da ação penal.

Resta saber se ainda permanecerá por muito esse atual modelo de justiça, morosa e tardia, portanto injustiça manifesta, ou se haverá de seguir-se a tendência mundial, verdadeiramente implementando-se a adoção do princípio da discricionariedade no Brasil.

3) O *plea bargaining*, instituto do qual muito se fala e pouco se explica, responsável pela solução de cerca de 90% dos casos criminais da justiça norte-americana, constitui excepcional exemplo prático da aplicação em um país do real princípio da discricionariedade, fornecendo seu estudo àqueles que anseiam pela modernização, agilidade e eficiência de nossa justiça, valioso referencial no exercício de um repensar do processo penal brasileiro.

****José Alberto Sartório de Souza é Promotor de Justiça.***

12 - BIBLIOGRAFIA

BRASSAN, Sílvio - Falta de ação diminui credibilidade de Poderes. *O Estado de São Paulo*, 30 mar. 1997. p. A -10.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde - A reforma processual penal italiana - Reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo saxônica. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991.

GALLUCCI, Mariângela - Justiça é cada vez mais procurada. *Gazeta Mercantil*, 13 fev.1997. p. A-8.

GOMES, Luiz Flávio - Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei n.º 9099, de 26 set.1995. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Juizados especiais criminais: comentários à Lei n.º 9099, de 26 set. 1995. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1996.

HEUMANN, Milton - *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

JARDIM, Afrânio Silva - *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de - *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MALTA, Ana - Judiciário mineiro: poder, afogado em crise. *Estado de Minas*, 23 fev.1997. p. 40-41.

MAYNARD, Douglas W. - *Inside plea bargaining*. New York: Plenum Press, 1984.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio - *Curso Completo de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina - O “consensus” na transação penal e suspensão condicional do processo penal: observações sobre a Lei n.º 9099, de 26 set.1995. *AJURIS*, n. 67, p. 296-333.

ROSETT, Arthur - *Plea bargaining. Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, v. 3.p. 1394-1396, 1986.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa - *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 1.

VILAR, Silvia Barona - *La Conformidad en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul - *Em Busca das Penas Perdidas: a Perda da Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE PENAL

****Marisa Levin Cremonesi***

SUMÁRIO

I - Considerações iniciais. II - Diferença entre Prescrição de Ação e Prescrição de Pena. III - Diferença entre Prescrição Retroativa e Prescrição Intercorrente. IV - Pena Abstrata e Concreta. V - Data da Fluição da Prescrição. VI - Reconhecimento da Prescrição Intercorrente, Acórdão Confirmatório da Sentença. VII - Críticas ao Instituto. VIII - Início ou Continuação do Cumprimento da Pena como Causa Interruptiva da Prescrição. IX - Suspensão da Prescrição. X - Lições Jurisprudenciais. XI - Consideração Final. XII - Propostas (A e B).

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os atos jurídicos são profundamente afetados pelo tempo.

A prescrição é um dos efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos, no tocante à sua eficácia e reconhecimento.

Em sede de processo civil, a prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Na lição dos

doutos, comprovada a prescrição, o juiz, desde logo, rejeitará o pedido do autor, no estado em que o processo estiver, independentemente do exame dos demais fatos e provas dos autos¹.

No processo criminal fala-se em prescrição INTERCORRENTE, "superveniente", na expressão de Damásio de Jesus.

A prescrição no campo civil é retratada pela inércia do titular do direito subjetivo. No campo penal, o transcurso do tempo vai incidir sobre a conveniência política de ser mantida a *persecutio criminis* contra o autor de uma infração ou de ser executada a sanção em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição, em sede penal, o Estado limita o *jus puniendi* concreto e o *jus punitiois* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que se considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição².

II - DIFERENÇA ENTRE PRESCRIÇÃO DE AÇÃO E PRESCRIÇÃO DE PENA

Na área penal, cuida-se muito da diferença entre prescrição da ação (pretensão punitiva) e prescrição da pena (pretensão executória).

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. II/408.

² TJSP, RT 381/151.

Dá-se ênfase para a primeira, com a qual Nélson Hungria, à frente de uma corrente no Excelso Pretório, logrou acolhimento da Súmula n.º 146, permitindo contagem do prazo prescricional *entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, não exigindo recurso do réu e sendo aplicada em caso de condenação em segundo grau*". Era a adoção da prescrição retroativa ou retrooperante em sua plenitude. Mais tarde, a súmula iria receber temperamentos, passando-se a exigir, para sua aplicação, houvesse *"sentença condenatória de primeiro grau, existência de apelação do réu, inexistência de recurso da acusação e contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória"*.

O magistrado Aélío Paropat Sousa, da Justiça de São Paulo, faz precioso histórico das marchas e contramarchas sofridas pela Súmula 146, lembrando a resistência que lhe fez no Supremo Tribunal Federal a corrente liderada pelo Ministro Luiz Gallotti, o qual, procurando restringir o alcance da Súmula, mantinha-se irredutível na posição: *"Como entendo que a Súmula é errada, e tenho de me submeter a ela, não amplio o erro - fico no erro, mas não vou além dele"*³.

O entendimento sufragado por aqueles que fautorizaram a Súmula n.º 146 seria de inequívoca

³RT677/295-308

procedência a pena concretizada, sem recurso de acusação, era a única que corresponderia ao direito de punir do Estado. A pena pedida no requisitório inicial do Promotor seria demasiada para a espécie, como se revelaria após a prolação da sentença; assim, se entre a sentença e a última causa interruptiva (conceituado como sentença até mesmo o acórdão condenatório recorrível - primeira decisão condenatória proferida na ação penal) houvesse decorrido prazo suficiente para a prescrição da pena concretizada, aplicar-se-ia a prescrição retroativamente.

III - DIFERENÇA ENTRE PRESCRIÇÃO RETROATIVA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A discussão recebeu seu termo com a promulgação do Código Penal de 1984, nova Parte Geral, que recepcionou a Súmula em sua plenitude, e até mesmo sem os temperamentos que lhe impuseram.

Todavia, se o § 2.º do artigo 110 do novo Código cuidou da prescrição retroativa, o § 1.º cuidou da prescrição superveniente à sentença condenatória, identificada nos Juízos Criminais pela expressão "prescrição intercorrente".

INTERCORRENTE, colhe-se nos léxicos, "é o

que sobrevém enquanto outra coisa dura; que sobrevém; que se mete de permeio" (V. Aurélio, DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA).

Impende, pois, se reconheça a diferença entre prescrição retroativa, regulada pelo art. 110, § 2.º, e prescrição intercorrente, regulada pelo mesmo dispositivo, § 1º; a retroativa tem seu prazo considerado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa, entre essa data e a da publicação da decisão condenatória, seja oriunda da primeira instância, seja da segunda instância. A segunda, intercorrente, tem seu prazo contado da publicação da decisão condenatória em diante (sentença ou acórdão), ou, como conceituada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "a primeira é contada para trás; a segunda é contada para frente"⁴. Em síntese: a primeira retrai no tempo, a segunda protrai no tempo.

A decisão condenatória faz o balizamento, é o marco decisório.

IV - PENA ABSTRATA E CONCRETA

Vale lembrar aqui que se considera, nesta passagem, não a sentença que transitou totalmente em

⁴ JTARS 62/102

julgado, mas a que transitou em julgado para a acusação. Não é mais a pena abstrata, mas a pena concreta, o termo fixador da prescrição. A razão reside em que, ou porque somente o réu recorreu, ou porque a decisão tornou-se preclusa para a acusação, ou foi improvido seu apelo, a condenação, quanto à quantidade da pena, não pode mais ser alterada em prejuízo da defesa. Diante disso, ensina Damásio de Jesus, *“a partir da sentença condenatória não existe fundamento para que a prescrição continue a ser fixada pelo máximo da pena privativa da liberdade cominada em abstrato”*⁵. Repita-se, então, com a doutrina predominante: *“a pena concretizada, sem recurso da acusação, seria a única que corresponderia ao **jus puniendi** do Estado”*.

V - DATA DA FLUIÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Não obstante as lições dos Mestres, que se entremostam tão simples, observam-se na Doutrina e na Jurisprudência, principalmente neste campo, algumas dúvidas que urge espancar. Recentemente, numa visão prática e ampla do instituto, reconheceu o STF que a prescrição, no processo penal, pode ocorrer *“entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, entre esta e a da publicação da sentença condenatória, entre esta e a da publicação do acórdão recorrido, entre esta e a do*

⁵ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 283.

*juízo do Recurso Extraordinário*⁶. Englobou, nessa visão conjunta, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente. Infere-se desse julgado do Excelso Pretório que, na hipótese de condenação pelo Tribunal, o prazo começa a correr a partir da data da publicação do acórdão, e não da data da sessão do julgamento, como querem alguns⁷, ou da apresentação do acórdão para ciência da Procuradoria de Justiça, como querem outros⁸. Parecem-nos, aliás, perfeitamente aplicáveis à hipótese os dizeres da Súmula 146, com as conclusões reavivadas em 1974⁹.

No que tange à sentença de 1º grau, a interrupção ocorre a partir da publicação da sentença, com elucidação da jurisprudência de que tal sobrevém na data em que o escrivão recebe a decisão do juiz e a junta aos autos, independentemente do registro e de outras diligências¹⁰. Infere-se ainda do citado aresto do Excelso Pretório que se o Recurso Extraordinário não impede a fluência do prazo prescricional superveniente¹¹, é marco, todavia, para decretação da extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código Penal, sempre tendo em vista a data da publicação da decisão condenatória atacada. Ressalte-se, por oportuno, que o

⁶ RTJ 123/609. RT 570/412.

⁷ RT 558/412.

⁸ RTJ 47/596.

⁹ RT 677/296.

¹⁰ RT 641/351; DJU 4 nov.1991 p. 15.695.

¹¹ STJ. DJU, 26 ago.1998. p. 21.038.

acórdão confirmatório da sentença condenatória não interrompe o prazo prescricional superveniente à decisão de primeiro grau, alertando Damásio de Jesus para a circunstância de que, *“havendo embargos infringentes, é possível que, a partir da sentença condenatória até o acórdão, já tenha decorrido prazo extintivo da pretensão acusatória”*¹².

VI - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, ACORDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA

Do até agora exposto conclui-se que a prescrição intercorrente pode ser reconhecida: a - em recurso apelatório, sentido estrito ou mesmo agravo, nos casos de eventual cabimento; b - em embargos infringentes¹³; c - revisão criminal¹⁴; d - Recurso Extraordinário¹⁵ e, obviamente, em *habeas corpus*¹⁶. Não mais se põe em dúvida que a prescrição pode ser reconhecida em julgamento de ofício, sem que as partes a tivessem requerido.

Há um aspecto bastante interessante no que tange à prescrição intercorrente: somente o acórdão

¹² JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 284.

¹³ STF. DJU, 15 set.1978. p. 6987

¹⁴ RT 601/391

¹⁵ RTJ 123/60

¹⁶ RT 558/398

confirmatório da pronúncia é que interrompe a prescrição, por força do disposto no art. 117, III, do Código Penal. Arestos relativos a outras infrações, confirmatórios da decisão condenatória de 1.º grau, não têm o condão de interromper a prescrição. Resulta daí que o prazo que flui da decisão condenatória de 1.ª instância em direção à prescrição só sofrerá interrupção pela reincidência (art. 117, VI) ou pelo início ou continuação do cumprimento da pena (art. 117, V). *De lege ferenda*, convinha que se criassem novas causas interruptivas de prescrição superveniente à sentença condenatória para pôr cobro às maquinações ardilosas de conquista da prescrição liberatória. Na verdade, a prescrição superveniente, a exemplo da prescrição retroativa, sob névoa de que a pena nela tratada é expressão da sanção perseguida pelo Estado contra o infrator e que, por isso, deve reger-se pela punição imposta, encontra acerbas críticas daqueles que invocam a morosidade da persecução penal e o emperramento da máquina judiciária. Não raro, dizem, o tempo que flui entre a sentença de 1.º grau, confirmação pela decisão de 2.ª instância, exame em recurso especial ou extraordinário, fica para “as calendas gregas”, favorecendo a prescrição. Daí a verberação do Ministro Cordeiro Guerra em voto memorável no Supremo: “*está na hora de alguém dizer que há necessidade de legislar para assegurar a defesa social, tal o afrouxamento da repressão criminal no Brasil*”¹⁷.

¹⁷ RTJ 128/279

VII - CRÍTICAS AO INSTITUTO

A despeito das inflamadas discussões travadas na Corte Suprema e nos Tribunais do País, observa-se que a prescrição intercorrente ou superveniente vem merecendo tratamento menos severo daqueles que erigem a prescrição em germe do crime na sociedade brasileira. Não sofre com as ironias de juristas, como a do Ministro Rodrigues Alckmin, que não poupava a prescrição retroativa: *"...interrompe, depois retroage! Se está interrompida, como pode retroagir? É necessário um mínimo de lógica..."*¹⁸.

VIII - INÍCIO OU CONTINUAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

Muitas vezes se tem criado um véu de Isis sobre a prescrição intercorrente. É quando o Réu, v. g., em acórdão confirmatório da sentença condenatória de 1º grau, é recolhido à prisão, por determinação da Câmara que julgou o processo (art. 594 do CPP). Por descuido, não se atenta para o prazo prescricional à frente, por certo à convicção de que a prescrição se interrompera pelo início do cumprimento da pena (art. 117, V).

¹⁸ RTJ 128/279

Nada mais inexato.

É firme a lição jurisprudencial de que

“as causas do inciso V somente interrompem o prazo prescricional da pretensão executória quando a decisão condenatória já transitou em julgado para a acusação e defesa. Caso ainda caiba recurso da defesa, não há interrupção. Não há também o efeito interruptivo pela expedição do mandado de prisão”¹⁹.

Na verdade, “início ou continuação do cumprimento da pena” implica, como o próprio nome diz, em interrupção da prescrição da pena, em interrupção da prescrição da pretensão da condenação. Depois da sentença recorrível, o prazo prescricional, recomeçado, é contado até o trânsito em julgado da condenação, salvo reincidência. A prisão provisória, pois, aquela efetivada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode implicar em interrupção da prescrição de pretensão executória.

Ressalte-se, todavia, que não obstante esse entendimento sedimentado, decisões esparsas vêm admitindo que “a prisão do Réu, mesmo após decisão recorrível, é execução de fato da pena, interrompendo, por isso, o curso da prescrição”²⁰.

¹⁹ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 284.

²⁰ JUTACRIM – 66/366.

Essa orientação, repita-se, vem merecendo reproche, ao argumento de que ela se revela *contra legem*, uma vez que a prisão provisória não está compreendida na execução, nem se afirma como ato significativo de cumprimento da pena. A propósito, os comentários de Damásio de Jesus na obra de sua autoria, já mencionada.

IX - SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

A lei penal, hoje, prevê explicitamente a chamada suspensão da prescrição, quando o Réu não é encontrado para responder à ação que lhe é proposta (Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996).

A questão da suspensão da prescrição recebeu, inicialmente, construção pretoriana (decisões do STF) que, no início, firmaram entendimento de que “*o obstáculo ao regular exercício da atividade jurisdicional suspenderia o curso da prescrição, que só voltaria a fluir após a cessação do mandato do Governador*”. Cessado o exercício do cargo, o Governador responderia pelo crime que cometeu, sujeitando-se à *persecutio criminis*.

Foi o Desembargador Antonio Rodrigues Porto que melhor tratou do tema, em sua excelente obra - *Da Prescrição Penal*, edição 1988, lembrando que “*na suspensão da prescrição existe impossibilidade do exercício jurisdicional*”.

Na verdade, a suspensão da prescrição quando o Réu não é encontrado traz conotações política e penal. Política, porque se pretende pôr cobro aos infundáveis processos que vão para o arquivo em virtude de reconhecimento da prescrição. Penal, porque, embora não se possa reconhecer que a circunstância de o Réu não ter sido encontrado constitua impossibilidade do exercício jurisdicional, não se pode negar que a emperrada máquina judiciária, com a ausência do Acusado, encontra maior óbice ao exercício da *persecutio criminis*.

Sustar o andamento da ação penal é medida mais prudente e de maior interesse público do que permitir o que vinha ocorrendo: o processo acabava indo para as prateleiras face à extinção da punibilidade pela prescrição.

Conceituados mestres, como Esmeraldino Bandeira, sempre consideraram a prescrição como maior estímulo ao crime. No Brasil, basta dizer que uma punição de trinta anos prescreve em vinte anos (artigo 109 do Código Penal), o que, sem dúvida, é o maior estímulo à impunidade.

X - LIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Finalmente, *last but not least*, atendendo à conhecida lição do Ministro Mário Guimarães de que “*não conhece Direito quem não conhece jurisprudência*”,

registrem-se algumas lições jurisprudenciais.

Colhem-se, em diversos repositórios, interessantes decisões:

- Acórdão confirmatório da sentença condenatória, mas que agrava a pena - Não interrompe a prescrição (TACrimSP, 5/34) - interrompe (STF, HC 67.944, DJU 20/3/92, p. 3321).
- Embargos Declaratórios - não interrompem a prescrição (RTJ 57/538).
- Embargos Infringentes - o acórdão não interrompe a prescrição (RT 529/355).
- Substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (C.P., arts. 55 e 59, IV, do C.P.) aplicam-se os mesmos prazos prescricionais reguladores daquela (C. P., art. 109, parágrafo único) - RTJESP 34/97).
- Não corre a prescrição da pretensão executória durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional (JTACrimSP 95/41).
- Subsistindo os efeitos secundários da sentença condenatória, no caso da prescrição executória, pode ela ser executada no cível para reparação do dano (TFR, ACrim. 9.334, DJU, 7 abr.1988. p. 7234).

- Dedução do tempo da prisão provisória na contagem do prazo prescricional - duas posições: a detração é permitida

- RT 456/398, 482/392 e 484/324; não é permitida - RT 301/125, 430/365, 498/273 e 505/385.

- Acórdão confirmatório da sentença condenatória - não interrompe o prazo prescricional superveniente à decisão de 1.º grau (JM 72/43).

- Recurso Extraordinário - Não impede a fluência do prazo prescricional superveniente (STF, DJU, 11 mar.1988, p. 4748).

- Recurso da acusação visando a outro fim que não a agravação da pena - não impede o reconhecimento da prescrição (RT 547/356).

- Concurso de Crimes - O acréscimo da continuidade não é levado em conta (RTJ 113/1.076).

- Prescrição em favor do Réu que não apelou: é admissível (RT 553/348).

Em sentido contrário: JUTACRIMSP 35/109.

- Recurso da Acusação, abrange o assistente do MP (RTJ 94/132).

- Não pode o Tribunal, por antecipação, declarar extinta a

punibilidade pela aplicação do princípio retroativo (TACrimSP 90/239).

- Transitando em julgado a sentença condenatória para o órgão da acusação, começa a correr a prescrição da pena, não se exigindo que o réu seja intimado (JM 56/39).

- A partir da data da fuga começa a correr a prescrição da pretensão executória (RT 549/378).

- O tempo da prisão provisória é dedutível no cálculo da prescrição da pretensão executória (RT 666/308). Em sentido contrário: (RT 505/385).

- Reincidência: não aumenta o prazo em relação à multa (JM 78/355).

- Cumprimento da pena privativa da liberdade - não corre o prazo em relação à multa (RT 642/280).

- Prescrição. A redução do prazo pela prescrição é incomunicável (RTJ 110/641).

- Prisão por outro delito. Só impede o curso prescricional quando transita em julgado a condenação (STF, DJU 6 set.1985. p. 14.872, HC 63.158).

- O parágrafo único do art. 116 não se aplica ao art. 109 do

CP (RT 464/379).

- Causas interruptivas da prescrição não podem ser ampliadas (RTJ 107/157).
- O ato processual anulado (recebimento da denúncia ou queixa, sentença condenatória, pronúncia, etc) não interrompem o prazo prescricional (RT 628/292).
- As causas interruptivas previstas no art. 117 do CP são aplicáveis à legislação especial (STJ, JSTJ, 2/277).
- Contravenções Penais. O recebimento da denúncia não interrompe a prescrição (RTJ 114/615).
- A sentença que na fase do art. 408 do CPP desclassifica o crime para outro da competência do júri, interrompe o prazo prescricional (STF, HC 61.491, DJU, 24 fev.1984. p. 2204).
- Para que a reincidência interrompa a prescrição é necessário que a segunda sentença expressamente a tenha reconhecido (JM 76/98).
- Decorrido o prazo legal, o condenado não pode mais ser compelido a cumprir a pena imposta, pouco importando que a prescrição não tenha sido declarada expressamente (RT 517/362).

A prescrição da pretensão executória torna inexecutível a extradição (STF, DJU, 3 jun.1983. p. 7879).

- O *sursis* é uma modalidade da execução da pena. Obviamente, enquanto esta perdurar, não há prescrição possível (RT 464/341).
- Pendente o prazo do *sursis*, não corre prescrição (JUTACRIM 65/378).
- Não constitui óbice ao reconhecimento da prescrição o recurso do MP que não logrou êxito (RTJ 116/843).
- O recurso da acusação somente impede a prescrição quando altere o prazo prescricional (JUTACRIM 85/461).
- Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação (Súmula do STF, verbete n.º 497).
- Inadmissível o reconhecimento da prescrição com base em pena hipotética (RT 700/363).
- Fluência de prazo prescricional entre a publicação da sentença e o julgamento da apelação - prescrição intercorrente. Reconhecimento (RT 554/379).

- A prescrição pode e deve ser declarada de ofício (RT 637/371). E também pelo Juízo de Execução (JUTACRIM 50/85).

- Se a prescrição decretada é da pretensão executória, admissível é a revisão criminal (STF, RE, DJU, 18 fev. 1977. p. 889). Inadmissível quando a prescrição é da pretensão punitiva (RT 661/288).

XI - CONSIDERAÇÃO FINAL

Seria uma veleidade pretender estar concluído o estudo sobre prescrição intercorrente. Como disse Afonso Heck, em artigo publicado na Revista dos Tribunais: o assunto é inesgotável e dirigir-se a ele é um exercício a caminho da sabedoria: fica-se sabendo, tal qual num oráculo que, quanto mais se sabe, nada se sabe.

XII - PROPOSTAS

A prescrição, tal como agora concedida de forma benevolente pelo Legislativo e Judiciário, constitui-se e constituir-se-á sempre em germe do crime, na lição de alguns eminentes tratadistas.

O artigo 117 do Código Penal, que prevê taxativamente as causas interruptivas da prescrição, insere-

se entre as disposições que emasculam a ação penal, mormente no que diz respeito à prescrição da *pretensão punitiva*.

Daí,

A) Propõe-se ao inciso III do artigo 117 do Estatuto Penal, além da decisão confirmatória da pronúncia, o acórdão confirmatório de sentença condenatória.

B) Propõe-se a substituição do inciso V - “*pelo início ou continuação do cumprimento da pena*”- pela expressão: “*pelo início ou continuação do cumprimento da pena, seja definitiva ou provisória, quando for decretada após decisão condenatória recorrível*”.

As propostas ora apresentadas encontram respaldo até mesmo na oscilação da Jurisprudência.

“Decisões esparsas, como citadas, vêm admitindo que a prisão do réu, mesmo após decisão recorrível, é execução de fato da pena, interrompendo, por isso, o curso da prescrição”.

A lição jurisprudencial firme, com bom tecnicismo, é no sentido de que a prisão provisória, ou seja, aquela efetivada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode implicar em interrupção da

prescrição da pretensão executória.

A jurisprudência vencida, entretanto, parece satisfazer melhor aos interesses da Justiça, uma vez que, da sentença condenatória ao trânsito em julgado da decisão, verdadeira gama de recursos se abre à defesa, favorecendo-a acintosamente com a morosidade da Justiça.

Com essas propostas objetiva-se, na advertência do Ministro Cordeiro Guerra, assegurar legislação adequada em benefício da defesa social, tal o afrouxamento da repressão criminal no Brasil.

**** Marisa Levin Cremonesi é Promotora de Justiça da Comarca de Belo Horizonte***

REFLEXÕES EM TORNO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUA EXECUÇÃO - APRECIÇÃO CRÍTICA E PROPOSTAS

**José Ronald Vasconcelos de Albergaria*

SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - Pena Privativa de Liberdade na Constituição, no Direito Comparado e na Legislação da ONU. 3 - Pena Privativa de Liberdade e as teorias da pena. 3.1 - Retribuição. 3.2 - Prevenção. 3.2.1 - Prevenção especial. 3.2.2 - Prevenção geral. 3.3 - Teoria da união. 4 - Pena Privativa de Liberdade e forma progressiva de sua execução. 4.1 - Exame criminológico. 4.2 - Regimes: fechado, semi-aberto e aberto. 4.2.1 - Regime fechado. 4.2.2 - Regime semi-aberto. 4.2.3 - Regime aberto. 4.2.4 - Regime em meio livre. 5 - Crise da pena privativa de liberdade. 5.1 - Crítica à prisão. 5.2 - Pena de prisão e *extrema ratio*. 5.3 - Questionamento da pena de prisão e política criminal alternativa. 5.4 - Crise de ressocialização e tendências criminológicas. 5.4.1 - Síntese da criminologia tradicional com a criminologia da reação social. 5.5 - Síntese da pena-retribuição com pena ressocialização. 5.5.1 - Pena-ressocialização e medidas alternativas. 5.5.2 - Medidas alternativas e abolição da pena de prisão. 6 - O Ministério Público na Execução Penal. 6.1 - O Ministério Público e o Estado de Direito. 6.2 - O Ministério Público e a Jurisdicionalização da Execução Penal. 6.3 - O Ministério Público e a *diversion*. 6.4 - A formação especializada do Ministério Público na Execução Penal. 7 - Conclusão. 8 - Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

"Hurwitz, na conclusão de sua Criminologia, diz que se lhe pode pedir que justifique as fontes de seu conhecimento, quando se aventura a ir mais além da ciência penal. E explica: a Criminologia compreende tão amplas e heterogêneas esferas de conhecimento, que um só indivíduo é incapaz de abarcá-las ou de continuar abarcando-as em toda a sua amplitude. Mas, justifica-se, continua o Autor, que um indivíduo coordene, numa exposição sistemática, os esforços que se vêm realizando em lugares tão diferentes para a descoberta dos fatores crimínógenos, ainda que a Criminologia atual

não houvesse encontrado e, provavelmente, jamais encontraria o 'abre-te sésamo' do mistério do crime, e, muito menos, a receita para a medicina eficaz, que evite a delinquência".

A grave crise que se abateu sobre o sistema penitenciário nacional, com a superpopulação carcerária, os motins, as rebeliões dos internos, a caótica situação de abandono dos miseráveis que se amontoam em minúsculas celas de cadeias públicas imundas e em estado precário de conservação, precisa ser debelada. Para tanto, o presente estudo procura enfatizar a pena privativa de liberdade e a sua crise, objetivando, com a ajuda da Criminologia, alternativas viáveis para minorar o sofrimento de muitos que se acham, atualmente, alijados não somente de sua liberdade, mas, principalmente, dos mais mezinhos e elementares direitos atinentes à dignidade da pessoa humana.

Desejo ressaltar que a presente exposição, na verdade, apresenta uma síntese do pensamento do insigne Professor Jason Soares de Albergaria, meu querido avô, Procurador de Justiça aposentado, que, pelo seu talento inigualável, vem se destacando, nas últimas décadas, sem favor algum, como um dos maiores estudiosos da árdua questão penitenciária, tanto que foi convidado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a escrever a nova Lei de Execuções Penais.

Com efeito, a pena privativa de liberdade, segundo preleciona Jason Soares de Albergaria, vem sendo admitida como *extrema ratio* ou em seu caráter excepcional pelas modernas Constituições, pela legislação da ONU e pelo direito positivo. Sob essa perspectiva, adotou-se uma solução intermediária entre posições antagônicas, tanto nas ciências normativas quanto nas ciências humanas. Nas

disciplinas jurídicas é hoje dominante a teoria da união dialética, segundo a qual se conciliam as teorias absolutas e as teorias relativas da pena, a saber: a retribuição prevalece na imposição da pena privativa de liberdade; a prevenção especial, na sua execução; e a prevenção geral, na cominação penal.

Nas ciências humanas busca-se uma síntese eclética entre criminologia tradicional ou da passagem ao ato com a criminologia da reação social (a interacionista e a crítica ou radical), isto é, um compromisso ou conciliação entre a tese reformista e a tese revolucionária, para que se harmonizem retribuição e ressocialização. Aproximam-se a contribuição da criminologia tradicional e a criminologia da reação social, para a solução da crise da pena privativa de liberdade. A retribuição, através dos princípios da culpabilidade e da intervenção mínima, está presente na aplicação das penas privativas de liberdade e das penas alternativas. A retribuição, no seu aspecto subjetivo, como expiação ou idéia pedagógica, vincula-se à prevenção especial ou ressocialização. Os programas de ressocialização não se aplicam sem atenção aos princípios de respeito à dignidade humana e às garantias jurídicas do Estado de Direito. O tratamento reeducativo não se executa sem o consentimento e participação do preso.

Segundo Bettiol, a retribuição está ligada à concepção de Estado de Direito e ao reconhecimento da liberdade do indivíduo em face do Estado. A retribuição, pelo grau da culpabilidade, limitaria o poder de punir do Estado.

Aliás, o atual conceito de retribuição atende a uma das vertentes da criminologia da reação social, a direção americana da *non intervention*, que reivindica,

precisamente, o respeito à dignidade da pessoa humana e às garantias do Estado de Direito.

Por sua vez, a ressocialização se constitui como objetivo prevalente da execução. A ressocialização se realiza tanto com as penas privativas de liberdade como com as medidas alternativas e as medidas de segurança, que se caracterizam por sua eticização. A tese reformista enfatiza a prática das medidas alternativas, a descriminalização, a despenalização e outras formas de *diversion*. A tese revolucionária, segundo Muñoz Conde, põe em relevo as garantias do Estado de Direito, o controle democrático do poder de punir do Estado, a cooperação entre os presos, suas associações, propondo a demolição dos muros do cárcere, como a demolição dos muros do manicômio reivindicado pela antipsiquiatria.¹

Enfatizando essa tese, afirma M. Pavarini:

“Il sistema carcerario contemporaneo - Chiariscono Rusche e Kirchheimer - finisce per oscillare sempre più tra la prospettiva della sua estinzione e quella della sua trasformazione in strumento del terrore, alieno definitivamente da ogni funzione oggettiva di rieducazione”.

Realmente, é preciso que se busque a descriminalização de condutas incorporadas à prática social. Não tem o menor cabimento o gasto de energia do sistema

¹ CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 34.

com a criminalidade de bagatela.

A criminalidade violenta, a do colarinho branco e a do tráfico internacional de entorpecentes, todas muitas vezes ligadas a interesses políticos das elites, carecem de maior atenção das autoridades.

O Direito Penal não deve mais se ocupar com práticas como a perturbação da paz pública, vadiagem, sedução, adultério, rapto consensual e o famigerado jogo do bicho, que há muitos anos, segundo Graciliano Ramos, já evidenciava seu conteúdo socioeconômico:

"homens e mulheres do povo, impossibilitados de adquirir uma felicidade completa, buscam pedaços de felicidade, procrastinando por dias ou meses as dificuldades irremediáveis, com um palpite no bicho, verdadeira instituição da alma popular brasileira".

A criminologia crítica, conquanto tenha evidenciado a impossibilidade de pura ressocialização num sistema de exclusão de alguns dentro da lógica do capitalismo, não deixou de propor alternativas válidas para o problema da delinquência, dentre as quais, ressalta Baratta, a reforma da tutela penal nos campos essenciais para a vida.

Aproximam-se dessa síntese eclética a atual Constituição, a nova parte geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal.

A ressocialização (reeducação e reinserção social) realiza-se na execução da pena privativa de liberdade em sua forma progressiva. A ressocialização baseia-se no exame criminológico e nos regimes de progressão da execução, que trazem a contribuição das ciências criminológicas. Sob este enfoque, o presente estudo compreende cinco partes: a) pena privativa de liberdade no contexto do Direito Constitucional e da legislação da ONU; b) pena privativa de liberdade e as teorias da pena; c) pena privativa de liberdade e a forma progressiva de sua execução; d) crise da pena privativa de liberdade; e) o papel do Ministério Público na execução penal.

2 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO, NO DIREITO COMPARADO E NA LEGISLAÇÃO DA ONU

O inciso XLVI do art. 5º da Constituição prevê a pena privativa de liberdade, explicitando, outrossim, as medidas alternativas à prisão. O Código Penal, a seu turno, disciplina sobre a pena privativa de liberdade nos artigos 33 a 42. A Lei de Execução Penal também trata do assunto nos artigos 105 a 119.

Na mesma esteira, as Constituições da Itália e

da Espanha (art. 27.3, art. 25.2) trazem em seu bojo previsão da pena privativa de liberdade. As Regras Mínimas da ONU (n.ºs 56 a 83) tratam dos princípios diretores do sistema penitenciário tendo em vista o princípio de humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana para o tratamento de todos os indivíduos privados de liberdade. A recuperação social do preso, segundo a ONU, deve ser o fim essencial do seu tratamento.

Dáí se percebe que o sistema sancionatório brasileiro, centrado na pena privativa de liberdade e suas medidas alternativas, atendeu à legislação positiva da ONU e ao direito comparado.

Consoante as Regras Mínimas da ONU, dois são os objetivos da pena privativa de liberdade: a proteção da sociedade e a preparação da reinserção social do condenado durante o período de reclusão. Assim, a exclusão do preso da sociedade tem precisamente o condão de ressocializá-lo, sem suprimir-lhe de forma absoluta o contato com a comunidade da qual continua fazendo parte pela posse dos direitos inerentes à pessoa humana, não afetados pela sentença condenatória. O artigo 61 das Regras Mínimas deixa expresso o *status* de cidadão do preso. Na execução penal, ensina C. Roxin², elimina-se tudo quanto seja ofensivo à dignidade da pessoa humana. A garantia e respeito à pessoa humana do preso fundam-se na dignidade moral do homem, que tem íntima conexão

² ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla, 1981. p. 33.

com os direitos do condenado. Ilustra essa afirmação a palavra de Santo Agostinho: *"a culpa e o delito não chegam nunca a extinguir do fundo do ser humano o selo impresso pela mão do criador"*.

De resto, a Resolução n.º 1/83 do Conselho Nacional de Política Criminal recomenda, na alínea "i", a adequação à legislação positiva da ONU e a atenção às recomendações de seus Congressos Internacionais, notadamente as Resoluções n.ºs 8 e 10 do VI Congresso, com vistas à política penitenciária nacional.

3 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS TEORIAS DA PENA

As antinomias da pena privativa de liberdade são objeto das teorias da pena, que surgiram desde a Antigüidade, e cuja polêmica, observa C. Roxin, chegou até nossos dias, pois seu conhecimento é indispensável para a compreensão dos modernos problemas do direito penal.³

Muñoz Conde⁴ resume as teorias da pena (a saber, as teorias absolutas, teorias relativas e teorias da união).

³ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla, 1981. p. 33.

⁴CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 34.

As teorias absolutas atendem ao sentido (essência) da pena, prescindindo-se da idéia de fim. O sentido da pena radica-se na retribuição: imposição do mal da pena pelo mal do crime. Nisso exaure-se a função da pena. A pena é, pois, consequência justa e necessária do crime praticado, entendida como uma necessidade ética (imperativo categórico), segundo Kant, ou necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena), segundo Hegel.

As teorias relativas quanto ao fim da pena distinguem-se em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral. Para as teorias da prevenção geral, o fim da pena consiste na intimidação da generalidade dos cidadãos, para que se afastem da prática de crimes. Seu principal representante foi Feuerbach, que considera a pena como uma coação psicológica sobre todos os cidadãos.

As teorias da prevenção especial consideram o fim da pena o afastamento do delinqüente da prática de futuros crimes, mediante sua correção e educação durante sua custódia. Von Liszt foi seu principal representante.

Após essas teorias aparentemente inconciliáveis, surge a teoria da união, que defende uma posição intermediária, procurando conciliar os dois extremos. Parte da idéia de retribuição como base, acrescentando os fins preventivos especiais e gerais. Aparece como uma solução de compromisso na luta das

Escolas. Retribuição e prevenção são dois pólos opostos da mesma realidade, que se coordenam mutuamente, e não podem subordinar-se um ao outro.

Na teoria da união, em cada um dos estágios ou fases da pena, cumpre ela funções distintas: no momento da aplicação da pena, predomina a idéia da retribuição; no momento da execução da pena, prevalece a prevenção especial, porque então se pretende a reeducação e socialização do delinqüente.

3.1 - Retribuição

De fato, segundo as Teorias absolutas, todo o sentido da pena centra-se na retribuição. Maurach enfatiza a ausência de fim numa sentença, que se tornou célebre:

“A característica principal da pena retributiva é a majestade de sua desvinculação de todo fim, como se expressa na exigência de Kant, de que, no caso de dissolução voluntária de uma sociedade, deveria aplicar-se a pena ao último assassino”.

Hoje, diz Hassemer,⁵ a sentença de Maurach converteu-se em fóssil por distanciar-se da moderna discussão sobre os fins da pena.⁶ Por essa razão, os

⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 32.

⁶HAAL, J. *General Principles at Criminal Law*. New York: B. Merrill. p. 309.

Códigos Penais e as Constituições de então não dispunham sobre os fins da pena.

Modernamente, os Códigos Penais e as Constituições, com ênfase no contexto penitenciário, explicitam os fins da pena.

A nossa Constituição não só prevê a pena privativa de liberdade, art. 5º, inciso LXVI, como os direitos do preso, inciso XVIX, L, a classificação ou seriação penitenciária, inciso XLVIII, e a autonomia legislativa do direito penitenciário, art. 24, I. O mesmo acontece com o Código Penal quando dispõe sobre a pena privativa de liberdade, seus regimes, exame criminológico e direitos do preso. Como se nota, toda essa matéria está relacionada com a prevenção especial, a saber, a reeducação e reinserção social do delinqüente.

O sentido da pena, para os defensores das teorias absolutas, está na retribuição, que é isenta de qualquer fim. Para Kant, a retribuição fundava-se na lei de Talião. Ele atualizava a vingança como revivescência de fase da história já ultrapassada. Del Vecchio demonstrou a falsidade do teorema de Kant, aduzindo que a personalidade do réu tem em si algo sagrado que não pode ser negado por uma suposta equação entre o mal cometido e o mal retribuído, sem que se diminua a dignidade daqueles mesmos que a negam. Uma consciência moral e jurídica mais elevada procura uma equivalência de valores, atribuída

à *pena-vendetta*, que vulnera a essência da personalidade humana.

C. Roxin⁷ propunha a supressão da retribuição como sentido da pena: deve rechaçar-se a idéia da retribuição baseada numa concepção abstrata da justiça, uma vez que um Direito Penal orientado pela necessidade social não pode basear-se num princípio metafísico. Ao contrário, ensina Jescheck⁸ que a retribuição quer dizer que a pena deve ser proporcionada ao injusto culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva: *quia peccatum est*. A retribuição nada tem que ver com a vingança, com obscuros sentimentos de ódio ou instintos agressivos da sociedade. Jescheck, como Bettiol, ressaltam o aspecto subjetivo da retribuição, isto é, a expiação. Para Jescheck, a expiação é uma contribuição moral do condenado, que confirma a necessidade da pena e faz o delinqüente recuperar a própria liberdade moral. Bettiol⁹ põe em relevo a idéia pedagógica da retribuição, colocando-se a expiação em sintonia com as exigências da prevenção especial.

De outra parte, afirma Recasens Siches que os filósofos do direito, em sua maioria, reconhecem a retribuição como essência da pena. A retribuição não é um

⁷ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 33.

⁸JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 1º/87.

⁹BETTIOL, G. *Relatório das Sessões in Pena de Morte*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1967. p. 48..

produto humano, mas uma essência, *a priori*, com validade intrínseca, que o legislador terá que reconhecer.

Hodiernamente, recupera-se o caráter ético da retribuição, graças aos estudos de Cohen, J. Hall e H.L.A. Hart.¹⁰

A retribuição, no seu sentido atual, constitui um dos argumentos contra a pena de morte. A pena de morte não permite a equação do mal do crime com o mal da pena. Demonstrou-se a diferença entre o mal do crime e o mal da pena (Carnelutti, Del Vecchio e J. Hall). Para Solovief a pena-vingança nega o homem no criminoso, ao tentar igualar a dimensão do culpado com a dimensão do homem. Dizia Santo Agostinho: *"o homem e o pecador são coisas distintas. Dar morte ao culpado, para castigar o pecado, é perder o homem"*.

Com efeito, a *"pena-vendetta"*, hoje advogada pelos mais variados setores da sociedade brasileira, em última análise, obsta ao arrependimento do culpado e ao processo de expiação moral.

3.2 - Prevenção

Assim sendo, consoante as teorias relativas, a pena é um meio de prevenção. O sentido da pena consistiria

¹⁰ HAAL, J. *General Principles of Criminal Law*. New York: B. Merrill. p. 309.

em seus efeitos em face do futuro: *poena relata ad effectum*. Se para a retribuição o ponto de referência é a culpabilidade, para a prevenção é a periculosidade. Segundo Michel Foucault surgiu no século XIX a escandalosa noção de periculosidade.¹¹ Não preocupa tanto o que fez o indivíduo, mas pelo que poderá fazer. Não será tanto punir o fato, quanto corrigir o infrator. Bentham prevalece sobre Kant e Hegel. Ao lado da instituição judiciária, forma-se agora uma gigantesca rede de instituições, como a escola, o hospital, o asilo, as polícias, para o controle do indivíduo, ao nível de sua periculosidade.

Com a ênfase nos fins da pena, perderiam o sentido a glosa de Groizard, ao ressaltar que a questão dos fins da pena não devia figurar no texto legal, mas num tratado de filosofia como a sentença de Maurach, ao afirmar que *a majestade da pena retributiva estaria na desvinculação de seus fins*.

As modernas Constituições fazem expressa menção aos fins da pena, como a Constituição do México, art. 18, a Constituição da Itália, art. 27 e a Constituição da Espanha, art. 25, 3, a mais explícita, como se vê do referido dispositivo.

Também os modernos Códigos Penais inovam a esse respeito. Dois importantes projetos de código penal, como o Projeto Alternativo do Código Penal da Alemanha

¹¹ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 268.

e o Projeto Argentino de 1975. As principais leis penitenciárias são expressas quanto aos objetivos da execução, art. 1º da Lei de Execução Penal, art. 1º da Lei Penitenciária da Espanha, art. 2º, § 1º, da Lei da Alemanha, o art. 2º da Lei das Normas Mínimas do México, e art. 6º do Dec. Lei nº 402/82 português.

De outra face, caiu no silêncio a frase de Maurach, ou converteu-se em fóssil, como observa Hassemer.¹² Consumou-se o abandono de Kant e Hegel exigido por Klug em 1968.¹³ *Já é hora, dizia Klug, de abandonar as teorias de Kant e Hegel, com todos os excessos irracionais do lirismo racionalista e com todas as suas incertezas teórico-cognoscitivas, lógicas e morais.*

Klug justificava a sua conclusão:¹⁴

“A retribuição carente de finalidade, com a que se pode aspirar a um bem, resulta lesiva à dignidade humana, não só no sentido das normas morais, como no sentido constitucional. No Estado de Direito, o homem não pode ser utilizado como fim exterior a ele mesmo. O autor, por isso mesmo, é o centro de todos os esforços para a ressocialização”.

¹²HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 347.

¹³KLUG, U. *Para una crítica de la filosofía penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales in homenaje al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires: Panedille. 1920. p. 35

¹⁴KLUG, U. *Para una crítica de la filosofía penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales in homenaje al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires: Pannedille. 1920. p. 35.

Como já se mencionou, a prevenção pode ser geral ou especial (individual). Jescheck desenvolve a dupla eficácia preventiva. A prevenção geral aspira a prevenir o crime na comunidade, e a prevenção especial ou individual se dirige ao condenado que, mediante a lição que recebe da pena, deve ser afastado de delitos futuros para que se adapte às idéias sociais dominantes da comunidade.

O período da privação de liberdade serve também para proteção da sociedade contra o delinqüente perigoso.

Feuerbach distinguiu a prevenção especial da prevenção geral, que vinculou à cominação penal. A cominação penal determinaria a prevenção geral, por meio da coação psicológica. Feuerbach fez da prevenção geral o centro de seu sistema.

Com Von Liszt, surgiu a teoria da prevenção especial. Liszt influenciou-se com o método de investigação das ciências físicas e naturais, que encontrava acolhida nas ciências naturais. Hassemer coincide com Jescheck, ao observar que a recepção das ciências sociais pelo Direito Penal é a expressão do trânsito das teorias absolutas para as teorias relativas,¹⁵ indo sobreviver as teorias absolutas com as teorias relativas na teoria da união.

Jescheck menciona ainda a influência do direito penal preventivo do positivismo científico, mediante

¹⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1984. p. 347.

contribuição de Lombroso e Ferri.

Das modalidades da prevenção, privilegia-se a prevenção especial ou individual, que se resume na ressocialização.

Von Listz compreendia na prevenção geral não só a ressocialização, mas também a intimidação e a neutralização. Entretanto, a prevenção especial reduzia-se na ressocialização ou com esta se identificava. A prevenção especial, como ressocialização, é específica da pena privativa de liberdade. Como observa Hassemer¹⁶ a meta da ressocialização está vinculada à execução da pena privativa de liberdade. A lei penitenciária alemã de 1976 veio dar ampla acolhida à meta da ressocialização, ofertando ajuda ao delinqüente para sua reinserção na comunidade, em benefício deste e da própria sociedade. O êxito da ressocialização será a melhor proteção da sociedade em face de quem delinqü. Mediante o regime penitenciário ressocializador, a sociedade resgata a sua culpa pela deficiente socialização do delinqüente.

Procura-se substituir ressocialização por reeducação e reinserção social, como ocorreu com a Constituição espanhola. Explica B. Mapelli Caffarena¹⁷ que a substituição dupla do conceito de ressocialização procurou conjugar a solução constitucional italiana com a experiência

¹⁶HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1984. p. 347.

¹⁷CAFFAREMA, M. *Princípios Fundamentales del Sistema Penitenciário Espanhol*. Barcelona: Bosch, 1983. p. 115.

penitenciária alemã. A renúncia ao emprego do termo ressocialização provém do fato de que o termo usado pela Sociologia criminal ainda não foi adotado pela legislação. A Constituição espanhola dá o sentido exato de educação, que pode significar manipulação ou imposição de valores sobre o educando. Segundo o art. 27 da Constituição italiana,

“a educação terá por objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana com o respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais”.

Continua a lição de Caffarena:

“reeducar consiste em compensar as carências do recluso em face do homem livre, oferecendo-lhe oportunidades para que tenha acesso à cultura e ao desenvolvimento integral de sua personalidade. Distingue ressocialização penitenciária da reinserção social. A ressocialização penitenciária é reinserção social, mas, quando esta não é possível, entra em jogo a reeducação”.

Reinserção é o processo de introdução do indivíduo na sociedade. É favorecer diretamente o contato ativo recluso-sociedade. A administração penitenciária terá que iniciar o processo de reabilitação dos contatos sociais do recluso, tornando a vida no estabelecimento penitenciário semelhante à vida em liberdade. A reeducação aspira a

que a prisão não interrompa o processo de desenvolvimento da personalidade do recluso, de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição. A reinserção atenua a nocividade da privação da liberdade na esfera das relações materiais indivíduo-sociedade.

Nuvolone,¹⁸ estudando a reeducação em face do art. 27 da Constituição italiana, chega a esta definição:

"Per rieducazione del condannato deve intendersi un processo pedagogico e curativo suscettibile di modificare in senso socialmente adeguato la struttura psichica del condannato stesso, così da rendere favorevole la prognosi di un suo reinserimento nella società".

3.2.1 - Prevenção Especial

Sendo certo que o objetivo maior da imposição da pena é impedir novas práticas criminosas, a prevenção especial, também denominada de prevenção individual, está centrada em mecanismos que impedem que o delinqüente torne a cometer novas infrações penais pelo temor de sofrer uma segunda reprimenda.

Com isso, o móvel da prevenção especial é o de se intimidar o criminoso. O impulso de se praticar o delito deve ser contido pela certeza da punição, segundo

¹⁸ NUVOLONE, P. *Il Problema della Rieducazione del Condannato*. Milão: CEDAM, 1964. p. 347.

Feuerbach.

Von Liszt estabelece a idéia da função social para a pena, na medida em que ela se presta a advertir o delinqüente ocasional, a ressocializar o criminoso suscetível de correção e a neutralizar o delinqüente habitual incorrigível.

A pena, para a prevenção especial, somente seria inevitável quando e de tal modo que operasse em favor da ressocialização do indivíduo e evitasse a reincidência.

Segundo tal enfoque, o homicida, que em meio a uma situação de conflito, viesse a tirar a vida de alguém, não existindo qualquer perigo de que voltasse a delinqüir, ficaria impune.

3.2.2 - Prevenção Geral

Julgava-se como evidente a prevenção geral, sob a forma de intimidação, como fator de luta contra a criminalidade. Dizia-se então que a prevenção geral é necessária, mas é desejável a recuperação do condenado. Passa a ser questionada a prevenção geral, como se vê da obra de Andenaes: "Prevenção geral, ilusão ou realidade?" Esse questionamento deveu-se ao movimento da Nova Defesa Social, ao atribuir à pena, como seu fim

essencial, a ressocialização do delinqüente, relegando a segundo plano as outras funções da pena, principalmente a intimidação.

Entretanto, contesta C. Roxin: "*em nossos dias a prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância.*"¹⁹

Convém, todavia, ressaltar que a eficácia da prevenção geral não pode ser encarada isoladamente, a saber, sem relação a outros estágios da pena, como sua determinação e execução. Nesse sentido, coincidem Antón Oneca e Hassemer. Para Oneca, foi reconhecido em todos os tempos que atuam como freio em muitas consciências a cominação penal, o exemplo de sua aplicação e execução. Segundo Hassemer, são fenômenos demasiado frágeis a cominação penal e a execução da pena, quando considerados como fenômenos jurídicos isolados. Ao contrário, a prevenção geral será vista sob uma luz nova, quando a cominação penal e a execução da pena forem consideradas em relação a outros setores de controle social. A cominação penal e a execução mantêm o seu valor como instrumentos de prevenção geral, e por meio dos quais o Direito Penal afirma (cominação) e assegura (execução penal) as suas normas básicas. Sem embargo, a pena intimida o delinqüente ocasional, mas não causa espanto aos grandes criminosos. A influência da pena é impermeável

¹⁹ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 23.

a certa categoria de delinqüentes. Como o criminoso profissional ou por tendência, o traficante de drogas, o falsário, o estuprador. Para estes delinqüentes, valerá a intimidação com a certeza do processo penal e execução da pena, sob a atmosfera ética dos aplicadores da lei e respeito aos direitos humanos do preso.

Sob o enfoque da teoria da união, Roxin²⁰ esclarece que

“a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral, como individual, de bens jurídicos e prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade. Pode ver que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado com as componentes de prevenção especial da sentença”.

3.3 - Teoria da união

Alf Ross²¹ salienta que está mal posto o problema da contradição entre retribuição e prevenção desde Protágoras. Realmente, é o que demonstra a teoria da união dialética da pena. Muñoz Conde expõe concisamente

²⁰ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 40.

²¹ROSS, A. *Responsabilità e Pena*. Milão: Giuffrè. 1972. p. 63.

essa teoria, mas Oscar Stevenson²², fundado na lição do jesuíta Ferretti, na sua obra de 1896, *Institutiones Philosophicae Moralis*, abordando o tema em estudo, assim se posiciona:

"Por conseguinte, a caracterização da pena perfaz-se, tendo-se em mira tanto o seu conteúdo, como as suas funções, tanto a justiça como a necessidade, ou utilidade social, mediante critério axiológico, determinação valorativa, e teleológico, determinação finalista."

Na fase legislativa, prepondera a prevenção geral -

" - cominação, na fase da individualização judicial, a retribuição - irrogação; na da individualização executiva, a prevenção especial, pela reforma do delinquente - execução. Destarte, se a individualização judicial responde ao aforisma 'quia peccatum', a executiva inspira-se na necessidade de regular a execução da pena em ordem a impedir a reincidência, 'ne peccetur', porém, a questão é de prevalência".

Roxin, antes de estudar a teoria da união, imagina um caso concreto a ser apreciado pelas teorias da pena, a saber, a da retribuição, a da prevenção especial e a da prevenção geral. A hipótese facilita a compreensão

²²STEVENSON, Oscar. *Pena e Medida de Segurança*. Revista Forense. v. 102. p. 221.

da teoria da unificação dialética de Roxin, aqui resumida.

Depois de estrangular a mulher infiel durante um ataque de ciúme, o delinqüente apresenta-se à polícia. A perícia psiquiátrica constata o estado de arrebatamento ou excitação do marido.

O partidário da teoria da retribuição opinaria pela pena de um ano de duração.

Considerando a reprovabilidade do homicídio, atendeu a infidelidade da mulher e a espontânea apresentação à polícia. Ponderou ainda o estado de excitação do uxoricida. A conclusão deu como justa a pena privativa de liberdade de um ano.

O adepto da teoria da prevenção especial concluiria pela impunidade do réu. O uxoricida provavelmente não voltaria a delinqüir. Não se repetiria a situação de conflito. Não seria necessária a pena, desde o ponto de vista da prevenção especial.

Para o sectário da teoria da prevenção geral, a pena deveria ser de dez anos de prisão. Ao impor a sanção penal, deve-se ter em conta os efeitos da pena na comunidade. Não teria sentido a impunidade: o mau exemplo poderia levar a novos crimes. Uma sanção mais grave conseguiria o efeito intimidatório desejado, ao mostrar à população a firmeza da norma que proíbe matar.

Roxin analisa as três soluções, mencionando as vantagens e inconvenientes de cada uma das três teorias.

As soluções distintas mostram a importância da problemática dos fins da pena.

A vantagem da teoria da retribuição está na limitação do poder do Estado. O valor social do bem jurídico lesado e as circunstâncias averiguadas permitem determinar o grau justo da pena. Outra vantagem consiste em que se imponha uma pena mais grave para intimidar o resto dos cidadãos, como pretende a teoria da prevenção geral.

O inconveniente da teoria da retribuição consiste na natureza metafísica, compreendida como ato de fé, como é o princípio da *retribuição da culpabilidade*.

Uma pena, entendida somente como imposição de um mal, não pode recuperar o delinqüente, mas causa pesar e desespero, reforçando o deficiente comportamento social do criminoso, e fomentando sua reincidência. Este é agravado pelo atraso do sistema penitenciário.

A teoria da prevenção especial tem a vantagem de proporcionar ao delinqüente a sua ressocialização, para que leve no futuro uma vida sem delitos. Por outro lado, permite o desenvolvimento científico do sistema penitenciário. Corrige os dois inconvenientes da teoria retributiva.

Quanto à prevenção geral, não se pode renunciar à pena, quando o delinqüente não necessita de ressocialização, porque permanece o efeito da pena na

comunidade. Os efeitos da prevenção geral devem subordinar-se ao fim da ressocialização, já que também a pena ressocializadora exerce sobre a comunidade um efeito de intimidação, cumprindo, assim, uma função de prevenção geral. Não é necessário aprovar a pena para ressocialização, uma vez que o maior efeito intimidatório sobre a comunidade não provém tanto da gravidade da pena, mas da intensidade da persecução penal. O respeito pela liberdade individual impede que se persiga a todo transe o fim ressocializador, sem nenhum tipo de limitação. Por isso, deve-se recorrer ao princípio da culpabilidade, para limitar o excessivo poder de punir do Estado, o que não pode fazer nem a teoria da prevenção geral, nem a da prevenção especial. A pena não pode ir além do que corresponde ao grau de culpabilidade. Pode ser inferior para obter a reinserção social do delinqüente e a proteção da sociedade.

Roxin resume suas reflexões nestas quatro teses:

- "a) A pena serve à reinserção social do delinqüente (ressocialização) e à proteção da comunidade (prevenção geral).*
- b) A pena não pode exceder em sua gravidade o grau de culpabilidade do delinqüente (função limitadora do princípio da culpabilidade).*
- c) A pena pode ser inferior à que corresponde*

ao grau de culpabilidade. Basta aproximar-se do dito grau no que seja preciso para conseguir a reinserção social do delinqüente e a proteção da comunidade.

d) Dentro do possível, a pena não deve impor-se em virtude da proteção da comunidade, numa extensão maior da que exige a reinserção do delinqüente”.

4 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E FORMA PROGRESSIVA DE SUA EXECUÇÃO

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, de acordo com o art. 33 do Código Penal e art. 112 da LEP.

O art. 59 do Código Penal, por sua vez, dispõe sobre a individualização judiciária da pena, com a indicação do regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Também o exame criminológico foi previsto no citado estatuto, quanto ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade, para o regime fechado e semi-aberto.

O caráter científico da forma progressiva da execução da pena deve eliminar a burocracia rígida do regime progressivo tradicional, dando lugar, como prevê o art. 49 das Regras Mínimas da ONU, ao concurso de novos

profissionais do sistema penal, com a inserção de trabalhadores sociais, psicólogos, psiquiatras, educadores e capelães dentro do serviço penitenciário.

O art 112 da LEP condiciona a forma progressiva dos regimes à decisão do Juiz, à proposta da Comissão Técnica de Classificação e ao Exame Criminológico.

Deve-se ter em mente que o condenado gozará de todos os direitos fundamentais não atingidos pela sentença ou pela lei, como dispõe o art. 3º da LEP.

Todavia, infelizmente, não é isso o que se observa nos depósitos de presos espalhados pelo país, que recebem o nome de “penitenciárias”.

Paulo Sérgio Pinheiro já assinalava que *as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime*. De fato, não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições de guardas penitenciários, que são, em última instância, os executantes da pena. A pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel-dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias e cadeias públicas, sem regras fixas, sem defesa, que por um ato aleatório condena o interno a isolamentos e castigos corporais.

Daí se deduz que os condenados, deixados

órfãos por aqueles que os trancaram no cárcere e que deveriam cuidar do seu bem-estar, garantindo-lhes os direitos inerentes a toda pessoa humana e que são, justamente, o Juiz e o Promotor de Justiça, como forma de protesto, promovem rebeliões com o escopo de chamarem a atenção da sociedade organizada para a sua tragédia, vivida diuturnamente em porões imundos onde se amontoam, em uma cela diminuta, dezenas de homens, em condições deploráveis.

Vale lembrar o que dispõe o art. 25-2 da Constituição espanhola, que enumera, dentre os direitos do preso, os de respeito à dignidade, à assistência espiritual e jurídica, e ainda o direito ao contato e comunicação com a sociedade, ao trabalho e sua remuneração e bem assim aos benefícios correspondentes da Seguridade Social, além do acesso à cultura, tão negligenciados pelas autoridades brasileiras.

4.1 - O Exame Criminológico

O exame criminológico, segundo o Código Penal e L.E.P., está na base dos regimes da execução da pena privativa de liberdade. O regime progressivo assenta-se no exame médico-psicológico e social do delinqüente.

A Lei de Execução Penal dispõe sobre tal exame

nos seus arts. 8º, 96 e 112, parágrafo único. O Código Penal trata do assunto nos seus artigos 34 e 35.

No início do cumprimento da pena em regime fechado, o condenado deve ser submetido a exame criminológico para a individualização da execução, ficando sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno.

Entretanto, a legislação brasileira silencia quanto à necessidade da feitura do exame criminológico nos regimens em meio aberto e em meio livre (Casa do Albergado e Livramento Condicional).

De outra face, o Anexo das Regras Mínimas da ONU sobre prisão aberta é expresso quanto à exigência do exame criminológico.

Cumpre ressaltar, que o Anteprojeto Frederico Marques, nos seus artigos 396/409, incluiu a realização do exame criminológico antes da sentença.

Aliás, o art. 81 do C.P.P. francês admite o exame criminológico na fase processual.

O objetivo do exame criminológico é o estudo da personalidade do delinqüente para a individualização penitenciária. Daí se percebe que sua inclusão na fase processual seria de grande valia para a individualização judiciária.

Nesse sentido, a criminologia clínica, com seus métodos de aplicação, mediante sua visão interdisciplinar,

com a contribuição dos exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico e estudo social do caso, possibilitariam ao aplicador da lei um melhor conhecimento sobre a personalidade do acusado, a fim de conferir ao juiz a fixação justa de uma reprimenda, adequada à realidade.

Sob o ponto de vista da execução penal, o exame criminológico tem por objetivo o diagnóstico do criminoso e a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social. A partir desse estudo se deduziria a possibilidade de reeducação, a probabilidade de reincidência, as causas da inadaptação social do recluso e, bem assim, as dificuldades para sua ressocialização e, finalmente, seriam indicadas as medidas mais eficientes para o seu tratamento reeducativo.

O exame criminológico está afeto ao Centro de Observação, art. 96 da L.E.P. , que o realiza, e seu relatório - síntese é analisado pelo Juiz da execução penal, sobretudo na passagem de um regime para o outro, art. 112, parágrafo único.

A equipe interdisciplinar de observação, constituída de assistente social, psicólogo, psiquiatra, educador e capelão, efetua o exame criminológico, que consiste, em síntese, numa peça pericial, que analisa o binômio delito - delinqüente e o foco central para o qual devem convergir todas as avaliações, a fim de ser compreendida a origem e o desenvolvimento da conduta

criminal do examinando.

De outra face, a organização do tratamento reeducativo nos regimes fechado e semi-aberto cabe à Comissão Técnica de Classificação. Deve a referida comissão, junto ao Juízo da Execução, compor o programa de tratamento alternativo ou não institucional, cercando-se da equipe interdisciplinar e dos representantes da comunidade (art. 7º da LEP), tudo isso com vistas a ensejar maior apoio e confiança do público.

Vale anotar que os técnicos responsáveis pelo exame criminológico precisam despir-se de suas ideologias para melhor elaborar o seu trabalho. Há equipe que vê no examinando a primeira grande vítima: vítima do sistema, da justiça, da própria sociedade. De outro lado, em posição antagônica, há técnicos que vêem no trabalhador honesto a grande vítima, passando o criminoso a ser o grande foco de toda maldade e que deve ser excluído ou, quando não, exterminado. Outros vêem nos fatores psicossociais, familiares, as únicas causas da conduta criminal, e, de outra banda, técnicos há que vêem nos fatores orgânicos, endógenos, constitucionais, os grandes determinantes últimos dessa conduta.

O alvo da equipe interdisciplinar é a motivação criminal, visando-se, a partir da análise da mesma, a um diagnóstico criminológico e, em decorrência deste, a um prognóstico criminológico, expurgando-se influências de

escolas criminológicas alheias e refratárias a uma criminologia científica.

4.2 - Os Regimes

Os regimes estão previstos no Código Penal e na LEP. São aplicados de acordo com os estabelecimentos e órgãos instituídos pela lei penitenciária, como a penitenciária, a colônia agrícola e a casa do albergado (arts. 87, 91 e 93 da LEP), a Comissão Técnica de Classificação e o Juiz da Execução Penal (art. 112 da LEP).

Distinguem-se os regimes fechado, semi-aberto e aberto, de acordo com as modalidades do tratamento criminológico. Aliás, regime e tratamento não têm vida independente. Eles se entrelaçam e são fatores que, identificando-se com o fim penitenciário, atuam pelos mesmos canais.

Com efeito, as diversas fases do regime progressivo correspondem às modalidades do tratamento criminológico, compreendendo o tratamento em meio fechado, em meio semi-aberto, aberto e livre.

O que se busca é a preparação para o livramento condicional (regime em meio livre).

Ao mesmo passo, esse tratamento imposto pela lei merece ser repensado. Deve existir uma integração maior

entre o ensino obrigatório e o trabalho. Ao lado da educação, o contingente de mão de obra penitenciário precisa estar ligado à realização de serviços estatais, sem quebra de continuidade quando do término do cumprimento da pena. Com isso, seria possível diminuir os casos de contratação de obras e serviços à iniciativa privada, que têm arruinado as finanças públicas para o enriquecimento de grupos privados, que evoluíram da histórica corrupção das licitações para uma verdadeira apropriação privada do Estado.

Por tal razão, o Poder Público, através de uma legislação adequada, necessita ser envolvido, a fim de se ver obrigado a garantir o trabalho penitenciário em obras que venham ao encontro das carências sociais.

4.2.1 - Regime Fechado

O regime fechado, segundo a LEP, se cumpre em Penitenciária (art. 86). É antecedido pelo exame criminológico e pela classificação penitenciária. Apenas aqueles condenados que acabam inseridos no grupo dos dificilmente recuperáveis e de elevada capacidade criminal merecem tal enquadramento.

Aqui, o que se procura é o tratamento do recluso, isto é, a sua ressocialização, através do trabalho, da instrução, da religião, da recreação e do esporte. Daí a

razão para um maior empenho da equipe interdisciplinar, a fim de afastar a oposição inicial do preso ao processo de reeducação. Nessa fase, as visitas do Juiz e do Promotor são imprescindíveis.

No entanto, o que se vê na realidade, infelizmente, é o cumprimento de pena em cadeias públicas, sem a menor observância da progressividade de regimes prevista no art. 112 da Lei n.º 7.210/84.

O acesso à segunda fase da progressão vertical deve ser conferido aos condenados que aderiram ao tratamento, com a decisão do Juiz, fundada na conclusão do exame criminológico e na proposta da Comissão Técnica de Classificação (art. 112, parágrafo único da LEP).

Para que isso se torne exeqüível, deve ser exigida a seriedade necessária da equipe interdisciplinar, através de sua profissionalização. Pessoas estáveis, vinculadas ao sistema, ganhando bem e em regime de exclusividade, cuidariam melhor do problema. Aliás, cada presídio deveria ter a sua equipe.

4.2.2 - Regime Semi-aberto

Consiste o regime semi - aberto na segunda fase da progressão vertical. Nessa fase, o condenado já manifestou o seu consentimento, aderindo voluntariamente ao processo de ressocialização. É maior o contato pessoal

do condenado com o educador e com o pessoal penitenciário.

No regime semi-aberto, a vida em comum dos grupos e as atividades do processo de reeducação se desenvolvem na instituição, mas há contato com o exterior, como prevê o art. 35 da LEP em seu parágrafo único. O trabalho externo, a frequência a cursos de instrução escolar e profissional e outras atividades de reinserção social deverão executar-se segundo técnicas do trabalho social. Funcionário qualificado deverá orientar e assistir o probacionário no emprego, na escola e na família. As atividades de semiliberdade estão subordinadas à supervisão do Juiz, responsável pelo contato do preso com o mundo exterior.

No regime semi-aberto, inicia-se, pois, a execução das medidas alternativas, entendidas no sentido lato, e cumprem-se sob o regime de confiança.

Poderá ainda ser afeto ao regime semi-aberto o condenado pelo Juiz criminal, na hipótese do art. 33, § 2º, letra "b", do Código Penal.

4.2.3 - Regime Aberto

O regime aberto ocorre em duas hipóteses. Como terceira fase da progressão vertical e como afetação direta do Juiz criminal, no caso do art. 33, § 2º, letra "c", do C. Penal. No regime aberto propõe-se a realização intensiva

da formação escolar e profissional e a reinserção social progressiva, notadamente a reinserção profissional. O acesso da segunda fase para a terceira fase dependerá de decisão do Juiz, proposta da Comissão Técnica de Classificação e indicação do exame criminológico. Na hipótese de afetação direta pelo Juiz criminal, supõe-se a primeira seleção dos candidatos ao regime aberto, segundo o estudo de sua personalidade, para evitar a reincidência e proteger a sociedade. Não é aconselhável esse regime para o reincidente, o instável e o indisciplinado.

Ao mesmo passo, no regime aberto há mais ênfase nas atividades de transição da prisão para a sociedade. Deposita-se plena confiança no condenado, pois há prova de que não regredirá no processo de sua ressocialização. Há também ausência de precaução sobre segurança e vigilância, em razão da aceitação voluntária de disciplina e do senso de responsabilidade do condenado.

O regime aberto se cumpre na Casa do Albergado ou instituição similar. São as seguintes as condições para o funcionamento da Casa do Albergado:

- 1) localização em meio urbano ou rural, com autonomia administrativa;
- 2) número reduzido de candidatos selecionados segundo sua aptidão para o trabalho;
- 3) aceitação do programa de tratamento pelo candidato (art. 112 da LEP);

4) afetação ao trabalho, como preparação profissional para a reinserção social;

5) colaboração da comunidade.

Sem essas condições será inexecutável o tratamento alternativo. A instituição aberta conclui ou aperfeiçoa a aprendizagem para a vida social do probacionário e o familiariza com seu ofício e contexto profissional, em que se integrará após a liberação, pondo em relevo que o condenado continua fazendo parte da comunidade (n.º 61 das Regras Mínimas).

O número limitado e a seleção dos candidatos facilitarão o tratamento reeducativo.

Outra condição da maior importância é a aceitação do programa de tratamento, pois não se impõe coativamente a reeducação.

O anexo das Regras Mínimas refere-se à efetiva cooperação do público e da vizinhança. A Resolução nº 8 do VI Congresso da ONU salienta a necessidade da cooperação da comunidade na execução das medidas alternativas. De outra parte, potencia-se a necessidade de pessoal qualificado para realizar o tratamento em semiliberdade.

Considera C. Calon a prisão aberta como uma das criações mais ousadas e interessantes da moderna penalogia.²³

²³CALON, C. *La Moderna Criminologia*. Barcelona: Bosch. 1974. p. 345.

4.2.4 - Regime Em Meio Livre

O regime em meio livre executa-se no meio natural do probacionário com as medidas alternativas. O livramento condicional e a suspensão condicional sob prova (*sursis* probatório) são executados no regime em meio livre. Esses dois institutos se caracterizam como medidas alternativas em sentido lato. São modalidades do tratamento alternativo, que se cumprem fora da prisão, isto é, no meio natural do condenado. O indivíduo permanece no seu meio social, na família e no emprego. Essas duas espécies de regime em meio livre não teriam sentido sem a assistência e orientação do trabalhador social e a supervisão do Juiz.

Todavia, essas medidas de tratamento precisam ser marcadas pelo estudo da personalidade do probacionário. Será um risco para a sociedade o retorno ou a permanência do condenado, sem o conhecimento de sua personalidade e o grau de sua emendabilidade.

A legislação comparada prevê igualmente o período de prova, em que se executam o livramento condicional e o *sursis*. Exemplo disso é o que dispõe o Código Penal Português sobre esses dois institutos (art. 54, I). Maia Gonçalves estuda o período de prova e o concurso do serviço social.

5 - CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Por mais contundentes que possam ser as críticas à pena privativa de liberdade, ela continuará a ser a espinha dorsal do sistema penal e é a única sanção aplicável em casos de grande criminalidade e multirreincidência.

Os seus inconvenientes, entretanto, vêm sendo minorados, através da diminuição do seu grau máximo e bem assim com a humanização de sua execução.

A tendência mundial e dominante é no sentido da redução do grau máximo da pena privativa de liberdade para 15 ou 20 anos, com o objetivo da eliminação dos males da instituição total enfatizados por Goffman, Clemmer e outros. R. Devesa adverte que a pena privativa de liberdade não deve ultrapassar os limites em que se opera a destruição espiritual do preso²⁴. Em uma das sessões da Comissão Revisora do Código Penal Português, o Professor Eduardo Correia afirmara que, segundo a moderna penologia, a pena além dos 10 anos perde a sua eficácia ressocializadora, abandonando-se o objetivo da pena.

5.1 - Crítica à Prisão

Ferri, criticando a pena privativa de liberdade, disse que a pena celular constituía, já no século XIX,

²⁴DEVESA RODRIGUES, J. M. *Derecho Penal Espanol*. Madrid: Caracas. 1981. p. 848.

verdadeira aberração.

G. Rusche e O. Kirchheimer, visitando o sistema carcerário norte-americano, transcreveram as críticas à prisão privativa de liberdade, formuladas por Beaumont e Charles Dickens.²⁵ Afirmou Beaumont:

“este sistema não reforma: extermina. Creio que poucos são capazes de entender quanta tortura e agonia inflige aos castigados esta pena terrível e prolongada. Deduzindo o que vi escrito em seus rostos, de seus sentimentos, sinto, seguro de minha intuição, que há um abismo terrivelmente profundo que somente os punidos compreendem e que ninguém tem o direito de impor ao próximo pena semelhante. Considero esta lenta e diária manipulação dos mistérios da mente, infinitamente pior que qualquer tortura física”.

No II Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Paris, em 1950, enfocou-se a prisão como fator crimínogeno. O relator-geral, Olof Kimberg, com base nos relatórios parciais de J. Pinatel e D. Clemmer, chegou a esta conclusão:

*“A própria noção da pena é um obstáculo a uma política racional e realista. **Eliminar la notion de peine du systemes d' idées qui a jusqu' ici guidé la politique criminelle pratique equivaut à produire une révolution d' idées**”.*

²⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 347.

Kaufmann desenvolve o enfoque de Clemmer, ao observar que o preso é incapaz de viver em sociedade com outros indivíduos, por se compenetrar tão profundamente na cultura carcerária, o que ocorre com o preso com pena de longa duração. A prisonização constitui grave problema que aprofunda as tendências criminais e anti-sociais.²⁶

5.2 - Pena de Prisão e *Extrema Ratio*

Os doutrinadores, de uma forma geral, concordam que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada como *ultima ratio*. Caffarena,²⁷ ao considerar o seu enfoque, afirma o caráter excepcional da pena privativa de liberdade, prevendo a sua abolição no futuro, assim como foi abolida a tortura. A pena de prisão determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana.

Apesar disso, a pena de prisão não é inconstitucional, porquanto a Constituição a prevê, em caráter excepcional. O argumento ajusta-se à nova Carta Máxima, que instituiu o Estado Democrático de Direito e prevê as penas privativas de liberdade, ao lado das medidas alternativas à prisão.

²⁶KAUFMANN, H. *Ejecución Penal y Terapia Social*. Buenos Aires: Depalma. 1974. p. 119.

²⁷CAFFARENA, M. B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Espanhol*. Barcelona: Bosch. 1983. p. 139.

Sem embargo de tudo isso, o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade passou a ser questionado, em face do ceticismo ante os resultados da ressocialização nos países que a adotaram, como os Estados Unidos, a Suécia e a Holanda. São conhecidas as críticas de ressocialização de Bettiol, Bergalli e M. Conde.²⁸

5.3 - Questionamento da Pena de Prisão e Política Criminal Alternativa

Depois da Segunda Guerra Mundial, o questionamento sobre a pena privativa de liberdade e sobre o próprio sistema penal intensificou-se. O impacto da rápida industrialização, desordenada urbanização e mudanças tecnológicas em descompasso com a dimensão humana, trouxeram, como conseqüência, o aumento da criminalidade e a discussão sobre o tema ganhou importância maior entre os estudiosos da matéria.

Exacerbou-se a controvérsia sobre a função da pena privativa de liberdade e sobre a impotência do sistema penal para enfrentar o aumento da criminalidade e suas novas formas, a superpopulação carcerária, a contaminação penitenciária e todos os males referentes à instituição total.

Enfatizou-se, então, a nível internacional, a

²⁸ CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 285.

criação de uma política penal alternativa. Houve uma reorientação da política criminal, ressaltando-se o papel da política judiciária na desinstitucionalização da execução penal, após referir-se aos processos de descriminalização e despenalização promovidos pela política legislativa, bem como censurar o isolamento da política penitenciária.

Daí se percebeu que o elemento chave para a efetiva implementação de qualquer reforma centrava-se na política judiciária, com o incentivo para a formação do pessoal reeducativo, para o tratamento comunitário ou alternativo dos condenados.

Constatou-se, também, que em termos de análise custo-benefício, a prisão é altamente dispendiosa em prejuízo dos recursos humanos. O custo da prisão é mais alto do que o de educação universitária. Daniel Glaser²⁹ ajuntou que o custo do preso é superior ao gasto com o jovem universitário.

5.4 - Crise da Ressocialização e Tendências Criminológicas

C. Roxin,³⁰ depois de discutir a crise da ressocialização, referindo-se às novas tendências

²⁹GLASER, Daniel. *Alternatives de Incarceration in International Review of C. Police*. p. 65.

³⁰ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 156.

criminológicas, a da interpretação marxista e psicanalítica, chegou à conclusão de que o Direito Penal, sem renunciar à sua exatidão de ciência normativa, tem que cooperar com a investigação do tratamento, com a psicologia e a psiquiatria.

Em última análise, o Direito Penal terá que integrar e traduzir em suas categorias conceituais as ciências do homem e da sociedade, porque trabalhar com o Direito Penal é trabalhar sempre com a sociedade e com as condições de existência que esta propiciou ao indivíduo. Na verdade, a chamada criminologia da “passagem do ato”, limitada ao estudo do delinqüente, foi incapaz de explicar a crise da pena - ressocialização ou a crise do sistema penal e as novas formas da criminalidade, como a criminalidade não convencional, que passou a estudar não o indivíduo delinqüente, mas a instituição criminógena e a sociedade global.

Segundo Lola Anyar de Castro,³¹ a tarefa da criminologia da Reação Social (que engloba a tendência interacionista e a tendência radical ou crítica) não é modificar o delinqüente, mas a lei, o sistema total, de que a lei é o instrumento mais poderoso.

A teoria da etiquetagem (*labeling approach*) e a *Non intervention* criticam a administração da justiça penal, porquanto essa não leva em conta a dignidade humana e

³¹ CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Reação Social*. Forense. 1983. p. 61.

as garantias do Estado de Direito.³² Esta é a lição de Jescheck:

*“a tendência otimista da **Non intervention** propõe a reestruturação, aperfeiçoamento, desburocratização e cumprimento com humanidade dos programas de ressocialização. Propõe ainda a derrogação dos preceitos penais antiquados e supérfluos, especialmente no âmbito dos chamados **victimless crimes**; a exclusão do culpado de processo penal, exceto nos casos graves e de multirreincidência, substituindo o processo por meios de caráter não penal. Estas soluções entre o processo penal e a **Non intervention** denominam-se **diversion**, e podem consistir na indenização do dano, na **pre-trial probation**, em acordos informais entre as partes, num tratamento psiquiátrico, numa cura de desintoxicação, logoterapia, terapia de grupo, prestação de serviços à comunidade. A intervenção jurídico-penal limitar-se-á à criminalidade grave e reincidente, observando-se no processo penal todas as garantias jurídicas”.*

A Lei n.º 9.099/95, trouxe realmente alguns avanços, procurando buscar alternativas para a criminalidade não violenta, como forma de esvaziar as pautas de julgamentos dos magistrados, tornando a Justiça menos formal e ocupando-a somente com os casos mais graves.

As tendências da reação social, não obstante o

³²JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 2.º/1060.

seu aspecto ideológico ou político, tiveram o mérito de apontar os pontos negativos da ressocialização.³³

1) a imposição coercitiva do tratamento penitenciário, sem o consentimento do delinqüente;

2) o poder discricionário do pessoal técnico, sem respeito pelos direitos da pessoa humana do preso;

3) a falta de pessoal qualificado;

4) o pretenso tratamento apenas no papel;

5) a omissão do plano de tratamento e do exame criminológico;

6) a deficiente fiscalização do tratamento penitenciário pelo Juiz, pelo Ministério Público e pelos órgãos de execução penal;

7) a não-implantação do centro de observação e da comissão técnica de classificação;

8) a indefinida protelação da implantação da reforma penitenciária para a permanência da política penal repressiva (veja-se, nesse sentido, a abusiva lei dos chamados “crimes hediondos”);

9) a falta de inclusão da planificação da política criminal nos planos nacionais de desenvolvimento.

Para Baratta, a demolição dos muros do cárcere tem para a Nova Criminologia o significado da demolição dos muros do manicômio para a antipsiquiatria. M. Conde

³³ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 281.

aponta como solução a combinação da tese reformista com a tese revolucionária. Os reformistas advogam a descriminalização, a despenalização, a ampliação das medidas alternativas à prisão, como o “*sursis* probatório”, o livramento condicional, o regime de confiança e de semiliberdade, o trabalho externo, a remuneração do trabalho do preso igual à do trabalhador livre.

Os revolucionários, por sua vez, defendem a cooperação entre os presos, suas associações organizadas através do modelo dos movimentos operários. Chamam de “mito burguês” a ressocialização pretendida pela política atual.

5.5 - Síntese da Pena-retribuição com a Pena-ressocialização

A crise da pena privativa de liberdade tende a encontrar a sua solução numa síntese entre a pena-retribuição (ênfatisado o seu sentido ético) e a pena-ressocialização (a pena, como *ultima ratio*, com ampliação das medidas alternativas).

A reforma penal alemã trouxe uma solução intermediária entre o movimento da Nova Defesa Social e da direção americana da *Non intervention*, privilegiando o princípio da culpabilidade, baseado na Constituição, que considera todo cidadão como pessoa livre e responsável,

segundo atesta Jescheck.³⁴

Nesse novo conceito internacional subscrevem-se a nova Parte Geral do C. Penal e a Lei Penitenciária, além da nossa Constituição.

Com efeito, a moderna concepção da retribuição está vinculada às exigências da dignidade humana e garantias do estado de Direito, como propõe uma das vertentes da *Non intervention*.

Em outros termos, a idéia de retribuição está vinculada ao respeito à dignidade humana, e às garantias jurídicas do estado de Direito.

Nesse sentido, o art. 59 do Código Penal dá posição dominante à retribuição, ao privilegiar a culpabilidade, ao lado de outros elementos do processo da determinação judicial da pena. O mesmo artigo refere-se ao início do regime de execução, o que aproxima a retribuição da prevenção especial. Esse vínculo ressalta o aspecto subjetivo da retribuição, a expiação, para que o culpado recupere a liberdade moral e se reconcilie com a sociedade (Jescheck), isto é, que se reeduke e se reinsira na comunidade.

A retribuição, com isso, assume uma característica pedagógica, fazendo com que o delinqüente conheça o valor moral de sua ação censurável, em sintonia com a prevenção especial.

³⁴JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 2.º/1060.

5.5.1 - Pena-ressocialização e Medidas Alternativas

A pena-ressocialização como pena privativa de liberdade e as medidas substitutivas da prisão se cumprem como tratamento institucional ou alternativo, respectivamente, nos regimes fechado, semi-aberto e de confiança.

A reeducação e a ressocialização se realizam com a execução da pena privativa de liberdade e das medidas alternativas.

Após a reforma penal alemã,³⁵ segundo dados estatísticos, verificou-se a porcentagem de apenas 12% na aplicação da pena privativa de liberdade em face de outras penas.

As medidas alternativas que, em sentido estrito, são as penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, prisão de fim de semana e interdição provisória de direito), todas elas cumpridas em liberdade, resultaram da crise das penas privativas de liberdade, sobretudo das sanções de curta duração. Permitem que o condenado cumpra a pena junto à família, e no emprego, com as restrições necessárias à sua educação e proteção da sociedade. Eliminam a contaminação carcerária, diminuem a superpopulação prisional e suprimem a contradição segurança e reeducação.

³⁵ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 250.

5.5.2 - Medidas Alternativas e Abolição da Pena de Prisão

Os abolicionistas afirmam que, no futuro, tendo em vista a ampliação das medidas alternativas, sem prejuízo da prevenção geral, a pena privativa de liberdade desaparecerá.

O Código Penal de Portugal, em seu art. 71, confere ao Juiz, na hipótese de opção entre a pena privativa de liberdade e a medida alternativa, a preferência pela medida substitutiva, sempre que for suficiente para promover a recuperação social do delinqüente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime.

Essa opção do legislador, por certo, estimulará a prática das medidas alternativas com a conseqüente diminuição da pena de prisão, como já acontece em muitos países. Para Marc Ancel, maior expoente do movimento da "Nova Defesa Social", a pena de prisão será abolida do elenco das sanções penais, como foram abolidas a tortura e a pena de morte, verificando-se, então, *"o espanto do século XXI pela prática aberrante de uma pena herdada do passado, de que a experiência demonstrava a sua ineficácia"*:

"Le XXI siècle s'étonnera sans doute de notre étrange fidélité à des modes de réaction criminelle hérités du passé, et dont l'expérience démontre l'inefficacité".

6 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO PENAL

As garantias e atribuições do Ministério Público foram aumentadas pela Constituição Federal, como se verifica no seu artigo 127. Bielsa³⁶ registrava que o conceito e as funções do Ministério Público modificar-se-iam com o fortalecimento do Estado de Direito.

Segundo a Carta Máxima, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado. Para Sabatini, o Juiz administra a Justiça no exercício da função jurisdicional e o Ministério Público concorre para essa administração no exercício do poder requerente, como órgão indispensável ao exercício da função jurisdicional.

No Seminário da Criminalidade Violenta,³⁷ afirmou-se que o Ministério Público deve atender ao princípio da integração global dos subsistemas da administração da justiça penal (Magistratura, Defensoria Pública, Serviço Penitenciário e Polícia), acompanhando de perto não somente a execução penal mas a própria administração penitenciária, contribuindo, com isso, de forma sensível, para minorar as condições precárias dos internos e, via de consequência, de todo o sistema prisional brasileiro.

Para tanto, o Ministério Público necessita da liberdade e das garantias constitucionais que asseguram a sua independência. Ao mesmo passo, além da formação

³⁶BIELSA, R. *Direito Administrativo*. VI, 581, n. 950.

³⁷REALE JÚNIOR, M. *Política de Repressão e Crise no Sistema Penal in Seminário sobre Criminologia Violenta*. OAB, 1980, p. 299.

jurídica, o Ministério Público deverá ser especializado em ciências criminológicas e direitos humanos, através da Escola Judicial, como ocorre com a Magistratura, freqüentando seus cursos de formação e atualização.

6.1 - O Ministério Público e o Estado de Direito

O Ministério Público pode ser definido, atualmente, como sendo uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Suas funções e garantias avançam na medida em que a sociedade organizada se expande.

Nesse sentido, Bielsa³⁸ anota o seguinte, *verbis*:

"O conceito do Ministério Público e suas funções têm variado com a transformação relativa ao Estado de Direito. Sua gênese demonstra que é um órgão que aumenta incessantemente suas funções, que progride irreversivelmente suas funções. Este crescimento tem suas raízes e sua explicação nas novas funções do Estado, que também aumentam de forma progressiva".

Para Jescheck³⁹, o Estado Democrático de Direito é um dos fundamentos da política criminal. A salvaguarda da dignidade humana é norma básica de todo o sistema constitucional de valores. Da dignidade humana

³⁸BIELSA, R. *Direito Administrativo*, VI, 581. n.º 950.

³⁹JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. p. 28.

deriva também a extinção das penas cruéis ou degradantes, assim como a proibição do tratamento indigno do interno na execução da pena.

Aliás, o art. 61 das Regras Mínimas da ONU considera o condenado como membro da sociedade, que deve ser tratado como pessoa e não como objeto, respeitada a sua dignidade, e asseguradas a sua reeducação e reinserção social. Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional assegura o direito de voto aos condenados privados de sua liberdade.

O Ministério Público, em face disso, não poderá ser apenas o *custos legis*, mas, sobretudo, parte militante na defesa do preso e da sociedade, no curso do processo de reeducação, como durante a execução das medidas alternativas à prisão.

6.2 - O Ministério Público e a Jurisdicionalização da Execução Penal

S. Riccio⁴⁰ observou que o Estado tem o poder-dever de punir, mas há ainda a obrigação de respeitar a dignidade do homem e de seus direitos invioláveis. A garantia de liberdade e da dignidade humana na execução da pena somente pode ocorrer com a jurisdicionalização:

⁴⁰RICCIO, S. Parecer su Disegno di Legge: Ordinamento Penitenziario in *Rassegna di Studi Penitenziario*, 1972. p.3.

José Ronald Vasconcelos Albergaria

Dopo la violazione delle norme penali e la condanna definitiva, sorgano tra condannato e stato nuove relazioni giuridiche che si svolgano su posizioni dintra tra lo Stato e l'uomo.

Com efeito, para a garantia dos direitos do sentenciado e da proteção da comunidade exige-se a intervenção do Juiz e do Ministério Público na execução da pena, o que seria impossível em caso de se levar adiante a nefanda idéia da privatização dos presídios, hoje advogada por grande parcela da sociedade.

O reconhecimento dos direitos humanos do preso deu origem à relação jurídico-penitenciária e, conseqüentemente, ao princípio da relação jurídico-executiva, da qual o Ministério Público participa, como sujeito ou órgão da execução penal.

O agente do Ministério Público deve participar do procedimento do tratamento institucional, do tratamento em meio semi-aberto, aberto e livre, colaborando com a comunidade.

A presença do Ministério Público, com seu caráter obrigatório, visitando mensalmente os estabelecimentos prisionais, certamente colaborará com a ordem e disciplina das instituições penitenciárias, com ênfase na aplicação da lei, na proteção dos direitos do preso, o que prevenirá o arbítrio do diretor da penitenciária e a freqüência dos motins e rebeliões, tão explorados pelo

sensacionalismo da imprensa, que excita e alimenta os distúrbios entre os encarcerados.

6.3 - O Ministério Público e a *Diversión*

A desjudicialização atribuiu posição relevante do Ministério Público, ao colaborar no aperfeiçoamento do sistema penitenciário.

A *diversion*, pouco divulgada no ordenamento jurídico brasileiro, nos dizeres de Jescheck⁴¹ ensina a seguinte lição, *verbis*:

*“A **diversion** está vinculada à tendência da **non intervencion**. Os defensores da **non intervencion** propõem melhorar a situação atual da administração da justiça penal. Na execução dos programas de tratamento, não se tem considerado a dignidade da pessoa humana do preso e as garantias do processo penal. Querem evitar, o quanto possível, as sanções privativas da liberdade e reforçar as garantias jurídicas do culpado. Não querem abolir os programas de ressocialização, mas reestruturá-los e cumpri-los com mais humanidade”.*

A *non intervention* propõe que se exclua o culpado do processo penal, corrigindo-o com meios de caráter não penal, excetuando-se a criminalidade grave e

⁴¹JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. p. 28.

a multirreincidência.

Estas soluções entre o processo penal e a *non intervention* denominam-se *diversion*, consistindo no seguinte: reparação do dano, *pre-trial probation*, acordo informal entre as partes, tratamento psiquiátrico, terapia de grupo, *community service* (grupos de trabalho).

Daí se percebe que a intervenção jurídico-penal deve limitar-se à criminalidade grave e reincidente, com todas as garantias jurídicas do processo penal. Em tais hipóteses a pena não se concebe como um tratamento benfeitor, mas como dolorosa intervenção do Estado na liberdade e na propriedade.

Logo, a *diversion* tem por principal objetivo manter os indivíduos fora do sistema da justiça penal.

6.4 - O Ministério Público e sua Formação Especializada na Execução da Pena

Como já salientado, o pessoal do sistema penal deve encontrar-se profissionalmente preparado para executar a lei penitenciária. Convém acentuar que a formação profissional não deve limitar-se ao pessoal penitenciário, mas estender-se ao pessoal do sistema penal: magistrados, promotores, defensores públicos e policiais. A formação especializada do pessoal dos subsistemas da

administração da Justiça Penal atende ao princípio da integração harmônica desses subsistemas (Szabo, Lopez - Rey).

Os artigos 75 e 77 da LEP prevêem novo regime jurídico para o pessoal penitenciário, com base no paradigma das Regras Mínimas da ONU. A Resolução n.º 1/83 do CNPCP enfatiza a formação especializada do pessoal do sistema penal. Não se ignora a resistência do Poder Público em aplicar os citados artigos 75 e 77.

Merece ser transcrita a citação de M. Pont, *verbis*:

“Ou se renuncia à idéia de recuperação ou emenda, e suprime-se a palavra hipocritamente expressa na lei, diz C. Arenal, ou será necessário dar aos presos os meios de recuperação, pois os atuais são como ferrovias sem trilhos ou telégrafos sem fios”.

Para Basalo, um bom pessoal penitenciário pode tornar aceitável um mau estabelecimento e o melhor dos estabelecimentos será um fracasso se o pessoal não estiver à altura de sua missão.

De outra face, a formação especializada do pessoal do sistema penal não atenderá apenas à Administração da Justiça Penal, mas também à Universidade e à Comunidade. A Universidade, com a adequada formação científica do pessoal destinado ao

ensino e a pesquisa. A preparação especializada do pessoal do sistema penal daria condição ao Estado e à Comunidade para realizarem uma política criminal integrada na política social, visando a garantia da sobrevivência da sociedade e segurança da estabilidade do Estado.

C. Roxin afirma que somente uma política social de base científica poderá eliminar as condições criminógenas da sociedade ou a violência estrutural da comunidade consumista, que obsta à auto-realização do homem como ser livre.

7 - CONCLUSÃO

Como corolário lógico da presente exposição, a dedução que necessariamente deve ser feita é a de que o sistema penal encontra-se em profunda crise. As rebeliões, as denúncias de maus-tratos aos internos, a corrupção no seio das penitenciárias e cadeias públicas, a prática comum da venda de vagas nos citados estabelecimentos, triste realidade prisional brasileira, tornou-se conhecida da grande massa da população, através da farta matéria jornalística hoje veiculada pela mídia.

A prisão, em vista disso, nos moldes atuais, avilta, deforma e corrompe a personalidade do condenado, porquanto o sistema funciona de forma seletiva, sendo

injusto e opressivo.

Com efeito, se a sanção funda-se na idéia da necessidade de se defender a sociedade e não na irracional concepção da retribuição do mal da pena pelo mal do crime, por que tantos desencontros e decepções são fomentados pela política criminal do país? Qual a razão de ser de normas penais abusivas e ultrapassadas que elevam as reprimendas para patamares inconcebíveis, que negam aos cidadãos os mais mezinhos e elementares direitos e que suprimem liberdades garantidas pela Constituição? O Direito Penal, pelo simples e tolo aumento de penas, jamais servirá como fator determinante de proteção social.

Na verdade, urge a feitura de reformas de base, para que a pena tenha uma outra finalidade, que não o castigo pelo castigo, como ocorre na sociedade brasileira atual.

A legislação mais moderna cairá no descrédito e se tornará inócua sem uma profunda reforma política. A persistência de uma sociedade hipócrita que finge clamar por segurança e, ao mesmo tempo, alimenta o crime, com escândalos como os dos precatórios, dos anões do orçamento, da compra e venda dos votos de parlamentares, apoiada num capitalismo selvagem, que seleciona e estigmatiza, impede a plena aplicação da norma mais bem elaborada pelos melhores gênios. O maior exemplo disso, que aliás foi amplamente discutido nesse estudo, é o da

Lei de Execuções Penais que, ainda hoje, depois de treze anos, sequer entrou em vigor. Basta uma simples visita a um dos inúmeros depósitos de presos espalhados pelas grandes cidades brasileiras para a constatação do que acima foi dito.

***José Ronald Vasconcelos de Albergaria é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.**

8 - BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 250, 268 e 281.

ALBERGARIA, Jason. Obra citada, Casa de Albergado in *Revista dos Julgados*. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, v. 26 – 27. p. 45.

BETTIOL, G. Relatório das Sessões in *Pena de Morte*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1967. p. 48.

BIELSA, R. D. *Administrativo*. VI, 581, n.º 950.

CAFFARENA, M. *Princípios Fundamentales del Sistema Penitenciário Espanhol*. Barcelona: Bosch, 1983. p. 115 e 139.

- CALON, C. *La Moderna Criminologia*. Barcelona: Bosch, 1974. p. 345.
- CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Reação Social*. Forense, 1983. p. 61.
- CONDE MUÑOZ, F. *Introduccion al Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 34 e 285.
- DEVESA RODRIGUES, J. M. *Derecho Penal Espanol*, Madrid: Caracas, 1981. p. 848.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio: PUC, 1978. p. 68.
- GLASER, D. *Alternatives de Incarceration in International Review of C. Policy*. p. 65.
- HAAL, J. *General Principles of Criminal Law*, N. York: B. Merrill. p. 309.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1984, p. 342 e 347.
- JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1981, 1º/87, 2.º/59, 2.º/1060. p. 3.
- KAUFMANN, H. *Ejecución Penal Y Terapia Social*. Buenos Aires: Depalma, 1974. p. 119.
- KLUG, U. *Para una critica de la filosofia penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales en homenagem al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires:

Pannedille, 1920. p. 35.

NUVOLONE, P. *Il Problema della Rieducazione del Condannato*. Milão: CEDAM, 1964. p. 347.

REALE JÚNIOR, M. Política de Repressão e Crise no Sistema Penal in *Seminário sobre Criminologia Violenta*. OAB, 1980. p. 299.

RICCIO, S. Parecer su Disegno di Legge: Ordinamento Penitenziario in *Rassegna di Studi Penitenziario*. 1972. p. 3.

ROSS, A. *Responsabilità e pena*. Milão: Giuffrè, 1972. p. 63.

ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy* - Universidad de Sevilla, 1981, p. 23, 33, 40 e 156.

STEFANI, G. *Droit Pénal Général*. Paris: Dalloz, 1941. p. 295.

STEVENSON, O. Pena e Medida de Segurança in *Revista Forense*. v. 102. p. 221.

UNIÕES DE PESSOAS DO MESMO SEXO

- REFLEXÕES ÉTICAS E JURÍDICAS -

****Rodrigo da Cunha Pereira***

Sumário

1 - Sexo legítimo e ilegítimo. 2 - Averso do avesso; o gozo é perverso. 3 - Inclusão e exclusão no laço social e jurídico; alteridade. 4 - Variantes ou desviantes da sexualidade humana? 5 - Consequências jurídicas das relações de afeto: o projeto Marta Suplicy e os fantasmas da sexualidade. 5.1 - O conteúdo do projeto de parceria civil. 6 - Concluindo: ética do Direito. 7 - Bibliografia.

1 - SEXO LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO

Sexo, casamento e reprodução. Premissas e elementos básicos em que sempre esteve apoiado o DIREITO DE FAMÍLIA, sustentados nos ordenamentos jurídicos ocidentais, pelo princípio da monogamia. Com a evolução do conhecimento e a mudança dos costumes, especialmente a partir da década de 60, estes elementos básicos desatrelaram-se um do outro. Hoje é possível reprodução sem sexo, sexo sem casamento e, tem sido também comum, casamento sem reprodução. Vê-se, portanto, que os paradigmas e princípios estruturadores do Direito de Família ficaram alterados. A Constituição de 1988 modificou profundamente a organização jurídica da família brasileira, quando reconheceu em seu art. 226 outras

formas de família, além daquela constituída pelo casamento. Portanto, o casamento não é mais a única forma de legitimação de famílias. Há também aquelas constituídas pela União Estável (Concubinato não adulterino) e as famílias monoparentais (qualquer dos pais que viva com seus descendentes). Isto significa, em outras palavras, que o Estado reconhece que as relações sexuais legítimas (permitidas), não são mais, somente, aquelas praticadas dentro do casamento.

O Direito de Família é a tentativa de regulamentação e organização de relações que são da ordem da sexualidade. Portanto, quando falamos de Direito de Família, estamos falando de sexualidade. Aliás, a primeira Lei é uma Lei de Direito de Família, que é uma proibição sexual: o interdito proibitório do incesto. Esta interdição, segundo Levi STRAUSS¹ e FREUD² é a Lei fundante do sujeito e possibilitadora das organizações sociais, e conseqüentemente jurídicas, pois é a partir deste interdito que é possível a passagem da natureza para a cultura. Em outras palavras: se a lei básica da família tem sua origem em uma proibição sexual, conseqüentemente toda a organização jurídica sobre ela gira em torno da sexualidade.

¹STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 62.

²FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In: *Obras Psicológicas Completas*. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XII, p. 36.

Mesmo com a alteração dos princípios e paradigmas do Direito de Família, continuamos identificando socialmente as pessoas por suas preferências ou inclinações sexuais. De alguma forma estamos sempre procurando colocar o selo da legitimidade ou ilegitimidade em determinadas relações sexuais. É instigante observarmos também como nos interessamos tanto pela sexualidade alheia, a ponto de classificá-la condenável, ou não, para os princípios morais e sociais. Jurandir Freire, psicanalista carioca, é quem nos traz esta reflexão:

"Quando e de que maneira poderemos ensinar, convencer, persuadir as novas gerações de que classificar sociomoralmente pessoas por suas inclinações sexuais é uma estupidez que teve, historicamente, péssimas conseqüências éticas. Muitos sofreram por isto; muitos mataram e morreram por esta crença inconseqüente e humanamente perniciosa".³

Das preferências sexuais mais estigmatizadas está aquela em que se faz a *escolha* pelo mesmo sexo. Indaga-se, ainda hoje, se a homossexualidade é orgânica ou psicológica, se é um desvio, uma doença ou perversão. O Conselho Federal de Medicina-CRM, antecipando-se à Organização Mundial de Saúde-OMS, em 1985, tornou sem

³FREIRE, Jurandir. Entrevista. *Jornal do Psicólogo*, n.º 51/95, Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia, MG/ES, 1995, p. 3.

efeito o código 302 da Classificação Internacional de Doenças(CID), não mais considerando a homossexualidade como desvio ou transtorno sexual.

Na verdade, esta exaustiva discussão nunca chegou a lugar algum e tem servido apenas para conduzi-la ao campo da moral e da estigmatização.

2 - AVESSO DO AVESSO; O GOZO É PERVERSO

O Direito é um dos mais importantes instrumentos de inclusão e exclusão das pessoas no laço social. É o Estado, através de seu ordenamento jurídico, quem prescreve as normas de apropriação ou expropriação à categoria de cidadãos. A História já nos demonstrou que estes critérios de inclusão e exclusão trazem consigo um traço ideológico que não pode mais ser desconsiderado pelo Direito, sob pena de se continuar repetindo injustiças e reproduzindo ainda muito sofrimento. Basta lembrarmos, por exemplo, que a mulher no Brasil, só foi considerada cidadã pela Constituição de 1934, e adquiriu capacidade jurídica somente em 1962, pela Lei n.º 4.121 (Estatuto da Mulher Casada). Foucault, em seu livro *História da Loucura*, já nos revelou há muito tempo o traço perverso da ideologia dos excluídos, quando, por exemplo, eram encarcerados

os heréticos, os leprosos, os feiticeiros etc.

Um dos principais critérios de expropriação da cidadania sempre foi o de desconsiderar o diferente. Em outras palavras, aquilo que não conheço, não domino, ou não faz parte do meu universo, é mais cômodo ignorar ou repelir, pois assim não estarei ameaçado. Caetano Veloso, aliás, já disse isto de maneira magistral em sua composição "Sampa":

*Quando eu te encarei frente a frente
Não vi o meu rosto
Chamei de mau gosto
O que vi de mau gosto, mau gosto
É que narciso acha feio
O que não é espelho
(...)
Afasto o que não conheço
E quem vem de outro sonho feliz de cidade
(...)
Porque és o avesso do avesso
Do avesso do avesso ⁴*

Ainda temos visto a serviço do Estado, nesta exclusão do laço social, a identificação sociomoral das

⁴VELOSO, Caetano. Letra e música "Sampa" (1978). In: "O melhor de Caetano Veloso - Sem lenço sem documento" - CD Polygram, 1989.

peessoas por suas preferências sexuais. A tendência é mesmo de estigmatização e marginalização de todos aqueles que não têm suas preferências sexuais de acordo com determinados padrões de normalidade. Insistimos todos na busca de uma normalidade sexual, como se existisse, neste campo, o normal e o anormal. Afinal, o que é normal em termos de relação sexual? São as formas convencionais? Mas, o que são essas formas convencionais? Quais são as formas do prazer sexual? Cada um constrói a sua forma(fantasia) de acordo com a sua particularidade, que advém de sua história pessoal e que o constituiu sujeito. E o ser, enquanto sujeito, é um sujeito desejante. E o que é o desejo? Segundo Jacques LACAN, desejo é desejo de desejo. E o desejo, psicanaliticamente falando, é sempre da ordem do INCONSCIENTE. Ora, sexualidade é da ordem do Desejo e desenvolve-se inteiramente na ordem da fantasia. Será que poderíamos, enfim, dizer que em termos de sexualidade existe o normal e o anormal? Para LACAN, o prazer sexual, ou o gozo sexual é, sempre, da ordem da perversão, já que escapa ao normal ou normatizável. É que o ato de gozar só se torna possível se sairmos da racionalidade, do normatizável.

3 - INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO LAÇO SOCIAL E JURÍDICO; ALTERIDADE

As constituições democráticas do fim deste século, em consequência das idéias iluministas do final do século passado, vêm expressando a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”* (art. 5º, CF). Assim, todos estão incluídos no laço social e poderão participar do processo histórico evolutivo e da organização da polis. O princípio da igualdade como inclusão no laço social é um avanço, mas não basta. É que a igualdade proclamada de forma genérica, como anunciada nos textos constitucionais, na medida em que vai se generalizando, vai se tornando cada vez mais abstrata. Na medida em que vai se tornando abstrata pode ter efeito contrário, ou seja, vai se distanciando da igualdade de direitos. Talvez devêssemos, antes de tudo, considerar as diferenças. É a partir das diferenças e da convivência com a alteridade que se faz a verdadeira democracia e se torna possível estar mais próximo do ideal de justiça.

A partir, portanto, do ideal democrático e da inclusão no laço social é que alguns países vêm tentando possibilitar a inclusão de alguns, considerados historicamente de *diferentes*. Diferentes ou não, a

reivindicação é sempre de um “lugar ao sol” e de uma desmarginalização.

Caio Mário da Silva Pereira, em recente trabalho publicado sobre o assunto, registra que o aumento do homossexualismo e os casos de homossexuais que vivem juntos, como se fossem casais, têm feito com que alguns sistemas jurídicos reformulem suas leis para acomodar tais situações. Com isto e a evolução dos costumes,

“O Parlamento Europeu pediu que os países da União Européia permitam o casamento de homossexuais. Em harmonia com essa recomendação, exortou os países da União Européia a abolirem a discriminação de homossexuais e deixarem de penalizá-los. Condenou em particular a Grã-Bretanha que, a pretexto de evitar o homossexualismo, vem promovendo restrições aos direitos dos cidadãos em várias áreas. Neste sentido, o Parlamento Britânico amenizou as limitações, reduzindo a idade consentida para relações homossexuais de 21 anos para 18 anos”.⁵

Alguns ordenamentos jurídicos como o da Noruega, Hungria, Suécia, Holanda, Estado de Nova Iorque (EUA), por exemplo, já estabeleceram normas de convivência para as uniões do mesmo sexo. Em 1989, o Parlamento dinamarquês, seguindo uma tendência dos países nórdicos, aprovou um projeto de lei autorizando o

⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 275, 1995.

registro de uniões homossexuais, com os mesmos efeitos legais do casamento, exceto em relação a adoção de crianças.⁶ Paradoxalmente, o país onde menos se soube conviver com as diferenças, África do Sul, é o que tem a primeira constituição do mundo (1996) onde está expressamente proibida a discriminação em razão da opção sexual.

No Brasil, a lei não toma conhecimento do homossexualismo, não lhe dá aprovações nem punições. Mas, como na maioria dos Estados ocidentais, a doutrina admite casamento somente entre pessoas de sexos opostos, ou seja, heterossexual. Aqueles realizados entre pessoas do mesmo sexo são considerados pela doutrina como casamentos inexistentes. Decisão histórica no Brasil sobre o assunto foi o rumoroso caso de dissolução de relação homossexual, com conseqüente partilha de bens, em que o Tribunal, apesar de determinar tal procedimento, negava qualquer possibilidade desse tipo de união. *In verbis*, ementa do acórdão unânime da 5ª Câmara Cível do TJRJ, n. 47.965, rel. Des. *Narciso Pinto*:

"Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a

⁶VINDELOV, Vibeke. *Family Law in Denmark. In Family, Law and social policy* - OÑATI - Ed. by Valério Pocar and Paola Ronfani, 1991, p. 176.

Rodrigo da Cunha Pereira

partilha[...]. Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para apreciação do pedido, a natureza das relações que ligaram o autor à pessoa de Jorge Guinle, não cabendo aqui qualquer discussão sobre se, entre eles, existiu este ou aquele tipo de relacionamento, apresentando-se, pois, inteiramente despropositadas as considerações feitas pelo réu, ora apelante, a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais entre o autor e o finado Jorge”.

Começa a tornar-se menos incomum nos tribunais brasileiros, os casos envolvendo parceiros do mesmo sexo. Por exemplo, em 10.06.96, a 9ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, julgou procedente o pedido de um companheiro, que reivindicou, dentre outras coisas, partilha dos bens adquiridos na constância da união:

“Julgo em parte procedente o pedido para conferir ao autor o direito à metade do imóvel... com inserção do seu nome no Registro imobiliário... além do direito ao ressarcimento de 50% dos gastos feitos com a manutenção das sociedades comerciais(...)”.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais reformou a sentença de primeira instância, e neste momento, o caso aguarda decisão do STJ.

4 - VARIANTES OU DESVIANTES DA SEXUALIDADE HUMANA?

É preciso diferenciar aqui as relações homossexuais, isto é, dois homens ou duas mulheres que estabelecem uma relação amorosa-sexual, daquelas a que se denomina transexualismo. Nesses casos, e que não são objeto deste trabalho, são pessoas que têm interesse em mudar de sexo através de uma cirurgia. Para o Direito, interessa saber se uma pessoa, tendo mudado de sexo, estaria simplesmente transfigurando sua sexualidade, ou se realmente adquirirá a identidade do sexo oposto. No Brasil, não há nenhuma legislação sobre o assunto. Na doutrina, uma corrente entende que a operação para mudança de sexo é impossível, e juridicamente constitui lesão corporal, crime tipificado no Código Penal. No Direito Estrangeiro, não se tem notícia de regulamentação nesse sentido. Mas a imprensa registrou, no ano de 1995, que um decreto islâmico egípcio passou a autorizar a troca de sexo:

"Um homem pode submeter-se a uma cirurgia para tornar-se mulher, e uma mulher pode fazer a operação inversa, se um médico de confiança comprovar que a intervenção é necessária para afirmar a feminilidade ou virilidade existentes, mas ocultas".⁷

⁷Notícia divulgada pela agência de notícias *Agence France Press* - AFP em 11 ago. 1995.

A mesma agência de notícias informou que a prefeita eleita de uma cidade da Nova Zelândia era um homem transformado em mulher através de cirurgia. Mas esses casos são apenas para ilustrar que a sexualidade humana, intrincada e complexa, pode ter muitas variáveis. Interessa-nos, aqui, pensar a homossexualidade e suas implicações no Direito, e, no contexto deste trabalho, se seria uma outra possibilidade de união estável.

5 - CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DAS RELAÇÕES DE AFETO: O PROJETO MARTA SUPPLY E OS FANTASMAS DA SEXUALIDADE

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 1.151, de 1995, de autoria da Deputada Marta Suplicy, que disciplina as uniões homossexuais. Afora suas imprecisões técnicas e toda a polêmica que ele tem levantado, aprovado ou não, é indicativo da reivindicação do reconhecimento pelo Estado da existência dessas relações. É significativo, pois pode marcar o início de uma saída da marginalidade. De excluídos a incluídos no laço social, pois a essas relações falta o reconhecimento do Estado. E todos nós sabemos da importância e interferência, real e simbólica, do Estado como um *Grande Pai*, que autoriza, possibilita e facilita esta ou aquela relação. É assim

com as relações matrimoniais, e a partir de 1988, especialmente, com as relações concubinárias, quando a Constituição, em seu art. 226, reconheceu expressamente as uniões estáveis heterossexuais como entidade familiar.

Se nós, os profissionais do Direito, encontramos dificuldade para assuntos da sexualidade mais convencional, muito mais encontraremos para as não-convencionais, como a homossexualidade. Mas é uma questão que começa a se abrir. A polêmica é grande, as resistências são muitas, mas se se discutir já será um avanço. Pouquíssimos juristas escreveram sobre o assunto, e até evitam tocar nele. Talvez este medo advenha da dificuldade para com a própria sexualidade.

Dentre os raros, destaque-se o cientista do Direito, *João Baptista Villela* que, à frente de nosso tempo, apresenta-nos um texto longe do moralismo impeditivo de tratar o assunto profundamente. Assim, eticamente, escreveu:

"No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências ou inclinações eróticas. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço

de companheirismo e de camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo. Afinal, pode-se dizer, retomando um feliz achado de Alice Rossi, que o sexo recreativo se impôs sobre o reprodutivo. Ainda que não fosse assim, a procriação já não se dá exclusivamente na intimidade das alcovas. Dessacralizou-se ela própria, na medida em que se deixou controlar em laboratórios. Também aqui manifestou-se uma cesura fundamental: sexo e reprodução. Possível um sem a outra e vice-versa, os esquemas tradicionais tinham de ser repensados. Por fim, para favorecer a pretensão do casamento homossexual intervém a adoção, que imitando a natureza, segundo a velha parêmia, também a substitui. Se o que se pede para o bom desenvolvimento da criança, pode-se argumentar, é uma base convivencial estável, por que não reconhecê-la na união proposta para toda a vida entre duas pessoas de mesmo sexo? Que efeitos terá, contudo, sobre a criança o ambiente doméstico homossexual, quando é certo que as relações sociais mais amplas em que ela se deverá inserir estão predominantemente marcadas pelo amor heterossexual? Uma educação para o exercício pleno da liberdade, se de algum modo for possível, haveria de assegurar escolhas autônomas também no domínio da sexualidade, de tal forma que a definição de cada um não resultasse de pressões ou condicionamento, inclusive os ambientais. Esta ponderação, por si mesma, tanto fala contra os casamentos homossexuais, como fala a favor deles. Não pode, contudo, parece-me, deixar de ser tomada em conta para uma

consistente avaliação do problema.

Por muito complexa que se apresente a questão, absolutamente nova tampouco é. Segundo relata Erle, a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo já tinha sido considerada pelo jusnaturalista Johann Wolfgang Textor, um remoto ancestral de Goethe e que viveu entre 1638 e 1701".⁸

Poucos projetos de lei, na história do Brasil, foram tão comentados e discutidos como o da parceria de pessoas do mesmo sexo. É o significado de que ele realmente interessa a todos os cidadãos. É que assuntos da sexualidade, muitas vezes tabu, despertam mesmo muita inquietação. Mas devemos nos perguntar: em que e por que este projeto afronta, ou incomoda tanto? Certamente está remexendo com os fantasmas da sexualidade de cada um.

No meio legislativo, falou-se que aqueles que votassem a favor do Projeto Marta Suplicy, estariam legislando em causa própria. No meio religioso invocaram o pecado e o fogo do inferno para os parlamentares e seguidores desta idéia. Há também os defensores da ofensa à moralidade pública. Outros, ainda, chegam a afirmar que seria um incentivo ao homossexualismo, pois os filhos de

⁸VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. In: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 642-643.

homossexuais seriam homossexuais, esquecendo-se de que se seguíssemos esta lógica, não haveriam homossexuais, pois os filhos de heterossexuais seriam necessariamente heterossexuais. No campo jurídico, a invocação é de inconstitucionalidade do pretense texto normativo. Sabemos todos, entretanto, que a lógica jurídica é construída inclusive com elementos da subjetividade que, por sua vez, são determinados pelos valores morais de cada um. Por isto encontramos sempre, no Direito, posições contra e a favor de determinado assunto. Mas estes posicionamentos são predeterminados e determinados, é pela posição ética do sujeito na vida. No caso específico das relações homossexuais, interessa ao Direito porque das relações de afeto decorrem conseqüências patrimoniais.

5.1 - O Conteúdo do Projeto de Parceria Civil

O projeto de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo propõe, basicamente:

- a. Direito à herança e sucessão.
- b. Benefícios previdenciários.
- c. Declaração conjunta no IR e para aquisição de imóveis.

d. Direito à nacionalidade, no caso de estrangeiros que tenham como parceiros cidadã ou cidadão brasileiro.

Não propõe:

- a. Dar *status* de casamento ou constituição de família.
- b. Alteração do sobrenome do parceiro.
- c. Mudança de estado civil.
- d. Adoção, tutela e guarda conjunta de crianças.

Pelo texto do Projeto de Lei n.º 1151, em trâmite na Câmara dos Deputados, desde 1995, constata-se que não se trata do registro de qualquer relação homossexual. A idéia é dar proteção e segurança às relações estáveis e monogâmicas, pois, afinal, daí decorrem mesmo consequências jurídicas.

6 - CONCLUINDO: ÉTICA DO DIREITO

A discussão sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo não pode significar fazer apologia da homo ou da heterossexualidade. Nem mesmo fazer uma política identitária, ou de minorias, pois estas divergem em suas

premissas e argumentos que fundam suas posições. Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania. Interessa também ao Direito, pois das relações de afeto podem decorrer conseqüências patrimoniais; a ordenação jurídica, para estar mais próxima do ideal de justiça e, afinal, cumprir sua função básica, deve estar voltada, antes das regras morais e estigmatizantes, para a libertação dos sujeitos para que se cumpra a ÉTICA DO DIREITO.

****Rodrigo da Cunha Pereira é Advogado, Professor de Direito de Família da PUC/MG, Mestre em Direito Civil-UFMG e autor dos livros "Direito de Família - uma abordagem psicanalítica" e "Concubinato e União Estável"- 4ª ed., ambos publicados pela Ed. Del Rey; membro da "International Society of Family Law".***

Palestra proferida no "Congresso Brasileiro de Direito Privado" em 02.10.97, Olinda - PE.

7 - BIBLIOGRAFIA

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. In RT 732 - out. 1996.

FREIRE, Jurandir. Entrevista. *Jornal do Psicólogo*, n. 51/95, Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia, MG/ES, 1995.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In Obras Psicológicas Completas. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XII.

_____. Notícia divulgada pela agência de notícias Agence France Press - AFP em 11 ago. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, 1995.

STRAUSS, Claude Lévi. *Estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

VELOSO, Caetano. *Letra e música Sampa (1978)*. In "O melhor de Caetano Veloso - Sem lenço sem documento - CD Polygram, 1989.

VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. In *Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

VINDELOV, Vibeke. *Family Law in Denmark*. In *Family, Law and Social Policy* - OÑATI - Ed. by Valério Pocar and Paola Ronfani, 1991.